

Risques

Les cahiers de l'assurance

■ L'assurance, sortie de crise

Henri de Castries

■ Le défi de la responsabilité civile médicale

Michel Dupuydauby
Michel Germond
Hélène Intrator
Olivier Muraire
Jean-François Rey
Guy Vallancien

■ Le principe de précaution

François-Xavier Albouy
Guy Canivet
Guillaume Drago
François Ewald
Pierre Florin
André Fourçans
Christian Gollier
Nathalie Kozciusko-Morizet
Philippe Trainar

■ Chronique

Georges Durry

■ Études et livres

Jérôme Yeatman
Jean Mathis
Delphine Lautier



n° 57 ■ Janvier-Mars 2004

SEDDITA

Risques

Les cahiers de l'assurance

N° 57

Janvier-Mars 2004

Jean-Jacques Laffont nous a quittés.

Le comité éditorial et le comité scientifique de notre revue expriment à sa famille et à ses proches l'admiration, l'estime et l'amitié qu'ils portaient à cet homme et à cet économiste exceptionnel.

SEDDITA – 2004

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.

Comité éditorial



Jean-Hervé Lorenzi
Responsable de la rédaction

François Ewald
Société

Pierre Bollon
Chroniques, études et livres

Robert Leblanc
Techniques

Jean-Charles Simon

Philippe Trainar
Analyses

André Renaudin

Pierre Picard

Patrick Thourot

Joëlle Rolland
Secrétaire de rédaction

Comité scientifique



François-Xavier Albouy, Michèle Barzach, Bernard Beignier, Jean Berthon, Michel Bisch, Dominique Bourg, Marc Bruschi, Monique Canto-Sperber, Bernard Caron, Philippe Casson, Françoise Chapuisat, Jacques Chevalier, Pierre-André Chiappori, Georges Dionne, Patrice Duran, Georges Durry, Louis Eeckhoudt, Karl-Théodor Eisele, Jean-Guy Fontaine, Claude Gilbert, Christian Gollier, Gérard Grunberg, Bernard Guillochon, Jean-Paul Hautier, Sylvie Hennion-Moreau, Dominique Henriët, Christian Hess, Vincent Heuzé, Jean-Pierre Indjehagopian, Pierre Jacquet, Gilles Johanet, Georges Labroye, Pierre-Marie Larnac, Daniel Laurent, Jean-Paul Laurent, Hervé Leborgne, Claude Le Pen, Laurent Leveneur, Olivier Mareuse, Luc Mayaux, Jean-Christophe Meyfredi, Erwann Michel-Kerjan, Stéphane Mottet, Michel Mougeot, Bertrand Munier, Yves Negro, Véronique Nicolas, Olivier Oger, Jacques Pelletan, Pierre Pestieau, Pierre Petauton, Bruce Roger, Christophe Roux-Dufort, Christian Schmidt, Olivier Sorba, Didier Sornette, Claire Sutter, Charles Tapiero, Alain Trognon, François de Varenne, Thierry Verdier, Joël Winter, Jean-Luc Wybo, Daniel Zajdenweber

Sommaire

1. *Société* L'assurance, sortie de crise

Entretien avec

Henri de Castries, Président du directoire, groupe AXA..... 9

2. *Techniques* Le défi de la responsabilité civile médicale

Guy Vallancien, <i>État de la pratique médicale en France</i>	19
Jean-François Rey, <i>Quatre acteurs sans scénario commun</i>	24
Hélène Intrator, <i>Analyse des lois Kouchner et About</i>	28
Olivier Muraire, <i>GTAM premier retour sur expérience</i>	38
Michel Dupuydauby, <i>L'obligation de prendre des risques</i>	51
Michel Germond, <i>L'avenir de la responsabilité hospitalière est-il assuré ?</i>	55

3. *Analyses* Le principe de précaution

Philippe Trainar, <i>Introduction</i>	65
Guy Canivet, <i>Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation</i>	68
Nathalie Kozciusko-Morizet, <i>Le pilier d'un droit moderne de la sécurité</i>	78
François Ewald, <i>A qui veut-on donner le pouvoir ? entretien</i>	82
Guillaume Drago, <i>L'environnement saisi par la Constitution</i>	87
André Fourçans, <i>Un principe à manier avec précaution</i>	93
Christian Gollier, <i>Que croire ? Qui croire ?</i>	98
François-Xavier Albouy, <i>Contre les précautionneux : le principe de souscription</i>	103
Pierre Florin, <i>L'assurance confrontée au principe de précaution ?</i>	106

4. *Chroniques*

Georges Durry, *Est-on obligé de minimiser son propre dommage ?*..... 111

5. *Études et Livres*

Jérôme Yeatman, *L'assurance française en Afrique noire francophone*..... 117

Yves Simon et Delphine Lautier

Techniques financières internationales,

Finance internationale et gestion des risques,

par Jean Mathis..... 122

Marteau D., Carle J., Fourneaux S., Holz R., Moreno M.,

La gestion du risque climatique,

par Delphine Lautier..... 124

Éditorial

Depuis de nombreuses années, une vision, quelque peu mécaniste, s'est imposée à l'ensemble des pays développés, celle d'une relation forte entre l'investissement dans la connaissance, l'innovation, la productivité et ce qui demeure l'objectif ultime, la croissance. Au fond, tout ceci a reposé sur l'idée que nos sociétés pouvaient connaître un progrès scientifique et économique infini, et que nos organisations publiques pouvaient en contrôler et en maîtriser le développement.

Ce numéro de Risques rappelle, et cela dans plusieurs domaines différents, que ce modèle, largement inspiré d'outre-atlantique, et dont l'optimisme s'est renforcé du fait du succès économique américain, n'était pas aussi aisé que cela à mettre en place et à pérenniser. C'est ainsi que dans son interview, le Président d'Axa souligne la force de la crise que le monde de l'assurance a connue et évoque, à propos de l'avenir à construire, une véritable révolution des esprits. La crise est née, en effet de deux phénomènes conjugués : l'accroissement sans précédent de la sinistralité et un véritable crash financier. Tout ceci nous rappelle à beaucoup d'humilité, et au souci permanent d'une adaptation à l'évolution du monde. Plus généralement d'ailleurs, nous serons dans les toutes prochaines années confrontés à deux autres défis d'une toute autre importance, difficiles même aujourd'hui à imaginer, celui du vieillissement et celui de la désindustrialisation. C'est dire si l'avenir doit se bâtir.

Mais on a vécu la même exigence d'adaptation lors de la crise de la responsabilité civile médicale et de l'extension sans limite de la judiciarisation de tous les actes médicaux. Devant cette crise de la fin de l'année 2002, la profession s'est organisée en créant le Groupement d'assurance médicale temporaire dont la brève existence est racontée de manière passionnante soulignant là aussi le rôle de la régulation d'un marché confronté à un choc, le changement de l'environnement législatif.

Le dernier dossier de la Revue Risques est lié plus encore à cette conception bénéfique du progrès scientifique que nous considérons comme une vérité admise et qui pourtant aujourd'hui fait l'objet d'un regard beaucoup plus critique. En effet, une véritable controverse est en train de s'engager à propos du « Principe de Précaution » car il est proposé d'adosser une charte de l'environnement à la Constitution et donc de donner un statut constitutionnel à ce Principe. Chacun développe des arguments de nature juridique, économique, politique, jugés sur la pertinence de cette décision mais il est clair que ce qui est au centre de cette controverse est bien évidemment le rôle et les limites que notre société française souhaite voir jouer à l'évolution des connaissances scientifiques.

Tout ce numéro de Risques est là pour rappeler que la croissance des richesses produites dans un pays comme le nôtre n'est pas évidente, qu'elle suppose une dynamique des esprits et qu'elle porte en elle-même certaines tensions sociales qu'une société moderne ne peut éluder. Le débat reste ouvert.

Jean-Hervé Lorenzi

1.

L'assurance sortie de crise



■ Henri de Castries

Président du directoire, groupe AXA

Henri de Castries

Président du directoire, groupe Axa

Entretien réalisé par Robert Leblanc et Jean-Hervé Lorenzi.

Risques : Henri de Castries, depuis que vous avez été nommé président du directoire du groupe Axa en mai 2000, à la suite de Claude Bébéar, les choses n'ont pas été faciles : chute des marchés financiers, sinistres de grande ampleur... Sommes-nous sortis maintenant de cette période difficile ?

Henri de Castries : La crise vécue par le secteur de l'assurance ces trois dernières années est inhabituelle car elle est très profonde et variée dans chacune de ses composantes. Les trois caractéristiques constatées n'ont jamais atteint une telle ampleur simultanément : une accumulation de sinistres sans précédent au moment où la crise financière prenait une forme exceptionnelle car se produisaient en même temps un effondrement assez profond des marchés actions – sans équivalent depuis 1929 – et une baisse des taux d'intérêt.

Traditionnellement, lorsqu'il y a une secousse des actifs des sociétés d'assurances, c'est soit parce que les taux d'intérêt montent tandis que les marchés actions baissent, soit parce qu'ils baissent et posent des problèmes sur les rendements futurs, effet classiquement contrebalancé par une croissance des marchés actions. Je pense qu'Axa est sorti parmi les premiers de cette crise car nous avons certainement été parmi les premiers à réagir, c'est-à-dire à réduire drastiquement nos dépenses et faire porter les efforts de l'ensemble des collaborateurs sur l'efficacité opérationnelle.

Risques : En quoi cette crise était-elle spécifique ?

Henri de Castries : La principale caractéristique de cette crise est l'impact qu'elle a pu avoir à la fois sur nos actifs, c'est-à-dire nos ressources, et sur

nos passifs, en l'occurrence, nos engagements vis-à-vis de nos clients.

Sur les actifs d'abord ; la baisse des taux d'intérêt et celle des marchés actions ont eu pour conséquences des plus-values latentes en hausse sur les actifs obligataires et une baisse de valeur du portefeuille actions détenu par les sociétés d'assurances.

Si l'organisme d'assurances est en situation de cash-flow net négatif, c'est-à-dire que le flux de souscriptions est inférieur au flux de résiliations et de rachats, alors il se retrouve contraint de vendre certains actifs afin de faire face à ses engagements vis-à-vis de ses clients. Cela a pour conséquence de peser encore davantage à la baisse sur les marchés actions, ce qui à son tour fragilise d'autant la structure financière des sociétés, qui rentrent alors dans la spirale infernale de liquidation de leurs actifs.

Si, en revanche, la société d'assurances est en cash-flow net positif, ce qui est le cas d'Axa, elle se retrouve donc en situation d'investisseur net sur le marché financier et n'a ainsi aucun besoin de réaliser ses actifs pour faire face à ses engagements. L'histoire pourrait s'arrêter là sauf que certaines pressions extérieures, des autorités réglementaires notamment, ont eu tendance à imposer aux sociétés d'assurances des ratios de solvabilité inadéquats, ne prenant pas en compte en particulier la situation du groupe dans son ensemble. Ces pressions ont pu avoir pour effet de forcer des sociétés d'assurances, par ailleurs en situation de cash-flow positif, à vendre une partie de leurs actifs pour satisfaire aux exigences locales des régulateurs et ainsi, d'une part, générer un déséquilibre dans leur gestion actif-passif et, d'autre part, accentuer de façon inopportune la pression vendeuse sur les marchés actions, induisant alors la mise en place d'un cycle vicieux de baisse des marchés actions, suivie par une accentuation de la fragilité des entreprises.

Axa n'a pas cédé à cette pression, forte de sa connaissance de ses réels besoins en capital et

bénéficiant en particulier de sa diversification tant géographique que dans le métier.

Dans cette période tourmentée, il a semblé préférable aux régulateurs de demander aux sociétés d'assurances de se référer à ce qui leur paraissait être une vraie valeur des actifs, à savoir la valeur de marché instantanée. Cette référence a conduit la plupart des acteurs à réaliser des provisions pour dépréciations à caractère durable d'actifs. C'était oublier une donnée fondamentale du métier de l'assureur qui est que l'assureur doit gérer ses actifs en fonction de ses engagements de passifs, le plus souvent des engagements de long terme. Cette évaluation des actifs en valeur de marché a eu pour conséquence de rajouter de la volatilité sur les résultats des sociétés et parfois d'inciter certaines entreprises à alléger la part actions de leur portefeuille en dépit de toute règle de bonne adéquation actif-passif, générant peut-être une solution de court terme mais porteuse de difficultés sur plus long terme.

À l'aune de l'implémentation des nouvelles normes comptables IAS (International Accounting Standards), il convient de s'interroger sérieusement sur le caractère adéquat de l'évaluation en valeur de marché pour les assureurs qui va à l'encontre des fondements même du métier.

De plus, je tiens à souligner qu'une solution, même transitoire, qui conduirait à une méthode de valorisation différente pour les actifs et les passifs des sociétés d'assurances, serait une aberration et porterait en elle les germes d'éventuelles profondes erreurs de gestion.

Je retiens donc, en premier lieu, que les autorités réglementaires doivent actualiser leur modèle de solvabilité, tant sur le plan conjoncturel (à situation de crise, mesure de crise) que sur le plan structurel (analyser un groupe mondial uniquement sur sa situation locale est forcément réducteur et peut porter à erreur d'interprétation) et que, en second lieu, les sociétés se sortant le mieux de cette situation sont celles qui, d'une part, ont su préserver un cash-flow net positif et qui, d'autre part, n'ont pas cédé à la tentation de sacrifier leur adéquation actif-passif sur l'autel d'une moins grande contrainte à court terme.

Risques : Vous avez évoqué aussi les conséquences sur les engagements vis-à-vis des clients. Qu'est-ce que cela veut dire ?

Henri de Castries : Sur les trois dernières années, nous avons dû faire face à des sinistres historiquement sans équivalent, qui en plus se sont produits au terme d'une période de dégradation des résultats techniques ; ainsi, les prix ne reflétaient plus le risque souscrit mais intégraient aussi des perspectives de résultat financier. Or, les acteurs auraient dû réaliser que les résultats financiers des dernières années étaient hors normes : les marchés actions ne peuvent croître de 15 % par an sur longue période si les indicateurs économiques ne suivent pas aussi les mêmes tendances.

Dans toute la partie collective d'épargne, la plupart des entreprises se sont accoutumées à voir leur base d'actifs augmenter dans des proportions telles que l'influence de la collecte nette de l'exercice sur les résultats était négligée. On pouvait avoir des réseaux commerciaux plus ou moins efficaces, des affaires plus ou moins bien gérées, les portefeuilles accumulés (pour ceux d'entre eux qui étaient en unités de compte) montaient à une vitesse telle que les commissions perçues sur ces actifs progressaient plus vite que les prévisions.

Cet état de fait a conduit à ce que, sur la partie dommages, le secteur subventionne les grands risques et les risques de particuliers en acceptant d'avoir des résultats techniques négatifs ; puis, la situation s'est fortement dégradée avec un sentiment de crise accélérée produisant des résultats techniques et financiers négatifs, et ce, au moment où le secteur de l'assurance était mal préparé à résister.

À ces éléments sont venus s'ajouter des sinistres de grande ampleur, dont on dit communément dans la profession, que même s'ils sont possibles, ils étaient peu probables. L'exemple le plus symbolique est le World Trade Center. C'est 50 milliards de dollars, soit deux fois et demie de plus que le sinistre historiquement le plus conséquent, le cyclone cap floridien Andrew d'un coût d'environ 20 milliards de dollars en 1992. Aucun scénario ne pouvait inclure un

tel événement. Le coût des inondations allemandes en 2002 s'inscrit également parmi ces cas hors norme. Nous avons donc constaté une destruction massive de capital, estimée par Standards and Poors et Fitch à environ 200 milliards de dollars. Destruction de capacité gigantesque avec, a fortiori, une importante diminution du nombre d'affaires souscrites, une plus grande sélectivité dans les risques souscrits et une fragilisation de certains acteurs.

Risques : Votre métier est-il fondamentalement bouleversé ?

Henri de Castries : Les stratégies et les résultats vont maintenant se différencier beaucoup plus rapidement que par le passé car, dans les années de prospérité, il était difficile de faire valoir la qualité de son bilan ; la qualité des résultats techniques ne servait pas à grand-chose et celle de la relation avec l'assuré n'était pas un élément essentiel pour attirer un plus grand nombre de clients.

La crise actuelle ne change pas les fondamentaux du métier mais elle va obliger les acteurs à exercer leur métier de façon plus rigoureuse, professionnelle et industrielle.

Ainsi, la pression qui est mise sur la qualité des résultats techniques ne va pas se lever immédiatement, sous prétexte que la fréquence des sinistres, en automobile en France, par exemple, a diminué. Si cette baisse de la fréquence est compensée par une hausse des coûts de réparation, les assureurs n'ont aucune raison de baisser leurs prix.

Bien entendu, en revanche, si l'expérience montre que, de façon pérenne, les résultats techniques s'améliorent, les prix seront forcément adaptés, loi de la concurrence oblige ! C'est d'ailleurs déjà le cas dans certains domaines.

Le métier de l'assurance est défini comme étant une protection financière, apportant la capacité d'offrir à l'ensemble des clients, individus ou entreprises, des solutions pour leur permettre de se protéger financièrement contre un ensemble d'aléas auxquels ils sont confrontés matériellement ou financièrement. Dans une vision assez lucide, cynique et positive, les

fondamentaux se sont même renforcés. La nécessité de couvrir les risques est plus forte, l'insuffisance d'épargne et de couverture est plus grande, le besoin de conseil s'est accru.

Risques : Pouvez vous nous donner quelques exemples ?

Henri de Castries : Je vous citerai deux exemples, le premier en assurance dommages et le deuxième en assurance vie.

Prenons d'abord l'assurance dommages. La tarification d'assurance des grands risques, il y a trois ans, ne se réalisait jamais au niveau de la direction générale. L'essentiel était le prix, puis ensuite tout le monde baissait les tarifs pour conserver un certain nombre de grands comptes. Ainsi, la sensibilité à la qualité du bilan, à la qualité de la couverture était faible. Un bien était faiblement acheté, considéré avec peu d'importance car le risque était peu probable. Le World Trade Center, AZF et les inondations allemandes ont contribué à faire changer la mentalité. Nous constatons aujourd'hui que les entreprises ont compris que l'un des éléments essentiels de leur compétitivité industrielle était la qualité de la couverture du risque. La discussion devient, de fait, bien plus sophistiquée. Nous pouvons faire valoir les arguments sur la solidité du bilan et sur l'importance de la prévention.

Les clients comprennent que le métier d'assurance est un métier de répartition et que, en l'occurrence, il y a une différence entre les bons et les mauvais risques, que l'assureur ne peut pas en permanence perdre de l'argent avec un certain nombre de risques industriels. Les entreprises analysent bien mieux aujourd'hui la probabilité de risques et la qualité de leurs fournisseurs de protection.

En assurance dommages, la perception du risque par le client est désormais plus forte, la sensibilité des clients à la qualité du bilan et à celle de la couverture technique est devenue bien meilleure.

Quant à l'assurance vie dans laquelle on peut inclure la gestion d'actifs, notre métier connaît une inquiétude forte à court terme car les clients voient la valeur de l'épargne accumulée diminuer lorsque l'investissement a été réalisé sur des produits en unité

de comptes depuis 1999. Globalement, nous constatons qu'une insuffisance de couverture des besoins de retraite s'est accrue avec la baisse des marchés. L'insuffisance d'épargne accumulée par les clients est une opportunité et non un inconvénient. En effet, pour conserver le même niveau de revenu au moment de la retraite, il faut épargner davantage ou travailler plus longtemps et peut-être d'ailleurs cumuler les deux.

Les produits d'assurance et les produits d'épargne que le métier est capable de fournir, qui offrent des garanties adossées à des bilans de bonne qualité, ont une valeur relative très largement supérieure à celle qui existait il y a deux ans : aujourd'hui, les clients sont plus attentifs à la solvabilité des assureurs et à la qualité des garanties proposées.

La crise violente qui a secoué le secteur ne semble pas inquiétante, ni pour la partie assurance de dommages, ni pour celle de l'assurance épargne. Cette crise ne modifie pas non plus les perspectives de long terme mais, au contraire, génère un renforcement.

La course devient infiniment plus sélective que par le passé car personne n'a la même stratégie, ni la même qualité d'exécution, et les résultats commencent déjà à être très différents.

Risques : Quels sont selon vous les principaux points de différenciation pour un assureur comme Axa ?

Henri de Castries : Il y a trois points essentiels sur lesquels les fonctionnements vont se modifier et qui définiront la possibilité de construire ou, à l'inverse, l'impossibilité d'atteindre des avantages compétitifs. Ce sont la gestion des trois composantes principales de l'environnement de l'entreprise : le capital et donc les actionnaires, les clients qui achètent nos produits et rencontrent nos conseillers, les hommes qui font que l'entreprise prospère.

La base de notre compétitivité, en peu de mots, c'est la capacité à maintenir durablement des prix de revient inférieurs à ceux des concurrents sur des produits que l'on tente d'avoir de meilleure qualité.

La gestion du capital est un élément très intéressant parce que ce n'était pas un facteur différenciant

auparavant. Aujourd'hui, l'essentiel de l'excès de capital a été détruit et certains acteurs n'en ont pas forcément assez.

La manière dont on gère son capital et la capacité à comprendre le niveau de capital nécessaire pour mener à bien son activité sont devenus des éléments clés de la compétitivité.

Dans notre activité, le capital est une matière première coûteuse qu'il convient de gérer avec la plus grande rigueur. Dans un métier de services comme le nôtre, l'autre élément primordial c'est la gestion des hommes, encore plus complexe.

Je citerai maintenant l'exemple particulier d'Axa car il y a un certain nombre de bons esprits qui pensaient que, parce qu'Axa avait connu la croissance la plus forte du secteur et était l'entreprise qui avait fait le plus d'acquisitions, elle serait la première à être dégradée en termes de notation et à solliciter le marché pour obtenir du capital supplémentaire. Trois ans se sont écoulés ! Axa a toujours les mêmes notations qu'en 1998. Peu d'acteurs ont réussi à conserver un rating supérieur ou égal à leur niveau de 1998 !

Axa n'a pas fait appel au marché, alors que la quasi-totalité des acteurs l'ont fait. Pourquoi était-ce possible ? Parce qu'Axa a développé des modèles performants d'analyse du capital et a conservé sa stratégie : Axa est resté dans le métier de la protection financière et a diversifié ses investissements dans ses pays clés. Si vous comparez Axa aujourd'hui à un certain nombre d'autres acteurs européens, la diversification géographique de ses activités apparaît meilleure que celle de ses concurrents. Les activités françaises représentent environ 25 % du total, c'est-à-dire à peu près la même chose que les activités américaines, les activités anglaises et japonaises représentant environ un quart des activités du groupe. Axa est mieux diversifié en termes de profil de risque que les sociétés d'assurances qui ont 40, 50, ou 60 % de leurs affaires dans un seul pays.

Risques : Qu'est-ce que cela apporte ?

Henri de Castries : Cette diversification géographique, si elle est accompagnée par des modèles

fins d'allocation de capital, permet d'optimiser l'allocation de ses ressources en fonction du niveau de risque et de performance souhaité. C'est un grand avantage compétitif !

L'avantage de cette stratégie, c'est qu'Axa est partie prenante dans un certain nombre de grands marchés avec des positions significatives. Je pense que la grande force du groupe est que Claude Bébér, pendant vingt ans, a été d'une discipline de fer sur ce qu'était le métier ; il ne s'est jamais laissé séduire par les sirènes de la diversification et Axa a poursuivi le même métier sur des territoires qui permettent de diversifier le risque, mais à chaque fois avec une taille suffisante.

Le capital est donc un élément fondamental et cela va, à l'évidence, continuer. Le secteur de l'assurance dans son ensemble a un écart de technologie par rapport au secteur bancaire dans l'analyse de son capital. Pourquoi ? Parce que les réglementations de solvabilité bancaire ont contraint les banques à avoir des modèles beaucoup plus sophistiqués, beaucoup plus tôt que les assureurs.

En ce qui concerne les marges de solvabilité, quand on vous dit qu'il faut 16 % du montant des cotisations en assurance dommages, sans certitude toutefois, par précaution on vous demande le double, c'est-à-dire 32 %. Cependant, ce calcul ignore le profil de risque de chaque branche. Cela signifie que quelqu'un qui baisse ses prix a besoin de moins de capital que quelqu'un qui les augmente. Ainsi une entreprise qui est dans une situation de très grande difficulté et se met à faire de la souscription à tout va a besoin de moins en moins de capital. Ces modèles réglementaires de calcul du capital sont inadaptés et il faut s'orienter vers des modèles plus sophistiqués.

Le capital est maintenant un élément différenciant, c'est la base d'un bilan solide et d'une notation de qualité.

Ensuite, il nous faut bien gérer les réseaux de distribution de nos produits, c'est-à-dire les agents, les réseaux salariés, les relations que nous avons avec les courtiers.

C'est un élément fondamental. On entend dire quelquefois : « Le modèle de distribution classique par agents des assureurs est dépassé ».

À l'époque où j'ai pris mes fonctions chez Axa, en août 1989, un quotidien annonçait que la distribution par agents généraux était condamnée et que probablement nous finirions par mourir ! Mais, quinze ans plus tard, cette affirmation est restée fautive. Le mode de distribution par agents existe toujours et, personnellement, je pense qu'il continuera à exister car lorsque l'on regarde sa productivité, elle reste plus forte que le mode de distribution bancaire.

En réalité, il n'y a pas de système de distribution meilleur qu'un autre, l'essentiel réside dans la gestion du système. Le choix est toujours le même : être dans un seul métier et diversifier notre distribution à l'intérieur des territoires où nous travaillons en cumulant distribution captive et partenariats. Ainsi, en France, nous bénéficions de réseaux d'agents généraux dont nous renforçons l'activité en travaillant avec les courtiers, mais aussi avec des réseaux salariés. Pourquoi cette stratégie chez Axa ? Parce que l'on diversifie les risques quand on utilise divers modes de distribution. En revanche, nous n'estimons pas utile d'acheter, par exemple, les réseaux de distribution d'autres établissements bancaires parce que cela ne nous paraît pas nécessaire pour réaliser des affaires avec eux.

Dans ce type de fonctionnement, il y a évidemment des efforts de restructuration importants à prévoir pour optimiser le fonctionnement des réseaux.

Pourquoi ? Parce que leur productivité est insuffisante. C'est vrai qu'il faut regrouper les agences, qu'il faut obtenir que la productivité par salarié soit plus forte et qu'il faut gérer de façon musclée les relations avec le courtage... Mais connaissez-vous un métier industriel dans lequel ces éléments ne soient pas vrais ?

Risques : La distribution est elle vraiment essentielle ?

Henri de Castries : Bien sûr, car elle est un élément différenciant et, dans les deux ou trois ans à venir, nous verrons quels sont les acteurs qui gagnent des parts de marché et ceux qui en perdent.

Enfin, une idée fautive circule selon laquelle les banques ont capturé une part significative du marché des assureurs. C'est complètement faux !

Évidemment, elles occupent une partie croissante du marché de l'assurance vie, mais il s'agit en réalité d'un transfert d'épargne déjà constituée vers l'assurance vie. La part des banques dans la collecte de l'épargne a diminué au cours des dix dernières années au profit des réseaux d'intermédiaires, la plupart du temps indépendants, ou bien des réseaux d'assurances. Cela est vrai aux États-Unis, en Allemagne, en France...

Risques : Que peut-on dire de l'évolution des produits ?

Henri de Castries : En sortie de crise, je pense que les produits seront différents de ceux qui précédaient la crise. Étant donné qu'il n'y a pas de brevet, il est possible de copier les produits que fabrique un concurrent. Cependant, pour les copier intelligemment, c'est une autre affaire. La garantie pour le client en apparence est la même, mais la manière dont elle est structurée est souvent différente et cela porte à une déconvenue très profonde soit pour le client, soit pour l'opérateur.

Je vous propose un exemple précis : ce sont des produits américains d'épargne que l'on appelle GMDB GMIB qui donnent respectivement des garanties en capital en cas de décès ou des garanties de revenu en cas de vie. Ces produits sont très compliqués à construire dans leur structure de couverture.

La sophistication des programmes de couverture est telle qu'un certain nombre d'assureurs se sont trompés, c'est-à-dire qu'ils ont une obligation vis-à-vis de leur client avec des couvertures inexistantes ou insuffisantes. En revanche, ceux qui ont bien structuré leur garantie font sur le plan commercial des résultats spectaculaires. Axa génère cette année une progression de l'ordre de 30 ou 35 % des ventes aux États-Unis grâce au fait que nous avons été les premiers à mettre les produits sur le marché, avec une expérience de plus de dix ans, et surtout que nous savons comment les couvrir. Certains assureurs se sont brûlés les doigts pour les avoir mis sur le marché en 2000 et avoir délivré des garanties mal structurées.

Un autre exemple est la possibilité d'innovation produits offerte par la nouvelle loi sur la retraite

en France, qui sera certainement un élément de différenciation des différents acteurs.

Risques : Y a-t-il d'autres éléments de différenciation pour une entreprise comme Axa ?

Henri de Castries : Oui, et c'est peut être la plus importante, la gestion des équipes pour promouvoir l'état d'esprit industriel et les qualités comportementales.

En ce qui concerne l'état d'esprit industriel, je pense que le secteur de l'assurance vit une évolution un peu comparable à ce qu'a été l'industrie automobile. Quand on essaie de caricaturer l'industrie automobile il y a trente ou quarante ans, on s'aperçoit que les personnes les plus importantes étaient celles qui construisaient les moteurs car le vrai risque était que le moteur tombe en panne. Dans l'assurance, ces personnes sont les actuaires. Ensuite, l'industrie automobile s'est vraiment intéressée au client, à vendre de l'emballage ; le métier a évolué. Dans notre métier, c'est identique : si nous n'avions que des actuaires, nous ne parviendrions jamais à avoir une offre client bien structurée.

En réalité, il y a deux aspects sur lesquels il faut faire de gros progrès :

- le premier, c'est la qualité de service ; malgré des progrès, nous sommes encore loin d'atteindre la qualité des meilleures industries de service ;
- le second, sur lequel il nous faut progresser fondamentalement, ce sont les prix de revient.

L'augmentation de nos marges est tributaire de notre capacité à baisser nos coûts, sans toutefois dégrader le service. Le défi consiste à augmenter la qualité de service en baissant les prix, et cela suppose d'adopter un raisonnement d'industriel. Dans notre métier, nous n'étions pas habitués à mesurer. Les comportements doivent donc changer fondamentalement.

À cet effet, depuis quelques années, nous avons étoffé les équipes d'Axa, reconnues pour leur professionnalisme dans le métier de la protection financière, par des compétences industrielles de façon à développer une culture de performance

opérationnelle, de rigueur et de méthode. Nous avons mis en place un certain nombre de méthodes d'analyse qui permettent d'évaluer nos procédés pour améliorer nos résultats. Notre programme de réduction de dépense était de 700 millions d'euros et nous avons atteint plus d'un milliard d'euros ! Nous arrivons maintenant à un exercice qui devient plus subtil, c'est-à-dire qu'il faut à la fois accélérer la croissance et continuer à réduire les coûts unitaires. C'est impératif ! Cela va d'ailleurs être un facteur très fortement différenciant entre les sociétés d'assurances.

Réduire les coûts unitaires, cela signifie modifier la façon dont chacun exerce son métier sans pour autant le changer. Cela demande un effort en interne à chacun de nos collaborateurs pour arriver à faire son métier de façon plus efficace. Cela signifie aussi sortir de la boîte logique et optimiser les coûts des réparateurs de façon à minimiser les coûts des sinistres sans perdre de vue la qualité de service au client.

Il n'y a pas de fatalité des prix de revient dans ce métier pas plus que dans d'autres. Arriver à abaisser les prix de revient est un élément clé de différenciation.

Risques : Vous proposez une véritable révolution des esprits ?

Henri de Castries : Oui, il faut un véritable changement d'état d'esprit « comportemental », ce qui n'est pas aisé car la gestion des hommes est ce qu'il y a de plus difficile. C'est un sujet sur lequel on se trompe souvent et sur lequel il faut passer le plus de temps. Mon avis est qu'il faut de plus en plus aller vers une logique où l'organisation est la plus transparente possible. En effet, la stratégie c'est bien, mais si l'organisation ne correspond pas à la stratégie parce que l'on fait trop de compromis, cela ne fonctionne pas. Les hommes doivent correspondre au besoin non seulement en termes de qualification, mais également en termes de valeurs.

Le mode de management des équipes est fondamental ; comme le métier est techniquement compliqué, difficilement explicable et assez bureaucratique, le

changement des comportements est parfois difficile à accepter mais absolument indispensable.

La chance que nous avons chez Axa est que nous avons essayé d'aborder cet aspect il y a bien longtemps : c'était l'un des leitmotiv de Claude Bébéar. J'entends bien d'ailleurs que cela continue et je pense que l'on ne peut réussir qu'en étant différent. Ce challenge passe par une responsabilité de l'ensemble des niveaux hiérarchiques et par la transparence vis-à-vis de l'ensemble des collaborateurs. C'est très important d'inciter les gens à être courageux, et l'une des choses les plus difficiles est de savoir, pour le patron, écouter les silences et encourager la remontée des mauvaises nouvelles. Les bonnes nouvelles remontent toutes seules.

Il faut créer un état d'esprit dans lequel les personnes qui voient venir de mauvaises nouvelles ont le courage de les dire et ne sont pas sanctionnées parce qu'elles les ont dites. Nous devons encourager les nouveaux comportements et expliquer aux collaborateurs que dans toute organisation qui vit, il y a forcément des situations qui vont mal.

Ce serait très inquiétant de vivre dans une organisation dans laquelle on a le sentiment que tout va bien. Il faut vraiment essayer, sans négativisme, de promouvoir les attitudes qui consistent à faire remonter les problèmes pour que l'on en parle de façon adulte et que l'on essaye de les traiter le plus vite possible.

Un dernier élément me paraît significatif quand on a la chance d'être comme Axa un groupe qui a des activités avec des parts importantes dans plusieurs très grands marchés ; c'est qu'il faut faire en sorte que les gens se parlent et travaillent ensemble parce que l'on peut tirer parti des connaissances multiples et de l'effet de taille.

Souvent, chacun pense que l'échange de « bonnes pratiques » consiste à imposer à l'autre ce que l'on fait. C'est la petite entité qui voit venir avec appréhension la grosse entité parce qu'elle se dit que cette dernière va lui imposer son modèle de fonctionnement. C'est la grosse entité qui considère que les plus petites n'ont rien à lui apprendre et ne voient pas l'avantage à regarder ce qui se pratique ailleurs. La solution est

dans le changement des mentalités. Il s'agit de promouvoir le partage des idées entre les collaborateurs et de renforcer les échanges entre toutes les entités du groupe.

Risques : En conclusion, êtes vous optimiste ?

Henri de Castries : Même si les temps présents sont difficiles, et c'est difficile tous les jours, les fondamentaux restent porteurs. C'est ce qui incite à vouloir aller toujours plus loin dans la qualité et la performance.

Si chez Axa nous avons pu traverser cette tempête sans précédent, il n'est pas en revanche certain que le

secteur en soit totalement sorti. Toutefois, je suis optimiste sur le futur de notre métier car les événements dramatiques et catastrophiques, que nous avons vécus depuis plus de trois ans maintenant, ont remis notre rôle d'assureur au centre des préoccupations des acteurs économiques, nos clients sont plus conscients que le risque existe et qu'il faut se prémunir des effets que ceux-ci ont sur l'activité économique et son développement. Il y a de vraies raisons, pour ceux qui utiliseront les leviers que j'ai évoqués, d'être optimistes et de continuer à considérer que ce métier est un métier absolument formidable parce qu'il combine toutes les caractéristiques des métiers d'hommes et des métiers de croissance.

2.

Le défi de la responsabilité civile médicale

techniques

■ Guy Vallancien

État de la pratique médicale en France

■ Jean-François Rey

Quatre acteurs sans scénario commun

■ Hélène Intrator

Analyse des lois Kouchner et About

■ Olivier Muraire

GTAM : premier retour sur expérience

■ Michel Dupuydauby

L'obligation de prendre des risques

■ Michel Germond

L'avenir de la responsabilité hospitalière est-il assuré ?

ÉTAT DE LA PRATIQUE MÉDICALE EN FRANCE

Guy Vallancien

Professeur d'urologie à l'université Paris-V René-Descartes

La crise qui secoue les habitudes de la pratique médicale et l'organisation des institutions de soins publiques ou privées a de multiples causes, qui ont été abondamment analysées sans qu'aucune solution médicalement efficace dans son ensemble et économiquement supportable n'ait fait la preuve de sa supériorité. Cette crise n'est en rien particulière à la France et touche la totalité des pays à haut pouvoir d'achat par tête d'habitant. La multiplication des plans de réforme de l'assurance maladie, les conventions médicales diverses et les aménagements successifs du financement des hôpitaux et des cliniques n'ont pu depuis vingt ans enrayer le déficit d'une Sécurité sociale aujourd'hui à l'agonie, qui ne vit que de la perfusion financière de la Caisse des dépôts. Nous sommes en plein acharnement thérapeutique alors qu'il faudrait plutôt aider le moribond à mourir et nous intéresser à une autre conception de la distribution des soins et de son financement.

Un système fou

Est-il permis de rappeler certaines évidences qui peuvent fâcher ?

1) Il n'y a plus de médecine libérale en France. 0,3 % des médecins exercent hors convention, et parmi eux, tous quasiment sont installés en Île-de-France. On peut donc considérer que la totalité des médecins (privés et publics) exercent dans le cadre d'un système de distribution des soins administré – certains dans un cadre juridique privé, d'autres dans un cadre juridique public. Les médecins et soignants qui pratiquent dans l'un ou l'autre des systèmes s'ignorent souvent et s'épient toujours, les uns étant considérés par les autres, selon leur mode d'exercice, comme des « commerciaux » ou des « sous-productifs » ; or tous sont financés (honorés ou salariés) à partir des prélèvements obligatoires de l'assurance maladie.

2) Si la collecte de l'argent passe globalement par un guichet unique, la redistribution, elle, est totalement anarchique. On ne sait toujours pas, du ministre de la Santé, du ministre des Finances ou du président de la CNAM qui est le véritable patron de l'assurance maladie. Ainsi, près de 50 milliards d'euros, votés par les députés sur des bases uniquement comptables sans références aux besoins réels de soins et de prévention, sont gérés par plusieurs « patrons » qui, en fonction de leur propre influence, tirent plus ou moins les ficelles du grand jeu de la Sécurité sociale.

Comme il n'y a pas de véritable responsable, on ne voit pas comment l'argent distribué le serait à bon escient, en ciblant les priorités et en évaluant les pratiques et les résultats des actions entreprises.

3) Le parc hospitalier français (le plus dense du monde avec 1 500 établissements) n'obéit à aucune logique d'organisation rationnelle des soins dans un bassin de population donnée, même si de gros efforts sont entrepris par les agences régionales d'hospitalisation pour mettre fin à cette anarchie.

4) La multiplication des directives administratives de plus en plus dictées par le principe de précaution, les interventions incessantes des élus en faveur de « leur hôpital » ajoutent de multiples nuisances à la bonne marche des établissements de soins.

Dans les hôpitaux, la sous-culture managériale des médecins et de nombreux administrateurs ne favorise pas un fonctionnement optimal, alors que ce sont de véritables entreprises de milliers de salariés, dont les budgets se comptent en centaines de millions ou en milliards d'euros.

5) Dans les établissements privés, la tarification à l'acte expose mécaniquement les propriétaires à une inflation d'actes à l'utilité discutable, pour survivre, sachant que personne ne viendra tendre la main à la clinique qui fait faillite, alors que les hôpitaux vivent médiocrement, mais sans la crainte de leur mort possible – service public oblige.

6) L'industrie médicale française est moribonde. À part un possible très gros laboratoire pharmaceutique français à dimension mondiale en gestation, nous avons un tissu de petites entreprises en danger de mort, surtout si l'on ne rembourse plus, à juste titre, toutes les potions inutiles et coûteuses. Nous avons bradé notre industrie radiologique, nous n'avons plus de facteurs de matériels endoscopiques et chirurgicaux. Chaque fois que nous prescrivons un scanner ou une échographie, nous enrichissons General Electric, Siemens ou Toshiba. Quand nous commandons des instruments de chirurgie, nous faisons monter les actions de Johnson et Johnson ou de Tyco. Quand nous utilisons des endoscopes, nous engraissons Olympus, Storz, ou Circon Acmi, alors que nous avons tout pour réussir il y a trente ans – sauf sans doute une vision politique déterminée et des investisseurs courageux, décidés à ne pas nous laisser déborder par les États-Unis, l'Allemagne ou le Japon. Quelles pistes emprunter à partir de ce constat reconnu par tous pour éviter de nous perdre corps et bien dans les sables mouvants de la pensée stéréotypée ?

Cinq mots-clés nous guideront avec pour seul but d'assurer des soins de qualité à tous : économie de santé, responsabilité, contrat, évaluation et *numerus clausus*.

Remettre de l'ordre dans le système de soins est possible à la condition expresse de savoir évaluer les besoins et d'y répondre de façon totalement pragmatique.

Une économie médicale

Cessons de penser que la médecine n'est pas une économie, voire une industrie. C'en est une, et une très grosse, au service du bien être, qui fait travailler directement ou indirectement deux millions de Français. C'est elle qui devrait nous permettre des recherches de plus en plus fructueuses dans tous les domaines, qu'il s'agisse de la génétique, de la robotique chirurgicale, des médicaments innovants, de l'amélioration du handicap, de la réduction de l'exclusion ou encore de la prévention des maladies.

On se gausse des 14 % du PIB dépensés par les Américains, souvent mal soignés (quarante millions d'entre eux sont exclus du système de soins) alors que les indicateurs de santé publique sont, dans ce pays, loin d'être les meilleurs. Mais on oublie de rappeler que les États-Unis possèdent la plus grande industrie médicale au monde (matériels et médicaments), source de profits, de recherche et d'emplois.

Existe-t-il une spécificité éthique à l'économie médicale ? Contrairement à ce que beaucoup pensent, je n'en suis pas sûr. En toute logique, on ne voit pas pourquoi il y aurait des règles de marché spécifiques à l'industrie médicale. Les scandales récents d'entreprises déviantes du monde capitaliste montrent simplement que les contrôles n'ont pas été exercés comme il le fallait.

En avançant plus loin, on peut alors se poser la question du « service public à la française » dont les rigidités administratives, le mode de rémunération non incitatif des agents et les lourdeurs d'intervention se conjuguent mal avec le monde extraordinairement changeant dans lequel nous vivons. De la notion de « service public », dont certains de mes collègues se targuent pour ne surtout pas bouger de leur cocon tout en pétitionnant à tour de courriels, ne faudrait-il

pas évoluer vers la notion « d'intérêt général », sous forme de contrats de missions que chaque médecin ou établissement pourrait signer avec les autorités compétentes ? Il serait ainsi beaucoup plus facile de créer des partenariats efficaces entre médecines privée et publique sans lesquels aucune réforme de l'assurance maladie ne réussira.

Décliner des objectifs de santé publique à atteindre dans un temps donné, à partir du constat des manques et des souffrances humaines d'aujourd'hui, apparaît autrement motivant que de passer son temps en négociations stériles avec un syndicat sur cinq pour obtenir un paragraphe, ou s'épuiser en luttes intestines entre diverses administrations qui toutes ont un droit de regard sur vos moindres agissements.

■ Responsabilité

Pour optimiser une production humaine, il existe des recettes bien connues, notamment faire confiance aux acteurs, les laisser inventer et tester leurs propositions, mais aussi, une fois les grandes lignes d'actions déterminées à partir des expériences venues du terrain, enclencher un processus d'adhésion par contrat pour des missions variées, en fonction de ses propres capacités et des demandes locorégionales ou nationales – c'est-à-dire faire exactement l'inverse de ce que l'administration sait faire, à savoir contrôler « à priori ».

■ Contrat

À l'hôpital, les médecins, tout en gardant leur statut public, devront signer des contrats d'objectifs de moyens avec leur hiérarchie et subir une évaluation de leur pratique et de leurs résultats avant d'être récompensés selon ces derniers. Les administrateurs hospitaliers seront soumis aux mêmes processus d'évaluation et de récompense en cas d'atteinte des objectifs ; les deux communautés (médicale et administrative) auront donc à travailler de concert sous peine de fragiliser l'établissement dans lequel elles exercent. Le projet « Hôpital 2007 » va dans ce sens et représente une chance de faire passer l'hôpital du Moyen-Âge à la modernité managériale, alors que

la technicité médicale, elle, a considérablement progressé. C'est sans doute une telle fracture entre des progrès médicaux gigantesques et l'absence d'organisation adaptée à leur temps de la part de nos hôpitaux qui est à l'origine du malaise actuel. Comment rattraper le retard que subit l'hôpital dans son organisation au quotidien, quand il doit faire face à des pathologies lourdes et des traitements de plus en plus compliqués, si ce n'est, très modestement, en nous inspirant de l'organisation des entreprises qui ont réussi dans d'autres domaines ?

■ Évaluation

Quel que soit le lieu où ils pratiquent, les médecins devront être évalués périodiquement dans leurs connaissances (tous les cinq ou sept ans), et en temps réel dans leur pratique. Il existe actuellement suffisamment de recommandations françaises ou internationales pour nous permettre d'évaluer la pertinence d'un acte médical, c'est-à-dire de savoir si le traitement était réellement à proposer, s'il a été réalisé dans les normes et si le résultat est aussi dans la fourchette de ce qui est admissible.

Une fois reconnue la bonne pratique des médecins, comment et à quel niveau les honorer ? Tout en admettant que le paiement à l'acte est mort, la réponse m'apparaît aujourd'hui très secondaire dans la mesure où ils devront, quel que soit le système retenu, être bien payés eu égard à la longueur de leur formation, à leurs responsabilités, à la pénibilité de la pratique et aux risques judiciaires qu'ils encourent.

■ Numerus clausus

Afin de limiter le danger médical et financier d'une multiplication des actes inutiles, nous devons, contrairement à la tendance actuelle, ne pas augmenter le nombre de médecins. Les projections sur l'avenir exprimant l'accroissement de 30 ou 40 % des besoins dans vingt ans ne reposent pas sur des données suffisantes, et même si les 35 heures et la féminisation de la profession sont responsables de moins de présence médicale sur le terrain, encore faudrait-il savoir ce qu'un médecin doit faire. Est-ce au

généraliste de faire une visite pour prendre la tension d'une vieille femme qui vit à la campagne ? Non, trois fois non, c'est à une infirmière praticienne qui serait formée au prix d'un cursus supplémentaire d'effectuer cet acte puis d'en référer au médecin. Déplace-t-on la grande échelle pour un simple feu de cave ?

Sous prétexte de discussions d'honoraires de conventions, les partenaires médicaux et les caisses d'assurance maladie ont ensemble totalement dégradé la chaîne des soins : aujourd'hui l'infirmière change les draps des malades et fait le travail de l'aide-soignante, le généraliste prend la tension artérielle quand c'est le rôle de l'infirmière et le spécialiste fait le diagnostic alors que c'est le métier du généraliste. Il nous faut énergiquement rétablir une chaîne des soins efficace ; il n'est pas besoin d'avoir fait dix ou douze ans d'études pour contrôler une tension ou signer un certificat d'aptitude à faire du sport en classe !

Les médecins devront en outre comprendre, dans la mesure où c'est la communauté des citoyens qui les payent, qu'ils ne pourront plus s'installer où bon leur semble mais bien là où sont les besoins, et qu'il leur faudra en outre exercer dans de gros cabinets de groupes (20 à 40 personnes), les « maison médicales ». Là, ils pourront consulter sur place, assurer l'astreinte de permanence de soins ou consulter à distance dans des zones peu peuplées, d'autres pourront être en formation continue, d'autres enfin en repos...

Ces médecins seraient, de plus, secondés par des infirmières praticiennes dans de nombreuses tâches.

Tel est l'enjeu des années qui viennent sans qu'il y ait besoin d'injecter encore et toujours de l'argent frais, qui s'évapore aussitôt dans la gabegie ambiante. Il faudra donner des moyens aux hôpitaux pour qu'ils se lancent dans la réforme sans états d'âme, car la reconnaissance de la bonne action doit être récompensée.

La restructuration de l'offre de soins passe par une définition des missions des différents hôpitaux et autres institutions sanitaires de France, depuis le mastodonte CHU jusqu'à l'hôpital rural qui, contrairement à ce que certains pensent, a son utilité. Certaines régions sont vastes, comme la Bourgogne,

avec une faible population dispersée, d'autres sont des monstres de concentration urbaine (l'Île-de-France par exemple) et les problèmes d'accès aux soins ne se posent pas dans les mêmes termes.

Investir dans un scanner pour un petit hôpital n'est sans doute pas absurde : pour un diagnostic, la proximité peut se défendre ; mais vouloir aussi garder, dans la même structure, un service de chirurgie au débit incertain serait une erreur.

Les petits hôpitaux pourraient assurer les soins d'urgence de base (« bobologie »), au besoin réalisés par des infirmières spécialisées, les suivis de soins aigus lourds seraient traités dans les gros hôpitaux plus lointains et les maladies chroniques en relais avec les établissements plus spécialisés grâce aux systèmes de vidéotransmission : ceux-ci permettent, avec une grande fiabilité et pour un coût acceptable, d'échanger au jour le jour des informations radiologiques, biologiques et anatomo-pathologiques.

Les caisses d'assurance maladie devront jouer un autre rôle que celui de courir après les médecins pour chercher le grain de sable qui pourrait coincer une machine déjà à bout de souffle.

80 000 employés de la Sécurité sociale pour 200 000 médecins soit un rapport de 1 pour 3 : aucun pays au monde ne s'est jamais offert un tel luxe alors que la télétransmission et la carte vitale permettent de traiter une grande majorité des dossiers. Les 3 000 médecins des caisses devraient intégrer les établissements de soins et les aider à faire mieux en participant à la direction des systèmes d'informatique médicale ou à l'accréditation des procédures.

Les responsables politiques devraient à leur tour changer leur attitude, qui consiste à limiter les ressources de l'Ondam lorsqu'ils sont sur les bancs de l'assemblée et, dès le week-end suivant, à prendre la tête du défilé pour empêcher de fermer leur propre hôpital. La question n'est pas de savoir si le maire doit rester ou non président du conseil d'administration de l'établissement – qui est en général le premier employeur de la ville –, mais sans hésiter le considérer comme le garant de la qualité de la prise en charge des malades. Il en irait de sa responsabilité en cas d'accident si la restructuration, acceptée par les

commissions médicales d'établissements pour des raisons d'efficacité et de sécurité (notamment en cas de fusion ou de partage de tâches entre deux hôpitaux proches), ne se faisait pas sous des prétextes électoraux. La responsabilité des Français en général dans la dérive des dépenses de soins est importante : directement par leurs demandes de prescriptions incongrues, leur non-respect fréquent des prescriptions vraiment utiles, et indirectement par la poussée de la judiciarisation médicale. Nous devons sanctionner sans hésiter toutes les dérives d'arrêt de travail, les bons de transports excessifs, les demandes d'exams biologiques ou radiologiques pour se rassurer, le nomadisme médical et autres agissements irresponsables qui traduisent une absence d'esprit de solidarité. Nous devons, enfin, miser sur le long terme

en apprenant aux écoliers les bases de la médecine, meilleur moyen de les sensibiliser à des comportements plus citoyens.

Nous sommes à un tournant de notre histoire de la protection sociale difficile à négocier ; en effet, outre les moyens financiers nécessaires pour accompagner toute réforme, c'est un profond changement de mentalité des médecins et des autres acteurs du système de soins qu'il faut susciter et ce dans des délais assez courts ! Sans une réorganisation massive de la distribution des soins et sans une évaluation de leur qualité, nous ne pourrions espérer offrir aux malades et à leurs familles une prise en charge humainement digne et médicalement efficace, alors que la France reste un pays où l'art de la médecine est reconnu bien au-delà de ses frontières.

QUATRE ACTEURS SANS SCÉNARIO COMMUN

Dr Jean-François REY

*Président de l'U.M.E.S.P.E
Union nationale des médecins spécialistes*

Depuis trois ans, la responsabilité civile médicale empoisonne les rapports entre professionnels, mais également ceux entre les professionnels et l'État et entre professionnels et patients.

Les professionnels

Incontestablement, nous avons sous-estimé en France l'implication du médico-légal et la judiciarisation de notre système de santé avec la volonté d'indemniser à tout prix tout préjudice ; ce qui est légitime sur le plan humain ne l'était pas sur le plan judiciaire et assurantiel. Au cours des années 1990, à travers une évolution de la jurisprudence et en utilisant le défaut d'information puisque l'aléa thérapeutique n'existait pas, les juges ont profondément perturbé les relations médecins/malades puis médecins/assurances.

Les professionnels, dans leur grande majorité, n'ont pas été suffisamment vigilants à l'égard de cette évolution, ce qui a entraîné des condamnations particulièrement lourdes en termes financiers pour certaines spécialités telles que l'obstétrique, la chirurgie, l'anesthésie-réanimation et l'échographie anténatale. Si les anesthésistes, à travers leur syndicat, ont rapidement réagi en mettant en place des structures de gestion du risque, les autres spécialités ont pendant longtemps compté sur la solidarité assurancielle de leurs confrères, notamment en ce qui concerne les mutuelles médicales ou leurs assureurs généralistes. De ce fait, l'évolution a été brutale ; sans déclaration de sinistre, les cotisations sont passées en quatre ans de 5 000 à 20 000 euros, à l'exception de

celles des anesthésistes-réanimateurs qui, grâce à leur politique de gestion du risque, se sont stabilisées aux environs de 7 000 euros.

Les assureurs

Il existe dans le monde de la responsabilité civile médicale deux types d'assureurs : les mutuelles créées par les médecins eux-mêmes (Sou médical, MACSF) et les assureurs généralistes. Les mutuelles proches du corps médical sont rapidement arrivées aux limites de la solidarité là où les spécialités cliniques et la médecine générale payent proportionnellement une cotisation plus importante par rapport à l'absence du nombre de sinistres que celle des spécialités à risques. Parfois, les provisions ont été insuffisantes, ce qui a conduit le Sou médical à une situation financière difficile et à une fusion avec la MACSF. Si l'évolution de la sinistralité n'a pas paru toujours claire, il faut reconnaître que les chiffres fournis par ces mutuelles sont proches de la réalité et expliquent qu'elles n'aient pu souhaiter de nouveaux adhérents exerçant des spécialités à risques assuranciels évidents.

Quant aux assureurs généralistes, comme ils l'ont expliqué à plusieurs reprises, la responsabilité civile professionnelle médicale représente une ligne financière extrêmement réduite. Au moment où, à travers les multiples catastrophes naturelles et les attentats, la

bourse a vu s'effondrer les produits financiers, la chasse aux « gaspis » et aux lignes financièrement improductives de toute société libérale ayant des actionnaires les a conduits très rapidement à exclure les médecins ou à se retirer complètement de l'assurance responsabilité civile professionnelle des praticiens et des établissements de soins. Il ne faut pas attendre de sociétés commerciales une solidarité qui n'est pas leur raison d'être.

Incontestablement, les assureurs ont instrumentalisé les médecins pour obtenir du gouvernement une modification plus favorable financièrement à leur demande, en utilisant leur pouvoir de retrait mais en se gardant bien de s'engager à modérer les cotisations en cas de modifications de la réglementation. Mais là encore, l'organisation du système est telle qu'une fédération d'assurances ne peut que donner des recommandations et non signer des contrats pour ses multiples mandants.

Les patients

L'évolution de la société française est telle que le moindre incident ou accident donne désormais lieu à la recherche d'un coupable susceptible d'avoir une assurance permettant d'obtenir une indemnisation. Ceci s'est vu dans le monde médical où le moindre aléa thérapeutique a conduit le médecin et son assurance à apporter une réponse financière à l'absence de solidarité nationale. Une démarche analogue a eu lieu vis-à-vis des personnalités politiques locales : tout maire est actuellement susceptible d'être mis en examen, pour un poteau de but de football mal scellé entraînant un accident par exemple – c'est d'ailleurs pourquoi les politiques ont, avec une grande prudence, rapidement modifié la loi : pour se protéger.

En ce qui concerne les patients, la loi sur l'aléa thérapeutique, dite « loi Kouchner », qui devrait résoudre la totalité de nos problèmes, a été mal comprise et ses effets sont encore insuffisants pour peser sur le marché assurantiel et réduire nos cotisations d'assurance. En effet, malgré cette loi et sa

modification par la loi About, une grande incertitude demeure sur la prise en charge financière de l'aléa thérapeutique. Les commissions régionales sont à peine en place et commencent à rendre leurs premiers verdicts. De ce fait, les assureurs attendent des effets bénéfiques à moyen et à long termes avant de s'engager à nouveau sur le marché. De leur côté, les patients considèrent qu'à travers la loi « Kouchner », ils ont le droit d'obtenir systématiquement une indemnisation et continuent à faire des déclarations inconsidérées et à engager des poursuites tant au pénal qu'au civil vis-à-vis des médecins, quand ceci pourrait se régler à travers les commissions régionales.

Le gouvernement

Il faut s'étonner à la fois des nombreuses réunions entre le gouvernement, les professionnels, les assureurs et les patients depuis deux ans et la relative inefficacité de l'action gouvernementale dans ce domaine. En effet, la loi About, votée dans la précipitation, n'aura pas d'effets bénéfiques en termes financiers avant deux ou trois ans. En revanche, il y a urgence pour les spécialités touchées par ce problème. L'augmentation extrêmement importante des cotisations d'assurance conjuguée à la morosité ambiante due au blocage des honoraires et à des facteurs liés à l'âge, conduit un certain nombre de confrères soit à cesser leur activité, soit à la réorienter. L'exemple des gynécologues-obstétriciens est le plus flagrant. Nous manquons d'obstétriciens, leurs conditions de travail deviennent de plus en plus difficiles, les cotisations d'assurance exorbitantes ; de ce fait, ils cessent cette activité difficile et à risques pour se réorienter vers une activité de gynécologie médicale. Dans quelques années, nous n'aurons plus d'obstétriciens et cela sera l'une des résultantes directes de ce mauvais combat lié aux problèmes assurantiers. D'autre part, il faut prendre en compte que dans une société libérale, les assurances étant des sociétés à but commercial, le gouvernement n'a que peu de moyens pour les obliger à revenir sur le marché, voire à baisser leurs tarifs.

Une tentative d'indemnisation partielle a été faite à travers les contrats de pratiques professionnelles pour l'année 2003. Ces contrats n'ont pas l'agrément des praticiens, ne peuvent en aucun cas être renouvelés et il faudrait augmenter, d'une manière importante, le coût de la pratique, c'est-à-dire les honoraires versés aux médecins pour certains actes afin de couvrir cette augmentation extrêmement importante des cotisations d'assurance. Il faut souligner que dans ce cas, les caisses d'assurance maladie jouent un double rôle. D'une part, elles ont augmenté les honoraires versés aux praticiens, d'autre part, elles continuent à exercer leur droit de recours en cas d'accidents médicaux et sont, le plus souvent, les premières bénéficiaires des masses financières allouées par le juge avec des sommes souvent plus importantes pour l'assurance maladie que pour le patient.

Le ministre de la Santé s'est abrité dans l'attente du rapport IGAS/IGS. Ce rapport est un excellent diagnostic, mais il n'apporte aucun traitement à la crise et propose finalement d'attendre trois ans. Dans trois ans, il sera trop tard, nous n'aurons plus de chirurgiens, d'anesthésistes et d'obstétriciens.

Les associations professionnelles

Les syndicats médicaux ne sont pas restés inactifs au cours de ces deux dernières années, ils ont essayé de proposer un certain nombre de solutions pour résoudre ce problème. En collaboration avec les députés, plusieurs possibilités techniques et financières ont été avancées, notamment de mutualiser les frais financiers pour les condamnations au-delà de 500 000 euros, qui sont celles qui pèsent le plus sur le marché assurantiel. Il n'a jamais été question, dans notre esprit, de dépenaliser les médecins, ceux-ci sont responsables comme tout citoyen, tout professionnel, mais surtout comme médecins, de leurs actes vis-à-vis de leurs patients. En revanche, pour un certain nombre de professions, le coût de l'accident devient exorbitant.

L'idée de mutualiser ce risque devrait permettre de lever cette hypothèque. La mutualisation pourrait se faire sur toutes les cotisations de responsabilité civile des Français, comme cela se fait déjà pour les catastrophes naturelles ou les patients hospitalisés – c'est ce qu'a proposé le député Jacques Domergue. Il faut à cet égard souligner ses efforts et ceux du député Jean-Pierre Door, qui ont été les seuls (mais ceci est bien naturel puisqu'ils sont médecins) à comprendre la détresse de nos confrères et à essayer de trouver des solutions pratiques. Parallèlement, les Unions des médecins libéraux ont mis en place une commission technique qui a émis des propositions intéressantes, largement reprises par l'UMESPE/CSMF – à l'exception de la disposition pouvant conduire à un système de cogestion du risque assurantiel avec les caisses d'assurance maladie. On peut citer l'exemple de l'ASV pour la retraite des médecins, qui fait partie de la convention et qui est devenue une « pomme de discorde ». Nous ne voulons pas que le problème assurantiel devienne de nouveau une source de conflit en étant inclus dans la convention.

Les solutions

Il faut différencier les solutions à moyen terme des réponses immédiates qu'attendent les médecins face à une solution financière insupportable.

À moyen terme : la mise en place d'un Observatoire de la sinistralité.

Il s'agirait de reprendre le projet du syndicat des anesthésistes-réanimateurs qui a montré son efficacité, mais en l'étendant à l'ensemble des professions médicales concernées, avec la participation de l'ANAES. Un conseil d'administration réunirait des représentants des professions concernées par ce problème et des représentants des patients. C'est la seule solution viable pour que les médecins français et leurs patients ne se retrouvent pas très rapidement dans une dérive à l'américaine. À partir du moment où les professionnels font preuve d'une grande responsabilité, il faut également que les assureurs

fassent preuve de plus de lisibilité dans la gestion de ce dossier et que les cotisations retrouvent rapidement un niveau acceptable, c'est-à-dire, ne dépasser en aucun cas 10 000 euros par an.

Pour les sinistres extrêmement élevés, la solution proposée par les parlementaires conduisant à un écrêtement du coût financier et la mutualisation de ces risques, doivent rester à l'esprit de tous et constitue certainement l'une des pistes à privilégier. Restera à décider de la manière dont sera affecté ce prélèvement sur l'ensemble des Français et sur les patients hospitalisés. Pour une fois que les parlementaires jouent réellement leur rôle politique et constituent un véritable aiguillon à une certaine inertie technocratique (tant au niveau du ministère de la Santé que de celui des Finances), les médecins ne peuvent que saluer une telle démarche. De toute façon, quel que soit le moyen technique ou juridique, nous demandons qu'une solution pérenne sur les plans légal et financier soit mise en œuvre, pour que certains professionnels ne se sentent pas dans une situation si désespérée qu'ils quittent leur profession.

À court terme : après le travail du bureau de tarification qui a permis à tous les médecins de continuer d'être assurés, et la mise en place pour l'année 2003 de contrats de pratiques professionnelles par la CSMF avec les caisses d'assurance maladie, dans le cadre du règlement conventionnel minimal, pour permettre aux praticiens du secteur 1 dont les honoraires sont bloqués depuis dix ans, de recevoir un dédommagement partiel, il est clair que cette solution que nous n'avons pas privilégiée, n'a rien d'idéal.

Pour l'année 2004, au moment où se met en place la réforme des nomenclatures, il faut que l'augmentation du coût des cotisations de responsabilité civile professionnelle corresponde à un coût de la pratique qui soit rémunéré, d'une manière ou d'une autre, par les caisses d'assurance maladie. On peut imaginer, comme cela avait été fait il y a quelques années pour des actes chirurgicaux ou des forfaits complémentaires qui avaient été associés à l'acte, que les professions médicales exerçant des métiers à risques bénéficient de forfaits complémentaires permettant de prendre

en charge ce surcoût. De toute façon, ni les médecins ni leurs syndicats ne veulent de contrats de pratiques professionnelles. Nous les avons dénoncés en leur temps ; ils sont, d'une manière détournée, un moyen pour l'assurance maladie de mettre en place une volonté de contractualisation individuelle, ce que nous refusons. Dans l'urgence, sans contrainte particulière, nous avons utilisé ce moyen au mois de novembre 2003, il n'est pas question de répéter cette expérience.

■ Éduquer les Français

Enfin, il est important que tout le monde participe à une véritable éducation de nos concitoyens. Actuellement, comme l'a dit à juste titre Jacques Chirac, la judiciarisation du système de santé se fait au détriment des patients, des médecins et des financeurs, les seuls bénéficiaires restant les avocats. Il faut que nos concitoyens comprennent que la santé ne se gère pas comme des usines ou des processus de production, le risque nosocomial, même s'il a diminué, ne sera jamais nul et les Français ne doivent pas oublier que les premières victimes des infections dans les hôpitaux sont les soignants au contact de leurs patients. Il est étonnant de voir, au moment où la médecine a fait des progrès considérables et où l'accréditation des établissements de soins a rationalisé de nombreuses démarches organisationnelles, que le nombre de déclarations n'a jamais été aussi important alors que le nombre de condamnations finales reste stable. Si les Français se laissent aller aux dérives américaines de poursuites systématiques, les médecins seront obligés de suivre l'exemple de leurs confrères nord-américains et de majorer d'une manière importante leurs honoraires pour faire face aux risques financiers. Mais également de cesser de prendre en charge médicalement des patients pour des interventions lourdes et risquées... Comme l'ont montré les anesthésistes, des processus de gestion des risques sont faciles à mettre en place et il faut que sur ces dossiers, les passions et les invectives cessent, que chacun retrouve la raison, pour mettre en place des solutions pérennes bénéficiaires pour les professionnels de santé, pour leurs assureurs et pour leurs patients.

ANALYSE DES LOIS KOUCHNER ET ABOUT

Hélène Intrator

Maître de conférences d'économie à l'université de Rouen

L'envolée des cotisations d'assurance des personnels de santé coïncide avec le vote de la loi du 4 Mars 2002, dite « loi Kouchner », qui modifie profondément le droit de la santé avec l'uniformisation des prescriptions à dix ans, l'obligation d'assurance des praticiens et des établissements de santé et la mise en place d'une solidarité nationale pour les aléas thérapeutiques. Cette loi clarifie un certain nombre d'éléments, tant du point de vue du médecin que de celui de l'assureur. Analysée à l'aune des principales théories de l'économie de la santé, elle répond partiellement aux attentes des consommateurs/utilisateurs du système de soins. En obligeant le médecin à informer le patient, elle s'interprète comme une tentative de réappropriation du pouvoir par ce dernier. Mais les facteurs conjoncturels économiques et financiers masquent des causes plus structurelles de la hausse des cotisations : la baisse des effectifs de certaines spécialités accroît mécaniquement leurs cotisations d'assurance. La CNAM, en prenant à sa charge une partie d'entre elles, introduit pour la première fois une solidarité professionnelle sur ce risque.

Le 10 janvier 2003, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) accepte de prendre en charge les deux tiers des cotisations d'assurance des médecins du secteur 1, mettant fin à plus d'un an de discussions acharnées avec les personnels médicaux. L'envolée des cotisations d'assurance des personnels de santé coïncide avec le vote de la loi du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », dite « loi Kouchner », et au retrait brutal du marché français des deux principaux organismes américains d'assurance des médecins, ACE et Saint-Paul, qui s'ensuivit. Cette loi était réclamée par beaucoup, tant par les personnels médicaux qui redoutaient une judiciarisation à l'américaine (surtout depuis l'affaire Perruche), que par les juristes qui soulignaient l'inadaptation du droit de la santé antérieur. Discutée et votée rapidement

dans un contexte de pré-élection présidentielle, sitôt publiée, la loi a fait l'objet de nombreuses critiques, tant étaient nombreux les aspects obscurs et les imprécisions. La loi About du 31 décembre 2002 est venue la compléter utilement, en particulier sur la question de la responsabilité civile médicale.

L'objet de cet article est de faire le point sur cette question, en deux temps.

– Pour les assureurs, les implications de la loi Kouchner complétée par la loi About sont importantes. D'une extraordinaire complexité juridique, cette loi nécessite un gros effort d'explications. La première partie de cet article présente donc ses grandes lignes en matière de RC médicale et ses conséquences directes (avantages et inconvénients) pour les assureurs des professionnels de santé. Nous avons volontairement occulté les aspects relatifs à l'information et aux droits du malade.

– Les difficultés économiques et financières du secteur de l'assurance, indépendamment de l'évolution du contexte juridique, peuvent largement expliquer la hausse des cotisations appliquées au secteur médical. L'ensemble des assurés, tous contrats confondus, est d'ailleurs concerné. L'étroitesse du secteur médical amplifie ce phénomène. Les théories des contrats et de l'agence (présentées en deuxième partie) permettent de lire la loi sous un angle nouveau, mais règlera-t-elle pour autant le problème des assureurs ? Permettra-t-elle un retour à la normale des cotisations versées par les professionnels assurés ? Nous proposons ici une lecture de la loi au regard des théories économiques de la santé (essentiellement celles de l'agence et des conventions), qui mettent l'accent sur l'asymétrie fondamentale d'information de la relation médecin/patient. De ce point de vue, la loi Kouchner tente de rétablir un certain équilibre.

L'accord passé avec la CNAM laisse espérer de bonnes perspectives pour l'assurance médicale : la transformation des conditions structurelles du marché, la mise en place d'une assurance obligatoire (ce qui signifie l'établissement de statistiques nationales régulières sur les incidents thérapeutiques de toutes natures) ou encore la montée en puissance de la loi Uriez (1998) sur les protocoles médicaux, permettent d'augurer un retour à la normale du niveau des cotisations à moyen terme (quatre à cinq ans).

L'évolution de la RC médicale : l'introduction d'une RC sans faute

Le droit de la santé est profondément modifié par la loi Kouchner sur trois points essentiels (voir Mistretta, 2002).

– La loi uniformise à dix ans les prescriptions, quel que soit le tribunal saisi et « à compter de la consolidation du dommage » (art. L. 1142-28), c'est-à-dire à partir du moment où la maladie n'évolue plus et quel que soit le traitement

envisagé. Cette mesure était réclamée par tous les syndicats médicaux et de patients. Le droit antérieur consacrait une inégalité importante entre la plainte au pénal (prescription de dix ans) ou au civil (trente ans) d'une part, et les personnels du secteur privé (tribunaux pénal ou civil) ou public (tribunal administratif avec une prescription de quatre ans) d'autre part.

La loi About a rallongé cette prescription décennale en incluant une clause de garantie subséquente de cinq ans après la cessation du contrat et de dix ans en cas de cessation d'activité ou de décès du praticien. C'est l'assureur couvrant le fait générateur (l'hospitalisation dans le cas des maladies nosocomiales [infection contractée en milieu médical lors d'un séjour hospitalier]) et non celui de la date de réclamation qui sera concerné par la RC. Cette mesure se double d'une « clause de reprise du passé inconnu » écartant les sinistres connus de l'assuré lors de la souscription du contrat. Le législateur renforce clairement le principe de base réclamation des contrats d'assurance des professionnels de santé et met ainsi fin à la dérive juridictionnelle de remise en cause des contrats dits « en date de réclamation » au profit du « fait générateur ».

RC avec et sans faute

L'engagement de la RC s'articule autour de divers éléments d'appréciation :

- 1°) Le fait générateur du dommage (ou fait dommageable).
- 2°) Le dommage.
- 3°) La réclamation de la victime.
- 4°) L'établissement de la dette.
- 5°) Le paiement.

Si les points 4 et 5 sont datés, il n'en est pas de même pour les autres éléments. Par exemple, le « fait générateur » n'est pas unique ou précisément daté. La définition du dommage n'est pas non plus unique, surtout dans le cas d'une maladie évolutive. La multiplicité des événements qui conduisent à une dette en RC pose, en droit civil, la question de l'imputabilité de la responsabilité. Lorsque le fait

générateur débouche immédiatement sur le dommage et sa connaissance, ce problème est facilement résolu. Mais ce n'est presque jamais le cas ; le plus souvent, plusieurs faits sont à l'origine du dommage, qui ne survient que longtemps après, la victime ne le connaissant que plus tard encore. Prenons par exemple le problème des porteurs de la méningite : la réclamation est tardive et survient bien après le fait générateur ou même le dommage. D'ailleurs, le chiffrage du préjudice varie au fil du temps : certains porteurs de virus ne développeront jamais la maladie et ne subiront aucun préjudice. La prise en compte de l'ensemble de ces éléments peut ainsi prendre dix à quinze ans. Or, pendant ce délai, le responsable du dommage a pu changer d'assureur, son contrat a pu être modifié. L'assureur tenu à garantie est celui en cours à l'instant où le sinistre est constitué. Tout le problème consiste donc à déterminer l'événement qui va traduire la situation du sinistre.

– La loi consacre l'obligation d'assurance des praticiens : l'ensemble « des professionnels de santé exerçant à titre libéral, et établissements de santé [privés], [...] sont tenus de souscrire une assurance » (art. L. 1142-2). Le BCT a vu le jour courant 2003 (art. L. 252-1 et 2) afin de pallier les insuffisances du marché. Entre-temps, les assurances se sont constituées en pool, le Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM), pour permettre aux médecins de s'assurer. Courant 2003, les décrets d'application de la loi Kouchner ont permis au BCT d'être opérationnel à partir du 1^{er} janvier 2004. Le GTAM disparaît, laissant la place à un pool de réassurance, le Groupement temporaire de réassurance médicale (GTREM), destiné à couvrir les assureurs de RC médicale le temps que le marché se stabilise (voir FFSA, 2004). Les personnels et établissements de santé assurés jusque-là par le GTAM ont vu leur contrat prolongés jusqu'au 30 juin 2004.

– L'obligation d'assurance permet d'introduire une solidarité nationale pour la prise en charge des maladies nosocomiales, des affections iatrogènes (réaction à un ou plusieurs médicaments) et des accidents médicaux. Il s'agit sans doute du point le plus novateur de la loi car il introduit, même partiellement, la notion de RC sans faute. De quoi s'agit-il exactement ?

Jusqu'à la loi Kouchner, le droit de la santé reposait sur la notion de RC avec faute (arrêt Mercier, 1936) : la victime devait prouver la faute de celui à qui elle demandait réclamation (professionnel ou établissement de santé) pour voir sa plainte aboutir. C'était très difficile, et même quasi-impossible, dans la mesure où la victime (ou ses ayants droit en cas de décès) ne pouvait avoir accès au dossier médical et ne disposait pas du savoir nécessaire pour la pleine compréhension des faits. Cette situation se révélait de plus en plus inadaptée à l'évolution des comportements.

Le dossier médical étant désormais accessible, la loi introduit une RC sans faute offrant à la victime une possibilité de réparation financière sans avoir à prouver la faute de l'auteur du dommage (voir Sargos, 2002). C'est ce dernier qui, désormais, doit prouver l'existence « d'une faute étrangère ».

Le praticien ou l'établissement de santé se trouvent désormais assujettis non plus seulement à une obligation de moyens, mais également à une obligation de sécurité de moyens : ils doivent respecter les protocoles médicaux (lorsqu'il y en a, et c'est l'objet de la loi Uriez de 1988) et les normes d'asepsie et d'hygiène en vigueur au moment des soins dispensés (loi d'accréditation des établissements de santé). C'est à partir de ces éléments qu'ils apporteront la preuve de leur non-responsabilité.

À cette fin, plusieurs organismes ont vu le jour et la loi a instauré une procédure complexe d'expertise en vue de l'indemnisation des victimes (voir schéma).

Dans chaque région, une Commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI) reçoit les plaintes des victimes (voir encadré n° 3) et nomme un expert choisi sur une liste nationale d'experts médicaux afin de mesurer le degré de gravité du préjudice subi. Le seuil d'incapacité déclenchant la solidarité nationale est fixé par la loi à 25 %.

En deçà de ce seuil, la CRCI se déclare incompétente et renvoie la victime à la médiation, à un accord avec l'assureur du professionnel ou de l'établissement de santé, ou à la plainte devant les tribunaux civil, pénal ou administratif selon le cas.

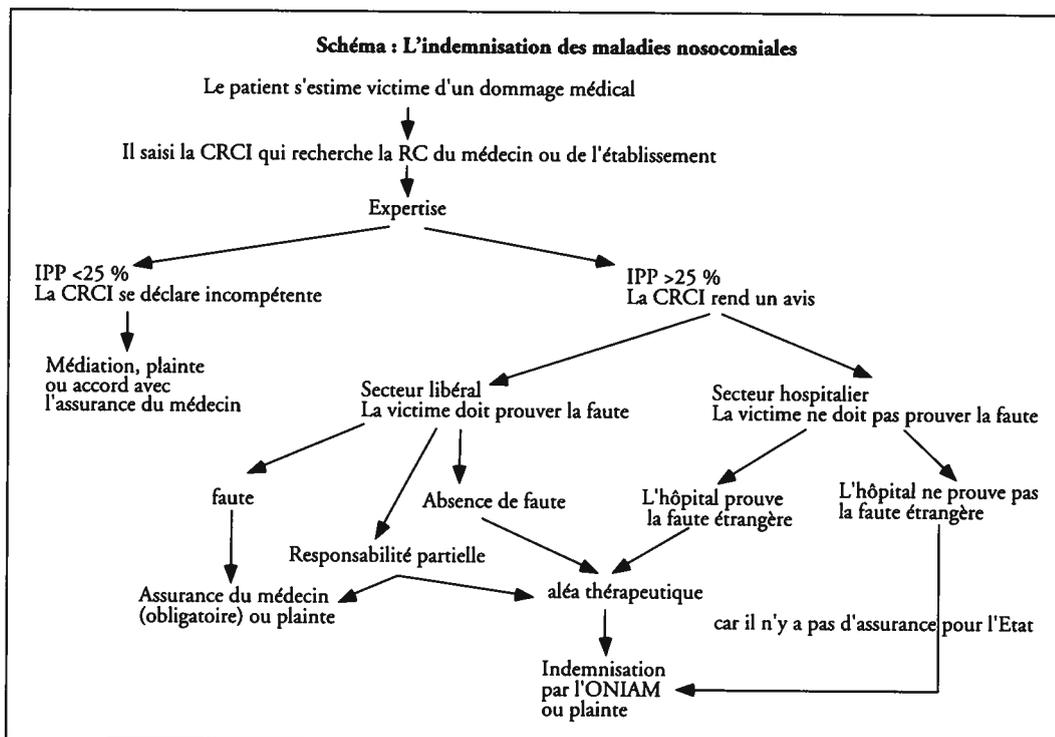
Les CRCI

Outre son président nommé par arrêté du ministre de la Justice, chaque CRCI comprend, pour trois ans renouvelables (art. R. 795-41) :

- a) Six représentants d'usagers du système de santé.
- b) Deux professionnels de santé du secteur libéral.
- c) Un praticien hospitalier.
- d) Un responsable d'établissement de santé public.
- e) Deux responsables d'établissements de santé privé.
- f) Deux représentants de l'Oniam.
- g) Deux assureurs.
- h) Quatre spécialistes de la réparation des préjudices corporels.

Lorsque le seuil d'incapacité dépasse les 25 %, la CRCI rend un avis sur le lien entre le dommage et une éventuelle maladie nosocomiale, une affection iatrogène ou un accident médical. Cet avis doit être rendu dans les six mois qui suivent la saisine ; c'est à ce niveau que la loi introduit une RC sans faute : lorsque la faute n'est pas prouvée, la CRCI conclue à la maladie nosocomiale. C'est l'aléa thérapeutique. La solidarité nationale intervient en indemnisant la victime via l'Office national d'indemnisation des

accidents médicaux, des affections iatrogènes et nosocomiales (Oniam), subventionné par l'État. L'indemnisation versée par cet organisme peut être contestée par la victime ou ses ayants droit et donner lieu à une action en justice. En cas de faute lourde du praticien ou de l'établissement, l'Oniam dispose d'un recours envers son assureur. Il peut également arriver que la responsabilité du professionnel ne soit que partiellement engagée, une partie du préjudice n'étant imputable à personne. En ce cas, l'Oniam indemnise la part du dommage qui lui revient, l'autre part fera l'objet d'un dédommagement par l'assureur du praticien ou de l'établissement. Toute cette procédure ne concerne que les maladies nosocomiales ; en cas d'affection iatrogène ou d'accident médical, la faute du médecin est imputée. En secteur libéral, le règlement du sinistre relève de la faute (assurance du praticien ou tribunal) quel que soit le taux d'incapacité constaté, tandis qu'en secteur hospitalier, la faute étrangère est écartée, mais l'Oniam est quand même sollicité si l'IPP est supérieure à 25 %, dans la mesure où l'État est son propre assureur. En deçà de ce seuil, la victime n'a d'autre ressource que de se tourner vers le tribunal administratif.



■ Conséquences pour les assureurs

Les implications de la loi sont diverses pour les assureurs. Ses aspects positifs sont nombreux :

- L'affirmation de la base réclamation des contrats d'assurance permet une meilleure visibilité du risque et améliore la sécurité juridique des contrats.
- La RC sans faute est conditionnelle à l'absence de faute étrangère et soumet les praticiens et les établissements de santé à une obligation de résultats de moyens. La loi est donc indissociable d'une « démarche qualité » de la part des praticiens et des établissements de santé (*voir Panorama du médecin, 2002*).
- Les assureurs sont présents dans les CRCI et sont associés aux différentes étapes de l'indemnisation.
- L'obligation d'assurance va générer la constitution de statistiques nationales sur les maladies nosocomiales, les affections iatrogènes et les accidents médicaux. Cela permettra une meilleure compréhension de la chaîne soignante. L'incident médical est rarement une erreur individuelle, il s'agit le plus souvent d'une erreur de système ou d'organisation qu'aucune statistique ne prend en compte pour le moment.
- L'accès au dossier médical par le patient devrait réduire le nombre de plaintes au pénal, mais elle ne modifiera probablement pas le contentieux au civil car ce recours reste pour le patient le moyen le plus sûr de « savoir ».

La loi présente cependant des inconvénients :

- L'obligation d'assurance enlève à l'assureur la possibilité de sélectionner ses risques en excluant (ce qu'il faisait jusqu'alors) des contrats de réassurance, certains risques lourds (anesthésie, obstétrique, plastie). La création d'un BCT limite également sa liberté de tarification des cotisations. Cela explique pourquoi certains assureurs sont sortis de ce secteur à l'annonce de cette loi, d'autant qu'un assureur couvrant un praticien individuel ne peut refuser la prise en charge d'un établissement de santé.
- Les établissements de santé doivent se mettre en conformité avec la loi d'accréditation de 1996. Mais les audits prennent du temps, et seulement une

dizaine d'établissements ont reçu à ce jour une habilitation, ce qui les avantage dans la recherche de la faute étrangère par rapport à d'autres établissements non encore accrédités.

- Le processus de médiation rendu obligatoire est critiquable dans la mesure où le médiateur est un médecin et ne saurait, à ce titre être considéré comme un tiers indépendant. C'est dommage car bien souvent, la médiation permet d'éviter l'encombrement des dossiers au pénal, déposés par des personnes qui attendent surtout de l'instruction la vérité sur leur situation.
- La loi ne prend pas en compte la complexité de la chaîne soignante impliquée dans la prise en charge d'un patient. Or, de nombreux incidents médicaux résultent avant tout d'une erreur humaine, pas forcément médicale, mais liée à l'organisation du système de la chaîne de soins. L'évolution du progrès technique a créé un nouveau type de risque médical : le risque de système, que la loi ignore complètement, rejetant sur un individu (le praticien), la responsabilité de l'erreur. Certes, l'indemnisation de l'accident s'améliore, mais l'on peut regretter l'absence de mesures permettant d'améliorer l'information de ces accidents. Seule leur étude approfondie permettra d'améliorer l'organisation générale de la chaîne soignante et de prévoir des dispositifs de sécurité efficaces.

La loi Kouchner et les théories de l'agence et des conventions

La loi Kouchner place la relation médecin/patient au cœur du système de soins. Si elle reconnaît une délégation de pouvoir du patient au médecin, elle donne au premier des moyens de contrôler le second. De ce point de vue, la lecture de la loi au regard des théories du système de santé – et en particulier de celles de l'agence et des conventions – s'avère riche d'enseignements.

Les théoriciens de la santé ne peuvent envisager celle-ci comme un bien standard (voir D. Castiel, 1999). La problématique doit s'adapter aux spécificités du système de santé, en particulier à l'incertitude sous-jacente du marché : seul le médecin connaît le traitement approprié à son patient, qui, lui, n'en a en général aucune idée, pas plus que de ses conséquences (examens complémentaires, réaction aux médicaments...). La relation médecin/patient s'appuie sur une asymétrie informationnelle qui bénéficie a priori au médecin et présente deux natures principales (voir S. Béjean, 1994) :

- L'information relative aux caractéristiques cachées du médecin (qualification par rapport à la maladie du patient) n'est pas forcément accessible au patient. C'est un problème de sélection adverse : le patient doit choisir un « bon » médecin compte tenu d'une maladie qu'il ne connaît pas.

- L'information relative au comportement du médecin est inobservable ex ante par le patient. Une fois le médecin choisi, le patient ne peut pas juger à l'avance s'il défend son intérêt ou pas. C'est l'aléa moral.

Les organismes régulateurs (l'État, la Sécurité sociale) doivent mettre en place des mécanismes (lois ou procédures) visant à corriger les imperfections engendrées par cette asymétrie d'information. Trois théories, par ailleurs complémentaires, traitent de cette question en économie de la santé : la demande induite par l'offre, la théorie de l'agence et la théorie des conventions. L'objet de cette partie est, dans un premier temps, d'exposer ces théories dans le cadre de l'économie de la santé, puis d'interpréter la loi Kouchner par rapport à elles.

■ L'asymétrie d'information dans les théories

a) La théorie de la demande

Induite par l'offre, elle explique la dérive des dépenses de santé par l'absence d'autonomie du patient dans le choix du traitement.

En effet, le médecin dispose d'un pouvoir discrétionnaire qu'il exerce a priori dans l'intérêt du patient. Ce dernier est passif et totalement dénué de

souveraineté. L'asymétrie du savoir est à l'origine d'une relation où le médecin conseille le malade, qui ignore non seulement ses propres besoins de traitement, mais également les effets de celui-ci (attendus et secondaires), la structure de l'appareil de soins dont il a besoin, son parcours au sein du système thérapeutique, la durée de ce traitement et son coût total.

L'ignorance n'est cependant pas absolue, car la théorie prend en compte l'expérience personnelle du patient (en cas de maladie récurrente, par exemple), des autres avis qu'il peut prendre (des proches ou d'autres médecins), du niveau d'éducation... Le patient se constitue alors un « savoir profane » qui peut parfois se heurter au savoir médical. En ce cas, le médecin doit s'adapter aux attentes de son patient, qui récupère ainsi une partie de son autonomie, en se construisant un contre-pouvoir par rapport au médecin.

Cette théorie est intéressante mais ne permet pas d'intégrer les interventions des pouvoirs publics. Elle ne souligne pas non plus la spécificité de la demande médicale. Enfin, les tests réalisés sont jusqu'à présent décevants (voir S. Béjean, 1994). C'est pourquoi elle se trouve complétée par l'approche contractuelle (théorie de l'agence) et conventionnelle, qui introduisent des considérations culturelles et éthiques à la relation médecin/patient.

b) La théorie de l'agence

Il existe une relation d'agence dès que l'asymétrie d'information constitue la base de la relation entre les contractants. Un individu (le principal) a une relation dans laquelle le système de rémunération est déterminé afin d'inciter une autre personne (l'agent) à agir dans l'intérêt du principal.

La relation patient/médecin peut s'interpréter comme une relation d'agence : le principal (le patient) délègue son pouvoir de décision à l'agent (le médecin). Le principal ne peut apprécier ex ante les décisions de l'agent. Le problème de fond touche la nature de la relation entre l'un et l'autre, c'est-à-dire la confiance qui doit s'instaurer afin que l'agent ne lèse pas le principal. La clientèle de l'agent/médecin est inobservable par la Sécurité sociale : les diagnostics ne peuvent être jugés

indépendamment de la clientèle, tandis que les conditions de rémunération sont constantes – du moins dans le secteur conventionné. Les comportements déviants ne peuvent être pénalisés que très difficilement. Le médecin est détenteur de l'information sur la qualité de ses services, c'est-à-dire de l'adéquation des soins avec les besoins évalués du patient. C'est un cas typique de sélection adverse, car le médecin « sait » tandis que le patient ne peut que « supposer », même si le diplôme du praticien l'assure d'une qualité minimale des soins ; de son côté, la CNAM ne connaît pas exactement l'intégralité de la situation médicale de la clientèle du médecin.

La théorie présume que chacun des contractants maximise ses intérêts, mais qu'il est illusoire de supposer leur convergence.

Une relation d'agence est parfaite lorsque l'action de l'agent est observée par le principal et qu'aucune information privée ne peut être cachée ; le principal peut alors contrôler l'action de l'agent. Ce n'est pas le cas ici, et l'asymétrie d'information permet à l'agent/médecin d'en profiter. L'effort qu'il déploie est inobservable et l'information peut être manipulée. Le problème du principal/patient consiste alors à rechercher les termes du contrat lui permettant de se réapproprier l'information à moindre coût, ou ceux incitant l'agent à révéler lui-même la véritable information. Son intérêt est de recevoir le traitement optimal, celui de l'agent/médecin, de multiplier les actes, c'est-à-dire ses revenus. Cette stratégie est d'autant plus nécessaire que le tarif de la consultation est fixé indépendamment de l'effort fourni par le praticien, et que ni la CNAM ni le patient ne sont véritablement en mesure de contrôler en amont les décisions du praticien.

Le contrôle du principal sur l'agent nécessite la mise en œuvre de trois coûts :

- Le coût de surveillance et d'incitation (le monitoring), comme le savoir profane, la concurrence entre les praticiens.
- L'obligation de dédommagement en cas d'erreur de l'agent (contrôle *ex post* par l'assureur ou les tribunaux).
- La perte résiduelle constatée par le principal entre les actes de l'agent et ce qu'il aurait pu espérer à l'optimum.

Le recours au marché (la concurrence) comme méthode de monitoring est alternatif et complémentaire des procédures de contrôle interne.

Le savoir profane et le recours à la concurrence permettent au principal/patient de surveiller l'agent/médecin afin de l'inciter à défendre ses intérêts. La judiciarisation des litiges (obligations de dédommagement), et maintenant l'obligation d'assurance des médecins, constituent également un contre-pouvoir à la liberté médicale. Tous ces facteurs diminuent l'aléa moral du médecin à l'égard du patient ; en effet, cela le contraint à agir au mieux dans l'intérêt du malade.

La théorie de l'agence englobe celle de la demande induite, mais présente une vision individualiste de la relation médecin/patient. Elle reste un modèle néoclassique : la référence est l'économie de marché traditionnelle, biaisée par une asymétrie d'information.

c) La théorie des conventions

Elle permet d'avoir une perspective anthropologique en introduisant une analyse sociologique et culturelle des acteurs du marché.

La convention est un système de règles dont les individus doivent tenir compte avant de faire un choix ou de prendre une décision (voir A. Milon, 1999). Elle n'est ni un contrat ni une promesse, mais le fruit d'un accord unanime et libre, et est issue de trois sources différentes :

- Elle résulte de conduites intentionnelles des agents.
- Elle devient institutionnelle par le fait qu'elle résume l'ensemble des comportements d'entreprise (afin de favoriser la coopération entre les individus). La convention instaure un climat de confiance, elle est un contre-pouvoir à l'individualisme de base et à la méfiance naturelle.
- Elle naît d'un processus juridique et social complexe et résulte d'une coopération collective (majorité, jeu social), au sens où les acteurs ne peuvent la refuser sous peine d'exclusion. La convention instaure des comportements types.

Le contrat, même encadré par la loi, reste une relation bilatérale, tandis que la convention touche un champ beaucoup plus large, celui des collectivités et des

groupes sociaux. De ce point de vue, elle supplée les incomplétudes du contrat en touchant au domaine moral et à des conduites éthiques.

L'éthique professionnelle apparaît comme une règle qui ne relève ni de la contrainte ni du contrat, mais de la convention. Elle fait partie des normes sociales et des coutumes. Elle permet au patient et aux pouvoirs publics de connaître sans coût d'information (coût d'agence), les caractéristiques du professionnel. Déroger à cette convention, c'est s'exclure de la profession (*i. e.* du conseil de l'ordre).

Si aucun moyen ne permet de contrôler efficacement le comportement du médecin, la convention déontologique doit permettre d'éviter tout aléa moral de ce genre : le médecin cherche évidemment à soigner son patient, à l'exclusion de toute autre considération. C'est un postulat de base dans toute relation entre le praticien et son malade.

■ L'interprétation de la loi Kouchner par les théories de l'information

La loi oblige le médecin à informer le patient en tenant compte de l'étendue de son savoir profane. De ce point de vue, elle s'interprète comme une tentative de réappropriation du pouvoir du patient, qui lui permet de discuter des décisions médicales. La judiciarisation des litiges est en partie freinée par cette obligation de communication. Le médecin peut bien sûr considérer les implications de la loi comme un moyen de le priver de son pouvoir discrétionnaire à l'égard du patient – nous avons vu qu'il peut développer une résistance passive, difficilement observable par les autorités publiques.

L'affirmation du devoir d'information du médecin à l'égard de son patient existe pourtant dans le code déontologique : c'est même l'un des fondements essentiels de la confiance qui lie le médecin à son malade. Cette convention éthique s'appuie aussi sur d'autres structures : le *numerus clausus* lors de l'entrée à l'université, puis le concours de l'internat pour les différentes spécialités (procédure qui contribue, par ailleurs, à dévaloriser le statut du généraliste), enfin l'existence du conseil de l'ordre des médecins, qui

veille au respect des normes déontologiques de la profession, sont autant de règles et d'organisations visant à instaurer ce climat de confiance indispensable à toute pratique médicale.

Cette confiance semble cependant suffisamment mise à mal aujourd'hui pour qu'il faille légiférer en ce domaine. La loi suppose implicitement que « l'éthique ne suffit plus » : soit parce que le niveau exigé par cette dernière est insuffisant pour le malade, soit (et c'est plus grave) parce qu'elle n'est plus appliquée dans toute sa rigueur.

Sans doute la situation actuelle relève-t-elle des deux aspects. D'un côté, l'américanisation de nos comportements conduit à l'engorgement des tribunaux et ce, dans tous les secteurs de l'activité économique. D'un autre côté, la technicité croissante des soins dispensés déshumanise l'activité médicale. L'introduction des 35 heures, la pénurie des professionnels, provoquent une désorganisation relative de la chaîne de soins et en accroissent la déshumanisation et les potentialités d'incidents.

Cette situation existe même en médecine ambulatoire pour certaines spécialités comme la pédiatrie ou l'ophtalmologie : la durée d'attente pour l'obtention d'un rendez-vous s'allonge, de sorte que le praticien est parfois amené à réduire le temps de la consultation (d'autant qu'en France le coût de la visite est déconnecté du temps consacré).

La pénurie des effectifs accroît la hausse des cotisations. En effet, toute opération d'assurance s'appuie sur la notion de dispersion du risque : l'assureur sait que plus il prend de risques de même nature (*i. e.* sur une population homogène), plus la loi de probabilité des sinistres suivra celle des grands nombres (la loi normale).

Lorsque la population se réduit, la dispersion du risque devient moins importante. À l'extrême, le risque peut devenir inassurable.

L'accord récent passé entre les principaux syndicats de médecins et la CNAM rend compte de cette évolution : en contrepartie d'un effort des médecins à prescrire davantage de génériques, la Sécurité sociale revalorise les soins et accepte de prendre en charge une partie des cotisations d'assurance.

Même si, à l'avenir, une reprise économique permettra de rétablir la rentabilité des entreprises d'assurance, il n'est pas sûr que les professionnels médicaux en profitent, dans la mesure où la dispersion de leurs risques se maintiendra à des niveaux très faibles. Les facteurs conjoncturels économiques et financiers masquent des causes plus structurelles de la hausse des cotisations : la baisse des effectifs de certaines spécialités accroît mécaniquement les cotisations d'assurance de ces professions. Le marché de l'assurance demeure impuissant pour les prendre en charge.

La CNAM, en prenant à sa charge une partie de ces cotisations, introduit pour la première fois une solidarité professionnelle sur ce risque.

Si elle ne traite pas de cette question, qui relève d'un choix budgétaire délicat, la loi Kouchner répond partiellement aux attentes des consommateurs/utilisateurs du système de soins.

Conclusion

Depuis le 11 septembre 2001, l'assurance est entrée dans l'ère des risques extrêmes. La remise en cause de l'État providence se traduit par un sentiment croissant d'inquiétude et de méfiance, ainsi que par une demande d'assurance forte, tous secteurs économiques confondus, y compris dans le médical. Ce que les patients acceptaient jusqu'alors avec un certain fatalisme, ils le refusent à présent et cherchent à savoir. Or, compte tenu de chocs sans précédents, l'offre d'assurance est également en crise. Les premières bases d'évaluation du 11 septembre 2001 dépassent déjà les 40 milliards de dollars, auxquels il faut rajouter le coût des tempêtes de 1999, AZF, les inondations de 2002-2003 etc. Les attentats terroristes, les catastrophes naturelles, l'annonce d'une récession économique : tout cela a contribué à la dépréciation continue des marchés financiers – entre 2000 et 2003, les indices boursiers des pays développés ont baissé de 40 à 60 %. Les valeurs de portefeuille des assureurs en ont subi le contrecoup.

Les bilans laissent voir, sinon des moins-values à provisionner, du moins un effondrement des plus-values latentes quand, parallèlement, la sinistralité augmente. En matière médicale, si le nombre de sinistres reste stable, leurs coûts explosent.

D'où l'effet de ciseau. En IARD, habituellement, les cycles actif/passif étaient asynchrones, si bien que les assureurs dégageaient une rentabilité moyenne satisfaisante. Aujourd'hui, le cycle de souscription coïncide avec le cycle financier, de sorte que les cotisations doivent augmenter quelle que soit l'évolution de l'environnement juridique et réglementaire. L'assurance médicale ne saurait échapper à ce mouvement général qui touche l'ensemble des secteurs de l'assurance IARD. De fait, les prix fixés par le GTAM donnent la tendance du marché : les cotisations augmentent de 60 % en moyenne pour certaines spécialités (obstétrique, anesthésie, plastie). La hausse est d'autant plus importante que la population assurée est relativement peu nombreuse et que les risques, par conséquent, sont peu répartis.

L'existence d'un BCT ne modifie en rien les caractéristiques du marché ; les gynécologues obstétriciens doivent s'acquitter de cotisations supérieures à celles fixées par le GTAM en 2003 – elles seraient ainsi passées de 15 200 euros avec le GTAM à 16 600 euros avec le BCT (Voir Hospimédia, 2004). Le rapport très attendu de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) et de l'Inspection générale des finances (IGF) le reconnaît, tout en n'apportant pas de réponses susceptibles de calmer les protagonistes. « La mission recommande la mise en place d'un dispositif de transition, la « fiabilisation » de l'appareil comptable et statistique de la RC médicale [...], ainsi que la prolongation du GTAM pour une durée de trois ans, soit jusqu'en 2006 ». Il est vrai que la mesure des risques médicaux permettra la mise en œuvre d'une politique efficace de prévention des accidents, ce qui devrait avoir à terme des retombées sur les contrats d'assurance.

L'administration hospitalière est-elle capable d'une telle démarche de qualité ? On ne pourra en juger que sur le très long terme. En attendant, les problèmes demeurent.

Bibliographie

Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 4 mars 2002.

Loi n° 2002-1577 relative à la responsabilité civile médicale, 30 décembre 2002.

BÉJEAN S., « Économie du système de santé : du marché à l'organisation », in *Économica*, 1994.

CASTIEL D., *Économie et santé : quel avenir ?*, Éditions Management et Société, coll. L'actualité de la gestion, 1999.

FFSA, Assurer, n° 20, 28 janvier 2004.

« Responsabilité hospitalière », in *Hospimédia*, 09 janvier 2004, consultable sur www.hospimedia.fr

« Gras Savoye cherche une solution pour les anesthésistes », in *Argus de l'assurance*, n° 6 806, 25 octobre 2002.

IGF et IGAS, *Rapport d'enquête sur l'assurance de responsabilité civile médicale*, mars 2004.

« Patients et médecins dénoncent la flambée des tarifs d'assurance », in *Le Monde*, 20 décembre 2002.

« Les assureurs augmentent les cotisations de certains médecins de plus de 60 % en moyenne » in *Le Monde*, 11 janvier 2003.

MILON Alain, *La Valeur de l'information (entre dette et don)*, PUF, coll. Sociologie aujourd'hui, 1999.

MISTRETTA P., « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation », in *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n° 24, 12 juin 2002, p. 1 075-1 083.

« Kouchner : médecins, la loi n'est pas faite à votre désavantage », in *Panorama du médecin*, n° 4 866, 31 octobre 2002.

SARGOS P., « Le nouveau régime juridique des infections nosocomiales : loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 », in *La Semaine Juridique*, Édition Générale, n° 25, 19 juin 2002, p. 1 117-1 120.

LA CRÉATION DU GROUPEMENT TEMPORAIRE D'ASSURANCE MÉDICALE GTAM : PREMIER RETOUR SUR EXPÉRIENCE

Olivier Murair

*Mandataire Général ACE INSURANCE S.A. - N.V.
Directeur Général GTAM*

Depuis les arrêts de décembre 1990, les conditions d'assurances RC ont été fréquemment modifiées, tant par la jurisprudence que par la loi qui ont régulièrement restreint la liberté contractuelle en la matière.

Lorsque les conditions d'exercice sur un marché donné sont ainsi modifiées le marché lui-même se trouve perturbé. Si les perturbations juridiques interviennent au même moment que des difficultés techniques, les conséquences peuvent être importantes et même conduire à sa disparition. Ces éléments se sont trouvés réunis après la promulgation de la loi Kouchner du 4 mars 2002. Dès le mois de septembre 2002, face à l'impossibilité de fait de certains praticiens et cliniques de trouver un assureur, et en l'absence du Bureau central de tarification médicale (BCT) prévu par la loi mais non mis en place, la FFSA et les pouvoirs publics ont recherché une solution à ces difficultés. Ainsi est né le GTAM.

De l'idée à la réalisation

Les premières réflexions sur la structure et le nom ont été réalisées entre le 28 et le 31 octobre 2002, au cours de plusieurs réunions auxquelles participaient des représentants des principaux assureurs du marché.

De ces réunions sont sortis les principes fondateurs du groupement, à savoir un système temporaire :

- auquel participent les acteurs du marché, proportionnellement à leur part du marché de RC générale, participation renforcée pour ceux qui pratiquent la RC médicale ;
- garantissant tous les acteurs ne pouvant trouver de couverture, sans obligation toutefois d'accepter tous les risques et sans être en concurrence avec les compagnies du marché ;

- définissant ses propres contrats, lesquels devraient respecter la future législation modifiée, applicable au 1er janvier 2003 ;
- définissant ses propres tarifs, avec comme objectif l'équilibre technique ;
- susceptible de gérer une transition avec le marché en conservant et en transmettant les données techniques ;
- capable de gérer un afflux très important de demandes dans un laps de temps très court ;
- capable de supporter la pression médiatique, donc de soulager les compagnies auparavant impliquées dans la couverture de ces risques ;
- ne rémunérant pas les intermédiaires pour des raisons à la fois pratiques (impossibilité de gérer un très grand nombre de codes, certains pour une seule affaire) et stratégiques (les intermédiaires non rémunérés chercheraient à placer les risques ailleurs, leur pression devant favoriser une reprise du marché).

Ces principes fondateurs ont été suivis pour mettre rapidement en œuvre la structure du Groupement.

Dès le 4 novembre, les principaux intervenants étaient convenus que la présidence devait être distincte de la direction générale afin de séparer la réalisation de la présence politique et médiatique. Monsieur Pierre Florin, pressenti par les autres participants, a alors accepté de remplir cette fonction lorsque le groupement serait officiellement créé.

Dès cette date, été formé le comité technique auquel ont activement participé de nombreux directeurs techniques ou de souscription des principales compagnies du marché.

Ce comité a formé 5 groupes de travail pour préparer :

- le contrat type pour les professionnels de santé,
- le contrat type pour les établissements de soins,
- le tarif et le questionnaire de souscription pour les professionnels de santé,
- le tarif et le questionnaire de souscription pour les établissements de soins,
- les conditions de gestion.

De nombreux spécialistes de la plupart des sociétés membres ont travaillé dans ces groupes¹. Le sens de l'urgence et la volonté d'aboutir ont aidé à former un véritable esprit d'équipe qui a permis la réalisation des travaux dans les délais impartis.

En matière de technique d'assurance, les réflexions de chaque groupe ont apporté tous les éléments nécessaires à la mise en œuvre du GTAM. Parallèlement, une épreuve logistique était engagée pour mettre en place sa structure physique, la FFSA ayant annoncé le 15 novembre 2002, jour de l'assemblée générale constitutive du Groupement, qu'il serait opérationnel le 2 décembre 2002.

Trouver les locaux, les meubler, mettre en place la logistique matérielle (courrier, téléphonie...) et disposer des équipes suffisantes pour gérer l'opération a été une course contre la montre réalisée en moins d'un mois.

Il a fallu dans le même temps faire le choix d'un système informatique et l'installer. Axa ayant accepté de gérer l'encaissement et les sinistres du Groupement, la comptabilité étant assurée par le GSAR et la répartition des cotisations organisée spécifiquement avec le BCR, le système devait seulement être capable

de gérer les saisines, enregistrer les cotisations et saisir les paiements du 1^{er} trimestre avant transmission à Axa, mais aussi enregistrer les déclarations de sinistres, pour un suivi statistique.

Le choix s'est porté sur le système de courtage d'ESA Technologies, qui a su le mettre en place et l'adapter au besoin du GTAM dans les délais très brefs qui nous étaient impartis.

Ces choix de logistique et d'organisation ont été dictés par un souci d'efficacité à moindre coût. Ainsi, les locaux ont-ils été trouvés chez GPSA, qui a efficacement assuré la logistique de base ; les micro-ordinateurs et leurs logiciels furent empruntés à la FFSA qui venait de changer son matériel et s'appropriait à se débarrasser de l'ancien ; le mobilier de bureau, acheté d'occasion à CGU Courtage, qui s'en débarrassait lors de son déménagement... Finalement, les frais d'installation et de fonctionnement 2003 ont représenté 721 234 euros, soit moins de 2 % des cotisations émises de l'exercice.

Grâce à la rapidité d'intervention de tous les partenaires, l'infrastructure était prête à recevoir les nouvelles saisines dès le 29 novembre. Toutefois, à cette date, le GTAM ne disposait pas encore des équipes nécessaires pour répondre à l'afflux prévisible des demandes.

En collaboration avec l'auteur de cet article, seuls deux consultants à temps plein – Michèle Fablet consultant/formateur en assurances de personnes, et Élie Salhab ancien courtier et récent avocat – puis Jacques Fradet, détaché du service Inspection Corporel d'Axa à temps partiel puis à temps plein, commençaient à se former au système et aux procédures. Ils ont par la suite été rejoints par Françoise Chauveau, détachée à temps partiel des AGF. Le président Pierre Florin a alors eu l'idée de demander de l'aide à l'ENASS, et un accord a été mis en place avec le professeur Forbin, permettant à des élèves de deuxième année d'intervenir à mi-temps, en se relayant, pour aider l'équipe de permanents. Ainsi avons-nous pu disposer, en alternance par groupe de 4, de 26 étudiants 6 jours sur 7, de 8 heures à 20 heures, pour une durée de 4 heures par jour pour chaque groupe.

L'ENASS a donc adapté leurs horaires de cours et d'examens et validé ce travail comme un stage (ledit stage

était rémunéré 10 euros de l'heure, montant majoré les samedis et pendant les vacances, cette opération s'étant poursuivie du 3 décembre 2002 au 28 février 2003).

Enfin, après la structure et les équipes, il convenait de trouver un moyen d'informer précisément les assurés potentiels, les intermédiaires d'assurances et les journalistes. Ces derniers, s'ils représentaient bien un relais avide d'informations en provenance du GTAM, ne suffisaient cependant pas pour diffuser l'ensemble de l'information technique et pratique.

Nous avons donc choisi de monter un site Web simple mais complet (toujours consultable aux adresses www.poolgtam.org ou www.poolgtam.com). Pour l'anecdote, l'adresse gtam.com n'était pas disponible, déjà prise par Golden Tree Asset Management à New York...

Monté très rapidement dans la deuxième quinzaine de novembre, ce site contenait au départ les principes de fonctionnement du GTAM, les questionnaires de souscription téléchargeables, et un résumé des garanties des contrats (encore en cours de rédaction, notamment dans l'attente de la promulgation de la loi About le 31 décembre 2002). Il s'est vite enrichi d'une page de FAQs (*Frequently Asked Questions*), qui, comme son nom l'indique, fournit la réponse aux questions le plus souvent posées.

Le site s'est avéré un excellent outil, en particulier dans ses premiers jours de fonctionnement. En effet, nous avons pu ainsi renvoyer la grande majorité des appels téléphoniques vers le site, et ce avec une grande efficacité puisque le nombre de questions non résolues nous revenant a été relativement faible.

Décembre 2002 : le défi de gestion

Dès le 2 décembre 2002 à l'ouverture officielle du GTAM, le téléphone (8 lignes) a été saturé, et nous avons dû installer un répondeur redirigeant les demandeurs vers le site. Nous avons immédiatement commencé à enregistrer les demandes sur une base

informatique test, et affiné les procédures de formation des étudiants qui sont arrivés dès le 3 décembre. Le 5 décembre, nous avons pu réouvrir les lignes téléphoniques avec trois étudiants répondant en permanence, tandis que les autres commençaient la saisie réelle des demandes de cotations.

Ainsi le 6 décembre, en fin de « semaine 1 », avons-nous enregistré 73 saisines complètes, c'est-à-dire accompagnées du questionnaire de souscription rempli, des pièces techniques annexes et des deux refus de sociétés du marché. En effet, afin de ne pas faire concurrence au marché, il avait été établi comme règle que le GTAM refuserait de tarifier une affaire ayant déjà une offre d'assurance. Rapidement, il a d'ailleurs été admis par notre conseil d'administration, qu'une résiliation de la société garantissant le risque jusqu'alors valait pour un premier refus.

Rapidement également, nous nous sommes aperçus que de très nombreux praticiens, disposant d'une proposition ou n'étant pas résiliés par leur assureur, demandaient tout de même une tarification afin de comparer les prix.

Pour éviter d'entrer en concurrence avec les acteurs restant sur le marché le GTAM a transmis tous les soirs la liste des saisines de la journée, avec les éléments simples permettant à chaque société de vérifier que le proposant ne faisait pas l'objet d'une offre de leur part ou n'était pas déjà assuré par cette société.

Dans de nombreux cas, le GTAM informé par le tenant de l'existence d'un contrat a refusé de tarifier la proposition qui lui était transmise.

La montée en puissance a été très importante :

semaine 1	73 saisines	: (au 6 décembre 2002)
semaine 2	1 145 saisines	: (au 13 décembre 2002)
semaine 3	2 300 saisines	: (au 20 décembre 2002)
Total	4 629 saisines	: (au 31 décembre 2002)

Parallèlement, jusqu'au 31 décembre 2002, le site poolgtam.org a enregistré 10 464 pages lues et 10 586 téléchargements de questionnaires et de procédures.

Les méthodes de tarification préparées ont permis de les faire traiter par les étudiants avec vérification du tarif par l'un des permanents.

Principalement pour les médecins, il s'agissait d'un tarif à lecture directe selon la spécialité, avec des majorations spécifiques suivant la sinistralité et une révision par le comité technique, voire par des médecins-conseil en cas de déclaration de sinistralité importante ou d'anomalie.

De la même manière, les établissements de soins étaient traités à l'aide d'une feuille de tarification automatisée sur le logiciel Excel, puis vérifiés et soumis au comité technique pour les cas complexes (établissements très importants ou multiples, sinistralité lourde etc.).

Enfin, les demandes différentes, principalement laboratoires et fabricants, ont été traitées par le directeur général qui les a, à son tour, soumises au comité technique.

Au milieu du mois de décembre, l'activité était intense et il semblait évident que de nombreux intervenants n'auraient pas la possibilité de fournir des dossiers complets (y compris les deux refus de garantie) avant le 31 du mois.

Par ailleurs, il était probable que certains ne pensent à leur nouvelle obligation d'assurance qu'au tout dernier moment. Pour faire face à ces difficultés, deux mécanismes inhabituels (particulièrement en RC Professionnelle) ont été mis en place :

- Une tarification automatique sur le site www.poolgtam.org, avec émission d'une note de couverture en ligne a été annoncée dès après Noël. Le praticien ou l'établissement de soins remplissait donc le questionnaire en ligne, puis se voyait proposer une tarification. S'il l'acceptait, confirmant son accord en laissant un numéro de carte de crédit, une fois le numéro de carte bancaire validé par le site, il recevait une attestation d'assurance valide trois mois, sous réserve de l'envoi réel du questionnaire complété et signé, et d'un chèque de paiement (la carte bancaire servant de confirmation n'étant pas débitée). Ce système a été mis en place du 26 décembre 2002 au 10 janvier 2003. 216 tarifications ont été effectuées complètement, mais elles n'ont donné lieu qu'à 2 confirmations avec le numéro de la carte de crédit, toutes deux effectuées

dans la nuit du 5 au 6 janvier 2003 (sans doute des retours de vacances !).

- Par ailleurs, le GTAM a annoncé que tous les dossiers qui arriveraient complets dans le courant du mois de janvier 2003, accompagnés d'une déclaration sur l'honneur de l'assuré garantissant l'absence de sinistre ou de fait pouvant donner lieu à une réclamation, seraient traités rétroactivement au 1^{er} janvier. Là encore, l'effet d'annonce a été plus important, pour calmer les inquiétudes, que la portée réelle de cet accord qui n'a joué que pour une vingtaine de dossiers dans le courant du mois de janvier.

La croissance du nombre des demandes a été constante tout au long du mois et l'activité de la dernière semaine, particulièrement intense. Le travail des week-ends des 21-22 et 28-29 décembre 2002 a toutefois permis de traiter tous les dossiers, y compris les incomplets, qui ont fait l'objet d'une tarification « sous réserve de confirmation » et ont pu ainsi être traités. Au 31 décembre à 19 h 30, il n'y avait plus un seul dossier en attente. Soit ils avaient été complètement réglés (avec réception d'un chèque d'acompte des trois premiers mois de garantie et envoi d'une attestation d'assurance en bonne et due forme), soit ils avaient fait l'objet d'une proposition de tarification avec l'envoi d'une note de couverture pour trois mois sous réserve de paiement de la cotisation et éventuellement de la régularisation du dossier comme du montant de cotisation.

Le traitement des groupements

Dans les principes initiaux, il n'était pas prévu de traiter de groupements. Toutefois, pour être certains que toutes les demandes puissent être traitées et ne pas priver certains intermédiaires spécialisés de revenus indispensables à leur survie, 5 groupements importants ont été acceptés.

Le courtier s'engageait à réaliser l'émission des contrats, l'encaissement des cotisations et le transfert

des réclamations-sinistres au gestionnaire. En échange de ce travail, le GTAM n'a pas versé de commission, mais accepté de réduire sa cotisation de 8 %, le courtier s'engageant à facturer ses propres honoraires directement, pour un montant TTC égal au minimum à ces 8 %, afin que le paiement total d'un assuré ne puisse être plus élevé en individuel (conseillé ou non par un intermédiaire d'assurance) qu'en passant par un groupement. Bien sûr, les courtiers des groupements gardaient toute possibilité de facturer des honoraires et des cotisations pour des services et des garanties complémentaires. De même, les courtiers des praticiens assurés individuellement comme ceux des établissements de soins disposaient de cette faculté de facturer des honoraires – certains l'ont d'ailleurs fait en toute transparence vis-à-vis de leur client.

Les groupements de médecins ont finalement représenté 90 % des souscriptions de praticiens. Avec toutefois des résultats très variables d'un groupement à l'autre : le plus efficace ayant finalement assuré 56 % de ses saisines et le moins efficace seulement 5 %.

Les volumes souscrits au 1^{er} janvier 2003

Médecins	Total souscrit
Gynécologues	319
Chirurgiens	212
Anesthésistes	259
ORL	2
Autres	18
Total	810
Pourcentage des saisines	24,1 %

Établissements de soins	Total souscrit
Privés	516
Privés non lucratifs	20
Hospitaliers publics	26
Total	562
Pourcentage des saisines	73,5 %

Il convient de noter que quelques dizaines de dossiers supplémentaires ont été souscrits dans le courant de

l'année 2003, notamment un groupement de plus de 400 anesthésistes.

■ Les difficultés de mise en œuvre

Les difficultés logistiques brièvement décrites n'ont été finalement que des péripéties, les principales difficultés ayant été d'ordre technique:

- L'établissement des tarifs et la rédaction des contrats.
- Le placement des 100 % du pool et de la réassurance.
- La négociation avec la société gestionnaire.

La rédaction des contrats a été rendue plus difficile du fait du changement de la loi. Le comité technique, avec l'aide de la FFSA, a donc suivi très précisément l'avancée des travaux parlementaires afin de finaliser un texte aussi rapidement que possible après la parution du décret d'application de la loi About (le 31 décembre 2002). Ce travail évoluait presque au jour le jour, prenant en compte les interprétations et les sensibilités parfois différentes des spécialistes participant à ce groupe de réflexion. Finalement, les textes définitifs ont pu être mis en ligne sur le site www.poolgtam.org dès le 11 janvier 2003, avec les garanties obligatoires et les couvertures non obligatoires mais nécessaires à l'activité des praticiens comme des établissements de soins (RC exploitation, RC du fait des remplaçants etc.).

L'établissement des tarifs était, lui, rendu délicat par la difficulté à réunir des statistiques complètes sur une durée et un volume d'activité suffisants. En effet, il s'agit d'une branche à très long déroulement (en fin de cinquième année, moins de 20 % des sinistres sont réglés !). Dès lors, toute variation dans les hypothèses d'évolution de la sinistralité comme des niveaux d'indemnisation conduit à des mouvements tarifaires qui s'avèrent très importants par rapport aux autres composantes telles que les frais de gestion. Les évolutions récentes montraient des hausses simultanées et importantes, tant de la fréquence que du coût moyen des sinistres. De plus, sur une telle durée, la modification du taux d'actualisation financière, option prudente ou optimiste, avait un impact significatif. Les premières approches des réassureurs étaient peu précises et ne permettaient pas

de fixer la part dans le tarif des sinistres graves. Le changement de système vers la base réclamation avec subséquente pouvait également avoir une influence sur les résultats futurs. C'est ainsi, avec de nombreuses incertitudes, que les tarifs ont été annoncés dès le début décembre 2002 (pour permettre la souscription), dans un contexte tendu, en particulier avec les syndicats de médecins.

Globalement, les nouveaux tarifs montraient une rupture forte avec les taux des années précédentes : de l'ordre du double pour les praticiens et souvent supérieur au double pour les établissements de soins. Ceci étant essentiellement évident pour les obstétriciens et les chirurgiens, et établis dès les premières cotations pour les établissements comportant une maternité.

Compte tenu de l'imprécision statistique et des fortes réactions des assurés potentiels, le président a rapidement revu les hypothèses avec le comité technique, et la décision a été prise de réduire la cotisation standard des obstétriciens à 15 000 euros au lieu de 18 000 ainsi que de limiter le taux applicable aux établissements de soins (non sinistrés) comportant une maternité à 1,30 % du chiffre d'affaires. Cette réaction rapide et techniquement possible a permis une baisse des réclamations et de la pression médiatique.

Le placement en brut de réassurance du pool s'est effectué sur la base du chiffre d'affaires en RC générale en 2001 (dernière année connue) des sociétés du marché (avec une participation majorée pour la part de RC médicale de celles qui continuaient à pratiquer le risque) avec une limite à 0,50 % de part de marché.

La « solidarité de place » s'est effectuée de façon assez complète, même si certains, telle la SMABTP, qui a accepté une part de 4 % alors que sa spécialité est éloignée du risque médical, ou AIG, Chubb et la MAF qui ont, eux, refusé de participer, ont été plus solidaires que d'autres...

De même, les réassureurs significatifs sur le marché français se sont vus proposer une participation en quote-part. Seuls ont accepté Munich Ré, SCOR et la CCR.

Les placements définitifs en brut et en net :

Répartition GTAM

Assureurs Directs	% brut	% net
ACE	2,20	2,10
AGF	17,20	16,10
AREAS-CMA	0,50	0,50
Axa	26,90	25,30
Azur	1,60	1,50
CGNU/Aviva	2,70	2,50
Continent	1,10	1,00
Generali	4,80	4,50
Gerling	3,00	3,00
Groupama-Gan	7,60	7,10
Sou médical	6,50	6,10
Médicale	2,70	2,50
MMA	8,60	8,10
SHAM	5,40	5,10
SMABTP	4,30	4,00
Sté Suisse	1,10	1,00
Zurich	1,60	1,50
Sous-total FFSA	97,80	91,90
GEMA MAAF 1,1 %	2,20	1,05
Matmut 1,1 %		1,05
Sous-total direct	100,00	94,00
Quote-part des réassureurs		
Munich		3,00
Scor		2,00
CCR		1,00
Sous-total réas.		6,00
TOTAL placement Net		100,00

Les protections du *pool* en réassurance ont été très difficiles à placer à 100 %. Malgré l'augmentation des cotisations et la modification du régime de la garantie dans le temps, les réticences ont été très fortes et ont conduit, en fonction des préférences des uns et des autres, à un placement différencié suivant leur volonté d'intervenir après une rétention plus ou moins importante.

Finalement de nombreuses négociations ont été nécessaires pour arriver au placement suivant :

GTAM - Fonctionnement de la couverture de réassurance 2003

Principales caractéristiques de la protection					
		Priorité	Portée	Limite annuelle	Placement
par assuré/victime					
Option 1	Praticiens	1 000 000	2 000 000	20 000 000	56,5 %
	Établissements	1 500 000	6 000 000	30 000 000	56,5 %
Option 2	Établissements	3 000 000	4 500 000	25 000 000	43,5 %
Cumul de rétention		5 000 000	5 000 000	10 000 000	100 %

Enfin, peu de sociétés étaient candidates à assurer la gestion administrative et celle des sinistres. Après le retrait des AGF, seul Axa est resté en lice, et la mise au point de procédures spécifiques pour la gestion des affaires souscrites, l'encaissement des cotisations trimestrielles et le suivi des sinistres, a nécessité d'adapter la gestion du pool à celle d'Axa pour, en facilitant le processus de gestion, contribuer à minimiser les coûts. Finalement, l'accord conclu laisse à la charge d'Axa la gestion administrative de la production (avec toutefois la répartition des cotisations et des sinistres ainsi que le paiement de la réassurance par le BCR) et celle des sinistres pour une part de 15 % de la cotisation. Sur un montant de 40 millions d'euros de cotisation ce n'est pas une somme négligeable. Il faut toutefois retenir que certains contrats de groupements comprennent plusieurs centaines de praticiens et que la gestion totale des sinistres est une opération de très longue durée.

Pour suivre la statistique, les sinistres importants (plus de 500 000 euros), et éventuellement discuter de dossiers où Axa pourrait se trouver en position de juge et partie (par exemple litige sur le passé connu ou inconnu d'un assuré précédemment chez Axa), une commission de suivi des sinistres a été formée par des spécialistes des sociétés membres du conseil d'administration. Hélas, au jour de la rédaction de cet article, Axa n'a pas encore été en mesure de faire une présentation détaillée de la gestion des sinistres devant les membres de cette commission.

GTAM, avec un « T » pour « temporaire » ?

Le groupement ayant (ceci dit sans fausse modestie) bien rempli son rôle sur tous les plans, technique mais aussi, et plus particulièrement, logistique et médiatique, une situation plus « confortable » s'est installée, conduisant certains membres à suggérer que sa poursuite serait une bonne solution.

Certains arguments en faveur de cette solution semblaient pertinents :

- Non-réouverture évidente du marché, donc probabilité importante d'une nouvelle crise en cas d'arrêt du GTAM.
- Absence de résultats statistiques fiables en cours d'année pour permettre une nouvelle analyse du risque par les éventuelles sociétés candidates à la reprise des affaires.
- Nécessité d'une période d'observation longue de la sinistralité, notamment avec les démarrages des commissions régionales instaurées par la loi Kouchner pouvant conduire à une « déjudiciarisation » des réclamations.
- Possibilité d'instaurer sur une plus longue durée un suivi spécifique de prévention ; sujet qui n'avait pu être abordé compte tenu de la brièveté d'action prévue pour le groupement.

À l'inverse, d'autres membres refusaient la poursuite des opérations avec des motifs également raisonnables :

- Un tel système en parallèle avec une offre même modérée sur le marché se transformerait inévitablement en *pool* de risques aggravés, pratiquement impossible à équilibrer, puis finalement à arrêter.

- La poursuite impliquerait la mise en œuvre de moyens complémentaires pour réaliser le suivi, travailler les mesures de prévention, rémunérer les intermédiaires...

- La durée nécessaire pour obtenir des statistiques réellement fiables serait très importante.

- Le jeu de la concurrence pourrait, sur de telles durées, être faussé, entraînant un risque certain de difficultés juridiques. La plainte devant le conseil de la concurrence en mars 2003 n'avait pas abouti, le conseil ayant décidé qu'il n'y avait pas lieu de conclure ; toutefois, les rapporteurs n'avaient pas été très favorables au groupement dans leurs conclusions.

Finalement, après de nombreuses discussions dans le courant de l'été 2003, le conseil d'administration a décidé en septembre de maintenir la date de cessation d'activité au 31 décembre 2003.

Dès le mois de septembre, le GTAM a donc écrit à chaque assuré pour confirmer l'arrêt d'activité (la durée des garanties était déjà contractuellement limitée au 31 décembre 2003), suggérer les mesures à prendre pour retrouver une garantie et éventuellement approcher le BCT, récemment mis en place, en respectant précisément les formes pour une telle saisine.

L'absence de réel marché a rapidement abouti à un très grand nombre de saisines du BCT, qui craignait de ne pouvoir traiter toutes les demandes. De plus, nombre d'entre elles ne respectaient pas scrupuleusement les formes légales et allaient sans doute, dans un premier temps, être rejetées.

Ainsi, de nouveau en réaction à une situation de crise potentielle et en réponse au souci des autorités qui s'étaient émues de cette situation auprès de la FFSA, le conseil d'administration de novembre 2003 a-t-il décidé de convoquer une

assemblée générale extraordinaire seule à même, statutairement, de prendre une décision sur la poursuite éventuelle de l'activité.

Cette assemblée, réunie le 15 décembre 2003, a décidé la poursuite de l'activité pour six mois, c'est-à-dire jusqu'au 30 juin 2004 pour tous les assurés du GTAM qui n'auraient pu trouver des garanties au 1^{er} janvier 2003, et éventuellement quelques assurés en principe « primo-installant », les sociétés de la FFSA et du Gema ayant décidé d'accepter la prolongation de tous les contrats encore en cours, même si des décisions de résiliation avaient été prises.

Le GTAM a donc repris contact en décembre avec tous ses assurés n'ayant pas fait l'objet d'une tarification par le BCT (qui lui fournissait régulièrement la liste des affaires traitées pour éviter des erreurs), afin de leur proposer la poursuite, pour six mois, des garanties existantes.

Finalement, compte tenu d'une petite réouverture du marché (sociétés spécialisées et certaines généralistes telles Axa, MMA ou Aviva) et de l'efficacité du BCT, le nombre d'assurés du GTAM renouvelant leur couverture a été peu important.

	Direct	Groupement	Total
Cliniques	53	0	53
Médecins	42	240	282
Autres (laboratoires, fabricants...)	14	0	14
Total	109	240	349

La proposition d'extension de la durée du contrat s'est effectuée aux conditions en cours, sous réserve d'une sinistralité non aggravée et d'une activité de même niveau. L'information reçue des assurés a conduit à régulariser 15 contrats à la hausse (11 pour sinistralité et 4 pour augmentation significative d'activité) et 2 contrats à la baisse – ce faible nombre étant lié au fait que le contrat initial était prévu sans régularisation si l'activité ne variait pas de plus de 30 %.

Encaissements et résultats

En première analyse, la sinistralité 2003 se présente de la façon suivante :

PROF / ETAB	Nb contrats en cours	Primes émises effet 2004	Primes émises effet 2003	Nb sinistres 2003
Etablissements de Soins	369	114 425	7 840 583	1 532
Professionnels Libéraux	124	8 206	2 091 488	229
Autres (Labo., maison retraite...)	15	0	71 117	11
Total GTAM 100 %	508	484 709	39 538 294	1 772

Sinistres GTAM 2003	ETAB	PROF	AUTRES	Total
Nombre total de sinistres	1 532	229	11	1 772
Dont nombre en cours	1 364	216	8	1 588
Dont nombre clos	25	0	1	26
Dont nombre sans suite	143	13	2	158
Dont nombre graves	3	1	0	4

4 évaluations de sinistres graves supérieurs à 500 000 euros à fin décembre 2003

Circonstances :

faute de service : 1 640 427 euros,

naissance de deux enfants handicapés en 1995 : 1 369 040 euros,

naissance d'un enfant par césarienne avec souffrance fœtale et manque d'oxygène : 791 775 euros,

accouchement difficile, enfant hypotonique avec retard moteur important : 711 858 euros.

PROF/ ETAB.	Nb de contrats en cours	Cotisations émises effet 2004	Cotisations émises effet 2003	Nb sinistres 2003	Charge 2003	S/C 2003 (*)
Total GTAM 100 %	508	484 709	39 538 294	1 772	32 775 597	82,9 %

(*) A ce stade la charge sinistre évaluée au forfait pour de nombreux dossiers courants, et encore trop imprécise pour la plupart des sinistres importants, ne permet pas d'établir un compte de résultats même provisionnel fiable. Il semblerait toutefois que le montant total des sinistres, plus les coûts de gestion et les coûts de réassurance soient notablement supérieurs au montant des primes.

GTAM / GTREM : quels liens ?

En premier lieu, pour favoriser une reprise du marché et faciliter l'arrêt du GTAM, puis permettre aux sociétés choisies par des clients (et donc retenues par le BCT), mais qui n'auraient pas ou plus de garantie de réassurance de RC médicale d'être correctement réassurées, les sociétés de la FFSA ont cherché dès septembre 2003 à former un *pool* de co-réassurance sur la base

de la participation au GTAM. Ce *pool* créé en décembre 2003 a été nommé Groupement Temporaire de Réassurance Médicale (GTREM). Au final, le placement de ce *pool* est très proche du GTAM, toutefois les évolutions du marché ont conduit à la reprise par Générali France de la part de Continent Assurances et d'une partie de celle de Zurich, tandis que la SMABTP ne l'intégrait pas, et que la réassurance quote-part était supprimée.

À l'heure où nous écrivons, les mécaniques de cession et de gestion sont en cours d'analyse mais devraient

être proches de celles d'Assuratome. Les cessions possibles sont celles des contrats anciennement GTAM et/ou arrivant du BCT. La cession est facultative, mais si elle a lieu, elle doit concerner 100 % des contrats. La cession s'effectue sous une déduction de 10 % plus la commission éventuelle de l'intermédiaire mais avec un maximum de 25 %. Un comité d'acceptation désigné par le conseil statuera sur toute demande particulière et toute

demande de cession de sociétés non-membres du *pool*. GTAM et GTREM sont séparés dans leur principe. Pierre Florin a toutefois accepté d'en être le président. Marc Porteret, du GSAR, en préparera les règles de fonctionnement avec l'auteur de cet article.

De plus, pour des raisons à la fois techniques et pratiques, la réassurance du GTREM a été liée à celle du GTAM et mise en place avec l'aide de Gras Savoye Ré de la façon suivante :

GTAM / GTREM 2004				
Programme : EXCÉDENT DE SINISTRES RC MEDICALE				
OPTION 1		OPTION 2		
Tranche praticiens		Tranche établissements seuls		
Portée	2 000 000			
Priorité	1 000 000	Portée	4 500 000	
Limite annuelle	30 000 000	Priorité	3 000 000	
		Limite annuelle	25 000 000	
Tranche établissements				
Portée	6 000 000			
Priorité	1 500 000	CUMUL		
Limite annuelle	20 000 000	Portée	5 000 000	
		Priorité	5 000 000	
		Limite annuelle	10 000 000	
PLACEMENT				
	Option 1	Option 2	Cumul	
Reinsurer	Share	Share	Share	
SCOR	27,5 %	0 %	27,5 %	
Munich Ré	31 %	0 %	31 %	
Hannover	21 %	0 %	21 %	
CCR	0 %	8 %	8 %	
XL Ré	0 %	12,5 %	12,5 %	
Partner Ré	0 %	0 %	0 %	
TOTAL	79,5 %	20,5 %	100 %	

Les deux entités séparées ont ainsi presque les mêmes participants et un programme de réassurance commun. Restent encore, au moment de notre rédaction, à fixer les conditions éventuelles de la répartition de la garantie-cumul

si celles-ci s'avéraient épuisées. Ce point sera soumis aux conseils des groupements, la logique étant que cette éventuelle répartition soit proportionnelle aux cotisations payées par chaque groupement.

Quels enseignements tirer de cette expérience ?

Il est dès à présent possible de profiter d'enseignements à la fois optimistes sur la réalité pratique du GTAM et la qualité assurancière de notre système de soins. Tout d'abord, il faut reconnaître une fois de plus la capacité de mobilisation et d'organisation du marché français de l'assurance. Comme pour le GAREAT, le GTAM et le GTREM, les assureurs du marché français ont su faire preuve d'unité, de décision et de volonté pour trouver des solutions qui fonctionnent, et ce dans des délais très brefs.

En matière technique, la crainte de voir le GTAM être le réceptacle des mauvais risques s'est avérée complètement infondée. En effet, aucune demande n'a été refusée pour cause d'une sinistralité trop importante ou de pratiques engendrant des risques insupportables (à l'exception d'une sage-femme désirant pratiquer des accouchements à domicile).

Les quelques dizaines de dossiers soumis pour examen aux médecins-conseil ont presque tous reçu rapidement un avis favorable, avec toutefois pour certains une cotisation sensiblement augmentée. Seuls quatre dossiers ont fait l'objet d'une analyse beaucoup plus approfondie, finalement favorables au praticien ou à l'établissement de soins.

Les relations avec chaque praticien, chaque établissement de soins ont toujours été cordiales et ouvertes. Très rares ont été les « accrochages » qu'une discussion plus approfondie n'a pas permis de régler. Au-delà du souci primordial de l'attention portée aux patients et du respect de la législation, les assurés ont fait preuve individuellement de qualités d'écoute et de compréhension que nous n'avions pas toujours anticipées, cela étant dû notamment au comportement de certains syndicats de médecins...

De même, dans les cas où des discussions ont été engagées, soit pour analyser des pratiques, soit pour négocier des conditions, l'assurance a toujours été perçue comme une profession disposant de méthodes

et de savoir-faire dignes d'intérêt et susceptible d'apporter des conseils efficaces.

À l'aune de ces réactions, il n'est pas douteux que la collaboration sociétés d'assurances/professions médicales soit possible. Dans le domaine de la prévention, elle est même souhaitée par les praticiens et les établissements de soins.

Pour autant la situation n'est pas simple :

Alors que la médecine et les traitements n'ont jamais été aussi efficaces, un sentiment de peur non rationnel s'est répandu ces dernières années dans le public. Les acteurs politiques n'y sont pas étrangers, qui ont conduit à sur médiatiser les problèmes par le biais de création de lois et de fonds.

Est également apparu le sentiment d'un droit à l'indemnisation quelle que soit la cause du dommage. La crainte ou la frustration de ne pouvoir être indemnisé entraînant la judiciarisation de la relation du malade usager, devenu consommateur exigeant, avec les médecins/établissements ayant perdu leur aura d'expertise, relation qui ne peut donc plus être gérée par les acteurs et éventuellement maîtrisée et améliorée par la prévention.

La médecine devient une activité à technologie lourde où l'investissement en prévention n'est plus une priorité quand le coût des soins aux personnes âgées va continuer de croître à la mesure du vieillissement de la population.

Enfin l'assurance, en favorisant la segmentation commerciale, rend très difficile la mutualisation des risques entre les spécialistes, qui pratiquent les actes techniquement les plus risqués, et l'ensemble du corps sanitaire qui pourrait supporter facilement des montants de cotisations légèrement plus élevés, permettant ainsi de réduire les cotisations des spécialités supportant les montants les plus importants.

Alors quelles solutions pour retrouver des conditions de fonctionnement plus harmonieuses et donc efficaces ? L'auteur n'a pas la prétention de connaître les moyens infaillibles pour retrouver les équilibres techniques de l'assurance médicale alors que de nombreux éminents spécialistes travaillent sur le sujet. Cependant, quelques mois d'immersion au cœur du problème lui permettent d'avancer les réflexions suivantes :

Les dépenses de santé vont continuer à croître plus vite que le PIB, même avec le maintien d'une limitation de l'offre.

La population, qui ne souhaite pas cette limitation, est probablement prête à assumer une partie de la dépense qui correspond à sa demande croissante.

Ces dépenses ne sont d'ailleurs pas économiquement mauvaises, dans des activités non polluantes, faibles consommatrices d'énergie, à forte utilisation de main d'œuvre qualifiée et qui ne favorise pas les importations. Pourquoi donc y renoncer autoritairement par le biais de la limitation de l'offre ? Ne convient-il pas mieux de trouver les sources de financement nécessaire à cette « bonne » croissance ?

Sur un plan pratique, il faut trouver des mesures assurant un bon niveau sanitaire général, y compris aux plus démunis (prévention sanitaire, prise en charge des remboursements à des taux suffisants pour les soins de bases, prise en charge des affections graves et invalidantes) et appliquer des mécanismes conduisant à faire supporter par le « sur-consommateur » sa « sur-consommation ».

Si, comme cela semble être le cas, les dernières années de vie sont les plus consommatrices, il faut favoriser la souscription de garanties d'assurances spécifiques (incitations fiscales) pour en couvrir une partie. Prévoir qu'en l'absence de telle souscription, la Sécurité sociale pourra prétendre à une part de l'héritage de la personne décédée après des soins longs et onéreux. Bien entendu, on pourra limiter ce recours – par exemple en durée à un certain nombre de mois précédant le décès, en montant à un pourcentage de l'actif successoral et après un minimum restant toujours aux héritiers.

En matière de responsabilité, il faut revenir à la notion de faute avec un recours d'abord non judiciaire auprès de commissions mixtes (telles que celles qui viennent de se mettre en place) chargées de déterminer si l'indemnisation doit relever de la responsabilité d'un acteur, et donc de son assurance, ou bien de la solidarité pour un dommage subi sans faute. Si faute il y a l'assurance de l'acteur devra jouer pleinement son rôle ; restera à définir si l'indemnité doit être totale pour tous les préjudices ou limitée en montant

de une ou plusieurs fois le plafond de solidarité, le supplément relevant de l'assurance personnelle volontaire de la victime. La solidarité pour dommages sans faute devra être financée par un forfait tel que celui proposé par l'AGRIM sur les entrées en établissements de soins, dont le montant pourrait être pris en charge par la collectivité pour les plus démunis. Le montant de l'indemnité de solidarité serait d'un plafond « raisonnable », mais à chaque entrée dans un établissement de soins, à chaque visite annuelle en dispensaire ou chez un praticien, pourrait être proposée une assurance volontaire complémentaire du patient (comme dans l'exemple suédois), qui en cas de sinistre verserait automatiquement une indemnisation complémentaire à proportion de celle accordée par la commission mixte sur la garantie de base, en excédent de celle-ci en fonction des montants de garantie choisis individuellement.

Quant à la prévention au sein de chaque profession médicale, elle devrait être suivie par des indices de performance dont l'amélioration ou la détérioration conduirait à la modification d'un prélèvement forfaitaire sur la cotisation d'assurance obligatoire. Cette variation étant indépendante de celle de la cotisation qui suit la qualité du risque du praticien ou de l'établissement de soins, elle reproduirait la mutualisation indispensable. Les sommes ainsi collectées seraient gérées par les institutions professionnelles (ordre des médecins et fédérations d'assureurs) pour mettre en œuvre les moyens d'analyse et de prévention nécessaires.

- Retour à la notion de faute pour l'intervention de l'assurance RC d'un intervenant praticien ou d'un établissement de soins.
- Financement modeste par le patient, mais plus important s'il est un consommateur excessif sans raison.
- Financement partiel sur le patrimoine accumulé des consommateurs âgés lorsqu'ils n'en ont plus l'usage, mais sans supprimer la totalité de l'héritage, et en conservant le minimum des moins aisés.
- Financement préventif à travers l'assurance volontaire du patient lui-même pour sa protection personnelle ou celle de ses héritiers, mais avec un minimum de solidarité pour les moins aisés.

- Financement de mutualisation à travers un mécanisme de prélèvement sur les cotisations RC de toute une profession pour participer aux efforts de prévention.

Voilà réunies différentes pistes nouvelles, elles ne sont peut être pas les plus simples ni les seules possibles à mettre en œuvre. L'auteur n'a pas la prétention d'avoir trouvé la solution idéale, mais il souhaite qu'en s'appliquant à analyser ces possibilités, loin des idées préconçues et du « politiquement correct », il puisse

en sortir un élément utile au fonctionnement harmonieux de nos systèmes de soins pour qu'ils conservent leur efficacité.

Note

1. L'auteur, qui suivait chaque groupe et dirigeait le groupe de travail « gestion », tient ici à exprimer ses remerciements à chaque participant et particulièrement à Messieurs Gilles Fontana de la SHAM, Daniel Kowalik du BCR, Marc Porteret du GSAR et Paul-Henri Rastoul d'Axa.

L'OBLIGATION DE PRENDRE DES RISQUES

Michel Dupuydauby

Directeur général de la MACSF et du Sou médical

La médecine entretient avec la société des relations bien spécifiques et difficiles à cerner : en effet, elle touche chacun dans ce qui lui est le plus précieux – sa santé, sa vie, sa mort. Il suffit pour s'en convaincre que chacun s'interroge sur sa position face à elle – selon qu'il serait jeune et en bonne santé, légèrement malade ou gravement malade – et se souvienne que l'existence de chacun d'entre nous comporte inéluctablement ces différentes situations.

La responsabilité médicale au cœur de la relation entre les malades et les soignants

Parmi les activités humaines, celles relatives aux soins ont toujours tenu une place à part et donné à celui qui soigne une relation particulière avec ses semblables. Dans les sociétés primitives, sa connaissance des mystères les plus cachés de la nature, des manières de garder la vie ou de donner la mort ou sa faculté à les obtenir des dieux, en ont fait un personnage, sorcier ou prêtre, redouté. De plus, la détention des secrets intimes de ceux qui le consultaient augmentait encore son pouvoir.

La diffusion générale de la connaissance à partir du XV^e siècle eut pour effet de faire progressivement passer la médecine dans le domaine des sciences. De Léonard de Vinci ou Ambroise Paré, pour qui l'Homme était une machine magnifique à réparer pour autant que l'on en connaisse les rouages, à Louis Pasteur et à Charcot, la connaissance médicale n'a eu de cesse de faire des progrès. Simultanément, cependant, la société prenait conscience des limites du pouvoir médical : les médecins n'étaient plus dépositaires de secrets divins, mais des artisans appliquant avec plus ou moins de talent un savoir

dont le cadre apparaissait bien étroit par rapport à la complexité illimitée du sujet.

De ce fait, les craintes d'accroître les exigences à leur égard diminuant, le comportement de la société évolua : de la dérision de Molière à l'égard de Thomas Diafoirus jusqu'à l'action judiciaire contre le docteur Laporte, qui en 1897 allait conduire à la création du Sou médical.

Dès 1904, le président de cette jeune mutuelle indiquait à ses confrères que les clients étaient de plus en plus nombreux « à vouloir condamner les médecins à la réussite forcée à perpétuité et les rendre responsables de tout échec survenu dans un traitement médical ou chirurgical ». La tentation de l'obligation de résultat émergeait déjà !

Pourtant, jusqu'à l'arrêt Mercier de 1936, le médecin ne reste responsable que de ses fautes lourdes, de son ignorance, de sa maladresse évidente ou de son impéritie. L'effet de cet arrêt va être d'étendre le lien contractuel, qui n'était reconnu jusque-là que pour le paiement des honoraires, à l'ensemble de la relation patient-médecin. Et, de 1936 à 1996, pendant soixante années où pourtant elle évoluait beaucoup, la société française s'est satisfaite de cet équilibre...

Pour bien comprendre la problématique de ce risque, il faut reconnaître que, si l'on est prêt à beaucoup accepter de la médecine lorsque l'on est gravement malade et peu lorsque l'on est bien portant, cette situation est difficilement acceptable par les professionnels de santé.

Indemnisation des victimes : une responsabilité trop difficile à mettre en œuvre

Toutefois, depuis la fin des années 1970, nombre de voix se sont élevées face à l'anormalité de certains cas où le malade voyait sa situation s'aggraver après un acte médical et devant la difficulté pour les victimes d'obtenir réparation des dommages subis.

Les risques étaient grands de vouloir changer cet équilibre au profit d'une plus large prise en compte des thèses des victimes, et ils étaient régulièrement rappelés :

- La médecine ne saurait être une science exacte et les corps réagissent parfois de façon inattendue.
- Lors de certains actes, en particulier les plus délicats tels que ceux pratiqués en chirurgie, les médecins doivent prendre certains risques. Si ces risques sont sanctionnés lourdement, alors la médecine deviendra défensive et beaucoup moins efficace.
- Les Français, dans leur très grande majorité, font confiance à leurs praticiens de santé ; vouloir faire une politique de minorité pourrait être contraire à l'intérêt du plus grand nombre.
- Peut-on éviter, sans courir de grands risques, que l'expertise des responsabilités médicales soit confiée à des médecins, alors que l'on ne conteste pas à l'ordre des médecins la responsabilité de juger ses pairs ?
- Ne risque-t-on pas de voir désertier certaines spécialités si le risque devient psychologiquement et financièrement insupportable pour ceux qui les pratiquent ?
- Les coûts pouvaient s'avérer très élevés, et probablement en partie du fait de ces craintes, aucun projet législatif sur une trentaine de propositions diverses n'avait jusqu'alors abouti.

Les assureurs faisaient valoir que le problème était d'abord celui de la prise en charge des victimes et pour y répondre ceux de la FFSA mettaient en place le remarquable produit qu'est la Garantie des accidents de la vie (GAV).

Mais certains considéraient peut-être que le « lobby médical » était un nouveau mur à abattre, et que les prêcheurs de prudence étaient les suppôts de médecins trouvant avantage à la situation actuelle. À commencer bien évidemment par les assureurs de responsabilité civile médicale. De plus, il y avait là un remarquable sujet médiatique, qui s'appuyait sur le vrai problème général de la situation de victimes de dommages corporels lorsqu'elles ne sont pas bien assurées, qu'elles n'ont pas la chance d'être victimes d'un responsable bien assuré ou qu'elles ne peuvent bénéficier d'aucun fonds public.

À son tour, comme l'assurance maladie, l'assurance de la responsabilité civile des médecins tombait gravement malade. Précisément depuis que les magistrats, considérant qu'il fallait répondre à ces nouvelles exigences d'indemnisation formulées par des victimes avec le large appui de la société au travers des médias, et constatant l'incapacité des responsables à arrêter des choix avaient décidé de prendre le problème à leur compte, et pour cela de bouleverser la jurisprudence établie depuis soixante ans. Si le pouvoir législatif ne répondait pas à l'appel des victimes, le pouvoir judiciaire allait le faire ! Comme les assureurs en automobile pour les victimes de la route après l'arrêt Desmares (21 juillet 1982), qui fut suivi de la loi Badinter en 1985, les assureurs des médecins pouvaient payer !

L'année 1997 fut celle de cette révolution avec plusieurs arrêts de principe de la Cour de cassation, en particulier l'arrêt Hedreul/Cousin (25 février 1997), qui inverse la charge de la preuve en matière d'information préalable des patients.

Nous avons pourtant tenté à de nombreuses reprises d'expliquer que l'assurance RC médicale était totalement différente de la RC automobile, que les conducteurs étaient cent fois plus nombreux que les médecins, que se poserait immanquablement la question des disciplines les plus exposées aux risques... Nous n'avons pas été entendus.

Après la révolution judiciaire, il faut légiférer

Déjà les assureurs avaient eu à supporter le coût considérable de l'affaire du sang contaminé, puisque le fonds créé ne bénéficiait qu'aux seuls hémophiles, et que les assureurs avaient pris en charge les autres transfusés ainsi que les porteurs d'hépatites C transfusionnelles pour lesquels le pays a toujours refusé la mise en place d'un fonds.

Plus encore, ils avaient perdu confiance dans les décisions des tribunaux français en matière de responsabilité civile depuis que la Cour de cassation avait décidé, en décembre 1990, de la nullité des clauses contractuelles limitant dans le temps leur garantie, ce qui donnait de fait à cette décision un caractère rétroactif.

Enfin, les niveaux des indemnités allouées connaissaient des augmentations considérables, particulièrement pour les cas les plus graves. Par exemple la loi sur les 35 heures contribue à augmenter les indemnités parfois de plusieurs centaines de milliers d'euros dans les cas où la victime a besoin d'une assistance quotidienne sans aucun avantage pour elle. Pire encore, ces décisions supposées prises en faveur des victimes ont eu, par la grâce de la notion de perte de chance, pour effet essentiel d'accroître de façon très importante les possibilités de recours des organismes sociaux. Et de fait ces décisions, coûteuses pour les assureurs, n'ont été que de peu d'effets pour les victimes.

Les débats autour du cas de Nicolas Perruche ayant encore aggravé leurs inquiétudes, certains assureurs, en particulier étrangers, ont fait savoir que dans de telles conditions, ils préféreraient arrêter de garantir ces risques. Il ont brutalement pris conscience que les tarifs pratiqués pour certains groupes d'assurés changeant fréquemment d'assureur, étaient ridiculement insuffisants pour couvrir ces risques. Le Sou médical, dont ce n'était pas le cas, a du

consolider son ancien partenariat avec la MACSF pour rester financièrement en mesure de continuer à apporter aux professionnels de la santé le meilleur service en la matière.

Face à cette situation d'urgence, le gouvernement s'est décidé, mais bien tard, à légiférer avec la loi Kouchner du 4 mars 2002. Jugée par un grand nombre d'assureurs comme une bonne loi, elle s'est toutefois révélée imparfaite sur plusieurs points essentiels (en particulier parce qu'elle n'offrait pas de visibilité dans le temps), et a donc dû être complétée à la hâte par la loi About du 31 décembre 2002. Cependant, de nombreux dispositifs issus de ces lois, et en particulier les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) n'ayant été mis en œuvre qu'au cours de l'année 2003, il est impossible d'anticiper aujourd'hui du sens et de l'importance de leurs effets. Il faudra pour cela attendre les premières interprétations jurisprudentielles qui en seront faites.

Du danger de méconnaître les fondamentaux de l'assurance

Assurer est un métier fait à la fois d'analyse du passé et d'anticipations. Pour fixer un tarif, nous savons que nous devons prévoir (en nombre et en montant) les sinistres que l'on aura à payer avec les cotisations, les produits financiers qu'elles rapporteront et qui contribueront également à ces paiements, parfois de façon importante pour des risques de cette nature, et enfin les coûts annexes de gestion et de frais de justice. Ce sont autant d'éléments fondamentaux et essentiels de ce métier sans lesquels il ne saurait exister et qu'il est bon de rappeler tant leur compréhension semble pourtant aujourd'hui faire défaut chez certains hauts responsables.

De même lit-on qu'il y aurait de l'opacité dans la communication sur le mode de calcul des cotisations. Mais y a-t-il en IARD des domaines où les modes de calcul des cotisations ont fait l'objet d'une méthode

déposée ? N'y aurait-il pas confusion avec les assurances sur la vie ? Tout assureur en responsabilité civile aimerait, pour bâtir son tarif, pouvoir se référer à des lois aussi solides que les tables de mortalité, et plus encore rêverait de pouvoir demander aux juges de respecter des barèmes, et aux victimes des limites de fréquences déclaratives !

On entend également dire qu'il faut que le marché se « recrée » et l'on est surpris que cela ne se fasse pas en quelques mois... On doit penser qu'il est facile de faire redémarrer un secteur d'assurance arrêté... Mais il en est de l'assurance comme de toute autre branche de l'économie privée : les activités ne peuvent être réalisées que par des personnes compétentes, et démanteler une équipe est plus facile que la reconstituer, surtout lorsqu'il s'agit d'un domaine aussi complexe et que les doutes sur la rentabilité future de l'activité n'y autorisent pas d'importants investissements.

En plus des hommes, il faut des données. Les assureurs et réassureurs qui se sont désintéressés de ce marché peuvent ne plus disposer des statistiques nécessaires pour leur retour. Mettre à disposition de ses futurs concurrents certaines de ces informations présente évidemment un risque concurrentiel important pour ceux qui assument aujourd'hui celui de rester sur le marché, et on ne peut imposer à une entreprise de fournir ses données à ses concurrents ! Cependant, fidèles à leur habitude depuis plus de trente ans, le Sou médical et la MACSF publient cette année encore la statistique d'une année d'exercice qui reprend l'exhaustivité des dossiers dont ils ont eu connaissance, discipline par discipline.

Et maintenant...

Il nous semble que le dispositif législatif actuel devrait pouvoir répondre aux attentes que l'on met en lui. Il a fallu plus de vingt ans aux pouvoirs publics pour l'élaborer, et par conséquent il faut accepter de laisser deux ou trois ans au pays pour l'assimiler. En effet, beaucoup d'incertitudes demeurent sur son fonctionnement d'ensemble, par exemple sur les décisions que prendront les CRCI, sur le nombre de dossiers qui leur parviendront, sur les compétences des futurs experts ou encore sur les recours divers de l'ONIAM et des caisses.

Il faut également prendre en compte le fait que si l'on peut imposer certaines contraintes aux assureurs français, on ne les imposera pas à leurs réassureurs et qu'ainsi on contribue à fragiliser des entreprises françaises.

Mais la loi ne pourra en aucun cas répondre dans sa forme actuelle à ce qui paraît être une nécessité d'atténuer les différences considérables de tarifs pouvant exister entre les spécialités, qui sont inhérentes à l'importance des dommages susceptibles d'être causés (et non à la gravité de la faute) et à l'obligation de prendre certains risques pour le bien du plus grand nombre.

On s'apercevra également que la désaffection de certaines spécialités à risques ne tient pas tant aux questions d'assurance qu'aux contraintes de toutes sortes qui pèsent sur ceux qui s'y engagent et trouvent de plus en plus minces les contreparties, qu'elles soient financières ou de respectabilité, aux dix ou onze années d'études qu'ils y consacrent, à la vie difficile qui est la leur et aux risques qu'ils prennent quotidiennement pour essayer de sauver nos vies.

L'AVENIR DE LA RESPONSABILITÉ HOSPITALIÈRE EST-IL ASSURÉ ?

Michel Germond

Directeur, SHAM (Société Hospitalière d'Assurances Mutuelles)

Depuis plusieurs années se pose le problème de la responsabilité civile et de son assurance. Le risque médical est certainement celui qui a le plus capté l'attention ; il cristallise en effet de nombreuses questions qui émeuvent nos sociétés contemporaines : les attentes et les craintes nées du progrès scientifique, l'aversion aux risques ou encore l'affirmation des droits des citoyens et des consommateurs. Il met également en scène les rapports politiques, la répartition des missions entre le public et le privé, la logique économique et les préoccupations sociales, mais aussi des rapports sociaux complexes entre les acteurs du système de santé, et souvent des questions de pouvoir... L'intérêt du public, lui, peut se mesurer au succès des « palmarès » des hôpitaux et des cliniques publiés régulièrement par les médias.

Introduction

L'assurance de la responsabilité médicale et hospitalière a logiquement subi les secousses entraînées par les évolutions juridiques et sociologiques qui ont accompagné la transformation des risques, et si l'on devait définir un repère temporel déclenchant, ce serait incontestablement celui de « l'affaire du sang contaminé ». Si la responsabilité médicale se nourrissait auparavant de cas isolés de « bavures médicales » pris en charge sans difficulté par les assureurs, les contaminations causées lors de transfusions sanguines (VIH puis VHC) ont fait prendre conscience que le système de santé dans son ensemble pouvait générer des dommages graves, sériels, et des catastrophes sanitaires qui n'étaient plus le seul fait de la maladresse ou de l'incompétence d'un soignant isolé.

Les difficultés ont donc commencé pour les assureurs de responsabilité hospitalière à la fin des années 1980, quand s'est déclenché un long processus de détérioration de la situation sur le plan juridique et financier, jusqu'à ce que la désaffection du marché apparue en 2002 ne provoque une réforme législative de grande ampleur, et les prémices d'un retour des assureurs qui reste à confirmer. En effet, le nouveau système mis en place après les lois du 4 mars 2002 et du 30 décembre 2002 ne pourra être efficace que si – et seulement si – l'assurabilité des risques est préservée.

Unique société d'assurances mutuelles des hôpitaux sur le marché français, mais fortement soumise à la concurrence des assureurs généralistes, la SHAM¹ a toujours perçu son rôle au service de ses sociétaires sur le long terme. Les décisions, parfois difficiles, qu'elle a prises pour maintenir les risques assurables, lui ont permis d'accompagner les établissements de santé dans leur mission, mais aussi de se développer pour devenir aujourd'hui leader sur son marché.

Les raisons de la crise : un lent effritement du risque hospitalier

Il serait vain de chercher un responsable unique à la crise de l'assurance de la responsabilité médicale et hospitalière : tous les acteurs y ont contribué, professionnels de santé, magistrats, assureurs... Le mouvement légitime en faveur des victimes s'est traduit, sur le plan juridique, par une aggravation de la situation des établissements de santé et de leurs assureurs, dans un contexte économique particulier.

■ Une avancée favorable aux victimes

Sans revenir sur les causes sociologiques dont il a été fait mention plus haut, la marque visible de l'évolution du risque médical et hospitalier résulte d'abord de celle de la jurisprudence, notamment de la jurisprudence administrative, puisque les juridictions administratives sont seules compétentes pour apprécier la responsabilité des hôpitaux publics, particulièrement pour ce qui concerne les actes réalisés par les praticiens et les agents hospitaliers dans le cadre de leurs fonctions. Ce principe essentiel de notre droit, qui place les organismes publics en dehors du champ de la compétence du juge ordinaire, n'a pas pour but de les soustraire à la sévérité éventuelle de ce dernier, mais de prendre en compte la spécificité de leur mission de service public.

Bien que, dans la pratique, la jurisprudence administrative ait conduit à des solutions très proches de celles inspirées par le juge judiciaire, notamment en matière d'actes médicaux par l'arrêt Mercier², certains juristes chagrins voyaient dans cette particularité française une inégalité préjudiciable aux victimes.

La responsabilité hospitalière est traditionnellement fondée sur la faute simple en cas de dommage provoqué par un auxiliaire médical ou de un défaut d'organisation du service mais, jusqu'à un arrêt du

Conseil d'État du 10 avril 1992, une faute médicale lourde était exigée pour engager la responsabilité de l'hôpital du fait d'un médecin ou d'un chirurgien. Au fil du temps, la faute lourde s'était bien allégée, au point que les juristes, constatant que de simples maladroites pouvaient constituer des fautes lourdes, évoquaient sa « banalisation ».

Particulièrement sensible à la situation des usagers face aux administrations hospitalières, le juge administratif a alors adopté certaines mesures particulièrement protectrices à l'égard des victimes, en instituant des présomptions de faute : en cas de dommage anormal résultant de la réalisation d'actes de soins courants³, mais surtout en matière d'infection nosocomiale⁴, en affirmant que l'introduction accidentelle d'un germe dans l'organisme du patient révèle une faute du service hospitalier qui a l'obligation de fournir un matériel et des produits stériles.

Enfin, soucieux de mieux indemniser les victimes, le juge est allé jusqu'à affirmer la responsabilité sans faute de l'hôpital en cas d'utilisation d'une thérapeutique nouvelle⁵ ou de création d'un risque exceptionnel⁶ : ainsi bouleverse-t-il les principes de la responsabilité pour faute, rendant désormais possible l'indemnisation par l'hôpital des accidents thérapeutiques – les plus graves quant à leurs conséquences dommageables.

Pour un assureur de responsabilité hospitalière, cette dernière jurisprudence a définitivement changé la nature du risque. Peu de temps après, les plus hautes juridictions françaises se sont prononcées sur la nature de la responsabilité des Centres de transfusion sanguine (CTS) : ceux-ci sont responsables de la qualité des produits sanguins, même si le vice du sang fourni est indécélable⁷. Or, les assureurs des CTS sont le plus souvent les assureurs de responsabilité médicale.

De son côté, l'autorité judiciaire a aussi fait évoluer sa jurisprudence dans un sens plus favorable aux patients, sans pour autant remettre en cause les principes de l'arrêt Mercier. À la fin des années 1990, la pression sur les médecins – tant libéraux qu'hospitaliers – s'est faite plus forte, et le juge les a « épinglés » sur l'obligation d'informer le malade sur

les risques du traitement ou de l'intervention, en renversant la charge de la preuve⁸.

Si cette avancée en faveur des victimes constitue un progrès, la situation qui a résulté de l'aggravation des normes de la responsabilité hospitalière n'a bénéficié ni d'un encadrement adapté du droit des assurances, ni d'un environnement propice des marchés.

■ Un contexte juridique défavorable aux assureurs

Alors que le développement des procès intentés par les malades, l'émergence de risques sériels et de cas de responsabilité sans faute auraient dû entraîner une adaptation du droit des assurances de responsabilité pour clarifier la portée des engagements des assureurs, le droit des assurances a ignoré les exigences techniques de l'assurance de responsabilité civile.

Les assureurs ont dû – encouragés en ce sens par les réassureurs – abandonner les contrats en base fait générateur, pour adopter des contrats en base réclamation. La SHAM est ainsi passée au *claims made* en 1996. Or, la Cour de cassation, dans ses arrêts de principe du 19 décembre 1990, confirmés à de nombreuses reprises, avait réputé non écrites les clauses de tels contrats, avec pour effet de placer les assureurs en pleine insécurité juridique.

La profession de l'assurance s'est alors mobilisée pour infléchir la jurisprudence ou provoquer l'intervention du législateur. La publication du *Livre Blanc de l'assurance de responsabilité civile* en 2000 en témoigne – sans pour autant avoir convaincu de son bien-fondé, ni les juges, ni la doctrine.

■ Réflexions sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Depuis plus de vingt ans, la situation douloureuse des victimes d'accidents thérapeutiques est à l'origine de multiples propositions de lois de tous bords visant à provoquer la mise en place de systèmes permettant de garantir les accidents médicaux et d'en financer la charge sans rechercher la responsabilité des professionnels et des établissements de santé.

Si la profession de l'assurance s'est montrée active, elle n'a pas été unie quant aux propositions avancées : assurance personnelle obligatoire pour la FFSA, fonds public pour le GEMA. Plusieurs sociétés ont développé un portefeuille important de contrats « Garantie des accidents de la vie » (GAV) incluant l'indemnisation des accidents médicaux. Mais quelles que soient les techniques proposées pour indemniser l'aléa, les assureurs de responsabilité souhaitent que les contours de la responsabilité médicale soient clairement précisés par la loi afin d'éviter les dérives jurisprudentielles.

La SHAM s'est toujours associée à ces propositions, tout en s'inquiétant de l'impossibilité de cerner le coût de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique et des risques de dérapage financier.

À la recherche de l'équilibre technique et financier

Entre 1990 et 2002, le nombre d'établissements de santé assurés par la SHAM ayant une activité de médecine, chirurgie et obstétrique a progressé de 40 % ; dans le même temps, le nombre des sinistres augmentait de 144 %, et la charge des sinistres de 230 %.

Alors que la lente dégradation de l'assurance de responsabilité hospitalière aurait dû provoquer une attitude de prudence de la part du marché, la concurrence entre assureurs est restée très vive. Au début des années 1990, le marché de l'assurance hospitalière était encore très ouvert et concurrentiel. Il est vrai que le tarif de la SHAM, identique pour tous les sociétaires d'une même catégorie quels que soient les conditions d'activité et les résultats statistiques de l'établissement, facilitait les menées des concurrents.

Bien que conscients de l'augmentation inévitable du risque hospitalier, les établissements de santé, soumis à des contraintes économiques fortes, font jouer la concurrence : progressivement, les sociétaires de la SHAM demandent une personnalisation des taux de cotisation en fonction des activités, des sinistres et des

conditions de garantie, notamment des franchises. La gestion des risques, que la mutuelle aide à mettre en place dans les établissements sociétaires, devient également un moyen de différenciation tarifaire lors des appels à concurrence.

En effet, le décret du 27 février 1998 a introduit une nouvelle donne : l'assujettissement des services d'assurance des collectivités et des établissements publics aux procédures de mise en concurrence systématique des marchés publics. C'est un nouveau défi pour la SHAM, qui en l'espace de trois ans, a vu l'essentiel de son portefeuille de risques hospitaliers remis sur le marché quand de nouveaux assureurs étrangers arrivaient pour mener une politique commerciale particulièrement active.

Comment résister à cette concurrence ? Les caractéristiques de la responsabilité hospitalière, branche à déroulement long, l'ancienneté de la présence de la SHAM sur ce marché, sont à l'origine d'un fort stock de provisions techniques (fin 2002, il représentait plus de sept fois le chiffre d'affaires de la société). Aussi, grâce aux placements représentatifs de ces provisions techniques, dans une période marquée par la performance des marchés financiers, la SHAM a pu garder sa compétitivité en incluant les produits financiers dans les modèles actuariels de tarification⁹. D'une façon générale, les assurés n'ont pas réalisé, au cours de cette période, que les cotisations payées ne couvraient pas la charge de la sinistralité. Aussi, lorsque la fin brutale des fastes des marchés actions et la faiblesse des rendements obligataires ont rendu nécessaire, dès la fin de 2002, l'application de majorations tarifaires importantes, l'augmentation des cotisations a été difficile à accepter par les établissements de santé : la SHAM a notamment pris, en 2002 et en 2003, des décisions de revalorisations successives de 25 et de 39 %.

Ces mesures, intervenues dans un climat passionnel alors que se mettait en place la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, et que le marché de l'assurance était lui-même en crise avec une pénurie d'offre, ont contribué à mettre en lumière les contraintes structurelles et budgétaires de la santé publique et de ses acteurs.

Le grand pas en avant du législateur

La période qui s'ouvre semble augurer d'un retour progressif à une situation plus normale : si le marché de l'assurance de RC médicale ne s'est pas encore reconstitué, au moins ses fondements économiques et techniques sont-ils assainis, avec des conditions tarifaires plus adaptées au risque et un cadre juridique clarifié, tant du point de vue du droit de la responsabilité que du droit des assurances. Le contexte de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux est largement modifié ; il semble possible d'envisager un avenir plus ouvert pour l'assurance de responsabilité hospitalière sans pour autant se départir de la plus grande vigilance tant l'ensemble reste fragile.

Le rapport établi par l'Inspection Générale des Finances (IGF) et l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS) à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, rendu public en février 2004, traduit une certaine confiance en l'avenir, mais appelle à la prudence...

Les lois du 4 mars 2002 et du 30 décembre 2002 ont créé un nouveau cadre pour la responsabilité médicale et l'assurance ; les équilibres qui en résulteront vont conditionner l'avenir du système d'indemnisation des malades et l'assurabilité des professionnels et des établissements de santé.

■ Une construction juridique en deux étapes

La première étape s'intéresse essentiellement aux malades sans ignorer les professionnels de santé. Venant après des années de discussions et de propositions sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, la loi du 4 mars 2002, votée avec le soutien de la quasi-totalité des parlementaires, affirme avec générosité les droits des malades sans apporter de contraintes nouvelles aux professionnels de santé.

Consensuelle, la loi fixe les principes de la « démocratie sanitaire » en rassurant le corps médical. Sur la question de la réparation des accidents sanitaires, qui nous intéresse ici, elle commence par préciser que la responsabilité des professionnels de santé est fondée sur la faute (art. L. 1142-1 I du code de la santé), la réparation des accidents non fautifs est confiée à un fonds public, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (Oniam ; art. L. 1142 II), solution préconisée depuis des années par le corps médical.

En revanche, les établissements de santé¹⁰, qui se voient imposer une responsabilité sans faute en matière d'infections nosocomiales, et les assureurs désormais tenus d'une obligation d'assurer en responsabilité civile¹¹, apparaissent d'emblée les grands « perdants » de la nouvelle loi.

De surcroît, alors que les assureurs étaient réticents quant à l'obligation d'assurance et d'assurer, la loi ne tient pas compte de leurs demandes portant sur le fonctionnement de la garantie dans le temps, pour autoriser le *claims made*. Enfin, elle crée une procédure nouvelle qui permet aux victimes de faire valoir leurs demandes d'indemnisation dans un cadre extra-judiciaire, avec les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI) : cette procédure, facultative pour le malade, est toutefois contraignante pour l'assureur qui s'expose à des pénalités s'il ne suit pas les avis émis par ces nouvelles instances !

La deuxième étape, constituée par la loi du 30 décembre 2002, restaure incontestablement les conditions de l'assurabilité des risques médicaux, particulièrement pour les établissements de santé :

- en mettant à la charge de l'Oniam la réparation des dommages graves résultant d'infections nosocomiales¹² ;
- en imposant un système d'assurance en base réclamation pour toutes les assurances couvrant des risques médicaux et répondant aux demandes des organisations professionnelles de l'assurance.

Cela, bien entendu, sans revenir sur les droits accordés aux victimes par la loi du 4 mars 2002...

La loi a ainsi permis, après plusieurs mois de crise intense, exacerbée par le retrait subit de plusieurs

assureurs, de vaincre les réticences du marché français et de passer le cap de l'échéance du 1^{er} janvier 2003¹³. Les assureurs ne sont pas encore revenus sur le marché, aujourd'hui restreint aux sociétés d'assurances mutuelles professionnelles et à quelques grands assureurs généralistes ; le Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM) est toujours présent et le Bureau central de tarification (BCT), dont la vocation n'est pas de traiter des demandes d'assurance massives de risques non aggravés, est fortement sollicité. Le pari du sauvetage de l'assurance de responsabilité médicale et hospitalière pourra-t-il être gagné ?

■ Maintenir tous les équilibres pour l'avenir de l'assurance de responsabilité hospitalière

Le rapport IGAS/IGF préconise d'observer, au cours des prochaines années, la montée en puissance du nouveau système avant de lui apporter, si nécessaire, des aménagements législatifs. Cette recommandation est raisonnable, car les modifications contenues dans une proposition de loi récente¹⁴ semblent apporter plus de risques de nouveaux déséquilibres que d'avantages : en favorisant une catégorie de professionnels, en supprimant les effets d'incitation à la prévention que constituent la responsabilité civile et l'assurance, il est peu probable que le système y gagnerait en lisibilité ou en stabilité.

Quelques facteurs, parmi d'autres, conditionnent l'assurabilité de la responsabilité hospitalière et le renouveau d'un certain marché :

◆ La maîtrise des coûts

Si le cadre juridique actuel ne fait plus l'objet de critiques majeures de la part des parties prenantes qui attendent d'en connaître les effets, la question du coût de l'assurance reste au centre des préoccupations. Certains professionnels de santé considèrent que le niveau actuel des cotisations ne leur permet pas d'envisager sereinement l'avenir de leur exercice libéral ; pour les établissements, la stabilisation des charges d'assurance constitue aussi une exigence budgétaire.

Les assureurs s'interrogent sur les effets du nouveau régime de la responsabilité médicale et hospitalière, qui seront longs à mesurer : par exemple l'évolution du nombre de plaintes en raison d'un « effet de guichet », la répartition de la charge de la réparation des accidents médicaux entre la faute (les assureurs) et l'aléa (l'Oniam), ou encore le niveau de l'indemnisation du dommage corporel.

Quelle sera l'influence du barème utilisé par l'Oniam pour réaliser les offres d'indemnités aux victimes d'accidents médicaux non fautifs ? Quels seront les effets, sur le prix de la responsabilité médicale, d'une éventuelle réforme de l'indemnisation du dommage corporel¹⁵ ? Toute aggravation des coûts des assureurs de responsabilité civile aura des répercussions sur le montant des cotisations déjà jugées trop lourdes par les assurés.

◆ Une société plus responsable

La clarification de l'information sur la réalité des risques dans les établissements de santé conditionne l'avenir de la responsabilité hospitalière, car la médiatisation de certains sujets contribue à propager des inexactitudes scientifiques et à diaboliser le risque hospitalier – ainsi celui des infections nosocomiales¹⁶. L'avenir de l'assurance de la responsabilité hospitalière repose aussi sur le comportement des différents acteurs dans une société qui cultive une tendance à la « victimisation », en confondant aversion du risque et besoin de sécurité. La menace, brandie à l'encontre des professionnels de santé et des gestionnaires d'hôpitaux, de la responsabilité pénale et de l'exigence de l'indemnisation, peuvent, à l'hôpital, décourager les meilleures équipes et provoquer l'abstention thérapeutique, contraire à l'intérêt des malades. Sans brandir le « spectre américain », dans tous les domaines, les Français recourent de plus en plus à l'avocat et au tribunal lorsqu'il s'agit de responsabilité. L'affirmation de leurs « droits » de malades pourrait accentuer cette tendance.

Ce comportement est aussi à l'origine, de la part des autorités sanitaires, d'une inflation de textes sécuritaires destinés à encadrer les activités des établissements de santé, par ailleurs tenus à des

obligations de service public, sans qu'ils puissent réellement satisfaire à toutes les prescriptions destinées à assurer la sécurité des malades : le manque de moyens humains, les difficultés budgétaires des hôpitaux, n'empêchent pas une politique du « parapluie ». Imposer des normes, notamment dans les activités à risques, va dans le sens de la qualité et de la prévention, mais en contrepartie, en cas de sinistre, la constatation du non-respect de la norme facilite l'engagement de la responsabilité¹⁸.

◆ Le bon fonctionnement des CRCI

L'usage qui sera fait des nouveaux outils créés par la loi du 4 mars 2002 conditionne l'avenir de la responsabilité hospitalière. Pièces maîtresses du dispositif d'indemnisation, les Commissions régionales d'indemnisation et de conciliation (CRCI) auront un rôle déterminant. Composées en majorité de représentants d'associations de malades d'une part, et de représentants de professionnels d'autre part, leur mission n'est pas de rendre des avis comparables à des décisions émanant de juridictions de jugement. Mais ces avis, qui devront s'entourer de bon sens et d'équité sans privilégier systématiquement les intérêts de quiconque, auront une grande influence sur l'avenir du risque.

Les délais encadrant le travail des CRCI, tenues de rendre leurs observations dans les six mois suivant leur saisine, amènent des interrogations sur la qualité de l'instruction des dossiers, notamment des expertises. Le respect du contradictoire, principe fondamental aux yeux de l'assuré mis en cause et de son assureur, ne s'accommode pas toujours de tels délais. La qualité de l'expertise elle-même en sera t-elle affectée, comme peuvent le laisser craindre certains rapports déjà déposés ? Le recours au juge reste toujours possible, mais le bon fonctionnement des CRCI est certainement l'une des clefs de la réussite du nouveau système et de l'assurabilité des risques hospitaliers.

◆ La gestion des risques hospitaliers avec l'assureur

La SHAM contribue à la gestion des risques hospitaliers en proposant à ses sociétaires un ensemble de services qui vont de l'aide à la mise en place d'un

système d'information global sur les risques à des recommandations d'actions spécifiques dans les activités ou les lieux à risques comme les urgences ou le bloc opératoire. L'objectif est d'offrir à l'établissement assuré un accompagnement lui permettant de mettre en évidence ses dysfonctionnements, d'analyser les processus, de hiérarchiser les actions à mener et d'élaborer des plans d'actions correctives et préventives. Cette démarche est inspirée de systèmes en place dans certains pays étrangers où la gestion des risques est devenue une condition formelle d'assurabilité des établissements de santé, appréciée lors de la souscription et en cours de contrat. Les établissements de santé français devront de plus en plus gérer leurs risques avec leur assureur.

Le risque hospitalier est aussi complexe que l'hôpital : il intègre, outre la notion de responsabilité médicale liée aux actes des individus, tous les risques inhérents au fonctionnement et à l'organisation de la structure. Chaque hôpital fonctionne comme une grande entreprise travaillant uniquement sur l'humain. Le champ des dommages possibles est aussi plus large. En cela, le risque de responsabilité hospitalière est plus difficile à gérer et à assurer que le risque de RC médicale *stricto sensu*.

Plus que pour tout autre assurance, l'assurance de responsabilité hospitalière requiert indiscutablement une proximité entre l'assureur et son client, cela pour apprécier les risques dans une certaine durée, gérer les plaintes des malades et les sinistres, et ce dans le respect attentif de toutes les parties impliquées, particulièrement des praticiens et des soignants. L'assureur doit, sans s'immiscer dans la gestion de l'établissement, jouer un rôle actif dans le processus d'indemnisation des malades mis en place par la loi du 4 mars 2002, comme dans un schéma classique de règlement amiable ou de contentieux. Cette proximité du risque peut aussi conduire l'assureur à moduler, dans ses rapports avec l'assuré, les conditions de sa garantie afin d'inciter l'établissement à mettre en œuvre des modalités de gestion du risque ou des mesures de prévention de nature à influencer sur les résultats.

◆ Un environnement économique favorable à l'assurance

Il est essentiel de rappeler que les exigences prudentielles de la responsabilité civile médicale et hospitalière font dépendre fortement les équilibres de la branche du niveau des produits des placements alloués à la gestion technique. Dans la gestion de ce risque caractérisé par une liquidation à long terme, tarifs et placements financiers sont fortement liés. La combinaison de ces deux sources de revenu conditionne l'équilibre de la branche, consommatrice de fonds propres pour l'assureur²¹. Dans les périodes où les placements financiers permettent de dégager des plus-values importantes sur cessions d'actifs, la concurrence tend à se renforcer... La vigilance sur le niveau technique des risques assurés doit cependant être de mise, car la ressource financière peut se tarir brusquement : les dernières années, qui ont vu se manifester tous les maux de l'assurance de responsabilité médicale et hospitalière, dont ont été victimes assureurs et assurés, en constituent un bon exemple.

Notes

1. *Société hospitalière d'assurances mutuelles. Fondée à Lyon en 1927, la SHAM assure les établissements de santé pour l'ensemble des risques de dommages et de responsabilités.*
2. *Cass. Civ., 20 mai 1936. Le médecin s'engage à donner à son malade des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science.*
3. *CE, 23 févr. 1962*
4. *CE, 9 déc. 1988*
5. *CAA Lyon, 21 déc. 1990, Gomez.*
6. *CE, 9 avr. 1993, Bianchi.*
7. *CE, 26 mai 1995.*
8. *C. cass., 25 février 1997, CE 5 janvier 2000.*
9. *Entre 1998 et 2002, le ratio combiné RCH de la SHAM varie, selon les exercices, entre 150 et 198 % (hors produits financiers et sans escompte de produits financiers dans les provisions mathématiques de rentes).*
10. *Pour les établissements publics, la prescription de dix ans à compter de la consolidation de l'état de santé du malade se substitue à la classique déchéance quadriennale.*
11. *La création de l'Oniam met aussi un terme aux propositions des assureurs de couvrir les accidents médicaux par un système assurantiel de garantie personnelle.*

12. Au-delà de 25 % d'incapacité permanente partielle ou en cas de décès. L'Oniam conserve toutefois un recours contre l'assureur de l'établissement en cas de faute, et notamment de manquement caractérisé en matière d'hygiène ou de prévention.

13. Grâce aussi à la constitution par les assureurs du Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM).

14. Proposition de loi n° 1398 de M. Domergue relative au financement alternatif par mutualisation de la responsabilité civile médicale, janvier 2004.

15. Voir le rapport réalisé à la demande du ministère de la Justice par le groupe de travail présidé par Mme Lambert-Faivre dans le cadre du Conseil national d'aide aux victimes, juin 2003.

16. « Infections nosocomiales : fantasmes et réalités », in *La Lettre de la Fédération Hospitalière de France*, février 2004.

17. Voir « Protéger les malades ou s'en protéger ? », Pr Didier Sicard in *Le Monde*, 29 janvier 2004.

18. Pour les infections nosocomiales, la circulaire DHOS/E/2/DGS/SD5C n° 2004, 21 du 22 janvier 2004 « relative au signalement des infections nosocomiales et à l'information des patients dans les établissements de santé » rappelle les nombreux textes applicables en la matière.

19. Voir Dr B. Guimbaud, « L'assurance de responsabilité des hôpitaux » in *Revue Hospitalière de France* n° 495, novembre-décembre 2003.

20. Pour les établissements publics, la réglementation sur les marchés publics est pourtant antagoniste, puisque la prestation de l'assureur attendue par l'acheteur public est celle indiquée dans le cahier des charges, et le principal critère de choix, le prix. Ceci explique le succès commercial éphémère de certains assureurs jusqu'en 2002 et la crise du marché qui s'en est suivie.

21. L'exigence de marge de solvabilité des assureurs de responsabilité civile a été récemment renforcée avec l'augmentation de 50 % du poids de cette branche.

3.

Le principe de précaution

■ Philippe Trainar
Introduction

■ Guy Canivet
Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation

■ Nathalie Kozciusko-Morizet
Le pilier d'un droit moderne de la sécurité

■ François Ewald
A qui veut-on donner le pouvoir ?

■ Guillaume Drago
L'environnement saisi par la Constitution

■ André Fourçans
Un principe à manier avec précaution

■ Christian Gollier
Que croire ? Qui croire ?

■ François-Xavier Albouy
Contre les précautionneux : le principe de souscription

■ Pierre Florin
L'Assurance confrontée au principe de précaution ?

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION

INTRODUCTION

Philippe Trainar

Directeur des affaires économiques, financières et internationales, FFSA

Le « principe de précaution » s'est progressivement imposé au cœur des débats sociaux, économiques, politiques, juridiques et métaphysiques des sociétés contemporaines. Nouveau selon certains, qui le font remonter à la définition des politiques de l'environnement au cours des années 1970 en Allemagne, il aurait une histoire bien plus ancienne selon d'autres, qui en font remonter l'origine au « devoir de prudence » consacrés par les philosophies tant aristotélicienne que classique. Ce qui est incontestablement nouveau, c'est son caractère principiel, c'est-à-dire le fait qu'il tende à être étendu progressivement à l'ensemble des comportements humains, individuels ou collectifs. Le projet d'adossement de la Charte de l'environnement à la Constitution vient consacrer et couronner cette évolution.

Le principe de précaution se définit assez bien par la relation dialectique qu'il entretient avec deux autres principes qui ont été identifiés en tant que tels bien avant lui : le « principe d'espérance » et le « principe de prévention ». Il se situe tout d'abord en opposition à ces deux principes. Il rompt ainsi avec l'optimisme du principe d'espérance qui a été défendu par Ernst Bloch et qui a semblé justifier toutes les actions humaines, pourvu qu'elles soient porteuses d'un espoir de progrès pour la condition humaine. Les catastrophes humaines et écologiques des régimes communistes ont clairement fait ressortir les limites de ce principe. Le principe de précaution rompt aussi avec le principe de prévention qui vise à empêcher les comportements dont on sait par expérience qu'ils peuvent entraîner, avec une probabilité raisonnable, des conséquences dommageables irréparables. La multiplication des risques émergents, à développements longs mais inexorables, a montré les limites de ce principe. Le principe de précaution se situe aussi dans le prolongement des deux principes précédents. Il partage avec le principe d'espérance l'impératif d'un

comportement éthique par rapport à un univers futur hypothétique et avec le principe de prévention la crainte que cet univers soit de nature catastrophique et non point paradisiaque.

Le « principe de responsabilité » défendu par Hans Jonas, avec sa maxime : « Agis de façon à ce que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur Terre », correspond probablement le mieux à l'expression philosophique du principe de précaution. Hans Jonas affirme que « Nous n'avons pas le droit d'hypothéquer l'existence des générations futures à cause de notre simple laisser-aller ». En fait, il craint la puissance que la technique et la science confèrent à l'homme moderne. De ce point de vue, les découvertes scientifiques et techniques appellent une régulation qui ne peut plus être confiée aux chercheurs et aux experts dans la mesure où ce qui est en cause, ce sont les incertitudes de la praxis scientifique et la technique. Le catastrophisme aurait ainsi une vertu salvatrice et fondatrice pour Hans Jonas qui écrit : « c'est peut-être l'avertissement

de la peur qui peut nous conduire à la raison ». Le restaurateur de la gnose antique, qu'a été Hans Jonas, va même jusqu'à se demander : « Se pourrait-il que la modernité n'ait été qu'une erreur ? ».

Dans cette hypothèse, le « principe de précaution » et le développement durable ne feraient pas bon ménage. Ce serait notamment le cas si l'inscription du « principe de précaution » dans la constitution devait conduire à donner un pouvoir de blocage et d'interdiction à toute expression de doute, sur la foi d'une opinion. Or, depuis Platon nous savons que rien ne nous permet de distinguer l'opinion vraie de l'opinion fautive.

Mais, on peut avoir une autre interprétation de ce principe, une interprétation raisonnée voire précautionneuse, avec le souci non d'arrêter le progrès et de mettre un terme à la modernité, mais d'intégrer les risques de régression et de les maîtriser. Dans cette hypothèse le principe de précaution et le développement durable iraient de pair. Ce serait notamment le cas, si l'inscription du « principe de précaution » dans la constitution devait conduire à ne donner un pouvoir de blocage qu'à la seule expression d'un doute fondé sur des données objectives avérées.

Pour autant, même dans ce cas, tous les problèmes ne seraient pas résolus. Les catégories du bien et du mal feraient, en effet, à cette occasion, leur entrée dans les sciences et la technique. Le principe de précaution se révèle ainsi avoir le goût du fruit défendu dans la mesure où il insinue le doute moral dans notre praxis, hier encore marquée du sceau de la spontanéité. De fait, il nous confronte à toute l'incertitude d'une règle morale dont les limites sont indéterminées et qui ne se fonde sur les données de la science et de la technique que pour mieux pouvoir les critiquer à partir d'un champ éthique qui leur était resté jusqu'à présent étranger. Il fait voler en éclat les frontières entre le savant et le politique, clairement tracées par Max Weber. Devons-nous nous en réjouir ou nous en inquiéter : le savant et le politique sont désormais mêlés indissolublement pour des travaux d'Hercule,

probablement d'un nouveau type. Telle est le défi le plus redoutable de l'inscription du principe de précaution dans la Constitution.

Guy Canivet, dans un article à la fois savant et lumineux, nous introduit à l'archéologie juridique du principe de précaution en remontant des textes à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il fait clairement ressortir que ce principe est loin d'être inconnu des juges qui ont commencé à s'y référer il y a plus de cent cinquante ans. Il montre aussi comment l'application de ce principe a été progressivement étendue par la jurisprudence et le législateur. Mais, Guy Canivet estime que l'intervention du législateur est essentielle pour que ce principe connaisse les développements nouveaux qui sont souhaités.

Nathalie Kozciusko-Morizet, dans une contribution animée par un souffle politique fort, estime que l'inscription du principe de précaution dans la constitution va bien au-delà de cela. Il s'agit d'introduire une troisième génération de droits fondamentaux après les droits de l'homme et les droits sociaux. Son caractère impératif exclut toute intervention du législateur, laquelle n'aurait pour seul effet que d'en réduire la portée pour ramener aux cadres étroits et statiques des catégories juridiques de la faute et de la réparation. L'indétermination du principe est assumée comme étant intrinsèque à l'ordre mobile qui devrait être celui d'un droit moderne de la sécurité.

François Ewald, dans l'interview stimulante qu'il a accordé à la revue, s'interroge sur les risques que comporte l'imposition, aux autorités publiques, d'un principe constitutionnel de précaution, qui est défini de manière extrêmement large, indépendamment de l'existence d'un risque identifié, et qui exclut en même temps l'intervention du législateur. Le principe de précaution pourrait ainsi ouvrir une voie de recours inespérée à toutes les causes sans preuves. Cette exception dont bénéficie l'environnement, et qui n'existe même pas pour l'individu, placerait les pouvoirs publics, y compris

les juridictions, sous l'autorité des « lanceurs d'alerte » plus ou moins scrupuleux.

Guillaume Drago revient sur les conséquences juridiques pratiques de cette indétermination du principe de précaution. Il indique le caractère paradoxal d'une norme majeure dont le domaine d'application est potentiellement infini et se livre à une étude minutieuse des conditions de sa mise en œuvre, en soulignant le rôle fondamental qu'aura le Conseil constitutionnel en la matière. Il souligne cependant que ce principe ne pourra être mis en œuvre en droit interne que si le législateur en a précisé les règles de mise en application. À défaut, Guillaume Drago craint que ce principe, par sa généralité, n'ouvre la porte à des actions contentieuses inconsidérées.

André Fourçans met en garde contre les conséquences économiques désastreuses d'une extension « abusive » du champ du principe de précaution qui nuirait au développement de la recherche fondamentale. Leurs conséquences sur l'environnement et la société sont, par nature, non anticipables et couvrent des risques comme des avantages. Dans cette analyse coûts/bénéfices, le rôle du temps, de l'apprentissage et du progrès des connaissances scientifiques doit en outre être intégré. Et, dans un principe qui met en avant la responsabilité des pouvoirs publics, il faut tenir compte des risques de tentations interventionnistes et protectionnistes.

Christian Gollier étudie plus particulièrement les conséquences qui résulteraient d'un objectif de zéro risque sur telle cible. En raison des rendements

décroissants de la prévention, un tel objectif conduirait à allouer insuffisamment de ressources à d'autres projets de prévention plus efficaces. Mais, le problème est « que croire ? qui croire ? » en la matière. Il souligne que, lorsque l'incertitude donne lieu à des interprétations consensuelles, un renforcement des investissements de prévention est probablement justifié mais que, lorsqu'elle donne lieu à des interprétations conflictuelles, tout dépend de l'efficacité des marchés d'assurance et des mécanismes d'expertise publique.

François-xavier Albouy dénonce l'utopie qui se cacherait derrière le principe de précaution, rêve d'un état du monde où les progrès technologiques et les sciences seraient encadrés, dominés. Pour faire contrepoids à ce principe, il propose d'inscrire dans la Constitution le principe de souscription qui analyserait les risques, les mutualiserait et préconiserait des actions de prévention, sans tomber dans le catastrophisme ou la contradiction économique. Et, c'est à l'assurance d'offrir les nouveaux produits pour ce champ élargi de la mutualisation.

Pierre Florin précise les conditions dans lesquelles l'assurance peut contribuer efficacement à la mise en œuvre du principe de précaution. Il faut respecter les grands principes de gestion du risque : dispositifs d'alerte, évaluations globales des activités à risque, recherche, incitation à la prévention et information ? L'apport de l'assurance, outre la gestion du risque, porte aussi sur la définition d'un périmètre viable de mutualisation, ce qui, pour les risques émergents, constitue un élément déterminant de l'efficacité de la précaution.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION¹

Guy Canivet

Premier président de la Cour de cassation

Depuis quelques années, on observe une évolution du risque de responsabilité par le développement des cas de responsabilité objective et l'évolution de la notion de faute. Il en résulte d'importantes conséquences économiques sources d'inquiétudes des secteurs concernés, soulignées dans le Livre Blanc de l'assurance responsabilité civile², remarquable étude transmise au cours de l'année 2000 au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. L'assurance responsabilité suit cette évolution et doit s'adapter. Il s'agit pour les assureurs d'identifier, d'analyser et de quantifier les risques. La difficulté est d'autant plus grande que la notion de risque s'est diffusée dans tous les domaines. Apparue, dit-on, dès le XIV^e siècle dans le vocabulaire des assurances maritimes qui se développent alors en Italie, la notion de risque a ensuite permis de transformer en profondeur le traitement juridique des accidents du travail au XIX^e siècle avant de se répandre dans tous les secteurs de la vie économique et sociale³ ; ainsi, elle regroupe aujourd'hui sous le même vocable une collection d'événements et de phénomènes particulièrement hétéroclites : insécurité, pollution atmosphérique, inondations, catastrophes nucléaires, maladies contagieuses...

L'accident de Toulouse, que chacun a en mémoire à quelque temps de sa date « anniversaire », pose avec violence la question des comportements à risques des entreprises.

Parmi les différentes formes de traitement des risques, la prévention s'impose au premier rang⁴. Les règles en ont été posées par deux directives européennes dites « Seveso », du nom d'une immense catastrophe qui provoqua la réaction réglementaire européenne « Seveso I » du 24 juin 1982 et celle dite « Seveso II » du 9 décembre 1996. La première impose aux industriels d'évaluer les risques de leurs installations et de les réduire par des mesures techniques et organisationnelles globales ; la seconde renforce les dispositifs de prévention et d'inspection.

Devant l'émergence de risques nouveaux, s'est développée, à côté de la conception classique de la prévention, l'idée de précaution rapidement devenue, dans une société où tout est principe : « principe de précaution » (voir biblio.) ; ce principe tendrait à instituer, pour reprendre la formulation utilisée par un civiliste éclairé, le professeur Denis Mazeaud « une responsabilité sans bénéfice du doute à la charge de tous ceux qui n'auront pas adopté une conduite appropriée dans la perspective d'anticiper, de prévenir, de neutraliser, d'éradiquer les risques suspectables de dommages qui menacent l'avenir de notre civilisation ». Face à l'apparition de ce principe dit « émergent », une littérature immense a vu le jour. Certains ont suggéré que l'éthique de précaution provoquerait à terme la

« marginalisation » de la responsabilité civile, au profit d'assurances indemnitaires personnelles en matière de catastrophes individuelles. Autrement dit, les victimes s'assureront pour couvrir les dommages de toute nature qu'elles risquent de subir. D'autres, plus sages ou moins imaginatifs, assurent à l'inverse que la disparition programmée de la responsabilité civile au profit d'assurances personnelles n'est pas encore à l'ordre du jour en droit positif. Selon ce courant réaliste, l'effacement de l'idée de responsabilité dans notre droit contemporain procède plutôt de la création de fonds d'indemnisation.

Se pose parallèlement la question de la négociation des risques. Certains se demandent si le risque concerné par le principe de précaution est assurable. Question qui se pose dans la mesure où l'évaluation du risque demeure difficile, d'autant plus difficile que les connaissances scientifiques ne permettent pas d'établir des relations de causalité explicites. En fait, dans l'Union européenne, on estime à moins de 1 % les dommages environnementaux couverts par une assurance, les risques de cette nature étant d'ailleurs souvent exclus des contrats par les assureurs.

Le principe de précaution est d'abord une philosophie de l'action publique qui détermine un mode de gouvernement⁵. Il ne sera abordé ici que dans sa relation avec la responsabilité civile. Après une brève présentation générale, nous en décrivons les applications dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Présentation générale du principe de précaution

■ Origine

Initialement principe d'orientation politique dans le domaine du droit de l'environnement⁶, le principe de précaution est le fruit né d'une préoccupation sociale forte, résultant en particulier des craintes suscitées par des phénomènes inquiétants tels que l'effet de serre ou les pollutions maritimes. Rapidement, il a trouvé un secteur privilégié de développement dans le champ de

la santé publique, et dans un domaine voisin, celui de la sécurité alimentaire. Érigé en principe juridique, il a été ensuite appliqué directement par la Cour de justice des communautés européennes, et le Tribunal de première instance.

Sans que son contenu soit précisé, il est aujourd'hui posé par l'article 174 du traité d'Amsterdam, selon lequel la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive. En outre, l'article 6 prévoit la possibilité d'intégrer les exigences de protection de l'environnement dans la mise en œuvre d'une autre politique de la Communauté. Lors du Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, a été adoptée une résolution sur le recours au principe de précaution qui le rend applicable à la santé humaine. C'est dans ce domaine surtout qu'il trouvera un champ de développement dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

■ Contenu du principe de précaution

Glissant du droit communautaire au droit français, on rappellera qu'il existe en droit positif français une définition du principe de précaution dans le domaine de l'environnement. La loi n° 95-101 du 2 février 1995, dite loi Barnier, relative au renforcement de la protection de l'environnement indique ainsi « que la protection de l'environnement s'inspire du principe de précaution selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances techniques et scientifiques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». Cette formulation provient directement de la Déclaration de Rio, faite lors de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement de juin 1992.

D'autres textes, notamment du Code de la santé publique et du Code de la consommation, se réfèrent implicitement ou explicitement à l'exigence de

précaution. Il en est ainsi par exemple du Code général des collectivités territoriales qui précise que la police municipale « comprend le soin de prévenir par des précautions convenables les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature ».

Enfin, on peut considérer qu'illustre la mise en oeuvre du principe de précaution la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité alimentaire des produits destinés à l'homme, qui a créé des organismes publics chargés de collecter des informations, d'alerter les pouvoirs publics sur les risques, d'effectuer des expertises, de prendre, ou de demander aux pouvoirs publics de prendre des mesures de police sanitaire en cas de danger pour la santé humaine.

De leur côté, les professeurs Kourisky et Viney, dans leur rapport au Premier ministre sur le principe de précaution, proposent une définition applicable de façon générale :

« Le principe de précaution définit l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement ».

« Il s'impose spécialement aux pouvoirs publics qui doivent faire prévaloir les impératifs de santé et de sécurité sur la liberté des échanges entre particuliers et entre États ».

« Il commande de prendre toutes les dispositions permettant, pour un coût économiquement et socialement supportable, de détecter et d'évaluer le risque, de le réduire à un niveau acceptable et, si possible, de l'éliminer, d'en informer les personnes concernées et de recueillir leurs suggestions sur les mesures envisagées pour le traiter ».

« Ce dispositif de précaution doit être proportionné à l'ampleur du risque et peut être à tout moment révisé ». On trouve cette référence au bilan coût-avantage dans de nombreux textes internationaux, notamment dans la Charte mondiale de la nature du 28 octobre 1992. La notion de proportionnalité apparaît comme

un élément essentiel dans la mise en oeuvre du principe de précaution.

Le principe de précaution constitue donc une nouvelle approche de gestion des risques dans une situation d'incertitude scientifique en l'état des connaissances techniques. Il postule une exigence d'action immédiate face à un risque sérieux sans attendre les résultats de l'analyse scientifique.

■ La relation du principe de précaution avec le droit de la responsabilité

À l'évidence, cette définition fait apparaître des différences importantes par rapport à la responsabilité civile classique. Tout d'abord, la logique de précaution est, en premier lieu, de prévenir un risque de dommage tandis que, dans sa conception classique, la responsabilité civile a essentiellement une fonction réparatrice, et cela, même si certains économistes du droit lui donnent une fonction secondaire ou dérivée, régulatrice des comportements. En second lieu, la démarche de précaution consiste à anticiper les conséquences dommageables. Au surplus, dans la logique de précaution, sont davantage en cause des risques collectifs et les destinataires directs sont, d'abord, les pouvoirs publics alors que la responsabilité civile vise principalement les dommages individuels relevant de la responsabilité de personnes privées. En définitive, si, depuis longtemps, la jurisprudence judiciaire utilise la notion de précaution, c'est dans la perspective habituelle du droit de la responsabilité, à savoir l'exigence générale de prudence et de diligence.

À l'inverse, en dépassant la simple attitude de prudence qu'un décideur public ou privé doit avoir à l'égard d'événements prévisibles ou probables, le principe de précaution mobilise des concepts nouveaux : l'existence de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue quant à la réalité de ces dommages, l'obligation de prendre des mesures de précaution. Concepts totalement étrangers au droit de la

responsabilité où seul le dommage futur certain peut être indemnisé. Devant l'extrême dangerosité de certains risques, par exemple les risques de dommages collectifs graves et irréversibles pour la santé et l'environnement, le principe de précaution conduirait, en s'éloignant des notions classiques de victime et de préjudice, à la constatation suivante : « Désormais il y a des risques qu'il n'est pas acceptable de créer ; on devrait pouvoir être responsable des risques de dommages graves et irréversibles, risques possibles, potentiels dont il n'est pas concevable de courir le risque qu'ils se réalisent⁷ ».

Enfin, à la différence du juge administratif qui, par le contentieux de la légalité et par le sursis à exécution d'un texte (exemple du sursis à exécution de l'arrêté autorisant la commercialisation du maïs transgénique), peut avoir recours à la dimension préventive du principe de précaution, le juge judiciaire, tenu par les règles de la responsabilité civile, doit d'abord rechercher l'existence de l'intérêt pour agir. Comme s'interroge le Président Sargos : pourrait-on admettre qu'une association contre les vaccinations ou la médecine prédictive agisse à l'encontre des médecins relevant du secteur libéral pour leur interdire de les pratiquer ?

La compétence du juge judiciaire est, on le sait, strictement limitée à l'imminence d'un dommage. Or la notion d'imminence, d'immédiateté, ne comprend pas les simples craintes ou les probabilités non significatives. Mais au-delà des différences importantes qu'il était nécessaire de rappeler, le principe de précaution apparaît malgré tout, et sans doute nécessairement, comme la réaffirmation aménagée, revisitée, régénérée de principes anciens comme ceux de prudence et de prévention, même si l'on ne se trouve pas dans le domaine du risque connu mais dans celui du risque possible. Bien que secondaire, la fonction de prévention de la responsabilité civile n'est pas nouvelle⁸. Sous l'influence du principe de précaution, elle se divise : on retrouve d'un côté la fonction classique de dissuasion qui n'est autre que la crainte de condamnations pécuniaires accroissant les charges des

entreprises et grevant leur réputation, tandis que, d'un autre côté, se dégage une fonction nouvelle d'anticipation. Le professeur Jourdain⁹ l'exprime très simplement : « En contribuant à la définition de nouvelles normes de comportement que le juge sanctionnera, le principe de précaution pourrait renforcer le rôle prophylactique de la responsabilité civile ».

La logique de précaution conduit à assouplir la notion de dommage susceptible de justifier la mise en jeu de la responsabilité, une simple menace de dommage suffit, dès lors que le préjudice envisagé est grave ou irréversible. La même logique d'anticipation devrait également favoriser le développement de mesures conservatoires ou préventives pour éviter le dommage indépendamment de l'urgence sur le caractère imminent de sa réalisation. Sa mise en oeuvre devrait également avoir pour effet un renversement de la charge de la preuve : en cas de réalisation du dommage, la faute de précaution se concrétiserait dans le fait même de ne pas s'être abstenu de l'activité potentiellement dangereuse.

Enfin, les acteurs privés sont aussi intéressés par le principe de précaution¹⁰ qui, d'abord envisagé sous l'angle du droit public, semble désormais avoir vocation à s'appliquer à l'ensemble des activités qui peuvent causer un dommage. On peut lire ainsi dans le rapport du Conseil d'État de 1998 (Réflexions sur le droit de la santé) : « Ce nouveau concept se définit par l'obligation pesant sur le décideur public ou privé de s'astreindre à une action ou de la refuser en fonction du risque possible. Dans ce sens, il ne lui suffit pas de conformer sa conduite à la prise en compte des risques connus. Il doit en outre apporter la preuve, compte tenu de l'état actuel de la science, de l'absence de risque. »

■ L'autonomie du principe de précaution

Certes, le concept de précaution, dans sa définition nouvelle, qui résulte de textes spécifiques et peu nombreux, n'est pas un objectif de valeur constitu-

tionnelle, comme l'a indiqué expressément le Conseil constitutionnel dans la décision du 27 juin 2001 n° 2001-446 DC portant sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. À cet égard, la réponse du Conseil est claire et sans appel à ceux¹¹ qui discernaient dans le principe de précaution un tel objectif relevant d'exigences d'intérêt général.

Pourrait-on dire qu'il constitue un principe général du droit ? La question peut être posée, au moins pour l'avenir, d'autant que, s'agissant des principes généraux du droit privé, il est acquis qu'un principe, initialement inscrit dans la législation à titre de pure déclaration ou à titre de vœu pieux, peut devenir jurisprudentiellement normatif¹². La conjonction entre la force intellectuelle d'un principe et les attentes d'une société en matière juridique peut conduire les juridictions suprêmes à en faire une pièce du droit positif.

En réalité, les interrogations précédentes traduisent l'existence d'un flou certain dans le maniement du concept, même lorsqu'il est appliqué en tant que principe d'orientation de l'action des pouvoirs publics. À l'évidence, ce flou est source de difficultés et donc d'incertitudes. Même dans le domaine de l'environnement où sa place est indiscutable et relativement ancienne, des difficultés persistent dans sa mise en pratique¹³. Sans doute une intervention rapide du législateur serait nécessaire pour préciser les conditions de mise en oeuvre de ce principe notamment quand il est censé s'appliquer à des décideurs privés. Pour certains, il est temps que cesse « la véritable cacophonie que déclenche la question du rôle du principe de précaution dans notre droit de la responsabilité¹⁴ ». En l'état, le droit de la responsabilité lui-même, dans les principes qui le caractérisent aujourd'hui tels qu'ils ont été dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation, n'a pas changé de cap. Toutefois cette « super prévention » qu'est le principe de précaution ne doit pas être tenue pour une simple incantation¹⁵ et sans doute notre droit de la responsabilité va-t-il être amené à évoluer.

La pénétration du principe de précaution dans la jurisprudence judiciaire

On se tiendra ici à un rapide panorama de la jurisprudence judiciaire qui portera sur des concepts juridiques existants et dont il est indiscutable qu'ils présentent des liens avec celui de précaution, même s'il est vrai, pour reprendre le rapport du Conseil d'État déjà cité, que « les juridictions judiciaires paraissent jusqu'à présent ignorer à peu près complètement ce principe ».

Si les juridictions judiciaires n'ont pas fait à ce jour expressément référence au principe de précaution, elles l'ont néanmoins intégré dans leur raisonnement. Tel est le cas dans l'affaire du sang contaminé. Certains voient aussi une référence indirecte à ce principe, pour le moins une logique de précaution incontestable, dans les premières décisions relatives à l'indemnisation de personnes contaminées par l'amiante. Dans un arrêt fort discuté quant aux conséquences qu'il emporte, la Cour de cassation (arrêts du 28 février 2002) vient de juger en matière de faute inexcusable de l'employeur que : « ...en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L.452-1 du Code de la Sécurité sociale, lorsque l'employeur aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver... ». La jurisprudence judiciaire fournit également de très intéressantes indications en matière de relation médecin-patient (voir biblio.).

■ Le concept de précaution : dimension classique et évolution

Le devoir de prudence et de diligence, en tant que norme générale de comportement, a été appliqué de

façon constante en médecine. Et ce, depuis fort longtemps. C'est ce que rappelle l'article 40 du Code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 : « Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». Par ailleurs, on rappellera l'arrêt du 21 juillet 1862 de la Cour de cassation qui précisait que, dans l'exercice de chaque profession, « il est des règles générales de bon sens et de prudence auxquelles on doit se conformer avant tout » et indiquait qu'un médecin y était soumis. Le célèbre arrêt Mercier du 20 mai 1936 a donné, quant à lui, à la responsabilité médicale un fondement contractuel : ainsi, il a défini le contenu du contrat médical comme mettant à la charge du médecin l'obligation de moyens de donner à son patient « des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». Le Code de déontologie utilise en son article 32 une formulation très proche, le médecin devant donner des soins « fondés sur les données acquises de la science ». Il semble ainsi possible de dire que les juridictions judiciaires ont intégré très tôt le concept de précaution dans leur raisonnement en procédant à l'analyse du processus d'élaboration de la connaissance scientifique.

La logique de précaution, qui s'ajoute à la logique de prévention, a pour dessein de responsabiliser ceux dont l'action est de nature à introduire un risque. Il s'agit d'une logique de sécurité dans laquelle va être prise en compte la notion d'incertitude : la précaution apparaît comme le prolongement des méthodes de prévention appliquées aux risques incertains. Mais il est vrai que la conséquence extrême de la mise en oeuvre du principe peut être l'abstention ; aussi, il appartient au juge de veiller à une application du droit de la responsabilité qui permette de trouver le juste équilibre entre la nécessaire vigilance devant l'incertitude et la tout aussi grande nécessité de ne pas surdimensionner les mesures de prudence alors qu'aucun soupçon de risque ne peut être relevé en l'état de la science. Comme l'a dit M. Burgelin (voir biblio.) : « la notion de précaution paraît assez délicate

à manier si l'on ne veut pas tarir la recherche, l'expérience et les décisions à prendre dans l'urgence ». En l'état de la jurisprudence, le praticien est tenu de se conformer aux données acquises de la science, de prendre en compte les risques encourus par le patient et de les confronter au bénéfice que celui-ci peut tirer des soins prodigués. C'est cette recherche d'une proportionnalité nécessaire qu'a introduit l'article 3 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, étant rappelé que la loi affirme, d'entrée de jeu, que les professionnels et les établissements de santé ne sont responsables des conséquences dommageables des actes de prévention, de diagnostic et de soins, qu'en cas de faute. L'article 3, qui insère un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique intitulé « Droits de la personne », dispose que « les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir (au patient) de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ». Cette rédaction prudente signifie sans doute également que dans certaines situations le médecin sera conduit, non pas à s'abstenir, mais à faire appel à un traitement non encore validé dont des indices font penser qu'il peut être efficace, notamment lorsque l'état du malade est tel que son pronostic vital est en jeu¹⁶.

Ce sont ces situations exceptionnelles – situations d'urgence, cas rebelles aux traitements reconnus – dont faisait déjà état la Cour de cassation dans l'arrêt Mercier. Elles peuvent être analysées comme permettant de passer outre aux données acquises de la science. Comme l'indique M. Sargos, une telle circonstance exceptionnelle peut être par exemple l'absence de tout traitement faisant l'objet d'un consensus reposant sur les données acquises de la science. En effet, l'essence de la précaution est de tenter d'améliorer la santé. Ce qui est de nature à engager la responsabilité est en réalité le choix manifestement déraisonnable ; sinon le risque de l'immobilisme peut conduire à la régression. Dans des arrêts du 6 juin et du 20 juin 2000, la première Chambre civile de la Cour de cassation a précisé, afin de lever toute ambiguïté, que l'obligation pesant sur le

médecin est de donner au patient des soins conformes aux données acquises de la science à la date des soins ; il ne s'agit pas de celles qui seraient découvertes par la suite¹⁷. Ce concept de données acquises de la science est également à la base de la mise au point par l'Anaes des « référentiels médicaux », notamment en ce qui concerne les références médicales opposables tendant à identifier les actes médicalement dangereux ou inutiles. Par ailleurs, il résulte d'un arrêt du 19 décembre 2000 qu'il n'est pas possible d'admettre, ne serait-ce que pour des raisons morales élémentaires, que des soins contraires aux données acquises de la science puissent être en quelque sorte justifiés par le fait qu'un patient ne dispose pas des ressources nécessaires pour faire face au coût de soins conformes à ces données. On retrouve, sur cette question fondamentale des données acquises de la science, une formulation voisine de celle utilisée par les dispositions du Code civil issues de la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux ; rappelons qu'aux termes de l'article 1386-11 du Code civil « le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve : ...4) que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut... ». Ce n'est pas la connaissance personnelle qui sert de critère mais l'état objectif des connaissances auxquelles il pouvait accéder au moment de la fabrication du produit et dont « il est présumé être informé » (CJCE 29 mai 1997 Commission contre Royaume-Uni). Mais l'obligation de moyens a subi depuis quelques années certaines atténuations. Ainsi un arrêt du 9 novembre 1999 énonce que « le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins ». Est ici visée l'utilisation d'un dispositif médical quelconque, le médecin devant répondre de plein droit du dommage causé par le fait d'un produit défectueux. Cette jurisprudence s'inscrit dans la ligne d'autres arrêts notamment du 28 avril 1998 et du

5 janvier 1999 relatifs à des produits à finalité sanitaire (médicaments, produits sanguins), pour lesquels est mise en oeuvre la directive n° 85-374 du 25 juillet 1985 (transposée par la loi précitée de 1998 sur les produits défectueux). Ces arrêts contribuent à la définition du produit défectueux dans l'hypothèse où il s'agit d'un produit de santé.

Cette orientation de la jurisprudence de la première Chambre civile est d'évidence confortée par une décision de la CJCE du 10 mai 2000 suivant laquelle la responsabilité du fait des produits défectueux – qui comme on l'a vu est une responsabilité de plein droit – s'applique à l'utilisation par des médecins de produits défectueux à des fins thérapeutiques. N'est-ce pas le principe de précaution que l'on trouve ici sous jacent, « avec l'approche nouvelle d'une responsabilité conçue comme une responsabilité préventive (qui) correspondrait à la volonté de protéger le consommateur contre les risques d'une société industrielle avec un haut degré de technicité, pour leur santé, leur intégrité physique¹⁸ » ?

La loi précitée du 4 mars 2002 sur les droits des malades ne remet pas en cause cette jurisprudence sur l'obligation de résultat, rappelant (article L.1110-5) l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produits de santé. Par ailleurs, trois arrêts du 29 juin 1999 sont intervenus dans le domaine des infections nosocomiales. Ils ont décidé que les établissements de santé étaient tenus, en cette matière, d'une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère. Dans un arrêt du 13 février 2001, la première Chambre civile a rappelé cette même solution ; toutefois, une précision nouvelle a été apportée dans la mesure où cette obligation a vocation à jouer même si l'acte médical, à l'occasion duquel l'infection a été contractée, a été réalisé dans le cabinet du praticien et non dans un établissement de santé ; par ailleurs, dans un arrêt du 27 mars 2001, cette même chambre a précisé qu'il appartient au patient de démontrer que l'infection dont il est atteint présente un caractère nosocomial auquel cas le médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat. Notons à cet égard que, là encore, la loi du 4 mars 2002

consacre cette jurisprudence. En effet, aux termes de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique : « Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». Toutefois, doit-on souligner que le texte ne vise pas les professionnels de santé mais seulement les établissements, organismes...

Des limites, certes jugées insuffisantes par de nombreux praticiens, ont été posées par la Cour de cassation à l'extension de la part de l'obligation de sécurité de résultat introduite dans le contrat médical. Il s'agit notamment de sa jurisprudence sur l'aléa thérapeutique. En effet, dans un arrêt du 8 novembre 2000 (solution réaffirmée dans un arrêt du 27 mars 2001), la première Chambre civile a décidé que la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entraîne pas dans le champ des obligations – dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient – l'aléa étant défini comme la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé. La réparation de l'aléa médical n'aurait reposé sur aucun élément objectif, mais sur la seule constatation qu'un dommage inhérent à l'acte médical s'est produit. L'aléa thérapeutique est en réalité le constat de l'impuissance de l'intervention médicale face à un risque non maîtrisable en l'état des données acquises de la science à la date des soins. Il s'agit même, d'une certaine façon, de la survenance d'un cas fortuit qui est normalement exonératoire de la responsabilité. Dans son rapport pour l'année 2000, la Cour de cassation précisait : « La question de la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique paraît en réalité relever d'un domaine qu'il n'incombe qu'au législateur de régler ». C'est ce qu'il a fait par la loi de mars 2002 ; en effet, cette loi met en oeuvre la solidarité nationale dans le cas de l'aléa ; ainsi aux termes du II de l'article L.1142-1 du Code de la santé publique : « lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvrent droit

à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail ». L'indemnité sera versée par un office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, établissement public à caractère administratif de l'État créé par la même loi.

Là encore, en détachant la réparation de la responsabilité, la loi s'inspire directement du principe de précaution. C'est peut être dans cette voie que devrait s'engager le législateur s'agissant de la réparation de l'ensemble des risques sériels.

■ Une approche nouvelle de la responsabilité au titre de la précaution

Au-delà de l'obligation de prudence et de diligence, la consécration d'une obligation d'information illustre aussi une approche novatrice de la responsabilité au titre de la précaution. L'obligation d'information « se situe dans une culture de veille, de doute, de jugement critique, qui doit désormais caractériser toute démarche scientifique » (voir biblio.).

Rappelons à cet égard que l'une des recommandations du rapport Kourilsky-Viney est de mettre à la charge de tout professionnel, qui détient une information relative à la santé ou à la sécurité, un devoir d'information qui devrait être relayé par les pouvoirs publics. On s'interrogera sur le champ particulièrement étendu de cette obligation, qui dépasserait le cadre des relations contractuelles et dont on peut se demander s'il ne pourrait pas avoir des effets préjudiciables. Au demeurant, l'obligation

d'information est déjà reconnue par la loi ou la jurisprudence dans un certain nombre d'hypothèses. C'est ainsi que le Code de la consommation comporte des dispositions en ce sens dans le but de protéger le consommateur. Plus généralement, la jurisprudence reconnaît une obligation d'information à la charge de tout professionnel dans le cadre de ses relations contractuelles ; dans un souci de protection du cocontractant, elle met à la charge du professionnel la preuve de l'exécution de cette obligation.

Si l'on devait faire la synthèse de la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière d'information médicale, à partir des arrêts de la première Chambre civile du 25 février 1997 (Civ. 1, Bull. n° 75) ; 14 octobre 1997 (Civ. 1, Bull. n° 278) ; 17 février 1998 (Civ. 1, Bull. n° 67) ; 27 mai 1998 (Civ. 1, Bull. n° 187) ; 7 octobre 1998 (Civ. 1, Bull. nos 287 et 291) ; 18 janvier 2000 (Civ. 1, Bull. n° 13) ; 23 mai 2000 (Civ. 1, Bull. n° 159) ; 18 juillet 2000 (Civ. 1, Bull. n° 227), on pourrait la présenter sous la forme des six propositions suivantes :

1. Un médecin, qu'il soit le médecin prescripteur ou celui qui réalise la prescription, est tenu de donner à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés (le risque grave se définit, ainsi que le précise l'Anaes dans ses recommandations de mars 2000 sur l'information des patients, comme étant celui qui met en jeu le pronostic vital ou qui altère une fonction vitale, étant observé toutefois que les conséquences esthétiques sévères d'une intervention peuvent constituer un risque grave dont le patient doit être informé (cf. Civ. 1, 14 janvier 1992, Bull. n° 16).
2. Le praticien doit rapporter la preuve qu'il a effectivement informé le patient.
3. Cette information peut être faite par tous moyens (écrit, témoignage ou présomption).
4. Il ne peut en principe être dérogé à l'obligation d'information qu'en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé (sous réserve du cas spécifique de la limitation thérapeutique de l'information évoquée infra).
5. Le fait qu'un acte à risque soit médicalement nécessaire, ou que le risque ne se réalise qu'except-

tionnellement, ne justifie pas à lui seul une limitation de l'information.

6. L'information du patient peut être limitée pour des raisons thérapeutiques, c'est-à-dire dans son « intérêt », cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade.

On rappellera que la réparation du préjudice, né du défaut d'information, résulte de la perte de chance qu'aurait eu le patient, s'il avait été informé, de refuser l'acte médical. Le Code de déontologie rappelle cette nécessaire information, la cadrant toutefois davantage par rapport à un autre objectif essentiel, à savoir favoriser l'adhésion du patient à la solution thérapeutique proposée¹⁹. Dans un arrêt du 9 octobre 2001, la première Chambre civile a rattaché expressément le devoir d'information du médecin à l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et retenu que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels. La Cour de cassation dans l'arrêt Teyssier du 28 janvier 1942 avait consacré le principe général du « respect de la personne humaine », fondement du devoir pour un médecin de recueillir le consentement éclairé de son patient avant de pratiquer sur sa personne des soins à risques.

L'obligation d'information qui pèse sur le médecin dont l'objectif est purement individuel – permettre au patient de refuser des soins – conduit donc le médecin à fournir en principe tous les éléments d'information susceptibles de guider le choix du patient ; cela va-t-il jusqu'à faire part des doutes et incertitudes que peut connaître la communauté médicale ? Indiscutablement, il résulte de cette obligation une modification de la conception de la profession médicale, de plus en plus soumise au principe de précaution et, par suite, à une vigilance accrue sur l'évolution des données scientifiques médicales. La loi de mars 2002 a inséré dans le Code de la santé publique un chapitre consacré à l'information des usagers du système de santé et à l'expression de leur volonté. Aux termes de l'article

L.1111-2 : « toute personne a droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus... Cette information incombe à tout professionnel de santé... En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues par le présent article... » On peut s'interroger sur le point de savoir si la formulation « graves normalement prévisibles » ne conduit pas à écarter l'obligation d'information pour certains risques exceptionnels.

Conclusion

Les solutions jurisprudentielles, qui viennent d'être rappelées, s'inscrivent dans une approche classique de la précaution ; mais comme l'indique M. Sargos, la précaution, en tant que devoir de prévision et de prévention de l'incertain, du peu prévisible, devrait sans doute connaître de sensibles développements en matière de médecine préventive et de médecine prédictive.

Dans ce domaine, là encore, l'intervention du législateur paraît essentielle ; c'est sans doute ce qu'il va faire prochainement dans le cadre des nouvelles lois sur la bioéthique.

Bibliographie

Académie nationale de médecine, « La médecine saisie par le principe de précaution », *Bulletin de l'Académie*, 182, n° 6, 1998.

EWALD F., GOLLIER C., SADELER N., « Le principe de précaution », PUF, *Que sais-je*, novembre, 2001.

NOIVILLE C., Centre de recherche en droit privé de Paris I, « L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin », *Petites affiches*, 1999.

SARGOS P., « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin-patient » *JCP* 10 mai, 2000.

Notes

1. Texte d'une conférence prononcée en septembre 2002 à l'ouverture de la session 2002/2003 du Centre des Hautes Études d'Assurances (CHEA).

2. Livre blanc du 12 septembre 2000.

3. *Le Monde des débats*, novembre, 1999 : un numéro spécial est titré « L'ère du risque ».

4. « Prévention des risques industriels et professionnels », Alain Aubert.

5. François Ewald, *op. cit.*

6. François Ewald, *op. cit.*

7. C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile ».

8. « La prévention est une fonction de la responsabilité civile qui ne peut guère être discutée », André Tunc in *La responsabilité civile*, Economica, *Études comparatives*.

9. Professeur à l'université de Paris I, « Le principe de précaution et la responsabilité civile », Petites affiches, 30 novembre 2000.

10. *Réflexions sur le droit de la santé*, Conseil d'État, rapport 1998.

11. Bertrand Mathieu, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels ».

12. *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, Jean-Pierre Gridel (p. 232, histoire jurisprudentielle de l'article 1384 du Code civil, responsabilité du fait d'autrui, principe général du droit ?)

13. A. Bacquet : « On ne peut que souhaiter sans trop y croire la venue annoncée par le Code rural de nouveaux textes législatifs précisant les modalités pratiques d'exercice de la précaution », Champ et usage du principe de précaution dans le droit public.

14. Denis Mazeaud.

15. Philippe Brun, rapport introductif in *Responsabilité civile et assurance*.

16. P. Sargos.

17. *Rapport annuel*, 2000, p. 380 et suiv.

18. « Sécurité des produits et obligation de mise en garde ; vers une rigueur accrue de la responsabilité des fabricants de médicaments », Geneviève Pignarre, professeur à l'université de Savoie.

19. « Médecine et précaution : pas si simple », Georges David, membre de l'Académie de médecine.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION, PILIER D'UN DROIT MODERNE DE LA SÉCURITÉ

Nathalie Kozciusko-Morizet

Députée de l'Essonne, rapporteur du projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement

Le président de la République, en proposant d'adosser la Charte de l'environnement à la Constitution, ouvre un chantier politique d'une ampleur historique.

L'écologie n'est pas l'addition confuse de propos de circonstances ; un sujet dont on s'empare pour créer un parti. Désormais, nul ne peut ignorer les conséquences de ses actes, tout autour de lui. Nul ne peut imaginer, s'il ne respecte les disciplines qui fondent le droit, la coutume, les bonnes pratiques de l'environnement, dégager sa responsabilité, pour le présent et pour l'avenir, lorsqu'il lui faudra témoigner de ses actions, de ses choix.

Un principe fondateur

Ce droit est en fusion : ses préceptes éclatés dans les textes, la jurisprudence ; mieux affirmé au niveau communautaire, il mérite aujourd'hui d'être éclairci et affiché. Les grands principes qui l'organisent figurent dans le projet de la Charte. Ils constituent un corps de doctrine mûrement réfléchi, placé au sommet de l'architecture du droit positif. C'est la force de ce texte d'ouvrir la troisième génération des droits fondamentaux, des grands principes constitutionnels après ceux de 1789 et de 1946. La Charte constitue le troisième pilier de la trilogie républicaine. Pour chaque époque le temps de préparation est long, la crise apparaît et, dans l'urgence, est édicté un nouveau corpus de normes. En 1789, la « liberté » submerge toute autre considération, nos droits s'arrêtent là où commencent ceux des autres. Mille neuf cent quarante-six, l'« égalité » a été trop longtemps chahutée, cantonnée, bafouée pour qu'elle ne soit pas la priorité de ceux qui avaient résisté et qui devaient reconstruire un pays en ruines.

Aujourd'hui, les risques auxquels tous nous sommes confrontés sont immenses, tragiques, interdisent l'immobilisme, réclament une mobilisation sans précédent, mais, par leur complexité, appellent plus que jamais les vertus de pondération et de tempérance, une rationalité optimale, une responsabilité partagée. La « fraternité ».

Un principe sentinelle

Notre société est celle du nombre, de la vitesse. Ce sont les fruits du progrès. Ce mouvement est irrésistible. Il dessine sans cesse de nouvelles lignes d'horizon, mais il n'a qu'une hantise : l'erreur, l'échec, l'événement irréversible qui détruit l'avenir. C'est pourquoi l'affirmation du principe de précaution a une portée juridique et politique sans commune mesure avec d'autres dispositions qui font des pratiques courantes et nécessaires comme le principe de prévention ou de simple prudence. Pour eux, l'occurrence est certaine. La précaution, elle, s'inscrit dans un schéma

où règne l'incertain. Or, la mesure de l'inconnu est notre plus grande crainte. Nous avons besoin de nouvelles sentinelles.

Se réclamer du principe de précaution n'est pourtant pas, à proprement parler, une novation juridique. L'article 174-2 du traité de l'Union européenne dispose que « la politique de la communauté dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur le principe de précaution ». Le voilà évoqué, requis. La cour de justice de Luxembourg a eu recours au même principe pour l'affaire de la vache folle. Notre Code de l'environnement en son article L 110-1 le mentionne. Mais jamais sa définition n'aura été aussi claire, précise, encadrée que dans le texte présenté aux parlementaires. Grâce à la précision de cette rédaction, le principe de précaution est doté d'un effet direct pour être appliqué, aucun renvoi à une loi n'est prévu. Les autres dispositions de la Charte auront valeur constitutionnelle, mais appellent l'intervention du législateur et n'en font qu'énoncer des objectifs à valeur constitutionnelle. Recourir pour le principe de précaution à cette formule est donc un choix fondateur.

Par son contenu, s'appliquant aux enjeux majeurs, aux menaces les plus terribles que peut connaître notre planète, ce principe est clairement désigné à travers sa vocation environnementale. C'est un principe écologique. Sa définition est positive.

Pour autant, il ne s'apparente pas à un principe d'abstention qui exigerait la preuve scientifique de l'innocuité à long terme de tout nouveau produit ou technique. Comme le souligne Olivier Godard¹ « la gestion des risques doit se concevoir dans un contexte de comparaison et d'arbitrage "risques contre risques" ». Le principe de précaution n'est pas un instrument de blocage, un empêchement de progrès. Ce n'est pas non plus, dans une lecture en creux du principe, l'outil systématique d'une mise en cause pour « défaut de précaution ». Et enfin, il n'est pas le dernier avatar d'une philosophie catastrophiste.

Ce principe est un moyen moderne, actuel au service de ceux qui ont à décider, à composer leur action dans le respect d'un objectif de premier rang – dont

la contemporanéité ne fait aucun doute – le développement durable. C'est pourquoi, la rédaction du principe qui est proposée met en exergue les conditions dans lesquelles il s'exerce, les conséquences qui pourront accompagner sa mise en œuvre, et traite avec beaucoup d'attention la question de l'auteur.

L'article 5 de la Charte précise donc les conditions de mise en œuvre de ce principe. Contrairement à la mesure de prévention, qui vise à anticiper un risque certain de dommage, la précaution intervient en cas d'incertitude de réalisation d'un dommage. Le principe de précaution répond aux complexités des situations, des conditions de prise de décision. Avec le progrès, comme l'écrivait Paul Valéry, apparaît « l'avènement de l'incertain ». C'est d'ailleurs dans cette rédaction un principe pragmatique, dosant la réponse au risque, qui ne vise que « la réalisation d'un dommage [pouvant] affecter de manière grave et irréversible l'environnement ». Il laisse une large place à l'interprétation, voire à sa propre contestation. Il ne sanctionne pas une faute et n'entre pas dans le domaine de la réparation. Il évalue un danger et privilégie l'appréciation de l'acceptable. Il poursuit un objectif de sécurité. En outre, sur son champ d'application, le texte est rédigé sur un mode impératif, seul est concerné l'environnement. Les risques d'atteinte à la santé visés à l'article premier de la Charte ne sont pas du ressort de ce principe de précaution.

Dans cette définition, le recours « à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées », donne à ce principe son caractère dynamique, mais surtout il le place dans le champ de la mesure, de la retenue, de l'équilibre. Le risque doit être apprécié. Justement. L'attente n'est pas considérée comme une entrave. Il faut savoir. Les risques encourus doivent être évalués, des programmes de recherche mis en place. Le principe est actif. L'application du principe de précaution ne doit paralyser ni les activités économiques, ni la recherche scientifique. C'est cette dernière qui, dans des conditions de parfaite transparence, permettra de lever l'incertitude et, le cas échéant, de passer des mesures de précaution à des mesures de prévention (de l'article 5 à l'article 3 de la Charte).

Un principe vigilance

Le principe de précaution est un outil de vigilance qui permet à l'acteur public d'anticiper, de traiter de façon optimale les situations d'urgence et ainsi d'agir à temps face aux risques les plus graves. Le texte s'applique donc tout d'abord aux autorités publiques qui « veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées ». Bien sûr, il s'agit de l'ensemble des autorités publiques, centrales et déconcentrées, mais aussi décentralisées, les collectivités territoriales ayant d'importantes compétences en matière d'environnement. Mais, elles ne sont pas les seules à prendre des mesures d'application du principe : des personnes privées, par délégation ou de leur propre initiative mais sous le contrôle ou à l'invitation des autorités publiques, le peuvent aussi. Cette capacité à agir n'étend pas pour autant le champ de responsabilité de ceux qui la manifestent. En tout état de cause, le basculement par la Charte vers une modification du régime de responsabilité pénale des élus locaux, issu de la loi Fauchon, est une voie sans issue. La Charte ne peut être utilement invoquée devant le juge pénal. Un texte constitutionnel n'est pas un texte d'incrimination pénale. Le régime de la loi Fauchon demeure à l'article 121-3 du Code pénal et tout particulièrement les dispositions sur la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par une loi ou un règlement. Cette loi ne peut être la Charte.

Voilà un principe clairement établi, souple, et qui répond aux besoins d'adaptation face à des situations parfois inextricables. Mais sa définition ne suffit pas en soi. Elle rencontre d'ailleurs, et c'est une évidence, une difficulté lexicographique autour du mot de précaution. En allemand, la notion de « vorsorgeprinzip » renvoie littéralement à un principe de prévoyance, tandis que l'anglais a retenu l'expression latine de « precautionary principle », qui figure désormais dans tous les textes internationaux.

On pourrait imaginer là quelques sources de confusion. Mais n'en est-il pas de même avec les mots « liberté », « égalité » ? En avons-nous ici et là un même entendement ?

Ce qui se construit au cours de ce printemps 2004 sera indicatif pour de nombreux légistes à travers le monde. En engageant la construction de ce troisième pilier constitutionnel, la France passe du verbe de Johannesburg à des tables nouvelles de la loi : affirmation – et réponse aux requêtes de prise en compte de la dimension environnementale –, éclaircissement – et refus du recours à l'idée d'un risque zéro –, introduction – en faveur d'un élément novateur de sécurité juridique.

Un principe sécurité

Ce dernier point est essentiel. Il n'est rien aujourd'hui qui puisse être contraire aux cadres juridiques que l'on construit s'ils ne participent pas de la logique d'un droit de la sécurité. Ce terme était recouvert en 1789, dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par celui de « sûreté ». Tous les acteurs économiques et sociaux doivent pouvoir évoluer dans un périmètre où les règles, les disciplines, les arbitrages soient prédictibles. La question est celle de la prévisibilité. Or, le principe de précaution possède cette richesse particulière d'offrir une contribution pour cette situation insupportable où l'incertain est la marque. Ce principe jusqu'alors était trop indéterminé, ce qui de l'avis de tous, experts ou praticiens, en faisait un facteur d'insécurité juridique. Deux tendances opposées nourrissaient une ambiguïté dans laquelle on ne pouvait se maintenir qu'à son détriment : retenir le risque zéro, c'était en faire un principe d'abstention ; considérer qu'il y avait là tout au contraire un principe d'action, c'est ce que le professeur Kourilsky a fait en 1999. C'est cette deuxième interprétation qui l'a emporté. La disposition est reprise et il faut la répéter : un principe à valeur constitutionnelle ne nécessitant pas l'intervention du législateur pour être mise en œuvre.

La disposition est explicite et a pour but de déchirer le voile d'ignorance : en reconnaissant un état du savoir et son insuffisance chronique – « bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques » – et également le besoin d'aller toujours plus loin dans la connaissance en mettant en œuvre des « procédures d'évaluation des risques encourus ». C'est aussi un appel à des projets de recherche et de développement, principe actif, c'est un appel à la raison en prenant dans l'immédiat les mesures pour faire face aux risques, principe défensif. Tout cela relève bien d'un droit moderne de la sécurité, d'une approche du droit et des pouvoirs qui s'inscrive dans un « ordre mobile² ». Cette question du principe de précaution n'est en rien compliquée. Seul son champ d'application pour les surprises qu'il peut révéler à maints égards pourra apparaître complexe. On abuse à Paris, et parmi ceux qui y sont opposés, de confusions juridiques ou politiques. Ceux-là oublient les caractéristiques de notre époque et les fractures qui la parcourent. Pour le principe de précaution, c'est installer une digue face aux peurs et c'est cela dont nos contemporains ont le

plus besoin. Retrouver les termes du contrat de confiance. L'intuition et l'intention du président de la République sont tout entières réunies en ce point.

C'est enfin un principe bien compris. En 2001, 89 % des français y étaient favorables, et sans réserve. Cela fait trente ans qu'on en parle et qu'on en attend l'avènement. C'est un principe qu'aucun homme de science ne pourrait sagement réfuter. C'est là que se place la condition moderne du progrès scientifique, dans cet interstice de ce qui va advenir, dans les conséquences d'un geste, d'une découverte, dans cet incertain que l'on combat jusqu'à l'obsession de la sécurité, en cet endroit où la précaution est le refus de l'échec, l'assurance de la réussite.

Notes :

1. Olivier Godard, directeur de recherche au CNRS, professeur à l'École polytechnique, « Le principe de précaution doit-il être interdit de la Charte de l'environnement ? », in École polytechnique, laboratoire d'Économétrie, février 2004.
2. Nathalie Kosciusko-Morizet, « Pour un ordre mobile », Le Monde, Novembre 2002.

A qui veut-on donner le pouvoir ?

François Ewald

Professeur au Conservatoire national des arts et métiers

Risques : Vous êtes déçu par le projet de loi constitutionnelle qui doit être débattu au parlement le 28 avril. Pourquoi ?

François Ewald : Déçu n'est pas exactement le mot. Disons inquiet.

J'ai eu l'honneur de faire partie de la Commission Copenhague. Je ne suis donc pas hostile au principe qu'une charte de l'environnement soit adossée à la Constitution comme le souhaite le Président de la République. S'il y a débat, c'est sur sa rédaction. Le texte soumis au Parlement s'éloigne quelque fois beaucoup de ce qui avait été proposé par la Commission Copenhague. La Commission Copenhague avait recherché un texte équilibré, qui consacre la protection de l'environnement comme un nouvel objectif constitutionnel tout en l'inscrivant dans une démarche scientifique. Mon inquiétude tient à ce que la rédaction de certains articles, je pense en particulier à l'article 5 qui traite du principe de précaution, ne respecte plus les équilibres qui avaient été soigneusement pesés. Ma démarche n'est pas de remise en cause, mais d'amendement. Comme on sait, le diable est dans les détails.

Risques : Vous étiez opposé à l'inscription de ce principe dans la Constitution ?

François Ewald : J'aurais préféré qu'on laisse le principe de précaution dans l'ordre juridique qui est le sien : celui des pouvoirs de police de l'administration. Celle-ci, en effet, a pour tâche, depuis fort longtemps, d'assurer la sécurité, la salubrité, la tranquillité des populations. Elle dispose pour cela de pouvoirs importants. Le principe de précaution vient les

renforcer. J'étais, pour ma part, favorable à la reconnaissance dans la Constitution d'un principe « d'anticipation », qui exprime bien l'idée essentielle que nous avons à nous préoccuper des conséquences de nos actions sur le long terme. Cela aurait évité d'introduire de nouvelles confusions sur le principe de précaution.

Le Président de la République a tranché. Je respecte sa décision. Mais il y a beaucoup de manières d'introduire le principe de précaution dans la constitution. Celle qui a été choisie est, d'une certaine manière, la plus extrémiste de toutes celles qui ont pu être proposées. C'est sur sa rédaction que porte aujourd'hui le débat.

Risques : Une formule ou une autre, qu'est-ce que cela change vraiment ?

François Ewald : Il y a au moins quatre principes de précaution selon que l'on vise le court ou le long terme, et que l'on a du principe de précaution une vision « substantive » ou « procédurale ». Jusqu'à présent, en matière d'environnement, le principe de précaution s'inscrit dans une vision de long terme. C'est pour cela que sa mise en œuvre relève du législateur, comme le prévoit la loi Barnier. Le principe de précaution préside à des programmes qui, sur la durée, doivent permettre de transformer une situation d'environnement dégradé en une situation d'environnement valorisé. C'est vrai pour les grandes conventions sur le climat ou sur les mers ou les océans. Il ne s'agit pas, sous prétexte de réchauffement climatique d'arrêter instantanément toute production industrielle, mais de s'engager collectivement dans un effort progressif tel, que

l'on peut penser que les mesures prises vont transformer la situation, sans que l'on puisse en être complètement certain en l'état des connaissances scientifiques.

Selon une autre version, le principe est fait pour parer à des menaces dans l'urgence. Cet usage s'est sans doute répandu pour traiter de grandes crises sanitaires comme la vache folle. On retrouve alors une attitude très ancienne : face à la menace, les pouvoirs publics, sans attendre, suspendent, interrompent, interdisent, contrôlent, détruisent, quadrillent, mettent en quarantaine. Le cours normal des activités, l'exercice habituel des libertés sont, un moment, suspendus. C'était déjà comme cela que l'on combattait la peste au Moyen Age.

Cette différence de vue, qui n'a pas du tout les mêmes implications, s'exprimera selon que l'on fait appel dans le texte constitutionnel à l'idée que le principe de précaution est immédiatement et directement applicable ou selon que sa mise en œuvre passe par la loi. La seconde solution me semble celle qui correspond à une protection de l'environnement conçue dans une optique de développement durable. Une autre distinction est celle de savoir si le principe impose à l'autorité qui en est destinataire une conduite déterminée – veiller à empêcher la réalisation d'un dommage potentiel – ou le respect d'une procédure au terme de laquelle l'autorité saisie choisira, après évaluation, la décision la plus convenable aux données de la situation. Dans le texte qui nous est proposé, c'est la version « substantive » qui est retenue : lorsqu'une certaine situation est donnée, les autorités publiques n'ont pas le choix ; elles doivent prendre des mesures pour empêcher la réalisation du dommage, alors même qu'il est incertain.

Si l'on examine ces différentes options, il faut bien constater que le texte de l'article 5 tel qu'il est rédigé privilégie une version du principe de précaution qui peut conduire à ce que l'on traite les problèmes d'environnement, qui sont en principe de long terme, comme des situations d'urgence, contraignant les autorités publiques à prendre des décisions qui ne peuvent pratiquement être que d'arrêt, de suspension, de moratoire.

Risques : N'est-ce pas une manière de prendre vraiment au sérieux les problèmes d'environnement ?

François Ewald : Ce n'est pas sûr.

Il y a d'abord cette idée d'urgence, d'immédiateté, d'instantanéité qui peut faire craindre que, au nom de la protection de l'environnement et de la santé, certains ne cherchent à instituer une sorte d'état d'exception permanent. Les situations d'urgence ne sont jamais très favorables aux libertés. Et c'est un aspect où la constitutionnalisation du principe de précaution paraît fort importante. Il ne faudrait pas que son invocation comme principe constitutionnel ne serve à suspendre le fonctionnement régulier des institutions. La Constitution prévoit que les dispositions qui ont des conséquences sur les libertés publiques relèvent de la seule compétence du législateur. Pourquoi faire une exception pour l'environnement où pourtant les conséquences sur les libertés publiques sont fort élevées ? En quoi l'environnement mérite-t-il que l'on outre passe la règle qui fait du parlement l'organisateur des libertés publiques ?

En matière d'environnement, comme ailleurs, les décisions précipitées ne sont pas nécessairement les meilleures. Elle peuvent nous donner, dans l'émotion de l'instant, un sentiment de sécurité, parce que paraissant nous prémunir contre une menace ; mais c'est en nous privant des bénéfices espérés d'une activité, alors même que la menace est incertaine et se révélera peut-être imaginaire. C'est un peu le régime naturel des alertes de précaution que d'entraîner la déception. Rappelons-nous l'affaire de la « mort des forêt » imprudemment attribuée à la circulation automobile. Et plus récemment ces « armes de destruction massive » dont l'imminence de la menace ne pouvait être plus longtemps supportée. Il est normal que, en situation d'incertitude, on se trompe. Peut-être faut-il chercher à minimiser le coût de l'erreur.

Il faut peut-être distinguer deux types d'urgence. Il y a certainement urgence à engager et développer des politiques de protection de l'environnement. Mais cela ne veut pas dire qu'il faille agir dans la précipitation, sans discriminer l'essentiel de

l'accessoire, en se laissant aller à subir toutes les alarmes qui peuvent être, ici ou là, sonnées. On peut constater, dans le discours de certains grands défenseurs de la nature comme Nicolas Hulot ou Hubert Reeves, la montée de cette pression de l'urgence. L'espèce humaine serait si prochainement menacée qu'il faudrait tout interrompre tout de suite. On peut préférer la démarche du danois Lombord et des prix Nobel qu'il a réunis et qui consiste à établir des priorités dans l'idée que l'on ne peut pas tout faire tout de suite et qu'agir dans la précipitation peut être contre-productif.

Risques : Qu'est-ce que peut apporter l'inscription constitutionnelle du principe de précaution ?

François Ewald : L'idée de nous gouverner en fonction d'un « principe de précaution » est à la fois récente, difficile et déroutante.

Récente : il semble bien, en effet, que l'âge classique en ait rejeté la morale. Les logiciens de Port Royal ont ainsi argumenté qu'il n'y a pas plus de sens à vouloir sacrifier sa fortune à une loterie dont le lot serait mirobolant, en oubliant la faible probabilité que le bon numéro sorte, qu'à vouloir interrompre une action qui paraît associée à un grand dommage sans prendre en compte sa probabilité d'occurrence. L'idée est difficile en raison de la place qui y est donnée à l'incertitude qui demande de prendre en compte non pas tant des « risques » (le terme ne figure d'ailleurs pas dans le texte actuel de l'article 5) que des « menaces ». Non pas ce qui est probable, et qui relève d'une expérience accumulée, mais tout le possible qui dépend de l'imagination. Elle est déroutante enfin par les droits qu'elle peut créer comme par les pouvoirs qu'elle peut bouleverser.

En elle-même, la constitutionnalisation du principe de précaution ne va pas améliorer la situation de l'environnement. Cela, on peut espérer l'obtenir par ce que permet l'introduction du principe dans la constitution : une modification dans la répartition des pouvoirs. La question que nous devons nous poser est de savoir comment le principe de précaution constitutionnalisé est susceptible de redistribuer les

pouvoirs. Qui va prendre le pouvoir ? Sur qui ? Les « autorités publiques » comme il est dit dans le texte ? Le parlement ? Les juges ? Qui va perdre, gagner du pouvoir ? Les scientifiques, les experts, les industriels, les associations de protection de l'environnement, les générations futures ? La formule de l'article 5 actuel est construite en deux parties : elle commence par décrire une situation – « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement... » – pour en tirer une conséquence : « les autorités publiques veillent (...) à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage... ». Telle que la formule est construite, il semble que, si la situation de précaution est constituée, les autorités publiques n'ont plus qu'à obtempérer.

Mais qui a le pouvoir d'invoquer cette situation où un dommage menacerait l'environnement ? Les autorités publiques ? Sans doute. Comme le Conseil d'Etat vient récemment de le rappeler en matière d'amiante, les autorités publiques ont un devoir d'enquête. Mais elles peuvent être saisies par d'autres qu'elles-mêmes : des associations, des partis politiques, des chercheurs, toute personne intéressée à la protection de l'environnement. Or, dans le texte, la situation de précaution est définie d'une manière extrêmement large et floue. Il s'agit de menaces. La Commission Coppens, beaucoup plus précise, avait parlé de risques « identifiés ». Si les autorités publiques peuvent être saisies par n'importe quel lanceur d'alerte, elles garderaient ainsi un pouvoir d'appréciation sur la réalité de la menace. Ainsi la seule présence ou absence de ce mot « identifié » dans le texte modifie la distribution des pouvoirs : dans un cas, les pouvoirs publics seront placés sous l'autorité des lanceurs d'alertes, dans l'autre ils seront seulement saisis, tout en gardant leur pouvoir d'appréciation.

Le problème est qu'on est en situation d'incertitude, c'est-à-dire dans une situation où, comme l'avaient bien noté Philippe Kourilsky et Geneviève Viney dans leur rapport sur le principe de précaution, il est particulièrement difficile de discriminer entre des

allégations purement fantaisistes et des allégations sérieuses. Par précaution, nous nous plaçons dans une situation où il n'est plus possible de distinguer les énoncés par le vrai et le faux. On glisse de l'ordre du savoir dans celui de la croyance et de la foi. Il devient très difficile de discriminer entre les alarmes, et cela d'autant plus que, par précaution, on dira qu'il faut accorder plus de poids à ce qui est moins argumenté si les conséquences paraissent plus graves. La formule actuelle expose les autorités publiques à se trouver sous la dépendance d'allégations non prouvées, les contraignant à prendre, dans l'urgence, des mesures de précaution. Elle permet en quelque sorte la captation des pouvoirs publics par ceux qui sauront brandir avec suffisamment de conviction les dangers de telle ou telle menace. Cela revient à rétablir au profit des défenseurs de l'environnement un mécanisme comparable aux anciennes lettres de cachet, qui, sous l'ancien régime, permettaient aux familles de convoquer le secours de la puissance pour faire cesser un trouble dont elles se plaignaient. Le principe de précaution constitutionnalisé peut se révéler vraiment révolutionnaire, en donnant à des minorités le pouvoir sur l'Etat.

Risques : Peut-on craindre une utilisation judiciaire du principe de précaution devant les tribunaux judiciaires ?

François Ewald : Le souhait général est que les « autorités publiques » soient les seules destinataires du principe de précaution. Malheureusement les formules utilisées ne manquent pas d'être équivoques. L'exposé des motifs du projet de loi précise que les dispositions de la Charte « devront être mises en œuvre par l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires ». Et le texte de l'article qui vise le principe de précaution comporte une incise – « par application du principe de précaution » - qui peut être entendu comme si le principe avait une valeur en soi, indépendante de son application aux autorités publiques et à l'environnement. Et lorsque l'on sait comment les juges aujourd'hui se légitiment à partir de « principes », on peut penser qu'ils s'estimeront destinataires de cette nouvelle norme

constitutionnelle, si on vient à en revendiquer l'application devant eux. Ce qui reviendrait à créer une sorte de droit subjectif à la précaution : m'estimant menacé par telle ou telle activité, je vais demander au juge d'y mettre bon ordre. On pourrait limiter ce risque de judiciarisation en supprimant l'incise et en proposant une formule qui avait été utilisée par la Commission Coppens : « Le principe de précaution selon lequel... ».

Ce droit à la précaution, entre particuliers et autorités publiques, entre particuliers et particuliers, ne peut que développer la judiciarisation de la société. Imaginons quel pouvoir il donnerait à des concurrents déloyaux qui brandiraient « des expertises » pour dénoncer les risques des produits de leurs concurrents. Comme cela a été noté depuis longtemps par les juristes, le principe de précaution est susceptible d'ouvrir sur de nouvelles actions judiciaires, en particulier quand la preuve n'est pas constituée. Alors que traditionnellement le demandeur a la charge de la preuve de sa demande, il pourrait par précaution bénéficier de l'incertitude. De quoi susciter une explosion de plaintes, de contentieux qui feront surtout le bonheur des avocats. Des associations ou des citoyens pourront saisir la justice pour exiger, tout de suite, que l'on mette fin au trouble qu'ils dénoncent. On donne ainsi à des individus le pouvoir de mobiliser le pouvoir judiciaire sur des bases incertaines. Certaines affaires récentes comme celle de l'insecticide Régent, dont Philippe de Villiers dénonce les méfaits supposés, donne un exemple de ce que pourraient devenir ce qu'on peut appeler la figure de « l'agression judiciaire ». Le droit des preuves, la présomption d'innocence, le droit de la diffamation en protégeaient jusqu'à présent. Mais la constitutionnalisation du principe de précaution pourrait bien changer la donne.

Risques : L'Etat ne va-t-il pas succomber sous ses responsabilités ?

François Ewald : La responsabilité de l'Etat et de l'administration, plus largement des « autorités publiques » va considérablement s'accroître. La constitutionnalisation du principe de précaution

marque, à n'en pas douter, un moment dans l'histoire de l'organisation et de la responsabilité de l'Etat.

Si nous voulons que ce soit l'Etat qui organise la bonne gestion des risques, il convient de le placer dans une situation où il puisse exercer dans les meilleures conditions ces fonctions difficiles, garder son impartialité, disposer d'une expertise indépendante. Tout cela demande que l'on prenne la voie d'un renforcement de l'Etat plutôt que d'un affaiblissement. Aussi convient-il de faire que l'Etat ne soit pas ballotté, soumis à la pression permanente de tous les lanceurs d'alerte surtout qu'il va voir sa responsabilité indéfiniment engagée. Il n'est pas sûr que cette situation soit la meilleure pour arbitrer entre des risques dans une situation d'incertitude. On peut craindre que, dans cette situation, les choix soient des choix de protection... de l'administration. Comme on a parlé de médecine défensive, on parlera peut-être bientôt d'administration défensive. Ce serait tout à fait contre-productif.

Il faut éviter avant tout que la constitutionnalisation du principe de précaution n'ouvre sur une sorte de contestabilité infinie de l'Etat et de l'administration dont le résultat ne pourra être qu'une perte de confiance du citoyen désarçonné entre des opinions contradictoires sur des menaces potentielles, et qui ne pouvant plus croire personne se réfugiera dans l'abstention. C'est la forme moderne de la panique comme on l'a expérimenté à certain moment de

l'histoire de la vache folle. Le principe de précaution doit être l'occasion de gérer rigoureusement les risques, et non pas de multiplier les doutes et les défiances, laissant la démocratie désemparée.

Vous comprenez pourquoi je peux préférer une version du principe de précaution articulée sur le long terme et dont la gestion serait confiée au parlement. Nous nous engageons face à l'incertitude, nous nous engageons sans savoir complètement, nous prenons des risques de perdre des chances, nous prenons les risques de l'erreur, une erreur qui ne doit pas pouvoir être reprochée devant les tribunaux à moins de paralyser l'action. Cela, c'est l'exercice même de la souveraineté nationale qui ressortit au parlement. Je souhaite que le parlement garde la maîtrise de la mise en œuvre du texte constitutionnel et que l'administration à la fois protégée et encadrée par la loi puisse donner le meilleur d'elle-même. Je ne vois pas pourquoi les matières d'environnement devraient suspendre ce jeu des pouvoirs qui constitue notre démocratie.

Je ne peux pas imaginer que le Parlement ne soit conduit à voter un texte qui, finalement, lui fera perdre le pouvoir d'arbitrages souverains au profit des juges judiciaires et administratifs. Je ne peux imaginer que l'on ne parvienne à s'accorder sur ces principes et sur la formulation qui leur convient. Alors la future Charte pourrait être adoptée dans un grand consensus.

L'ENVIRONNEMENT SAISI PAR LA CONSTITUTION

Guillaume Drago

*Professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II
Directeur de l'Institut Cujas*

La prochaine révision constitutionnelle, qui va ajouter à la Constitution du 4 octobre 1958 une Charte de l'environnement, est un événement majeur et paradoxal. Les questions environnementales, déjà bien présentes dans la vie quotidienne des Français, vont bénéficier d'un véritable saut de qualité normatif puisque les grands principes de ce droit vont se trouver d'un seul coup hissés au niveau constitutionnel, c'est-à-dire au plus haut niveau des règles du droit national. Les principes de défense et de protection de l'environnement acquièrent une place éminente, au même niveau que les grandes libertés publiques et les droits fondamentaux individuels, exprimés dans des textes aussi solennels que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946, tous deux intégrés au bloc de constitutionnalité

L'environnement, domaine mal défini tant il touche à tous les éléments de notre vie, va trouver un fondement juridique et des principes majeurs dans la Constitution, à un point inégalé en Europe. La France va devenir le pays dans lequel les questions environnementales seront le plus prises en considération par le droit.

Le paradoxe tient à ce que l'environnement n'est pas réellement défini en tant qu'objet juridique et que le champ d'application des principes constitutionnels à venir ne connaît pas vraiment de limites. On est donc en présence de normes majeures dont le domaine d'application est potentiellement infini.

Le débat public ouvert devant les assemblées parlementaires nous éclairera certainement sur les enjeux de cette charte de l'environnement, comme ont déjà pu le faire les travaux de la commission, présidée par Yves Coppens, qui a préparé le projet de charte et les débats publics qui l'ont suivie. Nous souhaitons évoquer deux aspects : au préalable, montrer comment cette charte est incluse dans la

Constitution et quelle en est exactement la valeur juridique, ensuite, identifier sa portée en droit interne et international.

Inscription dans la Constitution et valeur de la Charte de l'environnement

Le projet de Charte de l'environnement a été adopté en conseil des ministres le 25 juin 2003, sous la forme d'un projet de loi constitutionnelle déposé ensuite sur le bureau des assemblées parlementaires en vertu de l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958. Il comporte deux articles.

L'un ajoute un membre de phrase à l'alinéa premier du préambule de la Constitution de 1958, qui indique que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes

de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, « ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2003 »¹.

L'article 2 du projet contient le texte de la Charte de l'environnement présenté en deux parties : une suite de considérants présentant les objectifs de cette charte et dix articles proclamant des principes en matière d'environnement.

On s'est beaucoup interrogé sur la terminologie employée à l'occasion de ce texte. L'emploi du terme de « charte » de l'environnement ne signifie pas ici autre chose qu'un texte proche d'une déclaration des droits. On a ensuite posé la question de la signification de l'expression charte « adossée à la Constitution », employée à plusieurs reprises par le président de la République. On en comprend bien pourtant le sens : la Charte de l'environnement s'ajoute au texte de la Constitution et s'appuie sur elle, comme c'est déjà le cas pour la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, de la même façon que le texte même de la Constitution s'inspire des principes inscrits dans ces textes. C'est une sorte de renvoi réciproque, de texte à texte.

Concernant sa valeur juridique, la Charte de l'environnement est clairement et complètement intégrée à la Constitution. Elle fait partie du bloc de constitutionnalité et la référence qui en est faite dans le préambule de la Constitution de 1958 en est la manifestation très nette. Il serait d'ailleurs utile de le rappeler lors des débats parlementaires, afin de lever toute ambiguïté sur la valeur juridique des différentes dispositions de la Charte. Certes, le Conseil constitutionnel pourra le faire, mais au fil du contrôle de constitutionnalité, ce qui risquerait de maintenir pendant longtemps cette ambiguïté sur la valeur juridique de la Charte.

La volonté du président de la République est de placer cette charte au même niveau juridique et symbolique que les autres textes fondateurs de l'ordre constitutionnel français, afin de lui donner une place éminente. On en prend acte mais cela pose la question de la conciliation des principes inscrits dans la Charte avec les autres règles constitutionnelles.

C'est au Conseil constitutionnel qu'il appartiendra d'assurer la conciliation des principes contenus dans la Charte avec d'autres règles de valeur constitutionnelle, selon un raisonnement devenu classique². Il serait cependant fort utile d'indiquer nettement, lors des travaux préparatoires, les éléments de cette conciliation afin de guider le Conseil constitutionnel qui s'inspire largement des ces travaux législatifs pour opérer cette conciliation entre principes constitutionnels. Plus les éléments de cette conciliation seront précisés lors des débats, plus le Conseil les prendra en considération. Cela réduira d'autant l'imprévisibilité du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, par exemple, il serait important de connaître la limite du champ d'application de l'article 3 du projet de charte selon lequel « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir ou, à défaut, limiter les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement », au regard de l'exercice du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre, proclamés par la Déclaration de 1789 et interprétés par le Conseil constitutionnel. Ainsi encore, l'article 4 de la Charte, consacrant un principe de responsabilité environnementale, devra être concilié avec le principe général de responsabilité qui met en œuvre l'exigence d'égalité tirée de l'article 4 de la Déclaration de 1789³. Le droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à sa santé, inscrit à l'article 1^{er} de la Charte, devra trouver sa place à côté du principe de dignité de la personne humaine⁴ et être concilié avec celui de la protection de la santé, tirés tous deux du Préambule de 1946.

Portée en droit interne et international de la Charte de l'environnement

■ Portée en droit interne

Différentes interrogations doivent être soulevées. La première concerne la nature des règles inscrites dans la Charte de l'environnement. S'agit-il tantôt de

principes constitutionnels ou de règles d'application immédiate par le législateur, ainsi par exemple du principe de responsabilité environnementale (art. 4) ou du principe de précaution (art. 5) ? ou seulement d'objectifs de valeur constitutionnelle qui s'imposent au législateur ainsi par exemple des considérants précédant les articles de la Charte ? Ce débat est en réalité stérile, dans la mesure où seule compte l'effectivité juridique des règles énoncées. Cet effet est identique à l'égard du législateur, quel que soit l'énoncé de telle ou telle disposition de la Charte, le législateur devant en respecter tous les éléments. Il ne faut justement pas entrer dans ce débat distinguant « principes » et « objectifs », parce qu'il introduirait une distinction entre les dispositions de la Charte, ce qui ne correspond pas à leur valeur juridique formelle – en toute hypothèse constitutionnelle – et qui aurait pour effet d'affaiblir l'ensemble et de le rendre moins clair. La rédaction même des dispositions de la Charte conduira certainement le Conseil constitutionnel à des exigences plus ou moins fortes vis-à-vis du législateur, mais le caractère plus ou moins impératif du contenu rédactionnel de la Charte se suffit à lui-même.

Un deuxième débat porte sur l'étendue de la compétence du législateur dans la mise en œuvre des principes inscrits dans la Charte. Le législateur pourra mettre en œuvre ces principes dans le but de les rendre plus effectifs ou de les concilier avec d'autres principes de valeur constitutionnelle. Mais, la jurisprudence du Conseil constitutionnel limite les possibilités de modifications législatives dans l'exercice des compétences conférées au législateur par l'article 34 de la Constitution⁵. Ce qu'on appelle habituellement « l'effet cliquet » joue ici dans le sens du renforcement des garanties d'origine constitutionnelle, soit pour mettre fin à des situations « illégalement acquises », soit pour mieux mettre en œuvre un objectif constitutionnel.

Dans le cas présent, le législateur sera contraint par la Charte constitutionnelle de l'environnement chaque fois qu'il souhaitera modifier une législation. Et il ne pourra le faire que dans le sens de la réalisation de l'un des objectifs énoncés dans la Charte. Par exemple, la

définition du principe de précaution, introduite dans le droit de l'environnement par la loi du 2 février 1995 (C. env., art. L. 110-1), ne pourra faire l'objet d'une modification qu'en prenant en considération directe l'article 5 de la Charte.

L'enjeu de cette mise en œuvre concerne la législation environnementale déjà existante. L'inscription de la Charte dans la Constitution conduira nécessairement à un examen attentif de cette législation, au regard des exigences inscrites dans la Charte, et à leur modification éventuelle chaque fois qu'une disposition législative ne sera pas au niveau d'une exigence constitutionnelle inscrite dans la Charte. Il sera donc nécessaire d'opérer un travail de « rehaussement » de la législation au niveau de ces exigences constitutionnelles, qui nécessite un inventaire précis, afin d'éviter toute contestation contentieuse fondée sur la défense de principes constitutionnels.

L'adoption par le constituant de la Charte de l'environnement pose aussi la question de sa portée pratique et donc de son effet direct. Précisons d'abord que si la Charte a une pleine valeur constitutionnelle, elle pourra être invoquée devant le Conseil constitutionnel, en particulier dans le contentieux des lois.

Mais la question principale est celle-ci : la Charte sera-t-elle directement applicable devant les juridictions administratives et judiciaires et invocables par les particuliers à l'égard des pouvoirs publics et entre particuliers ?

L'effet qui doit être recherché est de ne pas faire des principes inscrits dans la Charte des dispositions « autobloquantes » dans le domaine de l'environnement, dont l'invocation devant n'importe quel juge conduirait à ralentir l'action publique pour des raisons environnementales fondées sur une règle constitutionnelle. Non qu'il s'agisse de contourner la Constitution, mais d'adapter ses exigences aux objectifs d'intérêt général, ou même particulier, s'agissant des relations entre les personnes privées, ce que ne refuse pas la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, l'effet direct horizontal de la règle constitutionnelle ne pourrait se produire que pour des règles mises en application par un texte législatif, sous

le contrôle du juge administratif et judiciaire⁶. Il faut donc considérer que la mise en œuvre des principes de la Charte doit être faite principalement par le législateur et que cela doit être explicitement inscrit dans la Constitution. Mais, il faut aussi mesurer les conséquences de ce renvoi systématique à la loi. Celui-ci signifie que toute la matière environnementale inscrite dans la Charte relèverait de la compétence du législateur, ce qui ne manquera pas de créer de nombreuses difficultés, compte tenu de la généralité des termes employés par la Charte.

Il faut également évaluer ce que l'effet direct de certains principes de la Charte est susceptible de produire. Et si la Charte indique que seuls certains articles seront mis en œuvre par la loi, on en tirera la conclusion que les autres articles ont nécessairement un effet direct, comme certains le pensent pour le principe de précaution, inscrit à l'article 5.

Enfin, il faut mesurer les effets d'un droit de l'environnement dont le périmètre serait défini par la charte constitutionnelle et mis en œuvre seulement par la loi. Devra-t-on en conclure que tout le droit de l'environnement, même potentiellement, est contenu dans la Constitution et dans la législation de mise en application ? Que restera-t-il au pouvoir réglementaire autonome dans ce domaine ? Il semble opportun de limiter les règles inscrites dans la Constitution aux principes majeurs et renvoyer à la loi par l'article 34 de la Constitution, au titre des « principes fondamentaux », afin de conserver au pouvoir réglementaire une capacité d'intervention autonome, sans quoi les motifs d'illégalité seront innombrables. Il faut éviter un effet de « rigidification » de la législation par application des règles constitutionnelles et conserver à la loi son caractère général, en procédant par grands domaines cohérents, par matière environnementale : l'eau, les installations classées, les pollutions maritimes et fluviales...

■ Portée en droit international

L'article 10 de la Charte de l'environnement énonce que " la présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France ". La Charte devrait donc

être un guide d'action pour la France dans les négociations européennes⁷ et internationales. S'agit-il d'une sorte de « réserve de constitutionnalité » pour le domaine environnemental, s'imposant à des négociateurs français, leur fixant ainsi des limites au pouvoir d'engagement de la France au niveau international ? On peut le penser, dans la mesure où les exigences environnementales, ainsi constitutionnalisées, forment une réserve préventive destinée à montrer les buts et les limites de l'action engagée par la France dans ce domaine. Mais cette appréciation est réversible, en premier lieu parce que les principes inscrits dans la Charte sont déjà, pour certains, des principes de droit international de l'environnement⁸, ensuite parce que la Constitution française connaît un mécanisme de réversibilité d'une règle constitutionnelle, cédant devant l'engagement international, par l'article 54 de la Constitution, si le Conseil constitutionnel est saisi de la question⁹.

La question de la combinaison des dispositions de la Charte – qui auront valeur constitutionnelle – et des sources internationales du droit de l'environnement se pose surtout sur un autre plan : celui de l'effectivité des règles constitutionnelles au regard de dispositions internationales déjà mises en application dans l'ordre juridique français. Sur ce sujet, on pourrait s'en tenir aux principes issus de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, selon laquelle la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 de la Constitution ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle¹⁰. Mais cela ne signifie pas que les deux hautes juridictions en tirent la conclusion qu'elles peuvent exercer un contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux, ni même un contrôle de constitutionnalité de la loi¹¹.

La question est surtout de savoir quelle norme sera la plus effective en droit français, de la Charte constitutionnelle de l'environnement ou des dispositions de droit international dans ce domaine. La jurisprudence du Conseil constitutionnel fait aujourd'hui prévaloir la règle constitutionnelle sur la règle internationale, en précisant que si certaines garanties ont été prévues par des conventions

internationales introduites en droit interne, le législateur doit cependant assurer en toutes circonstances les garanties légales qui découlent de la règle constitutionnelle¹².

Cela signifie que, pour le Conseil constitutionnel, la Charte de l'environnement devra prévaloir sur la règle internationale, pourvu que le législateur la mette en œuvre en précisant les principes de la Charte. Sans cela, le juge administratif ou judiciaire risquerait de « neutraliser » la Charte, considérée comme trop générale, pour faire prévaloir des dispositions internationales plus précises et plus utilisables dans des contentieux d'espèce, alors que la Charte de l'environnement apparaîtra comme une norme générale sans effet direct immédiat.

Or, l'objectif de la Charte de l'environnement est justement de faire en sorte que la protection de ce domaine soit assurée par la puissance de la Constitution. Si l'on veut rendre effectives les règles de la Charte, il faut que le législateur les mette en application. C'est justement ce que dit le Conseil constitutionnel, en déclarant que « il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle »¹³.

Ce constat renforce encore la nécessité d'assurer la mise en œuvre des principes constitutionnels de la Charte de l'environnement par la voie législative, pour la rendre effective dans l'ordre juridique français, en particulier par les juges administratifs et judiciaires. C'est de cette façon que sera assuré l'effet direct de la Charte. Cela souligne l'importance du renvoi à l'article 34 de la Constitution dans la mise en œuvre de la Charte de l'environnement.

Conclusion

L'environnement est bien saisi par la Constitution, l'adoption de cette charte l'illustre bien. Les exigences environnementales sont rehaussées au niveau constitutionnel et irrigueront nécessairement ce droit. Mais il faut éviter que, par leur généralité, ces

principes deviennent « à tout faire », ouvrant la porte à des actions contentieuses inconsidérées. La loi doit prendre le relais de la Constitution, pour la préciser, l'encadrer, lui donner tout son sens. La Constitution ne dit pas tout le droit de l'environnement, droit international et législation y ont leur place, pour mieux la mettre en œuvre.

Notes

1. La date de 2004 devra lui être substituée, compte tenu du calendrier d'adoption de la Charte par le constituant.
2. Sur ce point v. G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », Recueil Dalloz, 1991, *chron.*, p. 265.
3. C. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, Rec. 116.
4. C. const., n° 94-343/344 DC, 29 juillet 1994, Lois Bioéthique, Rec. 100.
5. C. const., n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. 73, § 47 ; cf. C. const., n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, Rec. 30 : « Considérant que, s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi ».
6. On peut cependant poser la question de la prise en considération directe des règles inscrites dans la Charte par le juge administratif, dans le cadre de la procédure de référé inscrite à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Cette « appropriation » directe de règles constitutionnelles par le juge administratif est révélatrice d'un effet direct recherché de la Constitution lorsqu'est en cause ce que le juge administratif des référés estime être une liberté fondamentale.
7. C'est-à-dire dans le cadre de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.
8. Ainsi des principes d'accès à l'information, de participation du public au processus de décision et d'accès à la justice inscrits dans la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 ou encore les objectifs de défense de l'environnement inscrits à l'article 174 du traité CE.
9. Art. 54 de la Constitution : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le président de la République, par le Premier

ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée, ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

10. *Jurisprudences illustrées par l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 30 octobre 1998, Sarran et Levacher, et par celui de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 juin 2000, Melle Fraisse.*

11. *Cf. C.E., Ass., 5 mars 1999, Rouquette ; A.J.D.A., 1999, p. 420, chron. Raynaud et Fombeur.*

12. *Jurisprudence tirée de la confrontation du droit d'asile, inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946, et de conventions internationales régulièrement introduites en droit interne français : C. const., n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, Rec. 224, § 81 ; n° 97-389 DC, 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, Rec. 45, § 25 ; n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, § 56 ; n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, § 2.*

13. *C. const., n° 93-325 DC du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration, précitée.*

UN PRINCIPE À MANIER AVEC PRÉCAUTION

André Fourçans¹

Professeur d'économie à l'Essec

Le principe de précaution (PP par la suite) est aujourd'hui presque toujours invoqué dès qu'il s'agit de traiter de questions liées à l'alimentation, à la santé, au réchauffement climatique ou aux biotechnologies. Il exerce une séduction certaine auprès de l'opinion publique et constitue une nourriture de choix pour les médias, les politiques et les écologistes. Qui ne voudrait pas d'un environnement sain, d'une médecine sans risque et d'une nourriture savoureuse et dénuée de tout danger ? Rejeton de la poussée écologique des années 1980, le PP est devenu dans les années 1990 une sorte de « loi générale », de protection contre les risques du progrès. Selon les situations, les périodes et les institutions concernées, sa formulation a été déclinée différemment, mais toujours de façon assez générale et abstraite. Il a reçu sa première consécration publique à la Conférence de Rio en 1992. En février 1995 la « loi Barnier » l'introduisait dans le droit français alors que le Conseil européen de Nice l'adoptait en décembre 2000. Via la Charte de l'environnement il devrait bientôt être incorporé dans la Constitution française. Si sa définition varie selon les circonstances, il contient toujours l'idée selon laquelle « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Autrement dit, son objet principal est de conduire à ne pas différer des décisions pour lutter contre des dommages irréversibles possibles à l'environnement et à la santé, même si les connaissances scientifiques en la matière sont insuffisantes. Dans sa forme plus élaborée, il introduit

aussi des notions économiques en parlant « de mesures effectives et proportionnées...à un coût économique acceptable ».

Afin d'en mieux comprendre la signification et les implications, tant économiques que « sociétales », il est bon de préciser quelques notions de base et de ne pas se tromper sur le sens des mots.

Risque et incertitude

Une distinction importante doit être effectuée : celle entre « risque » et « incertitude », selon la terminologie remontant à l'économiste Frank Knight. On parle de « risque » proprement dit lorsque les conséquences d'une action ou d'un phénomène peuvent être évaluées (en langage technique les résultats possibles sont représentés par une distribution de probabilité). L'« incertitude », elle, correspond à un risque considéré comme « potentiel », même si on ne sait pas vraiment l'évaluer scientifiquement (la distribution de probabilité du résultat n'est pas connue). La précaution s'applique normalement à cette dernière notion. Des individus, des groupes, des décideurs jugent, plus ou moins intuitivement, qu'il y a danger potentiel et donc qu'il faut, par précaution, prendre des mesures. L'interprétation individuelle, collective ou institutionnelle devient l'élément clé de la décision puisque l'incertitude scientifique est forte. Lorsque la connaissance est suffisamment élaborée, et donc les risques avérés et mesurés, fut-ce en termes de probabilités, les mesures à prendre relèvent de la

« prévention » plutôt que de la « précaution » (mesures de sécurité contre les accidents de la route ou aériens, ou contre ceux du travail, par exemple : ces risques-là sont en général susceptibles d'être assurés) et sont donc justifiées par cette connaissance.

Il est facile de comprendre que la frontière entre ces deux notions n'est pas toujours claire, que la subjectivité des jugements et les incertitudes relatives à la connaissance scientifique sont susceptibles de « brouiller » la distinction, et donc qu'une large zone grise peut exister selon les situations concrètes à traiter. Rien d'étonnant à ce que des débats sans fin aient lieu sur ce qui est fondé scientifiquement, ou au moins suffisamment fondé, pour décider d'agir, surtout lorsque les dommages potentiels sont jugés élevés (les OGM et le réchauffement climatique en sont deux belles illustrations, j'y reviendrai).

En ce qui concerne les phénomènes scientifiques bien ou suffisamment connus, autrement dit en situation de prévention, on peut en général conduire des actions pour faire face à leurs conséquences dangereuses – ce qui ne veut pas dire que toutes les mesures se valent sur le plan économique, environnemental, social, politique ou éthique, mais c'est là une autre affaire. Il en va tout autrement avec la précaution, c'est-à-dire lorsqu'un degré suffisant d'incertitude scientifique existe (en situation d'incertitude selon la terminologie de Knight, ou en situation de risque mais avec des dommages potentiels importants, du moins considérés comme tels). La porte est alors ouverte à toutes sortes d'interprétations et propositions, de dérives individuelles ou collectives. Et le PP n'est pas une garantie contre ces dérapages. Il peut même les exacerber.

Les dérives possibles

Une utilisation abusive du PP pourrait nuire au développement de la recherche fondamentale qui, presque par définition, est incapable d'anticiper toutes ses conséquences sur l'environnement et la société. Il en va de même pour ce qui concerne

l'innovation technologique. L'essor de la biologie, des biotechnologies, de la pharmacie ou de la physique donne indéniablement lieu à certaines conséquences indésirables. Doit-on pour autant les interdire ? Si oui, il aurait fallu depuis longtemps bannir l'électricité (qui tue si l'on s'en approche d'un peu trop près), les antibiotiques (qui créent des résistances bactériennes), la voiture (qui rencontre de temps en temps des platanes), l'avion (qui s'écrase quelquefois) et quasiment toutes les technologies modernes.

Bien entendu, dans l'appréciation du bien-fondé de ces innovations, il convient de tenir compte aussi de leurs avantages. Et ceux-ci ne sont-ils pas supérieurs à leurs inconvénients ? On peut le penser. Evident, allez-vous dire. Oui, après coup. Le PP eût-il été appliqué *ex-ante* à ces innovations, peut-on être sûr qu'elles n'eussent pas données lieu à maintes restrictions pour bloquer leur évolution, sinon totalement, du moins en partie ? En vertu du PP invoqué par certains, il est devenu extrêmement difficile aujourd'hui d'installer des antennes pour le téléphone portable en raison de « risques potentiels » qu'elles feraient courir. Or, comme le fait remarquer l'académie de Médecine, même si ce danger existait (risque de tumeurs cérébrales par exemple), il paraît évident qu'il est largement compensé par les bénéfices, ne serait-ce que par la rapidité des secours que les portables autorisent en matière médicale. Quant à la recherche et au développement en biotechnologies et autre génétique, bien peu survivrait à une application étroite du PP qui se contenterait d'évaluer les dangers inhérents à ces activités sans tenir compte, ou insuffisamment, de leurs avantages.

Et puis, les dommages sont-ils les mêmes pour tous ? Ne peut-il pas exister des situations asymétriques, c'est-à-dire défavorables aux uns mais favorables aux autres ? Comment alors décider des mesures à prendre ? Exemple : les OGM. Supposons – je simplifie et caricature un peu, mais l'idée de fond est loin d'être absurde – que la culture d'OGM soit favorable aux pays pauvres et à leur environnement (rendements accrus, coûts de production réduits, pesticides et engrais largement diminués, besoins d'eau moindres, récoltes plus résistantes aux maladies)

mais défavorables aux pays riches (possibilités de transmission indésirable de gènes à d'autres plantes ou espèces, peur de « nourritures Frankenstein »). Dans ces circonstances, en vertu du PP, faut-il ou non interdire les plantes génétiquement modifiées ? L'intérêt bien compris du Sud est de les utiliser, celui du Nord de les bannir. Et surtout pas d'échanges entre les deux zones. On voit sur quels problématiques et conflits insolubles on peut déboucher (d'ailleurs, n'est-ce pas déjà le cas concrètement ?).

Le PP n'est pas non plus un moyen absolu d'empêcher les accidents. Les CFC ont pendant longtemps été considérés comme les produits les plus sains à utiliser en aérosol jusqu'à ce qu'on les rejette car dangereux pour la couche d'ozone ; même chose pour le DDT accepté à ses origines comme une technologie beaucoup plus sûre que les pesticides à base d'arsenic qui les précédaient avant leur interdiction. Avec le PP, tant le DDT que les CFC auraient malgré tout été commercialisés.

Une application générale et stricte du PP peut également conduire à des dérives réglementaires ou politiques, voire populistes. Des pouvoirs publics, à l'idéologie interventionniste marquée, pourraient être poussés à la « surréglementation » et au « surdirigisme », grevant les coûts de production des entreprises ainsi que leurs facultés d'adaptation et d'innovation, avec toutes les conséquences pour le niveau de vie (et la compétitivité internationale). Si ces mesures diminuent le niveau de vie, elles réduisent les moyens de prévention et de lutte contre les maladies, et donc augmentent les risques sur la santé publique – ce n'est pas un hasard si les populations des pays pauvres sont moins bien soignées que celles des pays riches. Les régulateurs ou les responsables politiques peuvent aussi être incités à prendre des mesures non justifiées pour empêcher, ou au moins ralentir, l'approbation de thérapeutiques globalement utiles afin de ne pas s'exposer à être considérés comme responsables d'erreurs et de dommages possibles. Le PP est pour certains un moyen « d'être sûrs » plutôt que « désolés » plus tard, en considérant que la sous-régulation peut déboucher sur des dommages graves pour la santé et l'environnement, tandis que la

surrégulation ne fait pas de mal, ou peu. Malheureusement cette position n'est pas justifiée. Appliquée à la R et D ou à la commercialisation de médicaments ou autres technologies, elle peut contribuer à augmenter le risque et les dommages, par exemple en empêchant la commercialisation de médicaments utiles ou la mise en oeuvre de technologies bénéfiques.

Autre dérive réglementaire et politique possible du PP : celle de « justifier » un protectionnisme « nécessaire » pour se protéger de risques « importés ». Les débats sur les OGM entre les États-Unis et l'Europe sont-ils totalement exempts de relents de protectionnisme ? Et l'affaire du « bœuf aux hormones » ?

N'existe-t-il pas aussi un danger de voir quelques intérêts particuliers, ou des groupes porteurs d'une certaine idéologie, influencer l'opinion publique de façon induue par un recours systématique au « catastrophisme », balayant ainsi toute discussion ou action raisonnée, allant à l'encontre de l'intérêt général ? Et conduisant au gaspillage des ressources, gaspillage qui se ferait au détriment d'autres objectifs de nos sociétés modernes (comme l'emploi, le niveau de vie ou la protection sociale) ? ou à de vraies catastrophes sanitaires ? Un exemple : l'intensification de l'épidémie du choléra au Pérou, dans la première moitié des années 1990, suite à la suppression du chlore dans l'eau par les autorités parce que des écologistes radicaux le considèrent comme cancérigène. Résultat : au moins 11 000 morts et plus de 1,3 million de personnes touchées. Le réchauffement climatique donne aussi lieu à un catastrophisme largement répandu. À écouter maints de nos médias, politiques et écologistes, la catastrophe est à notre porte ; des mesures « d'urgence » et « fortes » doivent être prises, hic et nunc. Or si danger potentiel il y a, il n'est pas question de le nier, et si des mesures doivent être prises, une évaluation sereine est nécessaire pour éviter les gaspillages énormes qui pourraient en résulter, ou, au contraire, pour éviter une trop grande timidité dans l'action. Pour ce qui concerne la question du climat, il est essentiel aussi

d'évaluer la distribution des dommages possibles non seulement entre les différentes zones géographiques mais aussi à travers le temps. L'aspect temporel est ici central et constitue une variable cruciale de la stratégie d'action. Trop de ressources consacrées trop vite à la lutte contre l'effet de serre peut déboucher sur des pertes formidables si les dommages futurs sont modérés ; pas assez de ressources engagées, et pas assez vite, peut en revanche conduire à des surprises si le danger s'avère grave. La prise en compte du temps est aussi indispensable pour adapter l'action à l'évolution des connaissances scientifiques et à l'innovation technologique¹. On le voit, l'action intelligente en cette matière exige une rationalité allant bien au-delà du PP. Et le catastrophisme ambiant peut, lui, s'avérer catastrophique pour la collectivité !

La « bonne » précaution

La mise en œuvre d'un « bon » principe de précaution exige donc l'évaluation des inconvénients (les coûts au sens large du terme) et des avantages (les bénéfices, toujours au sens large). Et aussi, selon le cas traité, la répartition de ces coûts et bénéfices entre les acteurs et à travers le temps. Mais tout ceci n'est pas aussi simple qu'on pourrait le penser car nous sommes en situation d'incertitude scientifique : les coûts et les bénéfices, ainsi que leur répartition sont souvent difficiles à appréhender. Ce qui ne veut pas dire qu'il faut les oublier, ou se cantonner à l'inaction (« dans le doute abstiens-toi »), ou simplement se fier à l'intuition, à l'opinion a priori ou à l'idéologie pour éviter tout risque.

L'intérêt d'un PP bien conçu et appliqué serait au contraire d'inciter à une « gestion active du risque plutôt que de démissionner devant le risque » comme le proposent P. Kourilsky et G. Viney dans un rapport au premier ministre en 1999. Autrement dit, non pas le refus de la prise de risque – ou la recherche du risque zéro, chimère inatteignable sauf dans l'inaction complète, et encore, car l'inaction, en éliminant des innovations risquées, peut avoir des conséquences

bien plus graves, telles que la non fabrication ou non commercialisation de médicaments ou de technologies très utiles pouvant sauver de nombreuses vies – mais une analyse aussi fouillée que possible de ces risques et des moyens rationnels pour les traiter. Ainsi, la prise en compte des coûts et bénéfices potentiels, du rôle du temps et des processus d'apprentissage, de l'évolution des connaissances scientifiques qui vont avec, de l'analyse du risque et des moyens d'action avec tout ce que la théorie et les instruments de l'économie peuvent apporter en la matière (taxation optimale, permis des quotas de pollution, incitations à la recherche et à l'innovation, contrats financiers, « assurance bond », etc.) sont indispensables à un PP bien compris. Il ne faut donc jamais oublier qu'on peut toujours introduire « un peu de science » même là où l'incertitude scientifique est grande.

Est-ce dans cette optique que sont incorporées dans le PP les notions de « mesures proportionnées », de « coût économiquement acceptable » et « d'évaluation des risques encourus » (loi Barnier, Charte de l'environnement) ? Et que sont aussi parfois ajoutées celles d'« un examen des avantages et des charges potentiels de l'action ou de l'absence d'action » et le « réexamen des actions » à la lumière des nouvelles données scientifiques (Commission des communautés européennes) ? On voudrait le croire, mais le doute est permis.

Certes, l'inscription de ces notions sur le fronton des textes est importante et révélatrice d'une prise de conscience, de la part des législateurs, des dangers d'un PP formulé trop généralement. Mais est-ce suffisant pour éviter les dérives possibles discutées plus haut ? On aimerait en être plus sûr. Ne conviendrait-il pas, comme le propose l'académie de Médecine, de « soumettre le principe de précaution à une évaluation objective de sa valeur tant du point de vue de l'obtention des avantages escomptés que des difficultés rencontrées et des effets indésirables produits, sans négliger son coût d'application », pour en préciser les conditions d'utilisation, les principes d'action, les procédures et les moyens ?

Conclusion

S'il peut amener à examiner de plus près les conséquences possibles de certains phénomènes ou innovations, à pousser plus avant l'analyse scientifique de la question, à mieux « penser » les problèmes d'incertitude, à réfléchir aux diverses stratégies et moyens d'action pour en diminuer les coûts et les conséquences dangereuses, ou au moins pour s'en protéger, le PP peut constituer une procédure favorable à la prise de décision en incertitude. S'il peut « forcer » à ne pas traiter trop à la légère certaines situations potentiellement dangereuses (on pense à l'encéphalopathie spongiforme bovine - ESB -, par exemple, ou aux dangers de l'amiante, ou encore à ceux des antibiotiques pour les animaux, pour ne rien dire de « l'affaire du sang contaminé »), inciter à accentuer l'investigation scientifique et les mesures de recherche des dangers potentiels en faisant appel à la raison plutôt qu'à la passion, ou faire accepter plus facilement les « bonnes » innovations à l'opinion, alors oui, le PP peut constituer un élément favorable pour traiter un certain nombre de problèmes. Mais comment ne pas en voir ses propres risques potentiels, s'il doit signifier le rejet inconsidéré des progrès de la science ou s'il doit déboucher sur des décisions irrationnelles (c'est-à-dire un peu trop fondées sur l'émotion individuelle ou collective) coûteuses pour la collectivité (en termes de ressources engagées ou d'innovations utiles, voire constituant des percées fondamentales, interdites ou qui ne voient pas le jour) ; ou s'il doit aussi manifester des dérives populistes plus ou moins démagogiques dont on peut légitimement se demander si elles ne reflètent pas plus l'utopie d'un « retour à la nature » ou de « la société parfaite », pour ne rien dire de la recherche d'intérêts ou de pouvoirs personnels, que le véritable souci de l'environnement et de la santé publique ? Bref, le meilleur comme le pire. Décidemment oui, à manier avec précaution...

Notes

1. Pour de plus amples développements voir André Fourçans, *Effet de serre, le grand mensonge ?* Seuil, 2002, et Roger Guesnerie, *Kyoto et l'économie de l'effet de serre*, Conseil d'analyse économique, 2002.

Bibliographie

CONKO G., « *The Precautionary Principle : Protectionism and Environmental Extremism by Other Means* », *International Society of Regulatory Toxicology and Pharmacology*, Arlington, Virginia, 20 juin 2002.

CONKO G., MILLER H., « Precaution (Of A Sort) Without Principle », *The American Council On Science And Health*, 1^{er} novembre 2001.

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, « Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution », Bruxelles, 2 février 2000.

FOURÇAN A., « Effet de serre, le grand mensonge ? » *Ed. du Seuil*, Paris, 2002.

GODARD O., « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, vol. 54, n° 6, novembre, 2003.

GODARD O., (sous la direction de), « Le Principe de précaution dans la conduite des affaires humaines », *Ed. de la Maison des sciences de l'homme*, Paris, 1996.

GUESNERIE R., « Kyoto et l'économie de l'effet de serre », *Conseil d'analyse économique*, Paris, 2002.

HENRI C., HENRI M., « État de la connaissance scientifique et mobilisation du principe de précaution », *Revue économique*, vol. 54, n° 6, novembre, 2003.

KAST R., « Calcul d'un coût économiquement acceptable pour la mise en pratique du principe de précaution », *Revue économique*, vol. 54, n° 6, novembre, 2003.

KNIGHT F., « Risk, uncertainty and profit », *Augustus*, M. Kelley, New York, 1921.

KOURILSKY P., VINEY G., « Le Principe de précaution », Rapport au premier ministre, Paris, 15 octobre 1999.

PILET C., « Le souci de l'environnement et le développement durable, une indispensable complémentarité », Académie nationale de médecine, Paris, 18 mars 2003.

TUBIANA M., DAVID G., SUREAU C., MILHAUD G., « Remarques sur la Charte de l'Environnement », Académie nationale de Médecine, Paris, 6 janvier 2004.

FACE AU PRINCIPE DE PRÉCAUTION : QUE CROIRE ? QUI CROIRE ?

Christian Gollier

*Professeur de sciences économiques
Toulouse I*

La prévention optimale d'un risque oblige le décideur à réaliser toute action de réduction du risque dont le bénéfice espéré est supérieur à son coût. Peut-on écrire une règle opérationnelle équivalente pour le niveau de précaution optimal face à une incertitude ? L'incertitude se différencie du risque par l'incapacité de déterminer avec précision la probabilité des événements potentiels. Le problème se pose alors de savoir comment calculer le bénéfice escompté grâce aux actions de précaution. Cet article apporte plusieurs éclairages sur la manière de calculer ces bénéfices selon que l'incertitude soit de type consensuel « Que croire ? » ou de type conflictuel « Qui croire ? ».

Le principe de précaution se trouve à la jonction de plusieurs constats. D'une part, la science est imparfaite dans le sens où elle ne nous offre pas une connaissance sûre et définitive des risques auxquels l'humanité et les individus qui la composent font face. Se pose alors la question de savoir « Que croire ? ». D'autre part, la science est devenue extraordinairement complexe. Cette complexité empêche l'émergence d'un consensus sur les intensités relatives de ces risques. Se pose alors la question de savoir « Qui croire ? ». Si nous pouvions répondre à ces deux questions, l'incertitude ne serait plus que risque et le principe de prévention s'appliquerait.

Principe de prévention : une méthode opérationnelle de décision face au risque

Périodiquement, nos services d'urgence se retrouvent débordés dans des situations de crise, comme celle liée à la canicule de l'été dernier. Les services sanitaires, de déneigement, de police, de défense et les pompiers sont tous susceptibles d'être dans l'impossibilité de faire face à la

demande. On a alors beau jeu de dénoncer l'incurie de l'État et réclamer des moyens supplémentaires pour ces services. Mais, à bien y réfléchir, le simple fait d'atteindre une limite de capacité en situation exceptionnelle ne signifie pas nécessairement que le système est inefficace. Augmenter la capacité d'un service d'urgence est coûteux, et les moyens supplémentaires ne seront effectivement utiles qu'exceptionnellement. Il est donc intéressant de déterminer le budget optimal d'un service d'urgence. Soit X le nombre de personnes victimes d'un accident à une certaine date à venir. X est inconnu, mais on en connaît par expérience la fonction de distribution.

Il faut déterminer *a priori* les moyens à mobiliser pour intervenir à cette date, en constatant qu'il est impossible de modifier les moyens disponibles en fonction du nombre d'accidents observés à la date considérée. La variable de décision est la capacité A du centre d'urgence, A étant le nombre maximum d'accidentés que le centre pourra traiter simultanément. Une unité d'intervention coûte c euros à la communauté. Chaque victime bénéficiant d'un traitement en urgence génère un bénéfice b à la communauté.

Si la capacité actuelle du centre est $A-1$, l'analyse coût/bénéfice d'une augmentation unitaire de la capacité

d'intervention se fait de la manière suivante. Le coût de cette augmentation est c . Son bénéfice est aléatoire, car il dépend du nombre d'accidents. Plus spécifiquement, s'il y a moins de A accidents, les services d'urgence sont sous-utilisés, et l'augmentation de capacité n'apporte rien à la communauté. Par contre, s'il y a au moins A accidents, les urgences sont effectivement utilisées à pleine capacité, et un bénéfice b est obtenu de l'augmentation unitaire de la capacité grâce au fait que cela permet à une victime supplémentaire d'être secourue. Le bénéfice espéré de cette augmentation de capacité est donc égal au produit de b par la probabilité que X soit au moins égal à A . En conclusion, il est socialement efficace d'augmenter la capacité du service tant que ce produit est supérieur au coût unitaire c , c'est-à-dire tant que la probabilité que la capacité du service s'avère insuffisante est supérieure au seuil critique constitué du rapport de c par b .

Cela montre qu'il n'est jamais optimal d'atteindre le risque zéro. Il est socialement efficace que la fréquence observée de rupture de capacité du service d'urgence soit égale au rapport c/b , qui est égal à zéro uniquement si l'on accorde une valeur infinie à la vie humaine. Cela provient des rendements décroissants de la prévention : au fur et à mesure qu'on augmente la taille du service, la probabilité qu'une augmentation supplémentaire soit effectivement utile devient de plus en plus faible.

Ce problème est générique à une classe de problèmes appelés « problème du marchand de journaux », dont on trouve de nombreuses applications en gestion de stocks. Sa résolution ci-dessus nous explique pourquoi les industriels utilisent des flux tendus et les compagnies aériennes du *surbooking*¹. Elle nous explique aussi pourquoi l'épargnant accepte de bloquer une partie de son épargne sur le long terme pour profiter d'un avantage fiscal, au risque d'affronter périodiquement une menace d'illiquidité. Alors pourquoi exiger de l'État un principe de gestion excessivement prudent, principe que nous refusons d'utiliser nous-mêmes pour faire face à nos risques personnels ? L'excès de précaution dans le système d'urgence oblige la collectivité à détourner des ressources d'autres projets

de prévention plus efficaces en termes de vies gagnées, comme le dépistage de certains cancers, ou la médecine scolaire.

Le principe de prévention socialement efficace que j'ai invoqué ci-dessus oblige les collectivités à choisir une capacité d'urgence telle que la probabilité que celle-ci soit effectivement débordée égale le rapport du coût sur le bénéfice d'une unité de capacité supplémentaire. Cette analyse coût-bénéfice de l'effort de prévention est parfaitement opérationnelle et facile à mettre en œuvre. Néanmoins, elle nécessite donc la connaissance de la distribution de probabilité du risque sous-jacent. Quelle procédure opérationnelle suivre lorsque cette distribution est inconnue ? À défaut de répondre de façon précise à cette question, le principe de précaution a au moins le mérite d'ouvrir le débat.

Principe de précaution

■ Que croire ?

C'est Frank Knight (1885-1972) qui introduit le premier une différenciation entre risque et incertitude. Knight part de l'observation que, contrairement au postulat des savants du siècle des Lumières, nos connaissances sont souvent largement insuffisantes pour déterminer les probabilités des différents événements possibles. On parle alors d'incertitude lorsqu'une telle quantification objective des probabilités est impossible. L'exemple classique correspond au jeu consistant à offrir un prix au joueur qui tire une boule blanche d'une urne, sans dire *a priori* la proportion de boules blanches et noires contenues dans cette urne. Finalement, on parle même d'incertitude radicale lorsque l'on est incapable d'établir la liste des événements possibles liés à un *aléa*. Pour illustrer, on parle de risque pour un investisseur qui achète des actions ou pour un assureur qui offre une couverture contre les accidents automobiles. Le problème de l'effet de serre, celui des organismes génétiquement modifiés ou de l'exploration spatiale

représentent des situations d'incertitude, voire d'incertitude radicale.

Les inquiétudes grandissantes sur les conséquences de la hausse de la concentration des gaz à effet de serre dans l'atmosphère peuvent nous faire penser que la fréquence des étés chauds augmentera à l'avenir. Cette anticipation justifie en effet un développement de la capacité des services de gestion sanitaire des canicules, comme le nombre de lits disponibles en été, l'installation de climatiseurs dans les maisons de retraite ainsi que l'augmentation du nombre de médecins de garde. Un problème très pratique se pose de savoir l'importance de l'augmentation de ces moyens, dès lors qu'il n'existe pas de théorie fiable relative à la hausse de la fréquence des accidents climatiques de ce type.

Pour rester simple, supposons qu'il existe deux théories climatiques concurrentes considérées par la communauté scientifique comme équiprobables. Dans la théorie catastrophique, la fréquence vraie des étés caniculaires passe à un été sur deux, alors que selon l'autre théorie possible cette fréquence n'est que d'un été sur dix. Entre les probabilités de $1/2$ et $1/10$, laquelle choisir ? Le principe de précaution, interprété comme une théorie du catastrophisme volontariste, recommande de considérer la probabilité de $1/2$ comme certaine, et de procéder à l'analyse coût-bénéfice ci-dessus avec cette distribution de probabilité. Par contre, dans la théorie de Savage, père de la théorie classique de l'espérance d'utilité subjective, l'incertitude scientifique portant sur la vraie théorie ne doit pas être traitée de façon différente des autres sources de risque, même si la vraisemblance de chacune des théories en concurrence est subjective. Ainsi, selon Savage, étant donné l'équiprobabilité des théories en lice, l'investissement socialement efficace dans les services d'urgence utilise l'analyse coût-bénéfice en supposant une fréquence sûre égale à la moyenne des fréquences possibles, c'est-à-dire $\frac{1}{2} + \frac{1}{10} = \frac{3}{10}$. Cela conduit bien entendu à des actions de prévention radicalement différentes de celles recommandées par la méthode catastrophiste.

De la méthode classique à la méthode catastrophiste, laquelle a le plus de chance d'aboutir à une décision compatible avec la promotion du bien-être collectif ? Cette question est avant tout d'ordre empirique, car que savons-nous de l'impact de l'absence de fiabilité des probabilités sur le bien-être individuel et les comportements ? Pour répondre à cette interrogation, les économistes expérimentalistes et les psychologues utilisent le problème dit « des deux couleurs » de Keynes-Ellsberg. Cela consiste en deux urnes contenant cent balles rouges et noires. On sait que l'urne 1 contient exactement cinquante balles de chaque couleur. Par contre, la proportion de chaque couleur dans l'urne 2 est totalement inconnue. Dans le jeu n° 1, une balle est tirée de l'urne 1 et le joueur reçoit 100 € ou rien selon la couleur de la balle tirée. Le jeu n° 2 est identique, sauf que l'on tire la balle de l'urne 2. On observe alors que lorsque le joueur est confronté à l'urne 2, il est indifférent entre parier sur la couleur rouge ou la couleur noire. C'est donc qu'il accorde une probabilité subjective de 0,5 au tirage de chaque couleur. Dit autrement, le joueur pense que la probabilité de tirer la couleur rouge est la même dans les deux jeux, mais que cette probabilité est nettement plus fiable dans le jeu n° 1 que dans le jeu n° 2. Selon Savage, il devrait donc être indifférent entre les deux jeux. Pourtant, lorsque l'on offre aux joueurs la possibilité de choisir entre les deux jeux, la plupart préfèrent le jeu n° 1. Les individus sont donc adverses au manque de fiabilité sur les probabilités, un concept bien différent de l'aversion au risque. Ce concept suggère que les citoyens surpondèrent, dans leur évaluation des situations incertaines, les représentations de l'aléa qui leur sont les moins favorables, en accord avec une interprétation catastrophiste du monde.

C'est comme si Dieu, jouant aux dés le devenir de l'humanité, cherchait à choisir systématiquement les règles du jeu qui nous sont les moins favorables. Sachant que ce joueur joue contre nous en choisissant un gain minimum pour l'humanité, il ne reste plus à l'homme qu'à choisir la stratégie de prévention qui maximise son bien-être minimum parmi toutes les

distributions possibles. Ce critère du « max-min » est celui des catastrophistes éclairés. Son pessimisme extrême est infirmé par l'observation des comportements humains face à l'incertitude. Certes, les individus tendent à accorder une attention plus grande aux scénarios les plus catastrophistes, mais il est manifestement faux de dire qu'ils se comportent comme si le plus catastrophique d'entre eux était certain. Ainsi, l'impact des crises successives de la vache folle en Europe a été extrêmement réduit sur le niveau de consommation et les prix. De même, le téléphone portable est aujourd'hui universellement utilisé malgré l'existence de théories catastrophistes concernant son impact sur la santé. Des recherches supplémentaires sont donc nécessaires pour déterminer l'intensité de l'aversion à l'ambiguïté des agents économiques. La récente étude de Laure Cabantous offre de ce point de vue des informations particulièrement intéressantes concernant le comportement face à l'ambiguïté probabiliste des actuaires français.

Il y a une autre raison de surpondérer les scénarios catastrophistes. La révision de nos croyances dans le temps, suite à l'observation de l'évolution de la fréquence des événements, est un phénomène qu'il faut intégrer dans notre processus de décision aujourd'hui. Lorsqu'une canicule de grande ampleur se produit, la société doit supporter simultanément deux types de dépenses. En effet, elle doit en premier lieu faire face aux dépenses et aux dommages liés à cette canicule. De plus, parce que cet événement la renforce dans l'idée qu'un réchauffement est en cours et que la fréquence des canicules est plus élevée qu'autrefois, elle doit rationnellement augmenter son effort d'investissement dans la capacité des services d'intervention. L'existence de ce phénomène rationnel de révision des croyances en situation d'incertitude a donc tendance à accroître le risque *ex ante*, puisqu'il augmente les dépenses en cas de canicule et les réduit en cas d'été normal. Cet effet d'apprentissage (« *learning* ») nous incite à investir plus dès aujourd'hui dans les services de prévention, à titre de précaution.

■ Qui croire ?

Dans la section précédente, j'ai fait l'hypothèse qu'il existe une science consensuelle mais imparfaite. Les experts sont d'accord pour dire que nos connaissances ne nous permettent pas de définir une distribution de probabilité unique des événements possibles. Il s'agit donc d'une incertitude consensuelle : on sait qu'on ne sait pas. Dans cette section, je désire aborder un autre paradigme, celui de l'incertitude conflictuelle. La complexité de la science empêche l'émergence d'un consensus relatif à l'évaluation des risques. Les experts sont en désaccord entre eux, chacun défendant sa théorie dont il est lui-même sûr. Ils sont d'accord de ne pas être d'accord. Qui croire dans cet environnement d'incertitude conflictuelle ?

Ces conflits d'experts ne militent pas en leur faveur. Comment expliquer ces conflits ? Après tout, d'après la doctrine d'Harsanyi, si tous les experts disposent des mêmes informations (résultats théoriques fondamentaux et résultats des tests expérimentaux de ces théories), ceux-ci devraient tous arriver aux mêmes conclusions. Si ce n'est le cas, c'est que certains sont incompetents ou, pire encore, sensibles aux incitations offertes par les *lobbies* de tout poil. Ce double problème de compétence et d'indépendance est au centre de la crise de l'expertise. Par les temps qui courent, il n'est pas inutile de rappeler l'importance du financement adéquat de la recherche publique. Ce financement doit être accompagné de deux actions prioritaires. D'une part, parce que les compétences s'évaluent facilement sur base des publications scientifiques des auteurs, l'État se doit de mieux sélectionner les experts pour mieux en assurer la crédibilité. D'autre part, il faut mieux inciter ces experts à produire les informations non biaisées permettant aux décideurs publics de prendre des décisions en connaissance de cause. Un système de rémunération efficace basé sur l'évaluation *a posteriori* de la qualité des informations produites par ces comités d'experts est indispensable de ce point de vue. Supposons finalement que, malgré l'organisation d'un système efficace d'expertise, la population se scinde en deux groupes distincts, les optimistes et les

pessimistes. Ils pensent respectivement que la fréquence d'événements climatiques extrêmes est 1/2 et 1/10, sans que quiconque puisse déterminer qui détient la vérité. À quelles croyances donner la prééminence quand il s'agit de déterminer le niveau optimal de prévention au niveau collectif ? Dans un article récent (voir bibliographie), je détermine une règle d'agrégation des croyances socialement efficace. Elle tient compte du fait que le groupe le plus pessimiste cherchera à s'assurer beaucoup contre ces événements catastrophiques. Cela a pour conséquence de transférer l'aléa vers le groupe plus optimiste, qui sera heureux de porter ce risque étant donné leur optimisme et le prix élevé que les pessimistes sont prêts à payer. Bien entendu, le décideur public doit choisir un effort de prévention qui soit compatible avec les croyances de ceux qui portent le risque *in fine*. Comme les pessimistes sont assurés, la règle d'agrégation des croyances efficace doit favoriser les optimistes. Le principe de précaution, qui préconise exactement l'inverse, est ici l'ennemi affirmé du bien-être collectif.

L'hypothèse de marchés d'assurance efficaces est importante pour conduire à ce résultat. Si, au contraire, ceux-ci sont incapables d'organiser ce mécanisme de partage de risque, il peut être optimal de surpondérer les croyances des pessimistes. L'augmentation de l'effort collectif de prévention que cela induit constitue une politique redistributive de bien-être des optimistes vers les pessimistes.

Conclusion

L'impact de l'incertitude sur la stratégie socialement efficace de lutte contre un aléa dépend de l'environnement considéré. Lorsque l'incertitude est consensuelle, il y a de forts arguments en faveur d'un renforcement des investissements de prévention. Lorsque l'incertitude est conflictuelle, l'analyse est plus délicate et fait intervenir le fonctionnement des marchés d'assurance et le mécanisme d'expertise organisé par l'État. L'absurde serait de vouloir imposer un principe donnant pour acquis a priori que l'incertitude scientifique doit renforcer les investissements de lutte contre les aléas.

Note

Une digression : cela explique aussi pourquoi aucun taxi n'est disponible en heure de pointe. À cet égard, il est manifeste que la « capacité » des taxis parisiens est insuffisante, compte tenu de la haute fréquence des périodes où le système est incapable de répondre à la demande.

Bibliographie

CABANTOUS L., « Comment les assureurs réagissent-ils à l'ambiguïté des probabilités et aux conflits d'experts ? » *Risques*, n° 55, 2003, p.139-146.

GOLLIER C., Who should we believe ? Collective risk-taking decisions with heterogeneous beliefs, mimeo, LERNA-INRA, Université de Toulouse 1., 2004

CONTRE LES PRÉCAUTIONNEUX : LE PRINCIPE DE SOUSCRIPTION

François-Xavier Albouy

Coordinateur DESS 218, université de Paris-Dauphine

Le principe de précaution a rencontré un énorme succès populaire. Il est maintenant un slogan publicitaire et un passage obligé de tous discours publics. Ce succès populaire est tel que l'on parle de l'inscrire dans la Constitution. C'est assez étonnant pour une obscure notion juridique, invoquée dans quelques traités internationaux et laissant accroire qu'elle pouvait résoudre définitivement le problème des décisions de justice pour objectiver l'écart entre les obligations et la responsabilité. C'est bien entendu parce que le principe de précaution parle d'autre chose qu'il connaît un tel succès. C'est qu'il nous parle de fixisme, de statisme, d'une pause dans l'évolution et d'un rapport de domination à la science. En fait, il nous parle de nos peurs et singulièrement de notre peur de l'avenir ; il est le fruit direct et amer de cette autre notion floue qu'est la société du risque..

Le principe de précaution : instrument d'une utopie

Cette utopie rêve un état du monde où les progrès des technologies et des sciences sont encadrés et dominés ; où les rapports sociaux sont en définitive statiques et ne visent qu'à maintenir des situations acquises en les améliorant. Cette utopie parle aussi d'un rapport stable des forces entre les nations (pays riches/ pays émergents), mais, là aussi, avec des améliorations sensibles et un réinvestissement dans des activités culturelles et traditionnelles. Autrement dit, cette utopie, conséquence des théories de la fin de l'histoire, ne conçoit son rapport au temps que par la notion de risque. Par exemple, cette utopie se préoccupe des générations futures, mais pour imaginer des générations futures avec les mêmes problèmes et les mêmes connaissances politiques et scientifiques que les nôtres. Imaginons un instant les stupidités qu'auraient pu écrire les Lumières, s'ils s'étaient piqués de se préoccuper des générations futures avec leurs connaissances et instruments d'analyse de l'époque...

Pour s'imposer ou participer au débat, cette utopie immodeste a construit une idéologie catastrophiste qui est devenue le symptôme des sociétés postmodernes. Et l'instrument de cette idéologie, c'est bien le principe de précaution qui, à chaque étape d'une prise de décision, propose de privilégier les conséquences négatives extrêmes et induit ainsi de passer des interprétations aux faits, au lieu de passer des faits à l'interprétation. Alternative bien connue et séculaire entre les partisans du progrès et ceux du regret.

Il faudrait donc, par souci d'équité, proposer d'inscrire aussi dans la Constitution le principe de réalité. Le principe de réalité en matière de risques et de gestion des risques s'appelle le principe de souscription. Le principe de souscription enseigne que sur la planète le risque est très inégalement réparti. Il rappelle que la probabilité pour un enfant de moins de cinq ans de mourir de dysenterie (un million huit cent mille cas par an) est largement plus élevée en Afrique qu'à Monaco et est incommensurable par rapport au risque lié à la maladie de la vache folle qui aura frappé un peu moins de cinquante personnes en plus de dix ans. Il rappelle aussi que les deux millions de victimes du paludisme par an résident plutôt dans la couronne

tropicale où la probabilité de mourir précisément de la malaria est très importante, comparée à celle de mourir du Sras ou d'une possible mutation du virus de la grippe aviaire.

Le principe de précaution avance le danger des OGM ; le principe de souscription rappelle que les risques de sous-alimentation et de famine sont encore importants sur la planète, que l'aide alimentaire mondiale a les plus grandes difficultés pratiques pour trouver des financements –, malgré l'incessante et bruyante compassion des précautionneux – et enfin que l'académie des Sciences a émis un avis très positif sur l'innocuité des OGM.

Le principe de souscription rappelle aussi que les systèmes d'assurance mutualisent les risques liés à la route qui font quarante mille morts par an en Europe, soit tous les ans, plus de vingt fois en moyenne, les conséquences des risques industriels et des maladies nosocomiales à l'échelle mondiale. Ce principe rappelle donc que le sujet est moins la supposée gravité nouvelle de ces risques prétendument émergents que l'instabilité des décisions de justice, conséquence directe de l'invocation du principe de précaution.

Le cas des catastrophes naturelles

En matière de catastrophes naturelles, le principe de précaution appelle avec véhémence à une pause dans la croissance pour contrôler les émissions de gaz à effets de serre. Le principe de souscription invite à la lecture d'ouvrages spécialisés sur le climat et constate qu'une théorie récente permet de comprendre pourquoi les événements naturels nous semblent plus vifs et sérieux que par le passé. Selon ces observations, nous quittons en Europe et aux États-Unis, une période d'optimum climatique qui aura duré entre trente et cinquante ans. Cette relative stabilité maintenant révolue, nous en sommes revenus à un climat un peu plus heurté, comme dans les années trente du siècle précédent.

Cette théorie, il faut insister, n'a pas besoin de l'effet de serre, il lui suffit d'observer la circulation des anticyclones mobiles polaires. Elle retire par ailleurs toute vraisemblance et même toute crédibilité à l'hypothèse de réchauffement global, invoquée par le principe de précaution.

Mais le principe de souscription ne s'arrête pas là. Il fait par exemple le constat que ce retour à un régime climatique séculaire n'est peut-être pas étranger à l'importance des sinistres dans des événements météorologiques sur le pourtour de la Méditerranée. Il se rappelle que la Provence ou la Côte d'Azur, avant cet optimum climatique, étaient des régions pauvres, peut-être à cause de la sévérité de ces phénomènes climatiques que les géographes connaissent bien et appellent le risque méditerranéen. Il constate que ces régions, lieux de villégiatures privilégiés des retraités européens, sont particulièrement exposées à des sinistres lourds, en raison de l'importance et de la concentration des patrimoines et aussi en raison de l'absence d'une mémoire des lieux pour la majorité des résidents.

Ainsi, là où le principe de précaution véhicule de l'angoisse et jette l'anathème sur le progrès par un catastrophisme global, le principe de souscription analyse les risques, préconise des opérations de prévention et enfin propose une mutualisation de ces risques. Il en ressort que le principe de souscription fait assez rapidement le constat que partout où existe de l'organisation sociale, du développement économique et du progrès technologique, alors les risques sont fortement diminués et contrôlés.

La non mondialisation de l'assurance

Ce constat est important mais, il faut le reconnaître, il est possible de lui opposer celui de la non mondialisation de l'assurance. Quatre-vingt-dix pour cent des cotisations sont collectées auprès de 10 % de la population mondiale. On ne peut pas faire moins

mondialisé ! La conséquence en est que les richesses sont concentrées et tendent à l'être de plus en plus et que les risques sont plus importants que par le passé en raison de cette concentration. Pire, le principe de précaution contribue directement à cette concentration en refusant, en définitive, de partager ces risques à l'échelle mondiale : normes de sécurité changeantes, barrières à l'entrée des produits et des biens, réticences de plus en plus vives à l'investissement dans des pays émergents, blocages sanitaires intempestifs de continents entiers...

Mais malheureusement, le principe de souscription ne fait pas montre d'une grande opiniâtreté pour développer les marchés d'assurance des pays émergents, seul levier disponible pour progressivement déconcentrer les richesses et élargir à terme les capacités. Les choses sont peut-être en train d'évoluer. Deux initiatives récentes de la Banque mondiale montrent que le concept d'assurance et de mutualisation est devenu important pour les experts du développement. Une de ces initiatives consiste à soutenir par une réassurance adaptée les micro-assurances santé qui existent dans les pays émergents.

La seconde consiste à proposer des contrats d'assurance, assis sur des dérivées climatiques, aux exploitations agricoles de pays comme le Maroc, l'Union indienne ou l'Ukraine. Il reste aux grands noms de l'assurance européenne de participer, d'anticiper et de soutenir ces initiatives, dans toutes les branches d'assurance et y compris, voire surtout, dans les risques d'entreprise. Élargir les mutualités ou « *pooling* » des risques est bel et bien la seule manière de regagner un peu de confiance dans les sciences et le progrès et d'extirper le catastrophisme.

Bibliographie

- DROR D.M., PREKER A.S., « Réassurance sociale », Ed. Syros, Banque mondiale et BIT, 2003.
- GUESNERIE R., « Combattre l'effet de serre nous mettra-t-il sur la paille ? » Ed. Le Pommier, Paris, 2003.
- LEROUX M., « La Dynamique du temps et du climat » Dunod, Paris, 2000.
- SKEES J., VARANGIS P., SIEGEL P., « Can Financial Markets be Tapped to Help Poor People Cope with Weather Risks ? » Working paper, n° 2812, *The World Bank*, March, 21, 2002.

L'ASSURANCE CONFRONTÉE AU PRINCIPE DE PRÉCAUTION ?

Pierre Florin

Directeur Général Adjoint AXA CIE

Le principe de précaution est de plus en plus mis en avant aujourd'hui lorsqu'on parle de sécurité. Des conséquences juridiques et opérationnelles peuvent désormais en découler. Faut-il que l'assurance plonge dans ces eaux encore troubles d'un droit encore flou qui est celui du principe de précaution ? Assurément oui, car ce principe, né du souci de préservation de l'environnement, domaine auquel l'assurance s'efforce malgré tout d'échapper, détermine de plus en plus désormais les relations du droit et de la science avec l'ensemble des décisions opérationnelles publiques ou privées. Si notre métier d'assureur est de couvrir (« cover ») des risques, nous sommes concernés ; si notre mission est de protéger (« protect people ») nous sommes impliqués.

En France, la définition du principe de précaution issue du droit de l'environnement (loi Barnier du 2 février 1995), est clairement énoncée en ces termes :

« Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Cette définition est maintenant étendue aux risques de dommages ou « effets potentiellement dangereux » selon la Commission européenne « pour la santé humaine, animale ou végétale ».

Bref, aujourd'hui il serait illusoire et dangereux de penser que ce principe, érigé par ailleurs en code de morale politique, ne serait pas appliqué dans les domaines des activités de santé, des produits, des sites d'exploitation et même des services. Bien qu'il reste formulé en termes très généraux, conjonction de prudence et de vigilance appliquée aux activités de la vie moderne, il fait néanmoins son apparition dans le champ juridique et donc dans les décisions opérationnelles.

En premier lieu, il paraît utile pour un assureur, en l'état, d'examiner les différences entre les notions d'incertitude, ou absence de certitude – que donne le principe de précaution – et les probabilités, base théorique de l'assurance. En second lieu, faut-il réellement distinguer la précaution de la prévention ? Enfin, le principe de précaution s'applique aux autorités publiques sans aucun doute, mais n'y a-t-il pas, associée inévitablement à cette morale publique, une responsabilité des opérateurs privés ?

Incertitude et probabilité

Il existe onze millions de composés chimiques, dont cent mille sont utilisés dans l'industrie. Chaque année, entre mille et deux mille nouvelles substances apparaissent sans qu'il soit aujourd'hui matériellement possible d'en déterminer l'impact sur l'environnement et la santé publique. Le progrès de la connaissance s'accompagne d'incertitude scientifique. Cela a été probablement toujours le cas, mais aujourd'hui le règne de la quantité et les transformations les plus fondamentales

de la nature (gènes...) font craindre des dommages graves et irréversibles à la vie.

Par définition, les probabilités reposent sur la notion de risques connus – parce qu'ils se sont déjà produits dans le passé – et mesurables, tous les autres éléments étant égaux par ailleurs. Ces probabilités, ajoutées à des coefficients de tendance, permettent d'évaluer des risques en fréquence potentielle et en coût, du moins le croit-on ! En tout cas, elles permettent pour une part de pratiquer la mutualisation de certains risques avec les périmètres classiques de mutualisation par homogénéité de risques, par marché et dans le temps. L'incertitude concerne des risques non connus, donc non sujets à une quelconque statistique ; et pourtant, il faut un risque et non une peur irrationnelle ou imaginaire pour appliquer le principe de précaution. Où se termine la crainte et où commence le risque, même incertain ? Il est dit parfois que le principe de précaution est un outil de gestion des risques et non d'analyse des risques. Or, il n'y aura pas de gestion appropriée, donc pas d'application du principe de précaution, sinon d'ordre moral ou médiatique, sans l'analyse de l'existence et de la potentialité d'un danger. Cela nous conduit à avoir un commencement de doute sur un phénomène donné, évalué par une autorité scientifique reconnue, quant à la potentialité d'un danger grave même sans une certitude scientifique absolue.

Il en est ainsi par exemple des relais de téléphones mobiles qui ont fait l'objet de rapports officiels divers concluant que l'on ne voit rien (pour l'instant) mais que l'on ne sait rien sur les conséquences à terme des effets sur la santé des ondes électromagnétiques.

Faut-il donc recréer l'académie des Sciences, siège d'un état de la science officielle ? Sans doute si elle peut devenir mondiale, accepter l'incertitude et gérer l'expertise judiciaire.

L'assurance, elle, avec ses probabilités rassurantes pour les risques à fréquence forte et coût modéré (assurance automobile par exemple), doit aussi côtoyer certains extrêmes : les fréquences très faibles et risques lourds (tremblement de terre) et surtout le futur incertain, traduit aujourd'hui par une plus grande volatilité des statistiques (catastrophes, responsabilité, crimi-

nalité...). Dans ce domaine, il faut admettre que cette volatilité, d'une part, a un coût (qui n'est d'ailleurs pas ajusté correctement à l'heure actuelle), et, d'autre part, réduit la possibilité des engagements « long terme » des assureurs.

Sous ces contraintes, l'assurance voyage avec ses outils dans le risque et dans l'incertain ; elle peut travailler avec légistes, juristes et décideurs publics pour faire du principe de précaution un facteur positif de progrès accepté avec une meilleure sécurité.

Précaution, prévention et gestion du risque

Les principes de gestion des risques reposent sur les trois éléments suivants : la prévention qui veut en réduire l'occurrence, la protection qui cherche à en limiter les effets et la réparation qui vise à compenser les dommages.

La prévention, qui cherche à éliminer les causes de risques, suppose la connaissance des risques et des causes en question.

La précaution, elle, oblige à prendre des mesures sur des risques non ou mal connus, en présupposant d'ailleurs les causes de manière à éviter (et non prévenir) des effets à caractère irréversible avec un décalage temporel souvent important.

Cependant, il existe des éléments communs à la prévention et à la précaution et notamment le fait que l'une et l'autre ne peuvent éviter une analyse de risque préalable. En effet, même si la mesure du risque n'est pas identique, il ne s'agit plus de mesurer par les données du passé sa probabilité et sa gravité, mais de rechercher les décisions sur la base d'études scientifiques (danger, seuil, probabilité d'apparition, taux d'exposition...). En ce sens, la précaution associe à la fois la prévention et la protection pour en limiter les effets. Elle ajoute aussi, et il n'est pas inutile de le rappeler, l'acceptabilité sociale et économique du risque. Les grands principes de gestion du risque appliqués à la précaution pourraient dès lors être de :

- mettre en place ou renforcer les dispositifs d'alerte, de recherche et de suivi en matière de santé,
- faciliter les évaluations globales (en y faisant participer toutes les disciplines) des technologies et activités à risque,
- situer les domaines d'ignorance pour orienter la recherche,
- inciter à la prévention les décideurs publics et privés,
- communiquer régulièrement l'état des doutes et des certitudes.

Principe de précaution et responsabilité des opérateurs privés

Le principe de précaution est un principe d'action qui s'adresse aux décideurs. Il est bien sûr, en premier lieu, destiné aux autorités publiques qui, dans l'incertitude, ont la responsabilité d'autoriser ou d'interdire des produits, d'en limiter l'usage ou encore d'accorder l'ouverture ou la fermeture de sites d'exploitation. Mais aujourd'hui, même si le débat reste ouvert, ce principe tend à s'appliquer aussi pour des décisions d'ordre privé et notamment pour les chefs d'entreprises. Dans ce cas, un opérateur pourrait voir sa responsabilité engagée sur ce terrain, par exemple s'il ne retire pas un produit du marché à partir du moment où un doute existe quant à sa sécurité et cela avant même la réalisation d'un dommage. Est-ce à dire qu'un producteur sera tenu, au nom du principe de précaution, de prendre des mesures dès qu'un doute surgira ? Où commence le doute, l'incertitude ? Le véritable problème sera de savoir si l'application du principe de précaution, à la charge des opérateurs, est compatible avec la reconnaissance de l'exonération

pour risque de développement, prévue par la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité en matière de produits défectueux. Cette cause d'exonération permet à l'opérateur de dégager sa responsabilité s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques au moment de la mise sur le marché du produit ne permettait pas de déceler un défaut de sécurité. Mais qu'en est-il de la suite ? Le principe de précaution implique pour l'opérateur un suivi de l'état des connaissances scientifiques après la mise sur le marché ou même après l'autorisation administrative pour les produits qui le nécessitent. Ainsi, dans le cas de la simple naissance d'un doute, l'opérateur devrait non seulement arrêter la fabrication mais rappeler tous les produits déjà mis en circulation. Certains, devant les difficultés des certitudes scientifiques, évoquent même l'exonération du risque de développement uniquement lorsqu'il n'y avait aucun débat scientifique ou technique au moment de la mise sur le marché, donc la prise en compte juridique d'opinion scientifique même isolée.

En conséquence, par glissements successifs, on risque de passer à des obligations aggravées qui pèseront sur les opérateurs économiques avec des conséquences juridiques considérables sur le plan de la responsabilité. Il convient donc de donner des définitions précises au contenu et à l'application du principe de précaution si son usage se dirigeait vers la responsabilité civile.

Néanmoins, le progrès, les innovations techniques, la mondialisation, la complexité des *process*, l'interdépendance augmentent la volatilité des risques en nature et en coût ; le principe de précaution ajoute une obligation de sécurité, presque de résultat. L'assurance qui assume déjà en partie cette volatilité va, et c'est certain, devoir analyser la précaution, la cadrer et, dans un périmètre de mutualisation économiquement viable, la prendre en charge.

4.

Cronique



Droit

■ Georges Durry

Est-on obligé de minimiser son propre dommage ?

chronique

Est-on obligé de minimiser son propre dommage ?

Georges Durry

Président honoraire de l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Voilà une question de nature à intéresser au premier chef les assureurs de choses ! Ne constatent-ils en effet pas trop souvent que la facture à payer aurait pu être sensiblement diminuée si, une fois le sinistre survenu, l'assuré avait pris quelques précautions élémentaires, telle la pose d'une bâche pour mettre à l'abri le contenu d'une maison dont la toiture a été endommagée par la tempête ? Leur serait-il possible, dans un cas de ce genre, de reprocher à l'assuré sa négligence et, donc, de ne pas indemniser tout le préjudice qu'il a, en définitive, subi ? En théorie, deux voies pourraient justifier un tel abattement : la rupture, par l'inaction de la victime, du lien de causalité entre l'événement assuré et le dommage, d'une part ; la responsabilité de l'assuré envers son assureur, dont il n'aurait pas sauvegardé les intérêts, de l'autre.

S'il s'agissait d'assurances maritimes, la réponse serait clairement affirmative. Dans la grande tradition de la solidarité entre tous les intéressés à « l'expédition maritime », l'article L. 172-23 du Code des assurances impose en effet à l'assuré de contribuer au sauvetage des objets

assurés et le rend responsable envers l'assureur de ne l'avoir point fait. En revanche, en assurance terrestre, la Cour de cassation¹ dispose que, à défaut d'une clause d'exclusion de garantie, l'assuré n'a pas l'obligation d'éviter l'aggravation du sinistre et doit donc être intégralement indemnisé, quand bien même il aurait pu éviter une partie du dommage, et il faut avouer que la solution n'est guère contestable en ce domaine particulier : les assurés doivent être informés des obligations que l'assureur entend faire peser sur eux. On aura au surplus compris que, puisqu'il est question d'exclusion de garantie, celle-ci, à la supposer stipulée dans le contrat, ne serait valable que si elle était « formelle et limitée », c'est à dire si la précaution à prendre par l'assuré y était formulée avec précision. Une clause générale, par exemple celle qui se bornerait à recopier l'article L. 172-23 précité, serait certainement inopérante.

Mais les assureurs de choses ne sont pas les seuls à être concernés par le problème. Car si eux le sont directement, les assureurs de responsabilité le sont tout autant, même si c'est indirectement. La question est en réalité générale et consiste à se demander si toute

victime n'a pas le devoir de faire ce qui est en son pouvoir pour que la dette du responsable soit la moins importante possible. Très à l'ordre du jour, elle est débattue sur un terrain théorique² et à fait récemment l'objet de deux arrêts très remarquables de la Cour de cassation³. Ces deux décisions, bien loin de clore le débat, l'ont pleinement relancé.

Pourtant, il est clair que les rédacteurs de l'arrêt avaient entendu prendre une position de principe. Il s'agit en effet de deux arrêts de cassation, au visa de l'article 1382 du Code civil, et qui commencent par un même « chapeau » : « Attendu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». C'est pourquoi ont été censurés les deux arrêts attaqués. Le premier concernait une femme qui, à la suite d'un accident, souffrait de troubles psychiques et à laquelle ses médecins traitants avaient conseillé de suivre une rééducation orthophonique et psychologique, ce à quoi elle s'était formellement refusée. Les juges du fait avaient estimé fautif ce refus et donc réduit

le montant de l'indemnisation. Dans la seconde espèce, la victime était une boulangère frappée d'abord d'une longue incapacité temporaire, puis atteinte d'une incapacité permanente assez importante pour l'empêcher de reprendre son activité. De ce fait, la boulangerie avait été longtemps fermée et perdu toute valeur, chef de préjudice dont réparation était, comme il semblait naturel, demandé au responsable. La Cour d'appel avait cependant estimé qu'il lui aurait pourtant été facile de se substituer un tiers dans l'exercice de sa profession ; que donc elle avait délibérément choisi de laisser périliter son fonds et qu'elle était dès lors malvenue à prétendre imputer ce dommage-là au responsable. Au motif précité, la Cour de cassation a jugé, dans le premier cas qu'il n'y avait pas faute de la victime à refuser de se soumettre à un traitement ; dans le second, que le lien de causalité entre l'accident et le dommage restait établi malgré l'attitude passive de la commerçante. Dans les deux cas, l'inaction de la victime ne saurait donc diminuer son droit à réparation.

Il est frappant que pratiquement tous les commentateurs de ces deux arrêts aient marqué, avec des nuances dans l'argumentation comme dans l'ampleur de la condamnation, une forte réserve devant la position qu'a cru devoir adopter la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Et ce n'est pas nous qui nous nous en ferons le défenseur.

Le problème paraît en effet beaucoup trop complexe pour pouvoir être résolu à l'aide de la formule, tellement générale qu'elle en apparaît simpliste, que l'on a citée. Les deux affaires le montrent d'ailleurs fort bien.

Dans l'une, il s'agissait d'un dommage à la personne et d'un refus de se soigner. Ce n'était certes pas la première fois que la question se posait en jurisprudence et l'on pensait, en général, que la réponse passait par une distinction entre soins inoffensifs et traitements à risque : s'il suffit de prendre quelques cachets pour améliorer son état, il est fautif de ne pas le faire ; s'il s'agit de subir une opération, il n'est pas question de faire grief à quiconque de refuser de la subir⁴. Dans une telle perspective, la bonne question à poser était celle de déterminer si la soumission à une rééducation orthophonique et psychologique ressortissait à la première ou à la seconde catégorie. Au lieu de cela, la Cour de cassation adopte la position rigide, trop rigide, que l'on sait. De même, dans l'autre cas, où le préjudice dont on demandait réparation était d'ordre économique, ce qu'il aurait convenu de se demander, c'est s'il était aisé à la boulangère de trouver une solution pour éviter le dépérissement de son fonds. Et peut-être la formule de la mise en gérance, qui semblait avoir les faveurs des juges du fait, présentait-elle trop de risques pour qu'il fût possible de reprocher à la

commerçante victime de ne pas y avoir recouru ? Mais c'était *in concreto* que cela devait être examiné, au lieu de décider que, par principe, la victime n'a pas à bouger le petit doigt pour tenter de diminuer son préjudice et, par voie de conséquence, la dette du responsable et de son assureur.

Nous éloignant des cas d'espèce, nous voudrions souligner les puissantes raisons qui, selon nous, devraient amener la Cour de cassation à ne pas s'enfermer dans un dogmatisme que, d'habitude, on reproche plus à la doctrine qu'à la jurisprudence et à reprendre le problème.

La première, la plus fondamentale aussi, est tout simplement que poser en règle que la victime est dispensée de faire quoi que ce soit, même le plus facile, pour alléger la charge qui pèse sur le responsable du dommage heurte l'équité. Et il n'est jamais bon que la règle de droit aboutisse à l'injustice.

La seconde est que la France, si elle devait en rester à la solution négative qui est celle de la Cour de cassation, serait aujourd'hui assez isolée. Il ne s'agit pas dans notre esprit de transposer, comme il est parfois suggéré, dans notre droit la théorie du droit de *common law*, connue sous le nom de théorie de la « mitigation », qui interdit de dédommager un créancier pour les pertes qu'il aurait pu éviter. Il a en effet été démontré⁵ que cette théorie - au demeurant propre à la

responsabilité contractuelle alors que le problème concerne, en France, exactement dans les mêmes termes la responsabilité délictuelle – était beaucoup trop consubstantielle à tout un système juridique totalement étranger au nôtre pour pouvoir être importée chez nous. En revanche, beaucoup plus proche de notre droit, il est permis de citer l'article 1479 du Code civil québécois : « La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter ». Le droit allemand, la jurisprudence belge iraient dans le même sens⁶. Mieux : il est même une disposition qui est en France de droit positif, car elle est incluse dans une convention internationale ratifiée par notre pays, l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui impose au créancier de prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte. Pourquoi ce qui est vrai pour un contrat international devrait-il être contredit par le droit interne ? Et ce qui est admis pour un contrat spécifique cesse-t-il d'être exact pour les autres contrats ?

Il faut donc espérer qu'une autre formation de la Cour de cassation, la première chambre civile à l'occasion d'un litige d'ordre contractuel, ou une formation solennelle, aura prochainement

l'occasion de revenir sur ce qu'a de très excessif la position adoptée par la deuxième chambre civile. Mais rien ne vaut un bon texte ; on exprimera dès lors le souhait que, à l'heure où il est fortement question de réformer le droit français des obligations – le Président de la République y a fait une allusion précise et très remarquée dans le discours qu'il a prononcé en Sorbonne, le 11 mars dernier, à l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil – soit introduite dans notre droit une disposition analogue à celle qui existe au Québec. Nous proposerions le texte suivant : « Lorsque la victime pouvait, par des mesures raisonnables, réduire l'étendue ou éviter l'aggravation de son préjudice, son abstention entraînera une réduction de l'indemnisation, sauf si la mesure était de nature à porter atteinte à son intégrité physique ». Le principe étant ainsi posé, les tribunaux disposeraient d'un large pouvoir d'appréciation, nécessaire pour trancher les cas particuliers.

Ajoutons enfin que, sans attendre cette hypothétique, malgré tout, réforme d'ensemble, on devrait songer, plus modestement, à faire de l'article L. 172-23 du Code des assurances, une disposition générale du Code des assurances, au lieu d'une règle spécifique aux seules assurances maritimes, ce que vraiment rien ne justifie.

Notes

1. 1^{re} Civ. 7 nov. 2000, RGDA, 2000, 1066, obs. *Mayaux* ; Rev. dr. imm. 2001, 35 et nos obs. Cf. également *Kullmann, Minimiser le dommage ? Mélanges Lambert, p. 242 et s., spéc. 252.*

2. *Colloque du CEDAG de la Faculté de droit de l'Université Paris V, sous la direction du professeur Martine Béhar-Touchais, 21 mars 2002, Petites affiches 2002, n° 232, avec, pour le droit privé, les interventions de nos collègues Patrice Jourdain, Horatia Muir-Watt, Claude Witz, Anne Laude et Geneviève Viney*

3. 2^e Civ. 19 juin 2003, D. 2003, p.2326, note *Chazal* ; Petites affiches 17 oct. 2003, n. *Reifegeste et 31 déc.2003, n. Dagorne-Labbé* ; Gaz. Pal. 2003, p. 3101, n. *Rosenfeld et Bouchez. Ces deux arrêts ont également été commentés par MM. Patrice Jourdain, RTDC 2003, 716 et Jean-Luc Aubert, RJDA av. 2004, p. 355 et s.*

4. *A titre d'illustrations, le refus d'une transfusion sanguine a été jugé, il est vrai avant le drame du sang contaminé, fautif (Crim. 30 oct. 1974, JCP 1975, II, 18038, n. Mourgeon) au contraire du refus de subir une opération (2^e Civ. 19 mars 1997, Bull. II, n° 86, Rev. tr. dr. civ. 1997, 675, obs. Jourdain). Cette dernière décision était fondée sur l'article 16-3 du code civil, interdisant toute atteinte à l'intégrité du corps humain, hormis les nécessités thérapeutiques.*

5. *Par Mme Muir-Watt, dans son intervention précitée, supra note 2.*

6. *Reifegeste, précité (note 16), supra note 2.*

5.

Études et livres

Étude

■ Jérôme Yeatman

L'assurance française en Afrique noire francophone.

Livres

*Techniques financières internationales,
Finance internationale et gestion des risques.*

de Yves Simon et Delphine Lautier
par Jean Mathis

La gestion du risque climatique.

de Marteau Didier, Carle Jean, Fourneaux Stéphane,
Holz Ralph et Moreno Michael
par Delphine Lautier

Étude

■ **Jérôme YEATMAN, Consultant, CAA.**
L'assurance française en Afrique noire francophone

◆ Le temps des pionniers.

Dans les anciennes colonies d'Afrique subsaharienne, les premiers assureurs ont été des anglais. Avant la deuxième guerre mondiale, ce sont surtout des sociétés britanniques – parmi lesquelles la Northern, la Guardian, la Commercial Union, la Royal Exchange, la London & Lancashire, ainsi que le Lloyd's de Londres – qui se sont intéressées aux quelques risques d'entreprises et de transport susceptibles d'être assurés dans la région. Le Lloyd's, comme partout ailleurs dans le monde, comptait sur ses courtiers pour prospecter les divers risques assurables et les sociétés donnaient des mandats d'agence aux vieilles sociétés de commerce implantées sur place. Les tarifs pratiqués étaient élaborés à Londres au Fire Offices Committee pour l'incendie et les risques divers et à l'Institute of Marine Underwriters pour les corps maritimes et fluviaux et les facultés transportées.

Mais, au fur et à mesure que le développement démographique et économique de la région a fait croître les besoins en assurance, et, notamment, que la population d'origine européenne augmentait ainsi que le nombre des entreprises locales, les principales sociétés françaises se sont mises à s'intéresser à ces marchés. L'Union, L'Urbaine et La Seine, la Compagnie d'Assurances Générales, entre autres, ont commencé à nommer leurs premiers agents généraux dans les villes principales juste avant la guerre. La Préservatrice a donné, dès 1932, un mandat à une société déjà spécialisée dans la souscription et la gestion d'assurances en Afrique, filiale du courtier SGCA, La Franco-coloniale d'assurances qui changera plus tard son nom en France Côte d'Afrique Assurances pour conserver les initiales FCA.

◆ L'essor de l'après-guerre.

Cependant l'essor véritable de l'assurance dans les territoires d'Afrique est venu tout de suite après la Libération sous l'impulsion des pouvoirs publics qui ne voulaient pas laisser aux mains d'assureurs étrangers les marchés des territoires d'Outre-Mer, notamment celui des assurances maritimes, et qui avaient d'autant plus de moyens de pression sur la profession que la propriété des trente-quatre sociétés d'assurances les plus importantes venait d'être transférée à l'État par la loi de nationalisation

de 1946. Par ailleurs, une impulsion était aussi donnée par un groupe de jeunes assureurs – animé par Guillaume Legrand (La Préservatrice), Yves Paul-Depasse (Assurances Générales) et M. de Menou (L'Union) – qui s'étaient réunis à la fin de la guerre afin d'élaborer les bases d'un développement ambitieux pour l'assurance française, y compris son expansion hors métropole et à l'étranger.

Très vite, les principales sociétés françaises ont étendu leur réseau d'agents généraux afin qu'il couvre tous les territoires d'Outre-Mer. Aux compagnies déjà citées (L'Union, Les Assurances Générales, L'Urbaine et La Seine, La Préservatrice), il faut désormais ajouter les principaux noms de l'assurance française de l'époque : La Nationale, La Mutuelle Générale Française, La Foncière, L'Abeille, La Fortune, La Providence, La Paternelle, La Générale d'assurances (celle que l'on appelait la « petite Générale » pour la distinguer de la « grande Générale », La Compagnie d'Assurances Générales).

Mention spéciale doit être faite du groupe de dix sociétés de taille moyenne, restées privées après la nationalisation, ayant décidé de mettre en commun leurs moyens financiers, techniques et humains pour prospecter ensemble tous les territoires d'Outre-Mer sous le nom de GFA (Groupement français d'assurances). Constitué en 1947, il s'agissait au départ d'une sorte de Gie avant la lettre, sans personnalité morale propre puisque la loi ne prévoyait pas encore cette structure juridique, qui s'est ensuite transformé en société anonyme en 1960. Les dix sociétés fondatrices se partageaient à parts égales le chiffre d'affaires, les frais et les résultats obtenus par leur réseau d'agences communes. Parmi ces sociétés on peut citer Le Monde, Le Secours, L'Europe, La Paix, La Flandre, Le Languedoc, Le Nord, La Prévoyance... À la fin des années 1960, le capital a évolué. Les sociétés de l'ancien groupe Chegaray ont été reprises par La Navigation Mixte et ont constitué la base du groupe Via qui a désormais détenu 60 % du capital du GFA, l'autre actionnaire étant Le Secours avec 40 %. Le GFA a réussi à nommer des agents particulièrement dynamiques, des personnes physiques recrutées sur place ou envoyées de métropole, ou parfois des personnes morales comme le courtier Faugère & Jutheau ou La Sogerco. Ces agents ont constitué d'importants portefeuilles et pris une part significative du marché, en particulier en recherchant la clientèle de la population africaine souvent négligée par les sociétés plus traditionnelles. Parmi les principaux animateurs du GFA, on peut citer Gérard François, le président, et les directeurs

généraux successifs, Henri Cunin et Eric Rousselle. Comme il sera dit plus loin, le GFA a été à l'origine de la création de la plupart des premières sociétés d'assurances africaines de droit local.

Un autre groupe auquel il convient de donner sa place dans le développement de l'assurance en Afrique francophone est le groupe Monceau. Il s'agit d'un groupe de mutuelles professionnelles réassurées par La Mutuelle Centrale de Réassurance (MCR) dont l'un des dirigeants, M. Desfourneaux, s'est passionné pour l'Afrique et s'y est fait l'apôtre du mouvement mutualiste. Sous son impulsion une série de sociétés mutuelles ont vu le jour dans plusieurs pays telles que La Mama à Madagascar, La Sidam en Côte d'Ivoire, et surtout La Sonam au Sénégal qui a prospéré grâce au professionnalisme du grand assureur qu'est M. Dioulde Niane. Ces sociétés ont longtemps bénéficié de l'assistance technique du groupe Monceau et de l'appui en réassurance de la MCR avant que les liens ne se distendent.

D'autres groupes ont essayé de développer l'esprit mutualiste en Afrique avec, il faut le constater, des succès limités. Les mutuelles agricoles (aujourd'hui Groupama) sont surtout implantées en Côte d'Ivoire sous l'impulsion de M. Coppin. La Mutuelle générale française (aujourd'hui Mutuelles du Mans) étant à l'époque nationalisée ne se distinguait guère des autres sociétés nationales.

◆ Les agents

Les véritables défricheurs des marchés d'assurances en Afrique sont ceux qui étaient sur place, sur le terrain, c'est-à-dire les agents généraux.

Des mandats d'agence ont été donnés parfois à des sociétés de commerce traditionnelles : SCOA, CFAO, Niger Français pour l'Afrique occidentale ; TCOT, SCKN (société commerciale du Kouilou Niari) pour l'Afrique centrale. La Paternelle s'est longtemps fait représenter par le vieux comptoir bordelais Maurel & Prom.

L'assurance est même vite devenue une activité suffisamment importante pour justifier la création de filiales spécialisées constituées en réseau présent dans toutes les capitales de territoires. Ainsi La Sogerco, longtemps dirigée par Roger de Gaulle, neveu du Général de Gaulle, a représenté la Compagnie générale d'assurances puis le groupe Drouot. La Soraraf a été agent de diverses compagnies en tant que membre du Niger français et sous-filiale du groupe Nestlé.

Le courtier Faugère & Jutheau, alors numéro un du courtage français, a aussi joué un rôle décisif dans le développement local de l'assurance tant avant qu'après les indépendances. L'attachement de ses dirigeants à l'Afrique

était tel, que lorsque le groupe a été vendu au courtier américain Marsh & McLennan, M Husson et sa famille ont gardé les implantations africaines et les dirigent toujours sous le nom d'Ascoma. Par la suite le nouveau numéro un français, Gras et Savoye, a créé une Direction Afrique très dynamique, animée par Pierre Horard, qui traite une part importante des marchés locaux et est l'un des supports essentiels de la présence de l'assurance française dans la région.

Mais l'impulsion la plus décisive au développement de l'assurance dans les années d'après-guerre est due à l'activité des agents généraux, personnes physiques. Certains étaient partis vivre en Afrique par esprit d'aventure et se sont passionnés pour le métier d'assureur, parfois choisi selon les hasards de la vie, toujours exercé dans les conditions pittoresques qu'impliquaient les méthodes de travail et de déplacement de l'époque. Il fallait des jours de voyage en Land Rover, par des pistes de brousse interminables et souvent coupées, pour aller inspecter les risques situés hors des capitales de territoires, encaisser les cotisations, vérifier les circonstances d'un sinistre, ou pour contrôler les comptes des sous-agents chargés de servir la rare clientèle des petites villes de l'intérieur. C'était avant la climatisation, Internet, l'asphaltage des grands axes routiers et les lignes d'aviation régulières. Ces tournées de prospection et d'inspection avaient toujours un goût d'aventure et de chaleur humaine que n'oublieront pas ceux qui les ont vécues, exaltés d'exercer dans des conditions si exotiques le métier d'assureur qui, ailleurs, avait la réputation d'être le plus casanier et routinier qui soit.

On peut citer pour l'exemple quelques-uns de ces agents ayant pratiqué leur métier avec une réussite remarquable. Berbinau, venu en Afrique à cause de sa passion du pilotage d'avions, a été amené à créer la première compagnie aérienne Air-Mauritanie. Exproprié après l'indépendance, il s'est souvenu avoir sympathisé avec son assureur, le colonel d'aviation en retraite qui dirigeait alors le service aviation de La Foncière. Ayant obtenu un mandat d'agence de cette société, il a créé, avec ses associés, un cabinet très important au Sénégal, en Côte d'Ivoire et jusqu'à Monaco, avant de se retirer, fortune faite, pour se consacrer à l'animation d'un aéro-club dans le sud de la France.

D'autres figures pittoresques viennent en mémoire : Batch, ancien transporteur routier au physique de colosse, devenu agent du GFA et président des assureurs du Niger ; Lothoré, agent de La Foncière à Ouagadougou, fêtant dans son beau boubou rose le jour où on lui a attribué la nationalité voltaïque ; Laugrand Saint-Pierre, agent des Assurances Générales à Brazzaville, vivant au milieu de ses animaux domestiqués. Et, bien sûr, Jacqueline Casalegno

qui, avant de fonder sa propre compagnie d'assurances, a été longtemps agent général des Assurances Générales, puis du groupe Drouot au Cameroun et en Côte d'Ivoire ; elle était estimée par ses clients et redoutée par ses confrères pour sa compétence professionnelle et son efficacité commerciale.

Certains de ces agents, devenus des notabilités locales, avaient parfois une conception élitiste de l'assurance. Husson, agent de L'Union en Côte d'Ivoire, reprochait au Groupement Technique Accidents de fixer des cotisations minimales trop basses (la sinistralité était faible dans ces régions pour certains risques comme la responsabilité civile du chef de famille ou même le vol). « On déconsidère notre métier si nos contrats sont vendus trop bon marché. Il faut qu'une assurance coûte au moins plus cher qu'un whisky ! », disait-il.

Certains de ces agents, qui ont eu la chance de s'implanter dans des territoires où le tissu économique s'est développé fortement et qui ont conservé une structure libérale pour l'organisation de leur marché d'assurance après l'indépendance, ont créé des entreprises importantes et constituées des portefeuilles de grande valeur. Ce fut le cas au Sénégal, en Côte d'Ivoire ou au Cameroun. D'autres, au contraire, ont perdu le fruit de leur travail après les nationalisations intervenues au Congo, au Bénin, en Mauritanie ou en Guinée.

◆ Les délégations

Rapidement, l'importance des affaires traitées en Afrique, les particularités locales des risques à couvrir et les inconvénients des lenteurs des communications entre le siège et ses agences, ont amené les compagnies les plus dynamiques à créer des délégations, véritables démembrements locaux du siège social, disposant de compétences élargies en matière de souscription et de règlement de sinistres. La Préservatrice avait déjà créé une délégation à Madagascar en 1947 qui est à l'origine des deux principales sociétés actuelles du pays : ARO et Ny Havana. En 1950, elle en crée une autre à Brazzaville, – compétente pour l'ensemble de l'Afrique équatoriale – à la demande de son actionnaire principal, le groupe Worms, en premier lieu pour assurer les risques corps et responsabilité civile du transporteur fluvial de sa filiale, la CGTA, qui exploitait la ligne de transport de Brazzaville à Bangui. Par la suite, les AGF, l'UAP, les MMA ont créé d'autres délégations qui ont permis de rapprocher le siège des clients, d'accélérer les prises de décision et d'améliorer le service des assurés. Les compagnies ayant fait l'effort de créer de telles délégations ont d'ailleurs rapidement pris une part prépondérante du marché local.

◆ Les groupements techniques

Un appoint essentiel au développement et à la modernisation de l'assurance en Afrique a été fourni par le travail persévérant des organismes professionnels, créés par la Fédération française des sociétés d'assurances, soutenus par les dirigeants de quelques compagnies qui étaient convaincus de la nécessité de disposer de statistiques communes et de règles de souscription adaptées aux particularités locales.

Les assureurs africains les plus anciens se souviennent encore du « tarif bleu » destiné à la tarification des risques incendie dans les territoires d'Outre-Mer, œuvre du secrétaire général du comité Outre-Mer de l'assemblée plénière incendie, M. Bourriau, qui n'hésitait pas à venir sur place inspecter les risques et vérifier les conditions de fonctionnement des services publics de lutte contre l'incendie. Il en concluait le plus souvent que ces conditions étaient déplorables, de même que les mesures de sécurité prises par les chefs d'entreprises, et qu'il fallait donc fixer des taux de cotisations très élevés pour garantir l'équilibre technique de la branche incendie. Grâce à lui et à la discipline qui régnait alors dans ces marchés, les résultats des assureurs ont été régulièrement bénéficiaires.

La commission Outre-Mer du Groupement Technique Accidents a longtemps été présidée par Yves Paul-Depasse, directeur général adjoint des Assurances Générales. C'est cette commission qui, entre autres, tenait à jour une statistique commune de la branche automobile grâce à l'effort des compagnies qui acceptaient de fournir les renseignements nécessaires, et qui élaboraient le tarif automobile appliqué à tous les assureurs agréés dans chaque territoire.

Quant au comité Outre-Mer des assureurs transports, il était présidé par M. Corval de La Providence et veillait au respect d'un tarif Facultés qui tenait compte de la nature des marchandises et de leur emballage, de l'état des ports et de l'âge des navires, mais aussi des distances parcourues. Un mystérieux Cap des Palmes influait fortement sur la cotisation à percevoir selon que le port de destination était à l'Est ou à l'Ouest de ce cap qui ne figure sur aucune carte mais qui serait un modeste promontoire à la frontière du Liberia et de la Côte d'Ivoire.

Cet effort d'adaptation des conditions d'assurance aux particularités des risques locaux, poursuivi par les délégations en Afrique des grandes compagnies françaises, par les compagnies spécialisées dans les risques situés Outre-Mer comme le GFA et par les comités spécialisés des groupements techniques de la Fédération française des sociétés d'assurances, a été d'un apport essentiel pour la structuration et le développement des marchés d'assurance africains.

◆ Les premières législations nationales après les indépendances

La situation des marchés d'assurance n'a pas changé immédiatement après les indépendances, mais chacun des nouveaux états s'est doté d'une législation propre sur les assurances, quasiment copiée sur la loi française du 13 juillet 1930 et sur les décrets de 1938. C'est la direction des assurances du ministère français des Finances qui a joué un rôle prépondérant dans la mise en place de ces nouvelles législations et des administrations de tutelle de la profession. Deux membres de la direction des assurances ont été particulièrement présents en Afrique à cette époque : Yvette Chassagne, alors sous-directeur à la direction des assurances, puis directeur au ministère de la Coopération, avant de devenir plus tard présidente de l'UAP et de plusieurs de ses filiales africaines, et Antoine Brunet.

La mise en place de législations contraignantes a eu pour premier effet de réduire assez rapidement l'offre d'assurance car les compagnies qui ne réalisaient qu'un chiffre d'affaires peu important ont été découragées devant la nécessité de demander un agrément séparé dans chacun des nouveaux états et surtout de respecter les nouvelles normes relatives aux actifs admis à représenter sur place les provisions techniques. Beaucoup de sociétés se sont donc retirées des marchés africains au cours des années 1960, à commencer par les dernières sociétés britanniques encore présentes comme la Northern. Le Lloyd's, malgré le lobbying de M. de Cannecade, son représentant en France, n'a pu se maintenir comme assureur direct et n'est plus intervenu que comme réassureur. Le dernier assureur britannique de la région, la Greacam, filiale de Guardian Royal Exchange implantée dans la zone anglophone du Cameroun, a été racheté par la SNAC, filiale de La Préservatrice foncière, à la fin des années 1980.

Le code Cima, législation commune aux quatorze états membres de la Conférence internationale des marchés d'assurances en vigueur depuis 1995, a innové sur plusieurs points, en particulier dans l'adoption d'indemnités forfaitaires pour la réparation des préjudices corporels causés par les accidents de la circulation automobile. Mais l'influence du droit français, et maintenant des directives européennes, reste manifeste. Le droit exorbitant du droit commun institué pour l'indemnisation des victimes corporelles d'accidents d'automobiles reprend textuellement certaines des dispositions de la loi Badinter et le mode de calcul de la marge de solvabilité imposée aux sociétés d'assurances est très inspiré des « premières » directives non-vie de 1973 et vie de 1979.

Outre la législation commune à tous les états membres, le traité qui a institué la Cima a soumis toutes les sociétés

d'assurances opérant dans ces états à une autorité de contrôle supranationale selon un modèle qui a fait ses preuves dans le domaine des banques et, plus récemment, des organismes de Sécurité sociale. L'indépendance de la Commission régionale de contrôle des assurances et le professionnalisme de ses fonctionnaires a rapidement restauré, dans les marchés africains francophones, une discipline et un sens du respect des textes et des engagements des assureurs que n'avaient pas partout pu imposer les autorités de tutelle nationales.

L'adoption du traité instituant une organisation intégrée des assurances dans les états africains signataires du traité Cima et du code annexé a donc marqué une étape décisive dans l'évolution des marchés d'assurance de la région. Il importe de rappeler le rôle important qu'ont joué, entre autres, deux personnalités françaises de notre profession dans la mise au point et l'adoption de ce traité : Jacques Lallement, alors président de la FFSA et Henri Margeat, directeur des règlements et des affaires juridiques à l'UAP. Les autorités de contrôle françaises, puis la Fédération française des sociétés d'assurances ont aussi soutenu activement la création et le fonctionnement de l'Institut international des assurances de Yaoundé qui continue de jouer un rôle prééminent dans la formation de cadres africains pour les nouveaux marchés nationaux.

◆ Les sociétés d'assurances de droit local

À partir du début des années 1970, les états de la région ont souhaité favoriser l'émergence de sociétés d'assurances de droit local pour que leur économie ne dépende plus entièrement d'assureurs étrangers. Le plus souvent ces nouvelles sociétés ont été constituées à l'initiative des états faute d'investisseurs privés capables d'avancer les capitaux nécessaires. Les assureurs français ont participé activement à la création de plusieurs de ces sociétés.

En particulier le GFA a apporté ses portefeuilles africains à ces nouvelles sociétés en échange de participations au capital et d'accords d'assistance technique et de cessions en réassurance. Cela s'est fait avec des sociétés privées comme la Nationale en Côte d'Ivoire ou la Soutra au Mali, mais le plus souvent avec des sociétés nationales comme le GTA au Togo, la Sonar au Burkina, la Leyma au Niger, la Siriri en RCA. Dans certains cas, d'autres sociétés françaises ont joint leur propre portefeuille à celui du GFA. Ce fut le cas des AGF et des Mutuelles du Mans lors de la création de la Socar au Cameroun et de la Sonagar au Gabon.

Dans certains états, l'assurance ayant été réservée pour un temps à un monopole d'État, les assureurs français se sont évidemment retrouvés totalement évincés. Ce fut le cas en Guinée, en Mauritanie, au Bénin et au Congo.

Ailleurs, les pouvoirs publics ont insisté pour que les délégations ou agences de sociétés étrangères soient transformées en sociétés d'assurances de droit local. Cela a amené les groupes français décidés à se maintenir en Afrique à constituer des filiales dans chacun des états où ils étaient présents et où leur chiffre d'affaires local justifiait la création d'une société anonyme. Ces groupes, après les nombreuses fusions et concentrations intervenues en France au cours de ces dernières années, ne sont plus aujourd'hui que deux ; cependant ils occupent, là où ils sont implantés, une part significative du marché :

– Axa, après s'être désintéressé des anciennes implantations africaines héritées du groupe Drouot, a repris les filiales africaines de l'UAP à la suite de sa fusion avec cette dernière en 1998. Les filiales du groupe Axa occupent actuellement d'importantes parts de marché au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Cameroun, au Togo et au Gabon.

– AGF, après avoir vendu ses anciennes exploitations africaines, s'est retrouvée, après le rachat d'une partie du groupe Athéna en 1998, à la tête du réseau de filiales constitué au fil des années par La Préservatrice et La Foncière. Ce groupe mène une politique volontariste pour maintenir et développer ce réseau, ce qui s'est traduit en particulier par la création récente de nouvelles filiales au Bénin, au Togo et au Mali. AGF est aujourd'hui le groupe d'assurances présent dans le plus grand nombre d'états membres de la Cima.

D'autres sociétés, naguère filiales de groupes d'assurances français, ont été reprises par d'anciens dirigeants locaux et ont servi de base à l'émergence de groupes régionaux à capitaux africains tels que le groupe NSIA/AGCI animé par Jean Diagou, ancien directeur général de la filiale de l'UAP en Côte d'Ivoire, le Groupe Sunu, animé par Pathe Dione, ancien directeur Afrique de l'UAP, et le Groupe Cofira appartenant à François Bakou. Ces groupes, parmi d'autres, continuent à s'inspirer des techniques et des principes professionnels de leurs anciennes maisons mères et donc contribuent à leur manière à perpétuer l'influence et le rayonnement de l'assurance française.

◆ Le temps des réassureurs

Les sociétés d'assurances françaises présentes en Afrique ne sont plus aussi nombreuses qu'au temps des comités Outre-Mer des anciens groupements techniques. Les risques ne sont plus souscrits par des agences ou des délégations de sociétés étrangères, mais par des sociétés d'assurances de droit local. Celles-ci ont des capacités financières limitées alors même qu'elles doivent s'engager parfois à couvrir des capitaux très importants, voire illimités dans le cas de la responsabilité civile automobile. La survie de ces sociétés dépend de la disponibilité de réassureurs capables

d'apporter les compléments de capacité financière indispensables, mais aussi les conseils relatifs à la tarification et la souscription de risques dont certains sont en très petit nombre sur chacun des marchés pris séparément et peuvent donc difficilement faire l'objet de statistiques locales utilement exploitables. C'est au niveau de la réassurance que peut être constituée une mutualité de risques compensables par les lois de la statistique, base même de l'assurance.

Les marchés africains font appel à des réassureurs d'origines diverses, à commencer par les réassureurs régionaux qui ont acquis une connaissance approfondie des caractéristiques techniques de leurs marchés : Africa Ré, Cica Ré, ZEP Ré, Sen Ré etc. Des réassureurs à capitaux arabes ont aussi mérité la confiance des assureurs du continent africain : Best Ré, Arig, SCR etc, ainsi, bien entendu que les leaders mondiaux de la profession que sont Munich Ré et Suisse Ré. Mais les réassureurs français ne sont pas en reste et constituent une part essentielle de la présence de l'assurance française en Afrique. La Scor a, depuis sa création, été particulièrement active en Afrique francophone. Elle y est le réassureur principal de nombreux programmes, y compris des sociétés les plus importantes. Elle a même pris des participations minoritaires au capital de certaines sociétés de droit local pour aider à l'émergence de marchés nationaux d'assurance. Elle est souvent à l'origine des décisions techniques collectives que prennent les marchés africains pour faire face à l'évolution de certains risques. On ne peut décrire le rôle de l'assurance française en Afrique sans mentionner les deux responsables successifs pour l'Afrique de la Scor : Jean-Marie Revol et Martial Boyé. Les autres réassureurs français ont aussi apporté leur contribution à l'essor des marchés francophones d'Afrique, à commencer par la SAFR devenue aujourd'hui Partner Ré, Le Mans Ré (filiale aujourd'hui du Groupe XL Ré) et Axa Ré. On a déjà évoqué plus haut le rôle d'animation et de soutien technique et financier longtemps joué par la MCR auprès du réseau de mutuelles dont elle a favorisé le développement.

Les marchés d'assurance des états membres de la Cima ont donc considérablement évolué au cours du temps. De marchés d'agences étrangères, ils sont devenus des marchés servis par des compagnies d'assurances de droit local. Pendant un temps ces sociétés locales ont été majoritairement, voire exclusivement dans certains pays, propriétés des états. Puis, comme ailleurs dans le monde, les états se sont retirés de l'activité économique du secteur concurrentiel qu'est l'assurance, laissant place à des groupes privés à capitaux africains parmi lesquels les principaux sont les groupes NSIA/AGCI constitué par Jean Diagou, ancien directeur général de l'Union africaine, filiale de

l'UAP en Côte d'Ivoire, le groupe Cofira, de François Bacou, qui a repris les anciennes participations du GFA, et le groupe Sunu déjà mentionné. Ces groupes privés africains, ainsi que beaucoup d'autres sociétés locales, sont dirigés par des assureurs qui ont appris leur métier soit dans des universités françaises ou des organismes d'enseignement à forte influence française, ou bien en tant que collaborateurs d'entreprises françaises dont les dirigeants ont su leur inculquer leur respect pour le rôle social et économique irremplaçable de l'assurance.

Au long de ces changements, ce qui n'a pas évolué c'est l'attention accordée par l'assurance française à des marchés encore émergents mais déjà professionnels. Cette attention se traduit par la place des deux groupes français, Axa et AGF, largement investis dans les états de la Cima, par la forte présence des réassureurs français sur ces marchés, par le dynamisme et l'esprit d'innovation des courtiers français implantés localement, ainsi que par les liens de coopération multiformes entre les marchés français et africains qui se manifestent en permanence dans les domaines les plus divers ; cette coopération s'affirme avec la formation professionnelle, les échanges de collaboration sur le plan technique, l'affinement des méthodes de contrôle, la recherche de meilleures normes de calcul des marges de solvabilité et d'une meilleure sécurité pour le placement des actifs représentatifs des engagements réglementés.

L'influence de l'assurance française sur les marchés d'assurance francophone d'Afrique a été et reste très largement positive. En particulier, les législations relatives à l'assurance et les méthodes de contrôle mises en place par les états de la Cima, très inspirées du droit français, ont eu le mérite de doter les nouveaux états de dispositions précises sur le contrat d'assurance et sur les entreprises d'assurances. On peut regretter, toutefois, que les états qui sont aujourd'hui regroupés dans la Cima, n'aient pas pris que le meilleur de l'héritage français et en aient aussi conservé certains défauts, dont des taxes sur les cotisations d'assurance parmi les plus élevées du monde qui

découragent évidemment les souscripteurs dans des pays où le pouvoir d'achat moyen est déjà faible. Il est dommage, en particulier, que la plupart des états d'Afrique n'aient pas suivi la voie montrée par la France après les indépendances en diminuant fortement les taxes sur certaines cotisations (incendie des risques d'entreprises, transport) ou en les supprimant même complètement (vie, certains contrats maladie). Tant que les mauvaises habitudes nées du passé colonial n'auront pas été abandonnées, l'assurance en Afrique sera fortement freinée, en particulier dans la branche vie qui ne peut se développer que si l'État ne prélève aucune taxe à la souscription.

Un autre défaut de la réglementation des assurances, trop étroitement imitée du droit français de l'époque des années mille neuf cent soixante, est le manque de liberté imposé aux assureurs pour le choix des actifs admis en représentation des passifs réglementés. Compte tenu de l'étroitesse, voire de l'inexistence des marchés financiers locaux, cette réglementation à courte vue a abouti à la délocalisation des contrats d'assurance vie les plus importants. Les pourcentages minimaux des provisions techniques qu'il fallait investir en fonds d'État ont aussi coûté très cher aux assureurs locaux, voire entraîné la faillite de certains d'entre eux.

Les marchés des pays d'Afrique Noire francophone sont encore des marchés émergents. La pénétration moyenne de l'assurance n'était encore en 2002 que 1,04 % du Produit Intérieur Brut. La densité de l'assurance (cotisations annuelles par habitant) ne dépassait pas en moyenne 3 159 francs CFA, soit 4,82 €, avec de grandes variations suivant les pays (de 44 966 F.CFA au Gabon à 454 F.CFA en République Centrafricaine). Mais ces marchés sont en croissance rapide et régulière. Nul ne peut douter que les liens tissés entre professionnels de l'assurance dans le passé continueront à marquer l'avenir et se renforceront au fur et à mesure des nouveaux progrès que l'assurance ne manquera pas de connaître dans les années qui viennent dans tous les États de la CIMA.

Livres

■ Yves SIMON et Delphine LAUTIER, *Techniques financières internationales*, Economica, 2003, 8^e édition. *Finance internationale et gestion des risques*, Economica, 2003, 4^e édition.

La huitième édition de « Techniques financières internationales » est, en huit cents pages, une présentation d'à peu près tous les aspects de la finance internationale, très complète, et mise à jour. Tous les grands thèmes sont traités : le change, les produits, les opérateurs, les places financières internationales, la gestion d'actifs internationale, la gestion de l'entreprise importatrice ou exportatrice, la gestion de l'entreprise multinationale, la gestion des risques de toutes sortes qui pèsent sur les marchés internationaux, risque de change, risque de taux, risque de crédit, les moyens de paiement internationaux, l'assurance et le financement.

La notion de finance internationale est entendue dans son sens le plus large, incluant les instruments financiers qui, même s'ils sont négociés par des résidents sur leur marché, revêtent un caractère international de par leur standardisation et leur dissémination sur différentes places ; ainsi une grande entreprise française qui souhaite effectuer un swap de taux en euros peut le faire indifféremment à Paris ou à Londres. La distinction entre finance nationale et finance internationale devient ainsi de plus en plus ténue. L'évolution de l'ouvrage au cours des éditions successives en rend compte et tend à faire une présentation de la finance internationalisée (en entendant par là les opérations pour lesquelles la distinction national/international n'a plus de sens) tout autant que de la finance internationale. Un certain nombre de thèmes ne peuvent ainsi être traités que d'emblée au niveau international ; c'est par exemple le cas des produits dérivés, de la gestion d'actifs, du financement des grands projets, etc.

Le titre de l'ouvrage peut paraître plus limitatif que son contenu effectif. Si les aspects techniques sont largement développés, les aspects fondamentaux de la finance internationale sont présents, tels que la théorie de la diversification des risques, l'équilibre du marché des changes, etc. Le change est un élément central de l'ouvrage, traité sous tous ses aspects : fonctionnement du marché, instruments au comptant ou dérivés, opérateurs, intervenants,

développement du marché, régimes de change, déterminants du change à court et à long terme, au comptant ou à terme. Les évolutions récentes du marché sont développées, en particulier le développement des transactions électroniques, qui concourent à l'unification des modes de transaction des instruments financiers, titres et changes, et à l'accroissement de la concurrence malgré la concentration accrue des intervenants bancaires. Le problème délicat de la détermination et des prévisions de taux de change est traité sous plusieurs angles, balance des paiements, analyse technique, efficience...

Les marchés financiers internationaux sont une deuxième composante essentielle de l'ouvrage, qui analyse en détail les instruments, les intervenants, et les modes d'émission. La distinction, parfois délicate entre encours nationaux et encours internationaux est précisée ; les statistiques qui rendent compte de ces derniers sont fournies. Les produits dérivés sont présentés sous divers aspects. La quasi-totalité des grandes catégories d'instruments sont décrites et analysées, y compris les produits relativement récents, tels que les dérivés climatiques ou les dérivés de crédit. L'évaluation des principaux produits est présentée, ainsi que l'organisation des marchés et leur très rapide développement.

La gestion financière internationale fait l'objet de plusieurs chapitres. La gestion d'actifs est présentée tant sous l'angle de la diversification internationale que sous celui des modes de gestion des portefeuilles internationaux. La gestion du risque de change fait l'objet de développements importants, qui font largement appel aux analyses des produits dérivés présentées auparavant. Plusieurs points de vue sont adoptés : de celui de l'entreprise engagée dans le commerce international, qui cherche à gérer son risque de change, jusqu'à celui de l'entreprise multinationale qui met en place une organisation orientée vers la gestion du risque de change. La gestion du risque de crédit est traitée dans tous ses aspects, des agences de notation à l'assurance (Coface ou autres) en passant par l'utilisation des dérivés de crédit. Avec la gestion du risque de taux s'achève la partie de l'ouvrage consacrée à la gestion des risques internationaux ; la théorie classique du risque de taux est proposée avant une analyse très complète des

opérations et des instruments de gestion du risque, en particulier des produits dérivés de taux.

Les moyens de paiement internationaux et les garanties qui les accompagnent souvent sont présentés, depuis les instruments classiques (tel que le crédit documentaire) jusqu'à ceux qui sont moins connus. Le financement des activités internationales constitue un ensemble de plusieurs chapitres. La question est traitée de façon très complète. Le financement du commerce et du négoce international est traité sous tous ses aspects, instruments, intervenants.

L'investissement à l'étranger peut revêtir de nombreuses formes et bénéficier de diverses garanties. Le financement de projet est d'emblée international, dès lors qu'il s'agit d'un projet important, même si la garantie peut être fournie par une agence nationale.

Au total, l'ouvrage est une présentation très complète et particulièrement à jour d'un domaine très vaste, dont les quelques lignes qui précèdent ne peuvent donner qu'un aperçu. Peu de thèmes de la finance internationale, sinon aucun, ont échappé aux auteurs. Les techniques, qui sont exposées avec précision, sont toujours replacées dans un contexte conceptuel. Le travail d'actualisation continu mené d'une matière très évolutive mérite d'être salué.

La quatrième édition de « Finance internationale et gestion des risques » est l'ouvrage d'application du précédent. Il propose, en près de 400 pages, des questions et des exercices en plus grand nombre que dans « Techniques financières internationales » ainsi que des corrigés, que ce dernier ouvrage ne propose pas. Tous les thèmes de « Techniques financières internationales » sont repris auxquels il faut ajouter le chapitre consacré à « la gestion du risque de prix des matières premières », qui renvoie à un autre ouvrage des deux auteurs, « Marchés dérivés de matières premières et gestion du risque de prix », Economica, 2001.

Chaque chapitre comporte cinq parties : questions ponctuelles, questions à choix multiples, questions de synthèse, exercices, corrigés des questions à choix multiples et des exercices. Les questions et exercices sont nombreux et permettent de couvrir à peu près tout le champ de l'ouvrage précédent. Aussi bien les questions que les exercices sont proches des développements de ce dernier. Leur objectif est de permettre au lecteur de consolider et de contrôler ses connaissances. La réponse aux questions de synthèse, si elle peut se limiter à l'exploitation du contenu de

l'ouvrage, permet néanmoins au lecteur désireux d'approfondir le thème de la question de compléter ses lectures et de réaliser un véritable travail personnel. « Techniques financières internationales » fournit du reste, à la fin de chaque chapitre, une liste de lectures complémentaires et de publications régulières (souvent d'institutions internationales) susceptibles d'aider le lecteur dans ses recherches personnelles.

Au total, l'ouvrage, par la largesse du champ couvert, et par l'imbrication des points de vue conceptuel et technique, devrait être apprécié tant des étudiants que des professionnels

par Jean Mathis
Professeur, université Dauphine.

■ **Didier MARTEAU, Jean CARLE, Stéphane FOURNEAUX, Ralph HOLZ, Michael MORENO, *La gestion du risque climatique*, Economica, Paris, 2004.**

Les dérivés climatiques connaissent depuis 1997 une forte expansion. Ce phénomène s'explique principalement par une prise de conscience de la part des entreprises de leur vulnérabilité aux variations des indices climatiques portant sur la température, les précipitations, le vent, la neige, ou encore l'ensoleillement. Dans de nombreux secteurs économiques, comme par exemple l'énergie, le textile, l'agroalimentaire, le tourisme, les loisirs ou la construction, le risque climatique est même beaucoup plus important que le risque de marché associé aux fluctuations des taux d'intérêt, des cours de change, des prix des matières premières... Il peut en effet expliquer à lui seul l'essentiel de la volatilité du résultat.

Jusqu'à ce jour, aucun ouvrage en langue française n'était consacré à ce sujet. Le livre de Didier Marteau (professeur à l'ESCP et directeur de la recherche sur les marchés financiers au sein du cabinet Ernst & Young), Jean Carle (responsable « produits dérivés climatiques » chez Météo France), Stéphane Fourneaux (responsable du marketing des produits dérivés sur actions et indices chez Euronext.liffe), Ralph Holz (climatologue, consultant dans le domaine de la gestion des risques chez Ernst & Young) et Michael Moreno (directeur associé de Speedwell Weather Derivatives à Londres) vient combler ce manque. Organisé en cinq chapitres, il a

pour ambition d'accompagner le développement de la gestion du risque climatique, en dessinant le cadre théorique et opérationnel de la mise en place des politiques de couverture. La mesure de l'exposition, le choix des instruments de couverture, les stratégies de gestion dynamique, la pertinence et l'utilisation des prévisions météorologiques sont autant de questions traitées avec le respect constant d'une double perspective, théorique et opérationnelle.

Avant d'aborder la gestion du risque climatique et les méthodes qui peuvent être utilisées à cette fin, l'entreprise doit, au préalable, déterminer son exposition au risque climatique. Dans cette optique, il faut avoir précisé ce qu'est le risque climatique. Contrairement à une idée largement répandue, ce risque ne se limite pas aux événements extrêmes. Il peut être défini par l'incertitude que provoque la volatilité des indices climatiques – lesquels peuvent être de nature extrêmement diverse – quant au niveau de certains indicateurs économiques, tels que le volume des ventes, le résultat, ou le coût de production.

Pour mesurer l'exposition au risque climatique, il faut identifier une relation économétrique stable entre l'un de ces indicateurs économiques et un ou plusieurs indices climatiques. Dans une première approche, les techniques de régression linéaires permettent de mesurer, de manière simple, la contribution relative de différents indices à la volatilité de l'indicateur économique, et d'isoler le ou les indices pertinents. Cette méthode a pour inconvénient de supposer l'existence d'une relation linéaire entre l'activité économique et le climat, ce qui n'est manifestement pas très réaliste. La fonction mathématique la plus vraisemblable associant l'activité économique au climat est, en effet, non linéaire. Il faudra donc, dans la plupart des cas, affiner et prolonger l'étude.

Une fois cette première étape franchie, d'autres questions pourront être abordées. Qui doit prendre la responsabilité de la gestion de l'exposition : le management ou les actionnaires ? Quel type d'instrument (contrats à terme, options, swaps...) doit être choisi ? Doit-on préférer un instrument négocié sur le marché de gré à gré, qui sera parfaitement adapté aux besoins de l'opérateur, ou au contraire un produit échangé sur un marché organisé, qui autorisera une gestion plus dynamique de la position de couverture et éliminera tout risque de contrepartie ? Comment la position de couverture, une fois choisie, devra-t-elle être

réajustée ? La suite de l'ouvrage permet de répondre, progressivement, pédagogiquement, à toutes ces interrogations, en commençant par les méthodes et les instruments de couverture offerts par les marchés organisés.

Des instruments dérivés sur le climat sont échangés au sein de deux marchés organisés. L'un est américain : il s'agit du Chicago Mercantile Exchange. L'autre, plus récent, est européen. C'est Euronext.liffe. Ces marchés proposent des contrats ayant pour actif support le même indice climatique : la température¹. Cela n'est pas surprenant, dans la mesure où les contrats échangés sur des marchés organisés, quels qu'ils soient, se caractérisent par leur standardisation. Toutes leurs caractéristiques, en commençant par la qualité et la quantité de l'actif sur lequel ils portent, sont en effet déterminées à l'avance, de telle sorte que seul le prix du contrat est négocié. Cela apporte aux opérateurs une grande flexibilité dans la gestion de leurs positions. La température faisant l'objet de mesures beaucoup plus homogènes, au sein d'un espace géographique donné, que d'autres indices climatiques tels que les précipitations ou le vent, par exemple ; elle représente l'indice qui se prête le mieux à la standardisation et qui est retenu comme sous-jacent.

Les nombreux exemples de l'ouvrage de Marteau, Carle, Fourneaux, Holz et Moreno expliquent comment tirer parti de l'existence de ces produits dérivés, que l'on soit une entreprise textile, ou spécialisée dans l'agroalimentaire, ou encore commercialisant de la bière... Des questions concrètes sont abordées, comme le mode de cotation des contrats, ou le système des appels de marge et des dépôts de garantie, permettant d'éliminer le risque de contrepartie dans un marché organisé. Parce que la standardisation facilite les modifications de position, les auteurs montrent également comment exploiter cette flexibilité, en nous présentant les principes de la gestion dynamique des produits dérivés sur le risque climatique.

Avec la présentation des acteurs du marché et des techniques d'évaluation du risque climatique, les marchés de gré à gré font l'objet du troisième chapitre de l'ouvrage. Ces marchés sont souvent opposés aux marchés organisés, car les produits qui y sont échangés ne sont pas standardisés, et il subsiste un risque de contrepartie. Pourtant, ces deux modes d'organisation des échanges s'adossent l'un à l'autre et leur développement ne peut qu'être conjoint. En

témoigne la croissance que tous deux ont enregistrée depuis la fin des années 1990.

Contrairement aux contrats négociés sur les marchés organisés, les produits dérivés échangés de gré à gré sont adaptés aux besoins spécifiques de leur utilisateur. Ils portent de ce fait sur des indices climatiques plus variés, et leur échéance peut aller d'une heure à plusieurs années. L'instrument le plus fréquemment échangé, en particulier par les compagnies électriques, est le « swap cappé ».

Les acteurs du marché sont de nature diverse et jouent des rôles différents. Les compagnies électriques sont les utilisateurs traditionnels des dérivés climatiques. Elles sont à l'origine du développement du marché. Les banques y interviennent, entre autres, pour accroître la diversification de leur portefeuille. Quant aux assureurs et réassureurs, c'est le développement d'une nouvelle branche de leur métier, regroupant les activités sur produits dérivés d'assurance et au sein desquels les dérivés climatiques occupent une place déterminante, qui motive leur présence. Enfin, en dehors du secteur de l'énergie, les trois industries générant le plus de contrats sont le bâtiment, la distribution d'eau et le tourisme.

Le spectre des techniques d'évaluation des produits dérivés climatiques est assez large. Il va de méthodes relativement simples à des techniques beaucoup plus sophistiquées. L'intérêt du livre est de présenter clairement les différentes démarches possibles, et d'en commenter aussi bien les avantages que les limites. Une partie des techniques de valorisation repose sur une analyse statistique des données fournies par les bureaux météorologiques. C'est le cas de la méthode la plus simple, qualifiée de *Burn analysis*. Celle-ci consiste à estimer, à partir de données historiques, le paiement final moyen et l'écart-type de la couverture. Une version un peu plus élaborée consiste à corriger les données de leur tendance, à la hausse ou à la baisse. Une méthode plus robuste, qualifiée d'évaluation actuarielle, consiste à calculer le paiement final associé au produit dérivé en déterminant l'espérance mathématique de la fonction du paiement final du contrat, sous une mesure de probabilité choisie : loi normale, Kernel, Valeurs extrêmes... Naturellement, cette technique est sensible à la distribution de probabilité choisie pour représenter le risque.

Toutes ces méthodes reposent sur des estimations établies à partir de données historiques. Malheureusement, les données climatiques peuvent poser des

problèmes : elles ne sont pas toujours disponibles ; elles peuvent être coûteuses ; elles ne sont pas toujours complètes ; les séries peuvent être discontinues du fait de l'utilisation successive de différents appareils de mesure... Dans ce cas, il est possible de recourir à des modèles de simulation et à des évaluations de type Monte-Carlo. Enfin, les prévisions météorologiques de court terme (moins de dix jours) et de moyen terme (trois à six mois) étant aujourd'hui assez fiables, elles peuvent être intégrées dans les modèles de simulation. C'est la technique du « *pruning* ».

L'intérêt des dérivés climatiques ne se limite pas à la protection contre les variations climatiques. Ils constituent également un outil de la gestion alternative, laquelle vise à offrir une performance décorrélée de celle des indices traditionnels (actions ou taux d'intérêt). Ce type de gestion permet aux gestionnaires de fonds d'améliorer le rapport rendement-risque de leur portefeuille, et donc d'élever la frontière d'efficience regroupant l'ensemble des portefeuilles optimaux. Dans la mesure où les indices traditionnels de marché ne sont pas corrélés aux indices de température, les produits dérivés climatiques constituent un actif alternatif de choix. Le livre montre comment les utiliser, non plus dans le contexte de la couverture, mais dans celui de la gestion de portefeuille. Il aborde également le thème des obligations catastrophe, ou *cat bonds*. Ces instruments se définissent dans leur principe comme des obligations classiques, à cela près que leur remboursement est subordonné à la non-occurrence d'un événement extrême, tels qu'un tremblement de terre, un ouragan, un cyclone... en bref, une catastrophe naturelle. Les obligations catastrophe constituent un autre support privilégié de la gestion alternative. En effet, de nombreuses études montrent que, pour une même probabilité de non remboursement du capital, elles offrent un meilleur rendement que les obligations sur contrepartie risquée. Ainsi, les positions sur le climat semblent aujourd'hui mieux rémunérées que les positions sur le crédit.

Le livre se termine par une réflexion sur les sources de la variabilité climatique. La climatologie moderne considère le climat sous la perspective d'un système dynamique complexe dans lequel interagissent l'atmosphère, les océans, la cryosphère, la végétation et, de plus en plus intensément, la société humaine. Dans une telle perspective, il devient moins surprenant que les indices climatiques puissent

fréquemment s'écarter de leur valeur moyenne. Le livre présente quelques éléments de cette dynamique, à l'origine de ces risques climatiques courants. Les phénomènes étudiés sont distingués en fonction des échelles spatio-temporelles associées, en commençant par les fluctuations rapides de régimes météorologiques et les événements extrêmes dont la durée caractéristique est de quelques jours à quelques semaines. Viennent ensuite les phénomènes oscillatoires de type El Niño, avec une durée typique de quelques mois à plusieurs années. Puis sont esquissées les tendances globales à long terme, à l'échelle de décennies et au-delà. Enfin, sont exposées les méthodes de prévision météorologiques ou climatologiques, avec pour objectif principal la présentation des niveaux de fiabilité de ces techniques, en fonction de l'horizon de prévision. Bien que de nombreux secteurs de l'économie soient directement ou indirectement exposés au risque climatique, peu d'entre eux se préoccupent aujourd'hui de le gérer. Deux séries d'obstacles permettent d'expliquer cet état de fait. Sur un plan technique, la difficulté provient de la mesure de la sensibilité de l'activité économique d'une entreprise, d'un secteur ou d'un pays aux variations climatiques. Cette étape suppose la disponibilité d'une base de données sur un historique suffisamment long, avec une forte fréquence d'observation. Ces données sont

nécessaires à l'identification des indices climatiques pertinents dans l'explication de la volatilité des indicateurs d'activité économique. Sur un plan stratégique, la couverture du risque climatique pose la question de savoir si la responsabilité de la couverture appartient au management ou aux actionnaires. Cette question est un préalable à la mise en place d'une politique de couverture, dont l'enjeu grandit avec l'accroissement prévisible de la volatilité des indices climatiques et l'émergence de nouvelles tendances à long terme.

Le livre de Didier Marteau, Jean Carle, Stéphane Fourneaux, Ralph Holz et Michael Moreno est une incitation à franchir ces obstacles. Par sa clarté, sa pédagogie et ses nombreux exemples concrets, parmi lesquels des études très détaillées de certains secteurs, il constitue sans nul doute un instrument privilégié de la gestion du risque climatique.

*par Delphine Lautier
Maître de conférences
université Paris IX Dauphine.*

Note

1. Il s'agit d'un produit dérivé construit de telle sorte que la valeur initiale du contrat soit nulle, et dans lequel l'une des deux parties devra verser une soulte finale à l'autre.

N°	THÈME	Prix euros FRANCE	Prix euros EXPORT
Numéros disponibles			
2	Les visages de l'assuré (1 ^{re} partie)	19,00	19,00
3	Les visages de l'assuré (2 ^e partie)	19,00	19,00
6	Le risque thérapeutique	19,00	19,00
7	Assurance crédit/Assurance vie	19,00	19,00
11	Environnement : le temps de la précaution	23,00	23,00
13	Risk managers-assureurs : nouvelle donne ?	23,00	23,00
14	Innovation, assurance, responsabilité	23,00	23,00
15	La vie assurée	23,00	23,00
16	Fraude ou risque moral ?	23,00	23,00
18	Éthique et assurance	23,00	23,00
19	Finance et assurance vie	23,00	23,00
20	Les risques de la nature	23,00	23,00
21	Assurance et maladie	29,00	29,00
22	L'assurance dans le monde (1 ^{re} partie)	29,00	29,00
23	L'assurance dans le monde (2 ^e partie)	29,00	29,00
24	La distribution de l'assurance en France	29,00	29,00
25	Histoire récente de l'assurance en France	29,00	29,00
26	Longévité et dépendance	29,00	29,00
27	L'assureur et l'impôt	29,00	29,00
28	Gestion financière du risque	29,00	29,00
29	Assurance sans assurance	29,00	33,54
30	La frontière public/privé	29,00	33,54
31	Assurance et sociétés industrielles	29,00	33,54
32	La société du risque	29,00	33,54
33	Conjoncture de l'assurance. Risque santé	29,00	33,54
34	Le risque catastrophique	29,00	33,54
35	L'expertise aujourd'hui	29,00	33,54
37	Sortir de la crise financière. Risque de l'an 2000. Les concentrations dans l'assurance	29,00	33,54

N°	THÈME	Prix euros FRANCE	Prix euros EXPORT
Numéros disponibles			
38	Le risque urbain. Révolution de l'information médicale. Assurer les OGM	29,00	33,54
40	XXI ^e siècle : le siècle de l'assurance. Nouveaux métiers, nouvelles compétences. Nouveaux risques, nouvelles responsabilités	29,00	33,54
41	L'Europe. La confidentialité. Assurance : la fin du cycle ?	29,00	33,54
42	L'image de l'entreprise. Le risque de taux. Les catastrophes naturelles	29,00	33,54
43	Le nouveau partage des risques dans l'entreprise. Solvabilité des sociétés d'assurances. La judiciarisation de la société française	29,00	33,54
44	Science et connaissance des risques. Y a-t-il un nouveau risk management ? L'insécurité routière	29,00	33,54
45	Risques économiques des pays émergents. Le fichier clients. Segmentation, assurance, et solidarité	29,00	33,54
46	Les nouveaux risques de l'entreprise. Les risques de la gouvernance. L'entreprise confrontée aux nouvelles incertitudes	29,00	33,54
47	Changements climatiques. La dépendance. Risque et démocratie	30,50	33,54
48	L'impact du 11 septembre 2001. Une ère nouvelle pour l'assurance ? Un nouvel univers de risques	30,50	33,54
49	La protection sociale en questions. Réformer l'assurance santé. Les perspectives de la théorie du risque	30,50	33,54
50	Risque et développement. Le marketing de l'assurance. Effet de serre : quels risques économiques ?	30,50	33,54
51	La finance face à la perte de confiance. La criminalité. Organiser la mondialisation	30,50	33,54
52	L'évolution de l'assurance vie. La responsabilité civile. Les normes comptables	30,50	33,54
53	L'état du monde de l'assurance. Juridique. Économie	31,50	35,00
54	Industrie : nouveaux risques ? La solvabilité des sociétés d'assurances. L'assurabilité	31,50	35,00
55	Risque systémique et économie mondiale. La cartographie des risques. Quelles solutions vis-à-vis de la dépendance ?	31,50	35,00
56	Situation et perspectives. Le gouvernement d'entreprise : a-t-on progressé ? L'impact de la sécurité routière	31,50	35,00
57	L'assurance sortie de crise. Le défi de la responsabilité médicale. Le principe de précaution	34,00	40,00

Numéros épuisés

1	Les horizons du risque
4	La prévention
5	Age et assurance
8	L'heure de l'Europe
9	La réassurance
10	Assurance, droit, responsabilité
12	Assurances obligatoires : fin de l'exception française ?
17	Dictionnaire de l'économie de l'assurance

Numéros hors série

	Prix euros FRANCE
Responsabilité et indemnisation	15,24
Assurer l'avenir des retraites	15,24
Les Entretiens de l'assurance 1993	15,24
Les Entretiens de l'assurance 1994	22,87

BON DE COMMANDE DE LA REVUE RISQUES

À découper et à retourner accompagné de votre règlement à

Seddita - 9, rue d'Enghien - BP 67 - 75462 Paris cedex 10

Tél. (33) 01 40 22 06 67 - Fax : (33) 01 40 22 06 69 - Courriel : info@seddita.com

Abonnement (4 numéros/an) du n° 57 au n° 60 inclus FRANCE 120 € EXPORT 136 €

Je commande ex. des numéros

Nom et prénom.....

Institution ou entreprise

Fonction exercée et nom du service

Adresse de livraison

Code postal Ville.....

Nom du facturé et Adresse de facturation

Pays Tél.

E.mail Fax

Je joins le montant de : par chèque bancaire à l'ordre de Seddita

Je règle par virement en euros sur le compte CCF Poissonnière – FR76 3005 6000 6600 6628 0968 018

Où se procurer la revue ?

Seddit

9, rue d'Enghien

75010 Paris

Tél. 01 40 22 06 67

Fax 01 40 22 06 69

Courriel : info@seddit.com

Librairie Editions juridiques associées

20 rue Soufflot

75005 Paris

Tél. 01 46 33 89 85

Fax 01 40 51 81 85

Librairie le Moniteur

17 rue d'Uzès 75002 Paris

Tél. 01 40 13 33 80

Fax 01 40 13 30 13

Risques

Les cahiers de l'assurance

Directeur de la publication

Marc Maillefer

Responsable de la rédaction

Jean-Hervé Lorenzi

Rédaction

Tél. [33] 01 42 47 93 56

Fax [33] 01 42 47 91 22

Courriel : Risques@ffsa.fr

Diffusion

Seddit

9, rue d'Enghien

75010 Paris

Tél. [33] 01 40 22 06 67

Fax [33] 01 40 22 06 69

Courriel : info@seddit.com

Abonnement

Prix de l'abonnement (4 n^{os})

France 120 €

Étranger 136 €

Vente au numéro

Prix au numéro

France 31,50 €

Étranger 35,00 €

Photocomposition, photogravure, impression

Imprimerie Frazier

33, rue de Chabrol - 75010 Paris

CPPAP : 1107 T 82453

Dépôt légal : Mars 2004

ISSN : 1152-9253

Risques

Les cahiers de l'assurance

1. Société

L'assurance, sortie de crise

2. Techniques

Le défi de la responsabilité civile médicale

3. Analyses

Le principe de précaution

4. Chronique

Droit

5. Études et livres