





# RISQUES

AVRIL-JUIN 1992 N° 10



© SCEPRA - 1992

Il est interdit de reproduire intégralement ou partiellement la présente publication - Loi du 11 mars 1957 - sans autorisation de l'éditeur ou du Centre Français du Copyright, 6 bis rue Gabriel Laumain - 75010 PARIS.

# Avertissement



Avec ce numéro consacré aux problèmes de responsabilité, vous recevez les actes du colloque « Responsabilité et indemnisation » qui s'est tenu le 16 avril 1992 à l'Assemblée nationale et qui a connu un grand succès.

Ces deux publications se complètent et se prolongent.

Il n'aurait pas été possible de publier dans un numéro de *Risques* l'intégralité des actes du colloque, que les participants ont souhaité recevoir. Vous les trouverez – interventions, questions et réponses – dans la plaquette jointe qui prend la forme d'un numéro spécial de la revue.

Ce colloque a par ailleurs engagé un débat entre assureurs, juristes et magistrats qu'il fallait immédiatement approfondir et prolonger. C'est ce à quoi se consacre ce n° 10 de *Risques*.

Le thème de la responsabilité, chacun le sent, est l'un des grands problèmes de cette fin de siècle. *Risques* y reviendra sous d'autres aspects, avec la volonté d'être le lieu où pourront se confronter les points de vue des magistrats, des assureurs et de toutes les parties en cause.

Pierre BOLLON  
*Directeur de la publication*

François EWALD  
*Directeur de la rédaction*



# Assurance, Droit, Responsabilité

Présentation .....	6
Responsabilité - solidarité - sécurité .....	9
Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile .....	25
Évolution comparée des droits européens de la responsabilité .....	41
Évolution de la jurisprudence en matière d'assurance .....	59
Peut-on parler d'une dérive française de la jurisprudence en matière d'assurance ? .....	71
Assurance et responsabilité : un couple en crise .....	79
Qu'est-ce qu'un dispositif de responsabilité ? .....	87

François-Xavier Albouy
André Babeau
Claudie Bernheim
Pierre Bollon
Éric Briys
Claude Delpoux
Jean-Jacques Duby
Georges Durry
François Ewald
Christian Gollier
Georges-Yves Kervern
Denis Kessler
Michel Lutfalla
Henri Margeat
Jacques Mistral
Patrick Picard
Martine Rémond-Gouilloud
Pierre Rosanvallon
Pierre Sonigo
Dominique Steib
Robert Teyssier
Patrick Thourot
Dominique Vastel
Patrick Warin

## Rubriques

### Economie

Évolution des réseaux de distribution de l'assurance en Europe .....	97
---	----

### Philosophie

Philosophie de l'assurance .....	111
----------------------------------	-----

## Chroniques

### Vie

Les apports de la loi assurance et crédit du 16 juillet 1992 dans le domaine des assurances de personnes .....	129
--	-----

### Droit

Le procès de l'Amoco-Cadiz, fin de partie .....	135
--	-----

### Livres

• <i>L'assurance de la Royale au GAN</i> • <i>La Belle Histoire de l'assurance-vie</i> , Michel Rachline • <i>Le Pouvoir en situation extrême, catastrophe et politique</i> , Claude Gilbert • <i>Actes du colloque Cindynics 92</i> .....	143
--	-----

### COMITÉ SCIENTIFIQUE

André Babeau
Anton Brender
Eric Briys
Francis Calcoen
Thierry Chauveau
Henry Debruyne
Georges Dionne
Georges Durry
Louis Eeckhoudt
Denis Kessler
Marc Lauwers
Michel Levasseur
Michel Lutfalla
Jacques Marseille
Jean-Claude Milleron
Pierre Pestieau
Jacques Plassard
Georges Plescoff
André Renaudin
Jean-Charles Rochet
Régis de La Roulière
Harold D. Skipper
Göran Skogh
Jean-Marc Suret
Pierre Tabatoni
Peter Zweifel

# ASSURANCE, DROIT, RESPONSABILITÉ

## Présentation

**François Ewald**

Responsabilité - solidarité - sécurité

**Henri Margeat**

Déclin, rémanence ou renaissance  
de la responsabilité civile

**Herman Cöusy**

Évolution comparée des droits européens  
de la responsabilité

**Yves Jouhaud**

Évolution de la jurisprudence  
en matière d'assurance

**Yvonne Lambert-Faivre**

Peut-on parler d'une dérive française  
de la jurisprudence en matière d'assurance ?

**Claude Delpoux**

Assurance et responsabilité : un couple en crise

**Patrick Peugeot**

Qu'est-ce qu'un dispositif de responsabilité ?

# ASSURANCE, DROIT, RESPONSABILITE

**I**l n'est pas de jour où les médias ne viennent nous rappeler, parfois dans des circonstances dramatiques, l'ampleur des problèmes actuels de responsabilité : pollutions accidentelles, catastrophes, dommages causés par certains produits, erreurs médicales... Ces problèmes, qui accompagnent le développement de nos sociétés, ont leurs sources à la fois dans l'évolution des sciences et des techniques et dans certaines transformations des sensibilités collectives. Ils ont des incidences économiques et sociales considérables.

Il est difficile de contester l'existence d'une crise de la responsabilité. Elle est sans doute comparable par sa profondeur à celle que le droit de la responsabilité, auquel le Code civil semblait avoir donné une formulation universelle et définitive, a connue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, lors de l'élaboration de la législation concernant les accidents du travail. Peut-être vivons-nous aujourd'hui une crise qui impose un débat de même envergure, une réflexion qui reprenne les principes fondamentaux de la responsabilité.

François Ewald, en philosophe, Henri Margeat, en praticien, dressent, chacun à leur manière, l'histoire des idées et des pratiques depuis deux siècles. Ils constatent que, après un siècle dominé par le thème de la faute et un deuxième par celui de la solidarité, on assiste aujourd'hui à une inflexion singulière sans doute grosse d'un nouveau concept de la responsabilité. Le risque ne chassera pas la faute, ni la solidarité, la responsabilité. Les signes sont déjà nombreux qui indiquent de nouvelles formes de composition.

Le débat a une dimension évidemment internationale. Il n'est pas possible de penser aujourd'hui une législation française sur la responsabilité sans faire intervenir la dimension européenne, puisque, pour une grande part, c'est à

*Bruxelles, et dans un cadre communautaire, que les grands principes ont été fixés, comme en matière de produits, ou le seront, comme en matière de services ou de pollution. Herman Cousy, dans une synthèse impressionnante, fait le point sur les tendances lourdes qui marquent les droits européens en la matière.*

*La responsabilité, traditionnellement, doit maintenir un équilibre entre une double exigence : sanctionner certaines conduites dommageables et protéger les victimes – responsabilité et indemnisation. Intimement liées, ces deux fonctions paraissent aujourd'hui en être venues à s'opposer. Alors que, pendant longtemps, l'indemnisation a été une fonction de la responsabilité, la responsabilité tend, aujourd'hui, à devenir une fonction de l'indemnisation. Si bien que l'on peut se demander, au regard des évolutions de la jurisprudence, dont la doctrine est ici rappelée en toute clarté par Yves Joubaud, si nous n'assistons pas à une - dérive - française faisant écho à la - dérive - américaine souvent dénoncée. Yvonne Lambert-Faivre répond par la négative, quand Claude Delpoux exprime une vue plus inquiète des évolutions : que reste-t-il du contrat d'assurance, si les juges se donnent la possibilité d'en interpréter les clauses à leur guise ?*

*La question est de retrouver un équilibre entre les différentes fonctions de la responsabilité. Avec ceci qu'aujourd'hui il n'y a guère de sens à faire l'impasse sur le rôle de l'assurance et à sous-estimer la dimension économique des solutions envisagées. Nous vivons dans des sociétés assurancielles ; l'assurance est la forme moderne du lien social ; la responsabilité n'existe que par l'assurance. Il convient donc désormais de faire en sorte que les règles de la responsabilité favorisent l'assurance plutôt qu'elles n'y contredisent. Il faut sans doute moins penser la responsabilité en termes de causes (faute-risque) que comme dispositifs de sanction et d'indemnisation, comportant des éléments juridiques et des éléments assuranciels. C'est ce que montre Patrick Peugeot qui décrit l'architecture de tels dispositifs et en développe l'économie ■*



# RESPONSABILITE - SOLIDARITE SECURITE

La crise de la responsabilité en France  
à la fin du XX<sup>e</sup> siècle

**MOTS CLEFS :** *faute • histoire • prévention • prévoyance • prudence • responsabilité • risque • sécurité • solidarité •*

La responsabilité doit être pensée comme un dispositif complexe articulant au moins trois dimensions : politique (stratégie de régulation professionnelle et sociale), technique (procédures et actions en indemnisation où le droit peut le disputer à l'assurance), philosophique (principes d'imputation de charges). On peut penser que, depuis 1804, nos sociétés ont vu à la fois se succéder et se concurrencer trois grands paradigmes de ces dispositifs : le dispositif de - responsabilité - proprement dit, à base de faute, qui a dominé le XIX<sup>e</sup> siècle ; le dispositif de solidarité à base de risque, qui s'est développé au cours du XX<sup>e</sup> siècle ; le dispositif de sécurité dont la naissance et la formation nous sont contemporaines. Un ensemble de faits à la fois sociologiques, juridiques et réglementaires laissent penser que nous sommes les acteurs d'une transformation qui annonce en matière de responsabilité un XXI<sup>e</sup> siècle différent plutôt que la poursuite des tendances à la socialisation observées au cours du présent siècle finissant.

Pendant longtemps, il y a eu une sorte d'identité entre responsabilité et indemnisation : selon la philosophie du Code civil, qui reprenait elle-même une tradition déjà longue, l'indemnisation était la réparation d'un acte fautif. Créance d'une victime, elle était fonction d'une responsabilité imputable à l'auteur du dommage.

Aujourd'hui, les deux termes tendent sinon à s'exclure, du moins à vivre des existences séparées. Divorce dans certains cas où existent des régimes de réparation sans responsable, mais aussi inversion des relations de subordination. Voilà que, de plus en plus, la responsabilité devient une fonction de l'indemnisation : pour indemniser la victime, devenue le point focal, on crée

\* Directeur de recherche au CNRS.

sinon des responsabilités, du moins des régimes d'imputation adéquats. La relation entre responsabilité et indemnisation est devenue incertaine. Dans cette incertitude et les transformations dans la nature des relations qui doivent lier les deux termes se résume la crise contemporaine de la responsabilité.

- La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre -, déclarait Bertrand de Greuille, dans le *Rapport* présentant au Tribunal le titre : - Des engagements qui se forment sans convention - du futur *Code civil*, témoignant déjà que la question était celle d'un équilibre à trouver. L'équilibre que le législateur du Code civil avait pensé pouvoir trouver dans la notion de - faute - s'est défait. Nous sommes à la recherche du terme qui permettrait de trouver un nouvel équilibre.

La responsabilité est en crise. A cela quoi d'étonnant, puisque la responsabilité est au principe de la régulation des sociétés et que l'on ne voit pas comment les sociétés, les professions, les techniques, les activités pourraient évoluer et se transformer sans que leur principe régulateur n'entre du même coup en crise. La crise de la responsabilité est à la mesure des bouleversements que connaissent nos sociétés depuis qu'elles sont entrées dans l'âge scientifique et industriel.

Si la responsabilité pose la question de la relation d'un acte avec son auteur, l'indemnisation, de son côté, pose la question du contrat social : la question de la définition des relations d'obligations qui doivent s'établir entre un patrimoine et un autre, un homme et un autre homme, qu'ils soient liés par un contrat ou, mieux, tiers l'un pour l'autre. L'obligation délictuelle, a-t-on coutume de dire, naît de la loi. La loi a le pouvoir de faire naître certaines relations d'obligations à partir de certains événements qu'on a longtemps nommés - délits - ou - quasi-délits -. La qualification de ces événements, comme les rapports d'obligations qui en naissent, dans la mesure même où ils procèdent d'une législation, dépendent de l'état des rapports sociaux, de la manière de penser et de définir les relations d'obligation dans la société. S'il y a crise de la responsabilité aujourd'hui, c'est aussi une crise du contrat social. Elle en est un des témoins principaux. Nous ne savons plus vraiment à quoi nous pouvons nous obliger réciproquement, ce que nous devons attendre des uns et des autres, quelles sont les conduites sanctionnables.

Mais la crise de la responsabilité présente aujourd'hui des caractéristiques neuves, qui l'ouvrent sur le XXI<sup>e</sup> siècle plutôt qu'elles ne la retiennent sur un XX<sup>e</sup> finissant. Nous nous situons désormais dans l'âge des sociétés assurancielles, c'est-à-dire non pas seulement de sociétés qui organisent les responsabilités par des institutions d'assurance, mais des sociétés où les relations d'assurance -privées ou sociales- matérialisent le lien social. A la différence d'autres époques, l'assurance, son utilité et sa fonction sociale ne sont plus contestées aujourd'hui. Il ne s'agit plus de lutter avec nostalgie contre les transformations du droit de la responsabilité vécues comme autant de crises de la civilisation. L'époque n'est plus, où l'on voyait les juristes défendre pied à pied la faute contre le risque. Cela fait que la crise contemporaine de la responsabilité se donne

immédiatement avec cette caractéristique que l'on sait qu'il faut compter avec l'assurance, et qu'il s'agit désormais de définir les conditions optimales de régulation d'une société assurancielle. Cela définit les termes du débat.

Parce que la responsabilité est une fonction de régulation politique et sociale, il n'y a pas de sens à vouloir dire *a priori* ce que c'est que la responsabilité. Pour arbitrer les conflits entre exigences contradictoires que drainent aujourd'hui les dispositifs de responsabilité – conflit entre exigences de sanction, d'indemnisation, de prévention –, il s'agit moins de disposer d'une philosophie abstraite que d'un cadre général qui fasse écho aux exigences contemporaines de régulation sociale. Cela donne, un instant, compétence au sociologue, à l'historien et au philosophe. Je voudrais rapidement dégager, de manière historique, et donc différentielle, le cadre sociologique dans lequel se pose désormais les problèmes de responsabilité.

Peut-être peut-on distinguer trois grandes étapes, trois grands modèles, trois grands paradigmes de la responsabilité qui se seraient succédés depuis 1804 : responsabilité, solidarité, sécurité. Le premier correspondrait à la philosophie du Code civil : l'indemnisation de la victime est pensée comme une fonction de la conduite d'un responsable. Le second naît, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec la législation sur les accidents du travail : où l'indemnisation des victimes prend une certaine autonomie eu égard à la sanction du responsable. Un certain nombre d'indices laissent penser que nous entrons dans une troisième étape, une étape de recomposition. Je propose de l'appeler sécurité.

Une remarque pour éviter les malentendus : si la présentation selon un pareil déroulement historique a des vertus pédagogiques, elle risque d'induire en erreur dans la mesure où elle conduit à penser que tout s'est transformé en même temps. La systématisme nécessaire à l'exposé n'est pas nécessairement dans les faits. Même les révolutions en apparence les plus radicales contiennent nombre d'éléments de continuité. Il y a des régimes de responsabilité différents selon les espèces, les cas, les domaines. Ils ont des histoires différentes qui n'obéissent pas nécessairement aux mêmes chronologies. Et ce n'est pas parce qu'il y a des changements dans un domaine qu'il y en a dans les autres. On peut seulement constater qu'à chaque étape un problème spécifique, un secteur sensible est le siège de transformations qui font modèle pour les autres.

## ■ RESPONSABILITÉ

Le terme « responsabilité » est lui-même un terme particulièrement confus. Il faut d'abord rappeler qu'il n'entre dans le vocabulaire français qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup>, dans un texte de Necker où il vise la « responsabilité des ministres ». Jusqu'alors, on pouvait être « responsable », sans qu'il y ait à proprement parler de « responsabilité ». La « responsabilité », avec tout ce que ce substantif peut porter en lui, est

une invention récente. Parler de « responsabilité », c'est, sans le savoir, se référer à un moment de l'histoire et à l'idéologie politique qui y dominait à l'époque.

Le terme responsabilité désigne au moins trois niveaux de réalité : un niveau politique, où il désigne un principe général de régulation sociale (par exemple que : « Nul ne peut reporter sur un autre la charge de ce qui lui arrive ») ; un niveau juridique ou technique – où responsabilité désigne l'ensemble des procédures qui organisent les actions en dommages et intérêts (c'est le sens proprement juridique de la responsabilité) ; un niveau philosophique qui fournit des justifications et des explications concernant les raisons pour lesquelles un acte, un événement ou un dommage est imputable à quelqu'un.

Lorsque l'on utilise le terme responsabilité, il est essentiel de savoir de quelle « responsabilité » on parle, en quel sens on utilise le terme, quel est le niveau visé. C'est ainsi qu'au sens politique, la « responsabilité » a pu être contestée par la « solidarité » ; qu'au niveau des techniques d'indemnisation, le droit, civil ou administratif, peut se trouver concurrencé par les techniques d'assurance ; qu'au niveau philosophique, la faute a pu être contestée par la notion de risque, de risque créé, de risque profit qui sont d'autres manières de penser la causalité et de justifier l'imputation des dommages. La responsabilité se présente, immédiatement, moins comme un principe appartenant et exprimant une nature humaine éternelle que comme un dispositif complexe articulant des éléments de nature différente.

Pour parler vite, pareil dispositif, antérieur au XIX<sup>e</sup> siècle, a pu exister dans nombre de sociétés, avant que l'on utilise le mot de responsabilité. C'est ainsi que, chez les Romains, les Germains ou les Francs, avant que l'État ne songe à s'approprier les fonctions de justice, quand régnait l'ordre des familles, le dispositif de responsabilité pouvait s'articuler sur la vengeance et les pratiques de composition qui permettaient de racheter à prix d'argent l'offense faite ou le dommage causé.

Qu'est-ce qui caractérise le dispositif d'imputation et d'indemnisation des dommages pour qu'il prenne, au passage des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles la forme et le nom de « responsabilité » ?

Il faut d'abord une politique, une stratégie d'ensemble de la régulation sociale. Elle est basée sur le principe que « nul ne peut reporter sur un autre la charge de ce qui lui arrive ». Le principe de responsabilité s'oppose directement au principe d'assistance : « Le principe fondamental de toute société, c'est que chaque homme est chargé de pourvoir lui-même à ses besoins et à ceux de sa famille, par ses ressources acquises ou transmises. Sans ce principe, toute activité cesserait dans une société, car si l'homme pouvait compter sur un autre travail que le sien pour subsister, il s'en reposerait volontiers sur autrui des soins et des difficultés de la vie », écrivait Adolphe Thiers en 1850, reprenant le credo libéral incessamment répété depuis cinquante ans.

La formulation de ce principe est liée à l'avènement du libéralisme. Je parlais à l'instant de stratégie. Celle-ci est explicite au début du XIX<sup>e</sup> siècle : il s'agit de

rendre les gens prévoyants, de les ouvrir sur l'avenir, de les empêcher de vivre au seul présent. Le principe de responsabilité passe par un rapport homme-nature tel, tout ce qui m'arrive doit être compté comme sanction, bien ou mal. Responsable de moi-même, je ne saurais attribuer à personne d'autre que moi-même la raison de mes échecs. Ces échecs, même s'ils sont aussi le fait des circonstances, des autres, d'une conjoncture difficile, ne tiennent au fond qu'à moi : c'est moi qui n'ai pas su tenir compte de tel élément, c'est moi qui n'ai pas compris les lois de la nature ou qui n'ai pas su en user, en tout cas, et toujours, sauf exception, c'est ma faute. Je suis l'unique point d'imputation de ce qui m'arrive. « L'erreur est humaine », dit l'adage. Précisément, le principe de responsabilité convertit toute erreur en faute.

Le principe de responsabilité s'appuie sur un mode de gestion de la causalité qui permet de penser une autorégulation des conduites et des activités. Dans la mesure où personne ne peut attribuer à un autre ses échecs et ses souffrances, échecs et souffrances vont pouvoir être le principe indéfini de leur propre amendement. Le principe de responsabilité, fondé sur la faute, se donne ainsi comme un convertisseur universel de mal en bien. Mais il est particulièrement exigeant. Dans son optique, la sécurité ne saurait être un droit, mais seulement un devoir. Car il n'y a pas de place, dans cette philosophie, pour la notion de victime. Dans ce monde, subir un malheur ne vous donne aucun droit sur rien (sauf s'il provient de la faute d'un autre). Et la victime elle-même, quels que soient les sentiments de compassion et de pitié qu'elle peut inspirer, est toujours supposée être le seul acteur de son propre destin.

Le principe (politique) de responsabilité est à la base des articles 1382 et sq. du *Code civil*. Ceux-ci sont précisément chargés de le faire respecter. Autant dire qu'ils n'avaient pas pour fonction d'étendre la couverture des dommages par la multiplication d'éventuels responsables, mais, au contraire, de les limiter à l'hypothèse où le dommage subi l'aurait été par la faute d'un autre. Et la responsabilité du juge était certainement de faire en sorte qu'il maintienne la définition des fautes dans une limite telle qu'elle conserve son sens au principe général de responsabilité.

Le principe de responsabilité et sa sanction juridique visent à rendre l'homme prévoyant et prudent : prévoyant quant à l'incidence de la fortune, prudent quant à lui-même et aux conséquences de ses actions. Les fautes, dans cette logique, sont toujours des fautes de prudence ; elles sanctionnent ce qu'on aurait dû et pu prévoir. Prudent et prévoyant, l'homme est sans excuses. Il devra sa sécurité à sa prudence, mais aussi à sa capacité de s'associer aux autres pour compenser les effets du sort. Si cette philosophie exclut en principe toute idée d'assurance de responsabilité, et même d'assurance dommages (longtemps estimées immorales comme poussant au crime et, pour cela même, interdites), elle appelle, à l'inverse, l'idée d'assurance de personne, mais bien sûr strictement volontaire.

La notion de faute est un principe philosophique d'imputation des dommages qui devait avoir le mérite d'articuler harmonieusement non seulement les trois

fonctions de sanction, de prévention et d'indemnisation, mais aussi la morale, le droit et la politique. Ainsi le grand arrêtiiste Jean-Etienne Labbé pouvait-il encore écrire, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, à un moment où le dispositif de responsabilité était déjà fortement ébranlé : « La responsabilité est le plus parfait régulateur des actions humaines. »

Ce modèle ne correspond plus à l'expérience contemporaine. Pourtant il est difficile, à son évocation, de ne pas éprouver sa cohérence et même sa proximité. En fait, il aura surtout valu comme modèle, ou comme principe régulateur, car dès son institution, il allait se trouver contesté par les premiers développements de l'industrialisation.

### ■ SOLIDARITÉ

Le dispositif de responsabilité a été contesté, réformé et remplacé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour ce qui concerne la couverture d'un certain nombre d'événements en un dispositif de solidarité. La grande question, dans l'ensemble des sociétés industrielles, fut celle des accidents du travail et des retraites. Le dispositif de solidarité n'est pas à base de faute mais de risque ; son instrument principal n'est plus le droit mais l'assurance.

La notion de risque, qui fait son entrée dans le droit positif en 1898 avec le « risque professionnel », désigne une manière d'envisager la réparation qui, sans passer par l'examen de la conduite de l'ouvrier ou du patron, les attribue globalement au travail : « Tout travail a ses risques ; les accidents sont la triste mais inévitable conséquence du travail même. » D'après le principe du risque professionnel, la charge des accidents du travail est imputée au chef d'entreprise, quelle que soit leur cause, qu'ils relèvent juridiquement d'un cas fortuit ou, mieux, de la faute, même lourde, de l'ouvrier. Ainsi, du droit nouveau découle que le chef d'entreprise se trouve juridiquement « responsable » aussi bien des accidents qui relèvent d'une imprudence ou d'une négligence personnelles que de ceux qui sont survenus alors même qu'il avait pris toutes les précautions pour les éviter, et de ceux dont l'ouvrier est la cause (exception faite de la faute intentionnelle).

L'idée du risque professionnel passe ainsi par une scission entre la causalité et l'imputation, l'indifférence de la seconde par rapport à la première, c'est-à-dire par l'institution d'un principe d'imputation qui ne se réfère plus à la causalité objective des dommages. La rationalité qui est à la base de la notion risque conduit à changer la manière de penser le problème de l'imputation juridique des dommages : non plus en termes de « cause », mais en termes de « répartition ». Répartition au sein de l'entreprise, entre profits et charges. Plus généralement, répartition sociale des charges. Le risque n'existe que socialisé. Risque professionnel ou risque social, c'est une manière d'instituer un contrat social entre individus.

L'invention du risque professionnel, et du risque social, consiste à penser un principe d'imputation qui, libéré de la vieille dépendance à la nature, va trouver

sa référence dans un rapport social. C'est à la fois ce qui fait la richesse de la catégorie et la difficulté de la penser.

L'idée de risque procède d'une pensée de type statistique et probabilitaire. Le risque professionnel, par exemple, caractérise un tout, l'entreprise, qui conserve son identité malgré les variations qui peuvent affecter ses parties. La régularité du risque est indépendante de la conduite des individus. Les fautes qu'ils peuvent commettre sont des facteurs de risque qui n'affectent pas sa réalité statistique. C'est un des principaux bénéfices de la notion : permettre d'asseoir le droit à réparation sur le fait même de l'accident, du dommage subi, quelle qu'en soit la cause. Alors qu'un principe de responsabilité fondé sur une idée de cause implique une distribution sélective des charges, le risque professionnel, au contraire, est porteur de « solidarité ». Solidarité, d'une part, du patron et de l'ouvrier dans le cadre de l'entreprise : le risque professionnel peut mettre fin à l'antagonisme du capital et du travail, que le droit de la responsabilité alimentait. Solidarité sociale, plus généralement : le risque, en déplaçant la charge des accidents sur la société, assure un nouvel équilibre entre riches et pauvres, producteurs et consommateurs.

La nouvelle doctrine solidariste de la répartition des charges devait être reprise en termes éloquents par les juristes réformateurs de la fin au XIX<sup>e</sup> siècle. Écoutons-les. R. Saleilles d'abord : « On oublie qu'il ne s'agit plus de condamner à une peine mais de faire supporter un risque [...]. La vie moderne, plus que jamais, est une question de risques. Donc, on agit. Un accident se produit, il faut forcément que quelqu'un en supporte les suites. Il faut que ce soit l'auteur du fait ou sa victime. La question n'est pas d'infliger une peine, mais de savoir qui doit supporter le dommage, de celui qui l'a causé ou de celui qui l'a subi. Le point de vue pénal est hors de cause, le point de vue social est seul en jeu. Ce n'est plus à proprement parler une question de responsabilité mais une question de risques : qui doit les supporter ? Forcément, en raison et en justice, il faut que ce soit celui qui en agissant a pris à sa charge les conséquences de son fait et de son activité... »

Ce texte est un témoignage de la conversion intellectuelle qui donne naissance au dispositif de solidarité. « La vie moderne, dit Saleilles, est plus que jamais question de risques. » C'est l'aveu que le monde réel n'est pas celui dont avaient rêvé les rédacteurs du Code civil. Quelle que soit la diligence que chacun peut apporter à ses affaires, les dommages ne sont pas l'exception mais la règle. Les dommages sont « normaux » – ce qui ne veut pas dire qu'ils soient fatals. La vie sociale n'est pas naturellement harmonique, mais conflictuelle, préjudiciable. Lorsque le « bon père de famille », celui qui servait de référence pour définir la faute de conduite, agit, exerce sa profession, fait son travail, il cause « naturellement », sans le vouloir, des dommages à d'autres bons pères de famille. Il en résulte nécessairement que les dommages doivent être objectivés comme « accidents » et, ce qui va de pair, qu'ils ne sauraient plus relever d'une faute. Ce sont des risques.

Autre conséquence : le problème de la responsabilité n'est plus de déterminer « à

qui la faute », mais à qui le dommage devra être imputé, qui devra supporter la perte causée par le dommage. • Entre deux individus, dont l'un, même sans sa faute, a causé un accident personnel ou une perte patrimoniale à l'autre et dont ce dernier s'est trouvé être la victime, qui doit supporter la charge pécuniaire et sur quel patrimoine doit retomber en dernier lieu la perte définitive ? Telle est exactement la formule du problème. La question de faute n'a rien à voir à la question. • Problème d'équité formulé en termes plus économiques que moraux : faire supporter la charge du dommage par la victime ou par un autre, c'est de toute façon rendre l'un ou l'autre • responsable ». Répartir les risques, c'est juger qui doit les supporter non pas en fonction des principes d'une responsabilité morale, désormais non pertinente, mais des règles d'une • équité sociale • à fixer. La source et le fondement de la responsabilité se déplacent de l'individu sur la société : on est responsable non pas parce qu'on est libre par nature et qu'on aurait pu agir autrement, mais parce que la société juge • juste • de vous rendre responsable, c'est-à-dire de vous faire supporter la charge pécuniaire du dommage, que vous soyez auteur ou victime.

Écoutons maintenant cet autre interprète, L. Jossierand : • Le passant que j'ai renversé, le camarade de classe que j'ai blessé n'ont commis, eux aussi, aucune faute et cependant la doctrine actuellement reçue les déclare responsables de l'accident, puisqu'elle leur en fait supporter les conséquences. Car, et c'est une idée qui, malgré son évidence, n'est pas suffisamment aperçue, il est impossible de soustraire le propriétaire de la chose à la responsabilité du dommage sans faire supporter cette même responsabilité à la victime : • Puisque la cause de l'accident est inconnue, dit-on parfois, *personne ne doit être responsable*, car personne n'est en faute ». Ce raisonnement est absolument faux : lorsqu'un accident se produit, il n'est pas possible que personne ne soit responsable dans le large sens du mot, c'est-à-dire que personne ne supporte les conséquences de l'événement : si le propriétaire de la chose qui a causé l'accident n'est pas tenu de réparer le dommage, la victime devra nécessairement le supporter ; elle encourra toute la responsabilité de l'accident, responsabilité qui se traduira par la perte de la vie ou de la santé, sans compensation. Quelle que soit la solution adoptée, une responsabilité s'en dégage toujours : toute la question est de savoir qui doit la supporter. En un mot : il y a responsabilité toutes les fois qu'il y a endossement définitif d'un dommage. •

Peut-on être plus clair sur les transformations subies par la notion de responsabilité ? Auparavant, et toujours dans l'opinion commune, la responsabilité désignait une qualité de la nature humaine. La responsabilité, maintenant, change de siège : elle n'est plus la qualité d'un sujet ; elle est plutôt la conséquence d'un fait social. La responsabilité, en quelque sorte, devient un rapport sans support.

Il n'y a pas de dommages dont la perte ne soit qu'individuelle. Tout dommage est social. Il faut distinguer entre le dommage que subit tel ou tel individu – c'est affaire de chance ou de malchance – et la perte liée au dommage dont l'attribution est, quant à elle, toujours collective et sociale. De toute façon, la société et ses

tribunaux font porter la charge du dommage sur quelqu'un, que ce soit la victime ou un autre : ils répartissent des risques. Dire cela implique que l'on conçoive la société non pas comme agrégation d'individus qui se seraient liés entre eux en fonction de leur intérêt personnel, mais comme totalité, le bien, et le mal, de chacun dépendant de ceux de chaque autre, qu'on la conçoive comme une totalité où aucun individu n'est plus tiers vis-à-vis des autres, qu'on la conçoive en un mot suivant le principe de solidarité.

Si les dommages sont individuels, il appartient à la société d'en répartir convenablement la charge, et cela nécessairement contre ce que la nature ou la fatalité en avaient décidé – ce qui pose de façon entièrement nouvelle le problème de la justice. François Gény, un autre juriste de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, prophétisait ainsi la suite des transformations auxquelles il assistait : « On peut imaginer un idéal social qui, sans prétendre arrêter les coups du sort ou défier les décrets de la providence viserait à découvrir dans la nature des choses, mises par Dieu lui-même à notre disposition, les moyens de répartir entre tous, sous la forme d'une mutualité sagement organisée, les risques qui menacent incessamment chacun de nous pris comme individu. Toutefois, et sans parler des difficultés presque insurmontables, de la prodigieuse organisation requise par la réalisation d'un semblable idéal, on aperçoit aisément l'utopie et le danger d'un système, qui, d'une part, pour rester fidèle à son but, devrait, au moyen de compensations, d'ailleurs forcément imparfaites, redresser toutes les inégalités, tenir compte des variations économiques autant que des modifications matérielles, répartir les plus-values aussi bien que les dommages ; qui, d'autre part, quelque avisée qu'en pût être l'application, ne manquerait pas de diminuer les qualités d'initiative, de diligence, de prévoyance, qui sont parmi les conditions essentielles du progrès de l'humanité. »

## ■ SÉCURITÉ

On pouvait croire, encore récemment, que le dispositif de solidarité continuerait à s'étendre, que les risques seraient toujours plus socialisés, que l'indemnisation des victimes se développerait toujours plus, au mépris ou indépendamment de la sanction des responsabilités. On pouvait croire qu'on découvrirait sans cesse de nouveaux risques sociaux appelant obligations d'assurance et autres fonds d'indemnisation. La loi du 13 juillet 1982 sur l'indemnisation des catastrophes naturelles crée une nouvelle obligation de solidarité ; la loi du 5 juillet 1985 pouvait apparaître comme un premier, ou un dernier, pas vers un système de réparation des accidents d'automobile qui ferait bientôt l'économie du détour par la responsabilité ; la loi sur les victimes d'attentats de 1986 poursuivait ce mouvement.

Pourtant, on assiste peut-être à une inflexion dans ce processus de socialisation. Peut-être qu'à travers de nouvelles aspirations sociologiques, les nouvelles attentes des consommateurs, la perspective européenne, l'accent mis sur la

question de l'environnement, nous sommes en train de vivre le passage, la transformation progressive du dispositif de solidarité en un dispositif modifié de sécurité.

Le moment est marqué par deux mouvements, en apparence contradictoires, à la fois vers plus de responsabilité (individuelle) et plus de sécurité (des victimes), mouvement contradictoire par rapport au dispositif de solidarité qui assurait la protection des victimes par la socialisation des responsabilités. C'est là une des exigences ressenties aujourd'hui : mettre autant l'accent sur une juste imputation des responsabilités que sur la protection des victimes. Réconcilier en quelque sorte le dispositif de responsabilité avec le dispositif de solidarité.

### **a. Les données sociologiques**

Le moment est d'abord marqué par la crise de l'Etat-providence et la volonté, mal définie au demeurant, de « responsabiliser » l'ensemble des acteurs économiques. Il ne va plus de soi que les institutions de l'Etat-providence doivent poursuivre indéfiniment leur extension. On ne parle plus de la loi Badinter comme d'une loi de transition vers un système de régie comme au Québec. La sécurité, aspiration des consommateurs, ne passe plus nécessairement par un sentiment de solidarité ; elle est devenue une revendication très individualiste, peu orientée sur l'avenir et sur les autres. On recherche volontiers aujourd'hui une sécurité sans solidarité.

Il faut sans doute noter aussi un déplacement des lieux de problématisation de la responsabilité. Les questions sociales, autour desquelles s'était édifié le dispositif de solidarité, n'ont plus la même importance qu'auparavant. Les responsabilités aujourd'hui sensibles en France sont des responsabilités contractuelles (responsabilité médicale, responsabilité du fait des services, responsabilité du fait des produits défectueux) et, lorsqu'il s'agit de responsabilités délictuelles, elles ne concernent plus des faits d'accidents (travail, automobiles), mais la question des risques technologiques majeurs, la protection de l'environnement, la réparation des pollutions. Nos grands lieux de problématisation de la responsabilité sont la protection des consommateurs et les dangers liés à la protection de l'environnement, aux risques technologiques majeurs, aux menaces de catastrophes. Nous vivons à l'âge du retour des catastrophes, sous le signe en quelque sorte de Tchernobyl.

Ces déplacements ne sont pas sans conséquences : un consommateur n'est pas un salarié. Le salarié trouvait sa protection dans une relation de subordination. Le consommateur, en tout cas celui que nous décrivent aujourd'hui les sociologues, se veut lui-même beaucoup plus actif et responsable. Il attend d'avoir une véritable relation contractuelle, éclairée, informée avec le producteur ou le fournisseur des produits. « Les consommateurs sont passés d'une conception passive de la sécurité à une conception active, c'est-à-dire que les consommateurs sont devenus avertis du fonctionnement de la société où ils vivent, avertis des systèmes de production et de distribution de produits et qu'ils sont devenus plus

vigilants », déclarait Jacques Paitra lors d'un forum de la SCOR consacré à la responsabilité civile, qui poursuivait : « La demande de sécurité de type économique – défense des biens, des patrimoines, préservation et protection – d'il y a trente ans existe encore, mais parallèlement s'est constituée une demande de sécurité plus active, plus anticipatrice et qui porte davantage sur la qualité de vie que sur des phénomènes de préservation : une sorte de sécurité préventive. »

Un autre aspect, sociologique et psychologique à la fois, des comportements contemporains de sécurité est sans doute la demande de sanction. La victime ne se suffit pas d'une indemnisation forfaitaire et transactionnelle ; elle a besoin, au moins dans certains domaines et dans certains cas, de pouvoir poursuivre en justice l'auteur de son malheur. Il y a peut-être là de vieilles réminiscences des anciennes pratiques de la vengeance dont, il y a quelques années, un film américain, *Verdict*, s'est fait l'écho. Ce comportement implique avec lui une désignation des responsables et une volonté de sanction.

Une autre dimension est l'accent mis sur la prévention. Sans doute n'est-elle pas une préoccupation en elle-même nouvelle. Déjà, au XVIII<sup>e</sup> siècle, dans le sillage de préoccupations d'hygiène publique, autour du problème de l'inoculation de la variole, on assiste à la discussion et à la définition de politiques de prévention en matière de santé. Elles seront reprises à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle dans le cadre des dispositifs de solidarité qui fonctionnent naturellement à la prévention. Mais, aujourd'hui, la prévention change de sens. A l'âge de la médecine prédictive, elle ne passe plus nécessairement par l'obligation. Elle en vient à désigner des formes de comportements actifs qui visent à optimiser une conduite en connaissance des facteurs de risque qui la menacent. Prévenir n'est plus exactement normaliser au sens de légaliser, mais établir un nouveau rapport de maîtrise sur sa conduite. Prévention va de pair avec responsabilisation.

## **b. Les données philosophiques**

Il y a une dimension philosophique propre aux problèmes actuels de responsabilité. Elle est liée à l'ampleur des menaces et des dangers que font aujourd'hui peser les techno-sciences.

Cela doit s'entendre en plusieurs sens. Les dangers ont changé d'échelle. Ils ne sont plus de taille humaine. Ils peuvent aussi bien concerner l'infiniment petit de substances toxiques cachées dans des produits qu'on pouvait croire inoffensifs ou même bienfaisants (produits pharmaceutiques, substances alimentaires), ou l'infiniment grand du risque technologique majeur (Seveso, Tchernobyl, *Amoco-Cadiz*, *Exxon-Valdez*). Les dangers ont en quelque sorte changé de mesure. Nous vivons le retour des catastrophes, avec ceci que ce ne sont plus seulement des catastrophes naturelles, mais des catastrophes dont nous nous savons les auteurs.

Face à de pareilles menaces, qui ne concernent plus les individus mais des populations entières, l'optique de la réparation, qui a tant dominé les problèmes de responsabilité, perd son sens ; elle devient pratiquement impossible dans son

sens classique. Les dommages atteignent une telle ampleur, ils se développent sur une telle durée, concernent de telles populations, un si grand nombre de victimes, qu'ils en deviennent proprement irréparables. Des dispositifs d'assurance, des pools, des fonds d'indemnisation peuvent être prévus, mais, face à de telles menaces, il est clair que pour l'essentiel l'accent doit être porté du côté de la prévention.

Plus profondément, le développement technologique nous met face à des problèmes de responsabilité inédits. Il n'y a plus d'entreprise innocente. Entreprendre, c'est créer des risques, avoir à les évaluer et décider – comment ?, au nom de quoi ? – de les prendre. Orio Giarini, au même forum SCOR précité, résumait bien la situation : - La technologie moderne a rendu très aigu le problème de la vulnérabilité, non pas parce que la technologie est mauvaise, mais justement, et c'est là le paradoxe, parce qu'elle est très bonne, parce que la fréquence d'un risque est extrêmement réduite. Un avion tombe très rarement, tandis qu'un carrosse, tombait en panne probablement tous les 50 kilomètres. Mais, entre le carrosse et l'avion, lequel est le plus vulnérable ? Dans le cas d'un carrosse, quand une roue se casse, il n'y a pas de grands dégâts. Quand la fenêtre d'un avion en vol s'ouvre, c'est la catastrophe... Plus une technologie est avancée et complexe, plus la marge d'erreur et de tolérance est restreinte, étant donné les coûts extrêmement élevés et les mauvaises conséquences liés à un mauvais fonctionnement. -

L'écologie ne nous rappelle pas seulement qu'il faut protéger la nature au sens qu'il faut sanctionner les responsables de pollution, mais que le développement d'une société technique et scientifique, en même temps qu'elle nous éloigne toujours plus de la nature, nous confère de toujours plus grandes responsabilités, au sens originaire du terme : celui qui prend la décision ne peut se retrancher sur aucune autre volonté, sur aucune légitimité préexistante. L'homme aujourd'hui n'est pas responsable parce qu'il enfreindrait les lois de Dieu ou les lois de la nature, par faute, mais parce que, comme le rappellent de façon saisissantes les avancées de la biologie, il est devenu son propre souverain. L'homme moderne, l'homme de l'innovation technologique fait, dans la responsabilité, l'épreuve de sa déréliction. Il est seul, il ne procède que de lui-même. Prométhée est désormais sans rival. Il ne peut tirer que de lui-même les règles de sa conduite. Cela explique nos incertitudes concernant la définition, et la légitimation, des normes en fonction desquelles nous serions habilités à limiter, à borner, à restreindre ou orienter le développement technologique. Le problème aujourd'hui est que nous savons que toute innovation emporte avec elle son lot de risques, que ces risques sont liés à ses bienfaits, que toute innovation renvoie à une responsabilité, une décision, mais que nous manque la norme au nom de laquelle il faudrait juger de l'innovation elle-même. L'incertitude est devenue une dimension ontologique.

Face à cette situation deux attitudes sont possibles : la première, frileuse et conservatrice, va chercher par le biais de la sanction de la responsabilité à pénaliser l'innovateur, dans un geste quelque peu magique ou religieux. Ce fut,

par exemple, toute une tendance au XIX<sup>e</sup> siècle que de vouloir pénaliser le développement industriel, ressenti comme une menace pour les équilibres et les valeurs existantes : ainsi édictait-on des présomptions de faute et autres renversements de la charge de la preuve à la charge des compagnies de chemins de fer ou de certaines industries. On peut noter aujourd'hui, sinon en France du moins aux États-Unis, certaines tendances qui aboutissent au même résultat : on provoque ainsi des réactions de défense, et d'abstention.

Une autre attitude est sans doute possible : non pas pénaliser le développement technologique, mais permettre, par une sage répartition des risques, son intégration dans la société. C'est ce qu'en son temps avait permis la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, et ce que, plus récemment, a opéré la loi Badinter, pour l'automobile.

### **c. Les nouveaux savoirs**

En même temps que se développent les risques se développent de nouveaux savoirs, de nouvelles analyses, de nouvelles disciplines qui prétendent au titre de sciences : sciences de la sécurité et autres « cindyniques ». Nées en particulier pour contrôler le développement des centrales nucléaires ou l'aéronautique, elles portent avec elles leurs propres principes d'analyse, leur forme propre d'objectivité. Pensant en termes de système, elles recomposent toute une actualité du danger et des risques bien étrangères au savoir juridique. L'idée d'une causalité par volonté leur est étrangère ou marginale. Elles privilégient le système. L'homme est un acteur sans doute, mais dont l'action est un effet de système, une manière d'y agir et d'y réagir. L'accident ne relève plus qu'exceptionnellement d'une faute ; c'est un dysfonctionnement du système : il relève d'une erreur. La notion de faute devient exceptionnelle, quand celles d'erreur et de fiabilité humaine prennent une part décisive.

Avec ces nouvelles formes d'objectivité, se définissent de nouvelles stratégies de sécurité. Elles se formulent dans le cadre d'une gestion globale de l'incertain : ainsi distingue-t-on entre la prévention (qui consiste à diminuer la fréquence d'un sinistre), la protection (qui vise à en diminuer la gravité), l'indemnisation ou l'auto-assurance. L'indemnisation n'est plus qu'une fonction parmi d'autres. Si entreprendre, c'est créer des risques, il s'agit de définir une stratégie optimale dans la gestion de l'incertain.

Tel est peut-être le nouveau cadre conceptuel au sein duquel il convient de penser les questions de responsabilité. Il s'agit d'abord de faire en sorte que la gestion juridique traditionnelle de la responsabilité ne soit pas un frein à ces nouvelles formes de pensée. La conscience par un acteur de ses responsabilités ne saurait se réduire aux sanctions juridiques qu'il peut encourir. Il y a un divorce entre ces deux logiques. Paradoxalement, la responsabilité juridique peut se révéler un coussin d'inconscience. La responsabilité est plus que jamais à penser en termes de dispositifs. Il s'agit de définir pour chaque activité et chaque type d'entreprise

la part optimale qu'il convient d'allouer à chaque type de conduite – prévention, protection, indemnisation –, dans une économie générale de la sécurité.

#### **d. Quelques problèmes**

Au regard de ces considérations, on peut examiner quelques-uns des problèmes de responsabilité qui se posent tout à fait pratiquement aujourd'hui.

1. La responsabilité médicale. Il s'agit d'un cas de responsabilité professionnelle, dont la montée, l'urgence témoignent d'une dégradation de la relation de confiance entre médecins et malades. La relation médecin-malade est moins fondée qu'auparavant sur la dépendance, la soumission, le prestige. Le malade tend à se comporter comme un client. Il attend des rapports plus formalisés, mieux définis, plus contractuels avec cet interlocuteur qui est un professionnel duquel il attend de bénéficier des compétences.

Mais ces problèmes ne sont sans doute pas séparables des transformations techniques de la médecine et de ses conditions modernes d'exercice. Comment penser la crise de la responsabilité médicale indépendamment des questions d'éthique qui agitent la profession aujourd'hui ? Sa solution ressort sans doute aussi de questions de déontologie à définir en fonction des nouvelles pratiques professionnelles.

Redéfinir les conditions de la responsabilité médicale, ce doit être penser la régulation de la profession. Pour améliorer la relation avec les malades et rétablir la confiance perdue, il faut sans doute chercher à éviter les procès et améliorer l'échange d'informations, tout en faisant en sorte que les fautes restent sanctionnées, et tout en sachant que tous les accidents ne sont pas dus à des fautes ou à des erreurs médicales. Il convient donc de dissocier la sanction des fautes éventuelles de la garantie des victimes. Dans une société qui fait de la prévention une conduite de responsabilité, on peut comprendre qu'une part de la charge de la garantie des victimes relève d'une contribution personnelle, représentant la part d'aléa que l'on est soi-même.

2. Peut-être peut-on trouver dans la législation (européenne) concernant la responsabilité et la sécurité des produits un autre exemple de l'appréhension moderne de la sécurité. C'est du moins ce qui ressort des termes du *Plan d'action triennal pour la politique de protection des consommateurs dans la CEE (1990-1992)*, qui, dans le chapitre 3 consacré à la « sécurité des consommateurs », fixant l'objectif d'assurer la « confiance des consommateurs », se propose d'articuler responsabilité civile, normalisation et contrôle.

D'où sans doute, l'idée de jouer sur un double tableau, préventif, de la sécurité des produits (directive en cours de discussion) et de la responsabilité (directive du 25 juillet 1985). Les notions utilisées sont intéressantes dans la mesure où elles passent par une objectivation du danger et son imputation objective au producteur. C'est une manière de faire de l'imputation des risques une fonction de prévention.

Mais dès lors se pose le problème extrêmement difficile du risque de développe-

ment. C'est le problème des médicaments, Thalidomide, Dystilbène, de l'amiante et de ses conséquences dramatiques ou encore de la transmission du sida, de l'hépatite C ou de tout autre virus par transfusion sanguine pendant la période où ledit virus n'est ni connu ni dépestable. Le problème, redoutable, n'a pas de solution dans le cadre du droit délictuel de la responsabilité fondé sur la faute, puisque le risque de développement échappe à toute capacité de prévision, de prudence, de prévoyance du producteur.

La directive européenne fait du risque de développement une cause d'exonération de l'entrepreneur, au motif de protéger la recherche et l'innovation. La charge s'en trouve ainsi reportée sur le consommateur futur. Question considérable du problème de la répartition de la charge d'un risque dans le temps. Se pose la question de l'assurance d'un tel risque en principe inassurable puisque inconnaissable et donc inévaluable, sauf à le limiter comme le fait la loi allemande sur l'industrie pharmaceutique.

3. Le troisième grand problème contemporain de gestion du risque et de l'incertitude concerne l'environnement. Si l'on s'en tient au *Projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultants de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement* du Conseil de l'Europe, ou aux projets de directives communautaires concernant la question des déchets, on trouve à l'œuvre les mêmes modes de pensée avec l'accent mis sur la prévention par une politique d'imputation objective des dommages.

La question de la protection des consommateurs, comme celle de l'environnement, pose des problèmes tout à fait neufs, à la fois par l'étendue des garanties à prévoir et le problème de la gestion du risque dans le temps. Il ne s'agit pas seulement d'augmenter les capacités d'indemnisation, mais d'organiser des solidarités intertemporelles, qui ne sont qu'autant de signes de la problématique moderne de la responsabilité.

Le grand juriste allemand, von Jhering, disait à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que - la faute est en abolition constante - . La faute sans doute, mais pas la responsabilité. Si la faute a pu fournir au XIX<sup>e</sup> siècle un instrument adéquat pour articuler les fonctions de sanction, d'indemnisation et de prévention, il ne semble plus qu'elle puisse jouer le même rôle dans le monde contemporain, en fonction des techniques qui l'organisent et de ses aspirations.

Pendant longtemps, le problème a été de trouver des possibilités d'indemnisation de plus en plus larges en vue de mieux protéger les victimes de dommages. Cela a conduit à dissocier pratiques d'indemnisation et sanction des responsabilités. C'est ce qu'a permis et accompli le dispositif de solidarité. Il en est résulté une série de conséquences, irréversibles : l'incontournabilité de l'assurance, l'inversion des rapports du juridique et de l'assuranciel, l'économisation de la responsabilité.

Mais les problèmes auxquels un dispositif de responsabilité doit aujourd'hui faire face, dans la mesure où il doit prendre en compte les risques et les dangers

liés à l'innovation, le risque de développement et les problèmes du long terme sont de nature différente. Il s'agit de se donner des politiques de sécurité, des modes de gestion de l'incertain qui ne privilégient ni l'indemnisation ni même la sanction, mais une gestion globale et optimale du risque. Cela relève de dispositifs complexes qui doivent intégrer la fonction de prévention, de protection et d'indemnisation. Il s'agit de déterminer, dans chaque espèce, quelle fonction doit primer, et quelles sont les techniques réglementaires, juridiques et assurancielles les mieux à même d'y parvenir.

Cela relève certainement de la compétence de ces sciences de la sécurité qui sont en train de se développer, et dont l'économie fait certainement partie. Cela pose aussi la question d'une nouvelle définition du métier de l'assureur, sans doute plus orientée vers la prévention, et une nouvelle manière de penser les rapports de l'assurance, du droit, et de l'Etat. Plus que jamais la responsabilité doit se penser comme un dispositif intégré ■

# Déclin, REMANENCE OU RENAISSANCE de la responsabilité civile ?

Réflexions d'un praticien

**MOTS CLEFS :** *responsabilité • solidarité • faute • risque • risque social • indemnisation • barème • socialisation •*

Faut-il présenter Henri Margeat ? Longtemps directeur IARD à l'UAP, aujourd'hui membre de la Commission de contrôle, il est un des meilleurs spécialistes du droit de l'assurance et des problèmes de responsabilité civile. Dans un article de synthèse, comme lui seul pouvait le faire, il dresse le bilan d'un siècle d'évolution des pratiques de responsabilité. Le constat est sans concession et ouvre sur l'avenir. Henri Margeat montre comment, dans une société développée, peuvent se combiner, au sein d'un dispositif logiquement articulé, différentes techniques d'indemnisation.

Quelle place la responsabilité civile tient-elle encore dans le droit ? Et quelle est la place du droit dans la cité ? Un humoriste sérieux n'hésiterait pas à répondre la « trentième », celle du premier président de la cour d'appel dans l'ordre protocolaire des préséances établi par le décret du 13 septembre 1989. Comment en serait-il autrement dans un Etat de droit qui a dépassé le score de 18 000 pages de textes par an ? Le droit tue le droit. Un tel phénomène s'explique par la rencontre de l'individualisme et de la socialisation. Plus on régleme, plus il devient nécessaire de réglementer. L'effondrement des grands systèmes de valeurs contraint le législateur à remplacer la morale vacillante par des palliatifs dont les fondements exigent sans cesse une reprise en sous-œuvre.

Plus exposée que d'autres concepts, la responsabilité civile ne pouvait résister dans sa pureté jugée vieillotte et donc inadaptée au monde moderne. Partant de prémisses exactes, nous avons abouti à un émiettement

\* Membre de la Commission de contrôle des assurances

des systèmes, c'est-à-dire à l'insécurité juridique, à l'inégalité de traitement et, en fin de compte, à une opacité marécageuse.

Mais la responsabilité sans la solvabilité n'est qu'une carrosserie sans moteur. Sans le répondeur, sans l'assurance, elle ne représente qu'une paire d'ailes, signe d'espoir certes, mais incapable de voler sans le réacteur et le carburant indispensables à sa propulsion.

D'où la nécessaire synergie entre : la loi définissant les conditions de la distribution ; l'organisme chargé d'assumer ; le cotisant.

Ce schéma trop simpliste pour des esprits évolués, et surtout férus de dogmatisme, a été jugé obsolète et de ce fait littéralement mité... à coups de « progrès ». C'est cet édifice lézardé que le Conseil économique et social souhaiterait adapter et rénover : « Il revient à la loi de fixer, avec suffisamment de précision et de réalisme, les règles en matière de responsabilité civile... » (avis du 26 février 1992, page 12). En quoi sommes-nous sortis de la précision et du réalisme? D'où venons-nous? Quels textes et quelle jurisprudence avons-nous élaborés pour justifier cette mise en garde ?

## I. TEXTES LÉGISLATIFS : LES DATES À RETENIR

Notre Code civil repose à l'origine sur une vision simple des rapports individuels selon qu'ils sont d'essence contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. Pendant près d'un siècle, il en sera ainsi.

Puis la loi du 9 avril 1898 apporte deux innovations de grande importance :

- l'employeur répond des conséquences de l'accident du travail dans le cadre d'un régime de responsabilité ouvrant droit à une réparation forfaitaire pour la victime ;
- le mécanisme fonctionne en liaison avec une assurance. Le risque dit « social » est né ; sa carrière n'est pas encore achevée, nous y reviendrons.

De l'individuel nous sommes passés au collectif. Aussi est-ce au nom du risque social que d'éminents professeurs présenteront des projets de réforme relatifs à la réparation des accidents provoqués par la circulation automobile :

- 1907 : projet Ambroise Colin ;
- 1923 : projet Henri Capitant ;
- 1931 : projet Maurice Picard.

Ces projets n'aboutiront pas. Cependant, trois décrets-loi, en date du 25 février, 13 juillet et 25 juillet 1935, institueront une assurance obligatoire en faveur des voyageurs transportés, des victimes de courses automobiles et des propriétaires de marchandises véhiculées. Le législateur s'attaque au problème de la solvabilité par le biais de l'assurance. A ce jour, au seul titre de la responsabilité civile, 55 textes d'obligation ont été promulgués.

Après le risque social, après l'assurance de responsabilité obligatoire, le troisième élément d'importance puise sa source dans l'action menée par les consommateurs. L'article 1 de la loi du 21 juillet 1983 consacre l'épanouisse-

ment de l'obligation de sécurité : « Les produits [...] doivent présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. »

Entre-temps, le législateur avait été conduit à consacrer la responsabilité de plein droit de l'exploitant nucléaire par la loi du 30 octobre 1968 et du constructeur immobilier par la loi du 4 janvier 1978.

Le texte composite de la loi du 5 juillet 1985 relative aux victimes de la circulation s'inspire en partie de la notion du risque social, les conducteurs de véhicules ayant été laissés à l'écart pour des raisons d'ordre économique. Le responsable est désigné à l'avance : c'est celui dont le véhicule est impliqué.

La même technique sera appliquée à l'égard du promoteur de l'expérimentation biomédicale, avec la loi du 20 décembre 1988.

Dans l'un et l'autre cas, l'assurance est ajustée, à l'intérieur de la loi, au régime de la responsabilité encourue.

Sous la pression des faits, des textes d'« étatisation » de la réparation verront le jour avec les lois du :

- 9 septembre 1986 relative à l'indemnisation des victimes d'attentats ;
- 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions ;
- 31 décembre 1991 (article 47) concernant la séropositivité par transfusion ou injection.

La réparation prévue par les deux premiers textes est financée au moyen d'un prélèvement sur les contrats d'assurance, celle du dernier texte étant assumée par l'Etat.

En conclusion de ce rappel législatif, notons l'escalade observée :

- au départ, responsabilité pour faute prouvée ;
- à l'arrivée, responsabilité socialisée et supportée par le budget ;
- entre les deux points extrêmes, un arc-en-ciel de nuances en matière de responsabilité, le tout s'appuyant fréquemment sur des obligations d'assurance. Les conditions de l'incertitude juridique sont posées ; la jurisprudence va les aggraver.

## **II. JURISPRUDENCE : LES ARRÊTS MAJEURS**

Un tiers de siècle s'est écoulé entre la loi de 1898 et l'arrêt Jand'heur, qui, grâce à la notion de garde, a permis aux victimes d'avoir accès à la réparation des préjudices engendrés par le fait de la chose.

Cinquante années seront nécessaires pour parvenir à l'arrêt Desmares en date du 21 juillet 1982. Cette décision de réaction contre l'inaction du législateur en matière d'indemnisation des accidents causés par les véhicules terrestres à moteur ne constitue qu'un bref épisode de la marche à la sécurité dans l'insécurité juridique. Nous visons là l'interprétation hardie donnée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à l'article 1384, alinéa 1 du Code civil.

D'autres arrêts méritent mention :

- l'assemblée plénière de la Cour de cassation décide, le 9 mai 1984, que la

responsabilité de l'auteur est engagée sans qu'il soit tenu compte du discernement du responsable. A noter qu'il s'agissait d'opposer un partage de responsabilité à des enfants ;

– la même assemblée retenait le 29 mars 1991 que la liste des cas de responsabilité du fait d'autrui n'avait pas de caractère limitatif, de sorte que le principe s'appliquait à une association ayant en charge des handicapés mentaux.

Voilà pour le volet concernant la responsabilité. Mais l'on a vu qu'une responsabilité non assortie de la solvabilité de l'auteur ne constituait qu'une vaine espérance d'indemnisation.

Aussi la jurisprudence va-t-elle attaquer sur un deuxième front, celui de l'efficacité du contrat d'assurance. L'offensive se scindera en deux branches :

– la première concerne le domaine d'application temporel du contrat. Lorsque le fait dommageable intervient pendant la durée d'effet du contrat, la victime bénéficie de celui-ci alors même qu'il est résilié ou qu'une clause limite la garantie aux réclamations présentées pendant le délai fixé (Cass. civ., 27 février 1985, RGAT 1985, 285, et les 4 arrêts de principe rendus par la première chambre civile le 19 décembre 1990, RGAT 1991, 155, conclusions Charbonnier et note J. Bigot) ;

– la seconde vise la protection du consommateur par référence implicite à la loi du 10 janvier 1978 (article 35). La première chambre civile de la Cour de cassation décide de réputer comme non écrite et relevant d'un caractère abusif une clause procurant un avantage excessif au professionnel qui l'impose au consommateur (Cass. civ., 14 mai 1991, RGAT 1991, 843, note J. Kullmann). Inutile de souligner que la planche était savonnée en direction des contrats d'assurance, ce que n'avait pas manqué d'observer la cour de Lyon, quelques semaines auparavant (Lyon, 28 mars 1991, *ibid.* 1991, 900). Le juge qualifie d'abusives la clause du contrat qui ne lui convient pas. En bref, le magistrat réécrit le Code civil, le Code des assurances et, d'une manière plus générale, la loi. L'interprétation de celle-ci ne lui suffit plus.

Telle est, brossée à grands traits, la situation française en matière de responsabilité et d'assurance de ce risque. Mais ce n'est pas tout, puisqu'il est nécessaire d'ajouter la strate communautaire.

### III. FLUX COMMUNAUTAIRE : LA MARCHÉ À LA SÉCURITÉ

La sécurité de l'usager, vue de Bruxelles; contraint à un réaménagement du chantier commun à la responsabilité et à l'assurance. En effet, le Conseil de ministres décide, le 14 avril 1975, de proclamer le droit du consommateur à la santé, à la sécurité, à la réparation des dommages, etc.

Une directive, celle du 24 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, voit le jour dans cette perspective, tandis qu'une proposition de directive sur la responsabilité du prestataire de services demeure encore sur la voie de garage. La finalité de ces deux textes est claire :

- reléguer la faute au magasin des accessoires ;
- estomper le contenu du contrat faisant obstacle à la réparation du dommage.

En bref, la notion de faute est écartée au profit de celle de risque créé. La directive de 1985 établit une responsabilité sans faute dès lors que le lésé prouve le dommage, le défaut de la chose ainsi que le lien de causalité entre ces deux éléments.

Reste un point épineux dont la solution est laissée au choix des Etats membres : celui du risque de développement. On sait que ce problème préoccupe les autorités françaises au point que le texte, en traduisant le contenu de la directive dans notre droit, est resté au stade de futur achèvement.

On comprend l'hésitation sur le parti à prendre si l'on se réfère au précédent du virus HIV en considérant le sang comme un « produit ». Comment imputer à faute à un fabricant l'ignorance d'un fait que personne ne pouvait connaître ? Et comment faire supporter les conséquences de cette ignorance à des assurances incapables de mesurer le risque et d'en assurer la charge financière ?

N'est-ce point le moment d'affirmer que l'expérience ne sert à rien chez les fabricants de doctrine ou de dogmes ? En effet, le dossier de l'asbestose comme celui du DES ont montré que la première puissance économique de la planète éprouve de sérieuses difficultés à financer, même sur une longue période, les ravages causés par des produits dont la nocivité, notamment en ce qui concerne le second, échappait à toute prévision. A cet égard, la « socialisation » du risque de développement et son indemnisation intégrale relèvent de l'utopie majeure, estiment, non sans raison, la plupart des scientifiques. Seul le plafonnement, joint au concours collectif des assureurs et des réassureurs, pourrait permettre d'avancer dans cette voie. Il est clair que l'on ne peut assurer un risque nucléaire illimité. Comme l'indiquait l'actuel bâtonnier du barreau de Paris : « On évolue vers une prise en considération de facteurs économiques pour définir la règle de droit » (entretiens de Nanterre 1991, JCP supplément n° 5, 1991 page 32, rapport de synthèse de M<sup>e</sup> Georges Flécheux).

Paroles prophétiques si l'on se réfère à l'accident de parcours subi par la seconde mouture de la proposition de directive sur la responsabilité du prestataire de services (JOCE du 18 janvier 1991). Le texte présenté par la Commission le 9 novembre 1990 prévoyait que le prestataire est tenu pour responsable de sa faute, mais que la preuve de l'absence de faute lui incombe, la victime étant obligée de prouver l'existence du dommage ainsi que le lien de causalité entre celui-ci et la prestation. On imagine aisément que le renversement de la charge de la preuve n'était pas passé inaperçu aux yeux des prestataires de santé notamment. Appelé à donner son avis sur le texte proposé, le Comité économique et social le rejeta lors de sa séance du 3 juillet 1991. Les critiques furent drues :

- inutilité d'un bouleversement dans le cadre juridique existant actuellement dans tous les pays de la Communauté ;
- aucune mention d'une obligation d'assurance ;

- dépassement de la compétence de la Commission en voulant uniformiser le droit civil des Etats membres ;
- frein à toute recherche et à toute innovation dans les domaines d'activité des professionnels libéraux ;
- conduite vers une médecine défensive, une consultation juridique commerciale et fiscale défensives et une assistance défensive par les architectes, ingénieurs et maîtres d'œuvre de la construction, ce qui n'est pas le but recherché par les consommateurs ;
- surcoût des prestations, impossible à supporter par les régimes de sécurité sociale et par les consommateurs ;
- multiplication des examens, audits, appels à experts...

Enfin, pour clore l'ensemble et souligner le caractère lumineux de certains aspects de la proposition, le Comité posait la question de savoir si la potion envisagée s'appliquait à la responsabilité contractuelle seulement ou si elle visait également la responsabilité quasi délictuelle. Il s'inquiétait de savoir si l'on pourrait exiger des compagnies d'assurances une couverture illimitée des dommages et à quel prix.

A ce stade de l'avancée des idées, jetons un coup d'œil sur la situation du couple « responsabilité-assurance » hors de la CEE.

#### **IV. COURANTS D'IDÉES : LES RÉALISATIONS HORS DE LA CEE**

Le couple précité a durement souffert à l'est de notre continent ainsi qu'outre-Atlantique, mais pour des motifs différents.

A l'Est, et jusqu'en 1975, l'URSS souhaitait créer un régime de sécurité sociale rendant inutile l'assurance des véhicules terrestres à moteur. L'objectif consistait à traiter le problème de la réparation par le recours à la solidarité marxiste. Il fallut déchanter : le régime ne possédait pas les ressources nécessaires. Quant à la solidarité, elle n'existait que dans les esprits au point que les détenteurs de véhicules se soustrayaient de plus en plus fréquemment à la souscription de l'assurance volontaire. Ainsi instaura-t-on une obligation d'assurance octroyant de chiches prestations aux victimes.

Aux États-Unis, la crise de la responsabilité civile est trop connue pour qu'il soit utile de l'évoquer davantage. Le cas du Canada est plus instructif. Dans un cas comme dans l'autre, c'est le montant des indemnités d'abord et la manière d'apprécier les responsabilités ensuite qui ont ébranlé l'assurance.

Les réactions canadiennes furent brutales :

- fixation d'un plafond, par la Cour fédérale d'Ottawa, concernant les préjudices extra-patrimoniaux ;
- adoption par les assureurs d'un plafond de garantie n'excédant pas 2 millions de dollars canadiens, mesure rendue nécessaire par le retrait des réassureurs ;
- création d'une régie nationale prenant en charge, dans l'État du Québec, la

réparation forfaitée du préjudice corporel lié à l'utilisation des véhicules terrestres à moteur.

L'invasion de la jurisprudence californienne avait contraint la plupart des cliniques à fermer leurs portes, notamment celles qui pratiquent l'obstétrique. Résultat concret : les sages-femmes, disparues de la circulation depuis des décennies, reprirent du service au domicile des parturientes. La « grève » de l'assurance avait ramené le bon peuple à la réalité du cours normal des choses. Les États-Unis, comme le Canada, sont riches d'expériences tirées de systèmes originaux avec les plans, étatiques et diversifiés, de réparation forfaitaire sans égard à la faute de la victime –conducteur compris– dans le domaine des accidents de la circulation.

Aux antipodes, la Nouvelle-Zélande a mis au point un mécanisme d'indemnisation unique, quelle que soit la qualification de l'atteinte corporelle : accident de la vie privée, du travail ou de la circulation. Deux fonds gèrent l'ensemble des risques, l'un traite les accidents de la circulation, l'autre, les accidents du travail et de la vie privée. Ces fonds sont alimentés par les entreprises et les travailleurs indépendants, ainsi que par une taxe sur les véhicules. L'indemnisation est barémée.

N'allons pas plus en avant dans cette excursion, une excellente étude ayant réuni l'ensemble des réalisations dignes d'intérêt (A. Tunc, *La Responsabilité civile*, Economica, 2<sup>e</sup> éd. 1990).

Nous parvenons au point où une réflexion utile peut être amorcée sur :

- les avantages et les inconvénients des choix ;
- leurs coûts respectifs ;
- les limites à observer pour assurer la pérennité des systèmes ;
- les dispositions à prendre pour éviter les comportements abusifs des payeurs et des bénéficiaires.

## **V. LE CHOIX DE SOCIÉTÉ : LEQUEL ?**

Chacun peut faire le bonheur du peuple avec son porte-plume ou sa salive.

Mais que souhaite le peuple, en France, dans le domaine considéré ? Les résultats enregistrés sept années après la promulgation de la loi Badinter apportent une série de réponses encourageantes :

- un système d'assurance dont le coût soit supportable ;
- un mécanisme d'indemnisation intelligible ;
- des médecins diligents et compétents ;
- une assistance juridique efficace, éludant le contentieux ;
- enfin et surtout une prise en charge immédiate du dommage, grâce à l'octroi de provisions.

L'addition : loi du 5 juillet 1985, plus contrat de protection juridique, plus garantie avance sur recours du conducteur en cas de faute de sa part, aboutit à l'indemnisation des préjudices sans incident de parcours dans 90 % des acci-

dents de la circulation. L'individualisme du Français, est-il besoin d'être un éminent sociologue pour le découvrir, ne le prédispose pas à se tourner vers la socialisation paperassière et onéreuse, même si le risque, lui, est social.

D'où la confusion fréquente, sinon rituelle, entre risque social et socialisation des mécanismes d'indemnisation. Confusion qu'il faut bien se garder de commettre. En effet, notre culture latine nous incite tout naturellement à compter sur l'effort d'autrui pour bénéficier de prestations confortables, à imputer au voisin la responsabilité du dommage survenu. Le taux de contentieux des pays du Sud, comparé à celui des pays du Nord, signe ce constat. Même observation en ce qui concerne le taux de souscription des assurances de personnes. Si notre score est médiocre, c'est parce que le fautif, c'est forcément le voisin.

En ce sens, la responsabilité objective généralisée serait un merveilleux ressort pour le développement de l'assurance.

On peut même se demander pourquoi l'humeur des assureurs est chagrine en présence des hécatombes, des condamnations excessives et des projets, par exemple celui qui vise le risque de développement ? Ces éléments, comme l'effet rétroactif de la jurisprudence sur le jeu des contrats résiliés ou la recevabilité des réclamations tardives, sont, à terme, favorables au développement du chiffre d'affaires... à la condition de survivre avant la rentrée des cotisations futures !

Mais revenons au « risque social ».

Comment un peuple individualiste affiche-t-il une telle détermination, du moins chez son élite, à se réfugier dans le « social » ? La filière est aisée à repérer ainsi que la chronologie :

- 1850 : apparition et développement de l'assurance individuelle ;
- 1898 : obligation d'assurance du risque « accident du travail », risque social ;
- 1930 : assurances sociales maladie ;
- 1945 : Sécurité sociale ;
- 1951 : Fonds de garantie automobile ;
- 1958 : assurance automobile obligatoire ;
- 1978 : assurance responsabilité civile décennale obligatoire ;
- 1978 : réparation forfaitaire et limitée des infractions ;
- 1986 : indemnisation des victimes d'attentat ;
- 1990 : indemnisation intégrale des victimes d'infraction ;
- 1991 : indemnisation des victimes de la séropositivité et du sida.

Cette énumération n'est pas innocente : elle montre un trait de notre culture. En effet, à l'origine, chacun paie pour lui-même. Puis l'on paie anonymement pour autrui au sein d'une mutualité. Enfin, l'Etat-providence pourvoit de diverses manières, d'abord en tenant compte des besoins de la victime, puis en indemnifiant largement le riche et chichement le démuné.

Sommes-nous en présence de risques sociaux ou d'une socialisation des risques ?

Regardons les choses autrement, sous l'angle des droits. En deux siècles, le

capital de devoirs que comportait la notion de faute a été continuellement phagocyté par la naissance des droits, ce dont on ne pourrait que se féliciter si les obligations à la qualité des comportements et des produits avaient suivi le même développement. Ne nous étonnons pas de la dissolution de la responsabilité, mais également d'une civilisation technicienne fertile en sources de dommages. En fait, nous avons masqué, sous l'étiquette de « progrès », notre incapacité à maîtriser la conduite des individus. Un tel constat ne risque en rien d'éveiller un écho. Son caractère obsolète n'a rien de « porteur ».

C'est ainsi que tout devient social et politique dans notre univers : le cancer du fumeur, du fait de la pollution de l'atmosphère, l'overdose, en raison du manque d'information ou de la mauvaise qualité du produit, l'analphabétisme, faute de savoir-faire chez l'enseignant...

L'aléa thérapeutique, lui aussi, est un risque social. Comme la naissance qui aurait pu être éludée grâce à des examens prédictifs de qualité, comme la mort dont on aurait pu différer la survenance. Droit à la santé certes, et pour bientôt droit à l'immortalité...

Un juriste débutant verrait dans la montée de ces phénomènes un cas de responsabilité *in solidum* conduisant chacun à répondre, selon sa force contributive, de l'événement fâcheux survenant à son prochain, qu'il soit ou non l'artisan de son propre malheur. Ainsi retrouverions-nous l'altruisme prôné par les religions. Malheureusement, les bons samaritains ne fabriqueront jamais assez de couches-culottes pour en garnir les candidats à l'assistance! Un esprit ni savant ni malicieux ne tarderait pas à discerner trois zones dans le problème de l'aide à autrui :

- celle de la solidarité humaine dont les États, selon l'étendue de leurs moyens financiers, fixent le niveau et désignent les bénéficiaires ;
- celle de la solidarité mutualiste réunissant par affinité sociale, professionnelle ou géographique les personnes désireuses de s'entraider au sein d'un groupe ;
- celle de l'assurance – individuelle ou de groupe – grâce à laquelle le citoyen s'estimant insuffisamment garanti par la solidarité de base pourra organiser son statut à sa guise et à ses frais.

En conclusion, il existe trois sortes de mécanismes :

- ceux qui fonctionnent ;
- ceux qui peinent à fonctionner ;
- ceux qui ne fonctionnent plus ;

La solidarité intégrale a montré ses limites à l'est de l'Europe, ce qui épargne de l'encre pour en évoquer l'historique.

Peinent à fonctionner les systèmes qui embrassent trop. Ne citons aucun État puisque nous sommes environnés de pays qui vivent cette situation.

L'assurance, elle, fonctionne normalement au sein de la CEE. Il ne s'agit pas d'un plaidoyer corporatif, mais d'un constat.

## VI. ÉCONOMIE ET RESPONSABILITÉ : LES SEMELLES DE PLOMB

Nul ne génère la finance destinée à la compensation des préjudices. A la limite, l'État peut, pendant un certain temps et de diverses manières, fabriquer de la monnaie. L'assureur est enserré en permanence dans une équation de base : cotisations + produits des placements = coût des sinistres + frais de gestion avec un résultat final :

en + = bénéfices

en - = pertes

Partant de là, que constate-t-on dans notre réseau complexe de mécanismes destinés à compenser les préjudices corporels ?

Essentiellement, l'inégalité à un double degré :

- 1<sup>er</sup> degré : à égalité de risque couru et payé comme tel par la personne garantie en responsabilité civile, la riche victime d'un sinistre reçoit plus que le pauvre placé dans la même situation ;

- 2<sup>e</sup> degré : les systèmes octroient des prestations et des compensations inégales à dommage comparable :

• l'auteur d'un attentat, identifié et solvable, paiera plus qu'un automobiliste coupable d'une faute frôlant le caractère intentionnel ;

• la victime d'un accident de travail blessée, ou ses ayants droit en cas de décès, par son employeur dans le cadre d'un accident de la circulation recevra moins que le droit commun si le véhicule de cet employeur est seul impliqué ;

• la victime bénéficiaire du régime de l'invalidité sera plus chichement traitée, car le capital à recevoir du responsable sera amputé de la rente versée par l'organisme social, de sorte que ce capital produira moins de revenus.

Ce bref rappel des réalités ne constitue pas un plaidoyer en faveur d'une réparation rectiligne. Il a simplement pour objet d'expliquer que la « socialisation » de la réparation ne correspond, tant s'en faut, ni aux besoins de la victime ni à la *restitutio in integrum*, puisqu'elle se situe tantôt à égalité, tantôt au-dessus. Ainsi y a-t-il place, dans un régime de liberté, pour les trois zones de réparation, celle qui relève de la solidarité nationale ayant pour mission, semble-t-il, d'assumer au moins les besoins vitaux de la victime.

Les enjeux économiques de la responsabilité civile ont été abondamment et clairement exposés par d'éminents auteurs. Le législateur en a été conscient puisque, nous l'avons déjà souligné, il a imposé plus d'une cinquantaine d'obligations dans ce domaine, son souci consistant à sécuriser l'exécution des contrats. Le risque de responsabilité civile est un élément délicat à maîtriser en raison de la forte dose d'inconnu dans la civilisation technologique qui recouvre le globe.

Sa finalité économique réside dans une série de transferts à double sens :

- du cotisant vers l'assureur ;

- de l'assureur vers les victimes.

Cet aller et retour ne crée guère de richesses économiques. Il permet de

sauvegarder le patrimoine du responsable, moyennant le versement d'une prime annuelle, et de compenser le dommage causé à la victime. On voit que le régime juridique de la responsabilité n'est pas neutre quant à son incidence financière : le flux de cotisations drainé par la responsabilité objective ou de plein droit est très supérieur à celui qui découle de la faute. Un système non plafonné dans son montant de réparation est plus onéreux qu'un système forfaitaire. L'enjeu économique provoque parfois des réactions drastiques. Ainsi l'Espagne, Etat membre de la CEE, a-t-elle dû élever ses plafonds de garantie pour respecter la directive du 30 décembre 1983 et les délais impartis au titre de l'assurance automobile obligatoire. Aussitôt, la générosité des magistrats a creusé des trous que les automobilistes n'ont pu combler. D'où un ordre ministériel en date du 5 mars 1991 introduisant un barème financier, lui-même assorti d'un barème médical destiné à la mesure des séquelles.

Concluons : sans évoquer Bhopal ou les marées noires désormais célèbres, l'assurance de responsabilité demeure un exercice délicat dont le résultat, à l'image du risque, est toujours aléatoire.

Bien imprudents sont les apprentis-sorciers qui prêchent le « tirage vers le haut » du montant des indemnités au motif que l'argent ne compense qu'imparfaitement les atteintes corporelles. Savaient-ils que, depuis de très nombreuses années, le « coût » des dommages corporels croît exactement du double de l'indice des salaires ? Aussi la France fait-elle bonne figure au classement européen. Trop timides, les assureurs ne le font pas savoir.

## **VII. TIMIDITÉ CHEZ LES ASSUREURS : POURQUOI ?**

Au début naquirent les risques de responsabilité civile. Et, parmi les risques, il y avait ceux qui étaient d'apparence assurable et ceux qui ne l'étaient point.

Puis vint l'instant où l'on affirma qu'il n'y avait pas de mauvais risques, mais seulement des risques mal tarifés.

Les assureurs s'enhardissent lentement, à l'abri de multiples précautions de forme et de fond, générateurs de contentieux. Les juristes s'en donnèrent à cœur joie, persuadés de détenir les clefs de la vérité et des mécanismes indispensables à la bonne marche du risque accident du travail et automobile (les chevaux et voitures avaient disparu).

Le risque accident du travail se détacha tout seul de l'arbre de la pseudo-responsabilité civile, malade du juridisme. Inquiets de ce précédent, les assureurs réfléchirent à la manière de conserver la responsabilité civile des véhicules automobiles. La mécanographie, puis l'informatique allaient leur permettre, grâce à l'embouteillage provoqué par la rédaction des constats de police et les arbitrages, de mettre en place un barème de responsabilité. Le système IDA naquit et le coup de pouce donné en 1968 par la Direction des assurances aboutit à l'unification des méthodes et à l'envol de la convention visant les dommages matériels.

La tentative faite dix ans plus tard au titre des blessures sans incapacité permanente tourna rapidement court, l'une des familles de l'assurance s'empressant de l'étouffer au motif qu'elle eût souhaiter faire mieux... La loi Badinter lâcha du lest à l'égard de certaines victimes mais maintint le régime de la faute entre les conducteurs. Elle autorisa la subrogation de l'assureur de personnes au titre de la garantie d'avance sur recours (article 33).

Les assureurs avaient enfin l'outil leur permettant d'apporter un service d'autant plus apprécié de leur client que celui-ci avait la faculté de souscrire une garantie couvrant l'équivalent de ce qu'il aurait reçu en droit commun s'il n'avait pas été fautif. En clair, par le biais de cette assurance, dont le coût ne dépassait pas le quart ou le cinquième de la prime réclamée au titre des dommages au véhicule, le conducteur fautif bénéficiait de la *restitutio in integrum*. Hélas ! l'acharnement de la concurrence allait éclipser cette opportunité, de sorte qu'un conducteur sur deux joue à la roulette russe sans le savoir.

L'occasion de mettre à profit cette panoplie sécuritaire et peu onéreuse se présenta l'année suivante, en 1986, avec les actes de terrorisme. Une seule société s'y employa, de sorte qu'il en résulta la création d'un fonds de garantie.

Une autre circonstance s'offrit avec les handicapés graves victimes de leur faute ou de la malchance. Là, l'obstacle fut d'ordre idéologique : n'était-on pas dans la sphère de la solidarité nationale, voire de la mutualité, plutôt que dans celle de l'assurance ? La montagne n'accoucha pas même d'une souris une fois le projet de contrat mis sur la table de l'autorité compétente.

L'objection en forme de leitmotiv ne varie pas : que fera-t-on pour ceux qui ne s'assureraient pas ?

Le risque thérapeutique circule dans les conférences depuis dix-sept ans. Le contrat « avance sur recours » existe. Il est commercialisé par un assureur qui s'en trouve bien. Que font les concurrents ? Ils attendent benoîtement une loi parfaitement inutile, encore que quatre ou cinq propositions soient déjà glissées dans le moule parlementaire...

Un esprit simpliste en vient à se demander si le moment n'est pas venu d'inviter fermement chacun à faire son métier :

- débarrasser l'Etat de ce qui ne relève pas de la solidarité de base ;
- renvoyer les fonds de garantie, comme c'est le cas chez la plupart de nos voisins, au sein d'un organisme unique : le Bureau de l'assurance, ce qui libérera les victimes et leurs conseils des affres processuelles auxquelles ils doivent faire face ;
- ce faisant, instituer une parité de traitement entre les victimes éligibles à la réparation selon le droit commun ;
- sanctionner les victimes non assurées d'une manière significative.

A une époque où l'on en vient à demander aux médecins de cotiser à un fonds pour n'avoir point guéri le patient, ce langage paraît s'imposer.

Ne confondons pas la charité, la socialisation et la réparation selon le droit commun. A chacun son métier, et aux assureurs de montrer l'exemple. Il ne

suffit pas de geindre à chaque nouvelle création de fonds. Encore convient-il de ne pas les appeler de ses vœux ou de ne pas les susciter par l'inaction.

### **VIII. PERSPECTIVES**

Abstenons-nous de toute digression socio-philosophique sur l'avenir de la responsabilité civile, concept protéiforme dont la géométrie variable joue le rôle de rhéostat : beaucoup de voltage au niveau de l'indemnisation pour certains, moins pour d'autres et aucun pour quelques-uns.

Si le droit est élaboré par les maîtres, et surtout par le législateur, il est essentiellement traité par les praticiens, c'est-à-dire par une race de plantigrades astreints à :

- se hisser sur la pointe des pieds afin de se ménager une vision à 360 degrés sur les évolutions réglementaires et jurisprudentielles ;
- connaître les méandres du comportement, soit comme auteur, soit comme victime, de ce « bon sauvage » qu'est le sujet de droits ;
- conserver la mémoire des rôles successifs remplis au cours des âges par le concept de responsabilité civile ;
- maîtriser les conséquences de brusques écarts capables de mettre en péril l'assurance, support sur lequel il repose depuis 1841, année au cours de laquelle la garantie de la responsabilité civile a été enfin considérée comme licite.

Examinons les trois questions suggérées par le titre de ce propos :

#### **■ Déclin ?**

Réponse affirmative pour le dernier quart de siècle écoulé. L'individualisme et le libéralisme ont joué un rôle moteur à cet égard. A quoi il convient d'ajouter l'incidence du développement de la notion de solidarité. Le monde devenant un village, on a cru que la proximité de l'« autre » engendrerait un courant d'aide mutuelle, alors que l'individualisme a surtout développé la revendication. La multiplication des dommages nés de la civilisation mécanicienne a créé un encombrement que chacun des Etats a traité selon sa philosophie et les instruments juridiques dont il disposait. En France, ce fut la notion de risque et, plus concrètement, dans le domaine des accidents de la circulation, le recours à la barémisation de la responsabilité, cette formule freinant le déclin tout en jouant un rôle préventif.

#### **■ Rémanence ?**

Réponse encore affirmative. En effet, le magistrat ou l'assureur qui utilise la notion de risque, essentiellement dédiée à la distribution des indemnités, conserve en mémoire, au besoin à son insu, le comportement des parties en présence, de sorte qu'il module à sa guise le montant alloué. La responsabilité sommeille, mais elle est toujours là.

### ■ Renaissance ?

Réponse toujours affirmative. Les strates du droit communautaire déjà en vigueur et celles à venir ne risquent pas de tarir l'avenir de la responsabilité civile. Tout au plus assistera-t-on à une assimilation ou à une osmose entre le délictuel et le contractuel.

Ce constat fait, il est permis de regarder autrement le rôle futur de la responsabilité civile et de mesurer le nouvel apport de l'assurance en faveur du comblement des « trous » d'insécurité. En effet, l'objet de l'assurance de responsabilité consiste à indemniser la victime aux frais de l'auteur du dommage. D'où deux sources de défaillance : celle qui provient du régime de la responsabilité et celle qui découle des garanties du contrat d'assurance. A l'évidence, le remède consiste à focaliser le mécanisme de garantie sur la personne de la victime et, par le jeu de la subrogation, à recourir, en aval de l'indemnisation, contre l'assureur de responsabilité. L'idée fait son chemin, depuis que le législateur français a concédé la subrogation à l'assureur « avance sur recours ». Le monde juridique commence à mesurer l'efficacité d'un tel système (Simon Frédéricq, *Risques modernes et Indemnisation des victimes de lésions corporelles*, Bruxelles, Bruylant, 1990). Dans ce cas, l'assurance de responsabilité joue son rôle de bouclier financier pour l'auteur, sans constituer un frein dans le processus de l'indemnisation. Le coût de l'assurance indemnitaire est minoré en raison de la subrogation, et par conséquent accessible.

Parvenu à ce point des perspectives, les institutions prennent leur place :

- l'assistance poursuit son chemin chez les démunis ;
- la solidarité nationale assume sa fonction dans le cadre des régimes sociaux avec la subrogation légale ;
- l'assureur « avance sur recours » supporte la charge temporaire de l'indemnisation immédiate ;
- l'assurance de responsabilité honore le recours de l'assureur précédent à la mesure du régime en cause : faute, présomption, risque, de plein droit, etc., et polarise le maximum du contentieux inéluctable sans que la victime en souffre. En bref, de locomotive, la responsabilité civile deviendrait la voiture-balai.

Il reste à évoquer les vraies questions liées à l'indemnisation des préjudices corporels. On pourrait croire qu'elles sont réglées de longue date. Chemin faisant nous avons constaté qu'il n'en était rien. Le sujet fait du reste l'objet de l'actualité (Y. Lambert-Faivre, *Le Droit et la Morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, chron. XXXIII, D. 1992, 165).

Certes, le monde est devenu un village, répète-t-on, mais un village au sein duquel le nombre des sinistres croît d'une manière exponentielle pour diverses raisons : allongement de la durée de vie, démographie, multiplication des services et des relations contractuelles, gigantisme des installations et des risques industriels, cela sans oublier les moyens de locomotion...

D'où quelques questions :

– les ressources financières étant limitées, doit-on indemniser les victimes selon leurs besoins concrets, ou pratiquer la restitution *in integrum* d'une manière classique, au risque d'enrichir les proches ?

– ne devrait-on pas reprendre les conclusions de la commission Bellet, selon lesquelles l'atteinte à l'intégrité physiologique devrait être indemnisée d'une manière égale au même âge et à gravité comparable afin que le droit commun mérite véritablement son appellation ? (M. le Roy, *L'Évaluation du dommage corporel*, Paris, 11<sup>e</sup> ed, 1988, page 227.)

– quel devrait être le rôle de l'État ? Convient-il de l'accroître ou de le réduire ? N'a-t-il pas perpétué, à son insu, l'idée selon laquelle « l'autre paiera » ? (B. Dillies, « La Bulle sociale », *L'Assurance française*, n° 644, 1992, page 63.)

– en conclusion, comment réorganiser le système afin qu'il explicite dans sa finalité et son fonctionnement les concepts fondamentaux de liberté, d'égalité et de fraternité ?

Peut-on clore ces réflexions sans rappeler à ceux qui administrent la justice que la « poche profonde » des assureurs est percée depuis quelques décennies, de sorte que la modification du contenu des contrats décidée *ex cathedra* ne tarderait pas à provoquer des « risques sociaux » ? Même réflexion à l'adresse des législateurs nationaux ou communautaires. Nos voisins anglais viennent d'en faire l'expérience avec l'effet rétroactif du Water Resources Act.

Etre la « sentinelle du droit » consiste aussi à veiller à la sécurité des institutions ■



# EVOLUTION COMPAREE

## des droits européens de la responsabilité

**MOTS CLEFS :** *responsabilité civile • évolution générale • responsabilité pour faute • responsabilité sans faute • évaluation et indemnisation du dommage • lien de causalité •*

Dans l'évolution générale du droit de la responsabilité civile en Europe (droit national des pays membres, mais aussi droit communautaire), l'indemnisation de la victime est devenue une préoccupation centrale. Le droit de la responsabilité est ainsi en train de se muer en un droit de la réparation des dommages accidentels (- droits des accidents -). Dans un premier stade cette évolution s'est opérée par l'élargissement, ou même l'élimination des conditions de la responsabilité (principalement la faute et le lien de causalité entre l'acte dommageable et le dommage). A l'heure actuelle la discussion porte en outre sur une véritable mise en cause du système même de la responsabilité civile et sur son éventuel remplacement, dans certains domaines, par un système d'assurance directe des victimes ou de fonds collectif d'indemnisation. Une telle approche nécessite une remise en cause des objectifs fondamentaux du droit de la responsabilité civile (indemnisation, prévention). La RC médicale ainsi que la responsabilité pour atteintes à l'environnement forment un excellent terrain de discussion.

### I. VERS UN DROIT DES ACCIDENTS ?

Le problème des dommages que l'on cause à autrui par accident n'est pas nouveau. De tout temps, le droit a été appelé à régler la question de savoir sous quelles conditions la partie lésée peut prétendre à l'une ou l'autre forme d'indemnisation. Nul ne contestera que dans notre société contemporaine, qui se veut hyperactive, extra-kynétique, ultra-technologique, extrêmement dense, les dommages accidentels sont devenus nettement plus fréquents, mais aussi plus graves. La façon dont nos systèmes juridiques ont réagi à ce genre de problèmes et, plus précisément, la façon dont le droit positif a organisé l'éventuelle indemnisation de ces dommages a connu une remarquable évolu-

\* Professeur à l'université de Louvain, K.U.Leuven-Belgique.

tion. A l'origine, c'est-à-dire au début de la société industrielle, le problème a été rencontré par la mise en place et le développement d'un droit de la responsabilité civile basé sur la faute.

Le fait même de mettre ainsi l'accent sur la responsabilité plutôt que sur l'indemnisation ou la réparation, tout comme le fait de concevoir de façon fort restrictive les conditions d'une éventuelle responsabilité (faute, dommage, lien de causalité) faisaient apparaître que la préoccupation centrale de l'époque n'était pas tellement l'indemnisation des victimes ou la réparation des dommages, mais plutôt la limitation des cas où l'homme pouvait être juridiquement tenu de supporter les dommages, les malheurs causés à autrui. D'aucuns ont cru voir dans cette approche une attitude résolument favorable à la liberté d'agir et d'entreprendre ; par ailleurs, on a pu voir dans cette attitude restrictive l'expression du profond souci de protéger une industrie qui, au XIX<sup>e</sup> siècle, ne faisait que débiter et n'était pas encore à même d'assumer l'entièreté des coûts de la production mais aussi celui des dommages qu'elle causait à ses travailleurs, à ses consommateurs, à son environnement<sup>1</sup>.

Aujourd'hui, sous l'influence de plusieurs facteurs, les choses ont changé, l'indemnisation des victimes étant devenue la principale préoccupation. Avec quelque exagération, on pourrait dire qu'à l'heure actuelle la réparation des dommages est devenue un objectif tellement primordial du droit de la responsabilité civile que, dans les faits, celui-ci est en train de se muer en un droit de la réparation des dommages accidentels. Il faut constater que nous en sommes peut-être venus à attacher (un peu) plus d'importance à l'objectif de la solidarité plutôt qu'à celui de la liberté, et que la société postindustrielle elle-même est arrivée au stade où elle doit pouvoir assumer l'entièreté de ce qu'elle coûte à la société : - *Industry must pay its way* - !

Notre propos aujourd'hui est de démontrer et d'illustrer brièvement cette accentuation plus nette de l'aspect - indemnisation - dans le droit de la responsabilité civile. Par la même occasion, nous soulèverons la question de savoir si le moment n'est pas venu de dépasser les frontières du droit de la responsabilité civile pour aller à la recherche de nouveaux cadres de réflexion ou de nouvelles classifications du droit positif en ces matières.

A cet égard, certains auteurs, parmi lesquels les plus éminents<sup>2</sup>, ont été amenés à parler de l'émergence d'une nouvelle branche du droit, qualifiée de droit des accidents. Ce droit viendrait, sinon remplacer, à tout le moins s'ajouter au droit en vigueur de la responsabilité civile.

1. Pour un approfondissement de cette approche voir Grégory, - *Tresspass to Negligence to Absolute Liability* -, *Virginia Law Review*, 1951, pp. 362-365; Calabresi, - *Some thoughts on risk distribution and the law of torts* -, *Yale Law Journal*, 1961, p. 16.

2. Tunc, A., - *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle* -, *Revue internationale de droit comparé*, 1967, p. 757, n° 11. Comparez Atiyah, P.S., *Accidents, compensation and the law*, London, 1970, et Calabresi, G., *The costs of accidents. A legal and economic analysis*, London & New Haven, 1970.

Le vocable « droit des accidents » est déjà bien connu de la majorité des systèmes de droit en Europe occidentale. Ainsi, tous ont développé un droit des accidents du travail et plusieurs d'entre eux un droit des accidents de la circulation routière. A l'heure actuelle, nous assistons à l'élaboration de ce qu'on appelle un droit des accidents de la consommation<sup>3</sup> et l'on évoque parfois des règles adaptées aux accidents domestiques. Peut-être verra-t-on apparaître un jour des règles spécifiques à la réparation des dommages nés des activités de loisirs. De façon très explicite, les dommages causés à l'environnement appellent, de leur côté, l'instauration urgente d'un système juridique spécifique de prévention et de réparation de ces dommages.

Poussant résolument plus avant – au besoin de façon futuriste – l'effort de réflexion, on pourrait concevoir ce nouveau droit des accidents comme l'ensemble des dispositions qui gouvernent l'allocation ou l'aménagement des dépenses de couverture des dommages accidentels. Ce dernier thème devrait alors être compris dans un sens très large pour viser tous les dommages qui, dans un domaine donné, sont causés de façon non intentionnelle à la personne humaine, aux biens et à l'environnement.

Un tel droit aurait pour objectif primordial l'indemnisation des dommages, et dans une telle approche, le transfert de la charge du dommage à une autre personne à travers un système de responsabilité civile (le plus souvent accompagnée d'une assurance de cette responsabilité) serait sans doute le principal, mais non l'unique, procédé tendant à réaliser l'objectif de l'indemnisation.

Dans certains cas bien précis, cette indemnisation pourrait également se faire au départ d'autres sources telles qu'une assurance ou l'un ou l'autre fonds d'indemnisation. Il nous semble cependant que, pour obvier à une véritable socialisation du risque envisagé, le financement d'une telle assurance ou d'un tel fonds collectif devrait nécessairement être pris en charge par un groupe limité comprenant ceux qui, d'une façon ou d'une autre, se trouvent à l'origine du risque particulier en cause.

Dans le droit européen, ici compris dans le double sens du droit national des États européens et du droit communautaire européen, l'évolution du droit des accidents s'est manifestée jusqu'ici à l'intérieur même du droit de la responsabilité civile. Comme nous l'avons déjà évoqué, cette évolution se traduit par une accentuation de l'aspect indemnisation, et ce par le biais d'une modification des conditions de responsabilité. Ces conditions sont, comme on le sait, dans l'expression tout à fait classique du droit de la responsabilité civile, au nombre de trois : la faute, le dommage et le lien de causalité entre les deux.

L'évolution du droit de la responsabilité a consisté dans une « objectivation » graduelle du risque. Cela implique, en premier lieu, que la condition de faute a été éliminée et remplacée par des critères plus « objectifs », mais aussi que le critère de causalité a été remis en cause. Les principales étapes de ce processus

3. Fallon, M., *Les Accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 678 p.

seront décrites ci-après (voir sous II.). Nous tenterons également de démontrer que cette évolution nous a amenés à un point critique, les tendances les plus récentes conduisant à poser, dans certains domaines au moins, la question de savoir s'il ne faut pas aller plus loin encore. Cela impliquerait alors, non seulement que les critères de responsabilité à l'intérieur même de ce système de responsabilité se trouvent altérés, mais que le système lui-même de la responsabilité individuelle soit remis en cause. Des amorces d'une telle évolution plus radicale se dessinent dès à présent dans le domaine des risques thérapeutiques et des risques de dommages causés à l'environnement, mais nous y reviendrons ultérieurement (sous III.).

La présente réflexion sur le thème - responsabilité et indemnisation - devra nous amener enfin à quelques considérations sur l'évolution du concept du dommage, de son évaluation et des modes de réparation. Si l'évaluation des dommages soulève les problèmes communs à tous les types d'accidents, le dommage écologique quant à lui pose des problèmes particuliers qui appellent des solutions nouvelles (voir sous IV.).

## II. ÉVOLUTION À L'INTÉRIEUR DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

A la question de savoir qui doit supporter la charge et le coût des dommages accidentels, la réponse que donnait le Code Napoléon était très claire : c'est la victime qui doit supporter cette charge comme faisant partie des mauvaises fortunes que le sort réserve à l'ensemble des mortels ; la seule exception est celle de l'hypothèse où la victime peut prouver que son dommage a été causé par le comportement fautif d'une tierce personne. Le principe de base était donc bel et bien celui de la non-réparation des dommages accidentels.

La situation n'était guère différente dans le droit des pays de *common law* : le principe de base y était également que *loss must lie where it falls* et qu'il ne pouvait y avoir réparation d'un dommage non intentionnellement causé que dans l'hypothèse d'une faute (*negligence*). A vrai dire, à l'origine, le droit anglo-saxon adoptait une attitude encore plus restrictive à l'égard du droit à la réparation : il mettait à une telle réparation une condition supplémentaire consistant en la *privity of contract* ou la *direct injury requirement*. Le principe de base de la *common law* était, en effet, qu'il ne pouvait y avoir responsabilité qu'en présence d'un rapport étroit et direct entre l'auteur du dommage et la victime.

Ainsi le droit anglais acceptait difficilement que le vendeur d'un produit défectueux puisse, de ce fait, encourir une responsabilité, même non contractuelle, vis-à-vis d'une tierce personne<sup>4</sup>.

4. C'est la règle bien connue de la *privity of contract* - dont la confirmation fut trouvée dans la décision de la Court of Exchequer dans *Winterbottom v. Wright* (1842) et qui fut graduellement éliminée au cours d'une longue évolution jurisprudentielle qui culmina aux Etats-Unis dans la décision de la Cour d'appel de New York dans l'affaire célèbre - *Macpherson v. Buick motor Co.* - (1916). Le processus graduel d'élimination a été décrit de façon magistrale par le Professeur William Prosser, - *The Assault upon the Citadel* -, *Yale Law Journal*, 1960, p. 1099 et suiv.

Tant le droit de la *common law* que le droit d'Europe occidentale (*civil law*) ont évolué vers une gradue le extension des circonstances dans lesquelles il y aurait réparation.

Si pour y parvenir, le droit anglo-saxon avait, en comparaison avec le droit continental, à franchir un obstacle supplémentaire (c'est-à-dire le critère de la *privity* en plus de celui de la *negligence*), son évolution a peut-être été plus rapide et plus spectaculaire, surtout en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la *product liability*. Dans ce domaine, comme on le sait, le droit américain a évolué très vite et résolument vers un régime de *strict liability without privity*, c'est-à-dire la responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle sans faute. En Europe, l'évolution vers une responsabilité accrue (et une multiplication des cas de compensation) fut peut-être plus lente, mais également plus profonde. Elle a débuté par l'élimination graduelle, dans un nombre croissant de cas, de l'exigence de la faute comme condition de la responsabilité. Dans une moindre mesure, la deuxième condition de la responsabilité civile, c'est-à-dire celle du lien de causalité, a également été remise en cause.

A un régime de responsabilité civile basé sur la faute, on reproche en premier lieu qu'il est injuste de faire dépendre l'indemnisation de la victime de la question de savoir si l'auteur du dommage a ou non commis une faute, cela constituant du point de vue de la victime une circonstance tout à fait fortuite et dès lors irrelevante. A tout le moins, dit-on en second lieu, il est injuste d'imposer à la victime la charge de la preuve de la faute commise par le défendeur, une telle preuve nécessitant, en effet, une connaissance précise des circonstances de la survenance du fait dommageable, connaissance qui sera normalement inaccessible dans le chef de la victime.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence est venue au secours de la victime en instaurant une présomption réfragable de faute et donc en renversant le fardeau de la preuve. La signification et la portée exacte d'un tel renversement dépendent évidemment, dans une large mesure, de la définition précise de la façon dont la présomption doit être renversée. Si la présomption ne peut être renversée que par la preuve de l'absence de faute dans le chef du défendeur, l'on reste en réalité dans un régime de responsabilité pour faute. Si, par contre, la présomption ne peut être renversée que par la preuve précise de la cause exacte du dommage ou du fait que cette cause constitue un cas de force majeure dans le chef du défendeur, l'on se trouve déjà beaucoup plus près d'un régime de responsabilité objective (responsabilité sans faute)<sup>5</sup>.

On trouve un exemple notoire de cette technique dans la jurisprudence allemande relative à la responsabilité civile produits ou responsabilité du fabricant

5. Nous évitons de nous référer ici à la distinction, devenue classique dans la classification des obligations contractuelles mais aussi des obligations non contractuelles, entre les obligations de résultat et les obligations de moyen. Voir ci-dessus: Mazeaud & Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1, sixième éd., 1965, n° 103 et suivants.

d'un produit défectueux. Contrairement à la jurisprudence d'autres pays européens, tels que la France, les juges allemands ont cherché la solution du problème de la responsabilité civile produits, non pas dans l'élimination de la faute comme condition de responsabilité (telle que basée sur le 2 823 BGB), mais dans l'instauration d'une présomption de faute difficilement réfragable. Dans le fameux *Hühnerpestfall*, le Bundesgerichtshof a décidé, en effet, que la défectuosité d'un produit fait présumer la faute du fabricant, celui-ci n'échappant à la responsabilité qu'en prouvant que les circonstances qui ont causé le défaut n'impliquent aucune faute de sa part<sup>6</sup>.

On trouve un autre exemple très intéressant de la technique du renversement du fardeau de la preuve dans la proposition de directive européenne sur la responsabilité du prestataire de services<sup>7</sup>. Ici, il est dit clairement que le prestataire est responsable du dommage causé par sa faute à la santé et l'intégrité physique des personnes et des choses, mais qu'il incombe à ce prestataire de services de prouver l'absence de faute. On remarquera que la notion de faute est définie d'une façon très large, de sorte que la preuve de l'absence de faute sera difficile à fournir. Il ressort, en effet, du texte et des considérants introductifs que la faute du prestataire de services doit s'apprécier par rapport à l'attente qu'on peut légitimement avoir quant à la sécurité de ce service. Une telle définition se ramène en réalité à considérer comme fautif tout comportement résultant en une insécurité du consommateur ou de l'utilisateur. On se demande comment une telle preuve peut être fournie. A vrai dire, la proposition de directive, tout en disant se rallier à la notion de faute, en arrive à contourner la condition de la faute, voire à l'éliminer, en lui donnant une définition tellement large que cette notion s'en trouve vidée de toute sa substance.

En effet, afin de réconcilier les demandes toujours plus insistantes d'indemnisation de la part des victimes d'accidents avec le principe général de la faute, tel que contenu dans l'article 1382 du Code civil français, les cours et les tribunaux ont eu principalement recours à trois techniques : d'abord, le renversement du fardeau de la preuve, ensuite l'extension de la notion de faute, enfin, la véritable objectivation de la responsabilité par l'instauration d'une présomption irréfragable de responsabilité.

Des exemples du premier procédé ont déjà été décrits ci-avant. On trouve un très frappant exemple de la technique de l'extension de la notion de faute dans la

6. *Bundesgerichtshof* 28 novembre 1968, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, p. 269 avec note U. Diederichsen. La cour souligne la différence entre le régime ainsi instauré et celui de sa jurisprudence antérieure basée sur le *Beweis des ersten Anscheins*. Sous un tel régime de preuve *prima facie*, le défendeur échappe déjà à la responsabilité en apportant la *Gegenbeweis*, où il lui suffit de prouver que le dommage a pu être causé par une circonstance n'impliquant aucune faute de sa part.

7. Proposition de directive présentée par la Commission le 9 novembre 1990, *Journal officiel* n° C 12 du 18 janvier 1991. Voir à ce sujet notamment Bourgoignie, Th., *Liability of Suppliers of Services in the European Community: the Draft Council Directive*, *European Consumer Law Journal*, 1991, p. 3; Gbestin, J. et Markovitz, Y., *L'adaptation à la responsabilité des prestataires de services de la directive de la Communauté économique européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, *Revue européenne de droit de la consommation*, 1989, p. 147; Fagnart, J.L., *La proposition de directive sur la responsabilité du prestataire de services*, *Bulletin des assurances*, 1991, p. 236.

jurisprudence qui affirme que tout manquement à une obligation contractuelle causant préjudice à un tiers constitue une faute délictuelle. - La solution la plus nette en ce sens, écrit le professeur Geneviève Viney, a été l'affirmation par la Cour de cassation que la mise sur le marché d'un produit défectueux constitue en soi une faute délictuelle de nature à engager la responsabilité de l'article 1382 du Code civil (...). Cette interprétation de la notion de faute délictuelle a donc permis de rendre le fabricant ou le vendeur responsable vis-à-vis des tiers à peu près des mêmes faits que ceux dont il répond sur le terrain contractuel à l'égard de l'acquéreur du produit<sup>8</sup>.

Dans l'élimination de l'exigence de la faute, les jurisprudences française et belge sont, comme on le sait, allées plus loin encore en instaurant des présomptions de faute, cette fois-ci irréfragables. On connaît les cas d'application et l'interprétation que les jurisprudences française et belge ont données aux articles 1384 à 1386 du Code civil. Elles ont mené à l'instauration d'une véritable responsabilité objective du fait des choses (art. 1384, al. 1 du Code civil) dans le chef du gardien, ou à l'instauration de la responsabilité du commettant du fait des fautes du préposé (art. 1384, al.1 C.c.) ou de la responsabilité du gardien d'un animal (art.1385 C.c.) ou du propriétaire d'un bâtiment (art. 1386 C.c.).

A juste titre peut-on faire remarquer qu'il n'est pas tout à fait exact de parler d'une présomption de faute lorsque cette présomption est irréfragable. C'est de la raison pour laquelle d'aucuns ont préféré parler d'une « responsabilité de plein droit ». On pourrait également soutenir que ce que la jurisprudence a vraiment fait, dans son interprétation des articles 1384 à 1386 du Code civil, c'est rendre responsable celui qui a créé ou maintenu le risque, ou en a tiré profit. Il ne s'agit donc plus d'une présomption de comportement fautif mais d'une « canalisation » de la responsabilité vers celui qui, sans avoir vraiment causé le dommage, en a créé le risque ou en a tiré profit. On peut soutenir, que dans un certain sens, une telle responsabilité pour risque créé déroge à l'exigence d'un lien de causalité.

C'est surtout par voie législative que s'est réalisé le remplacement de la faute par un autre critère de responsabilité. Ces derniers temps surtout, les exemples sont devenus de plus en plus abondants. On les trouve dans le domaine des accidents du travail, mais aussi dans le domaine de la responsabilité professionnelle du producteur du fait des produits défectueux. Comme on le sait, c'est une directive européenne qui a introduit le régime où le producteur ou l'importateur communautaire sont responsables des dommages causés par un produit défectueux (à la personne humaine ou aux choses privées)<sup>9</sup>. Dans les termes de la directive, un produit présente un défaut lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, compte tenu de toutes les circonstances.

On trouve de nombreux exemples de la responsabilité objective dans le domaine

8. Viney, G. - *L'état de la responsabilité des fabricants et distributeurs en droit français*, *L'Assurance française*, 1-15 février 1989.

9. Directive du 25 juillet 1985 (85/374/CEE). *Journal officiel* n° L 210 du 7 août 1985.

des atteintes à l'environnement, tant dans les conventions internationales (responsabilité objective de l'exploitant d'une centrale nucléaire, ou du propriétaire d'un pétrolier que dans les directives européennes (cf. la proposition de directive du 1er septembre 1989 en matière de responsabilité civile pour dommages causés par les déchets) que dans un nombre croissant de lois nationales<sup>10</sup>. On trouve des exemples dans certaines législations sur les technologies nouvelles, plus précisément sur la technologie génétique. Ainsi, le 1er juillet 1990 est entrée en vigueur la *Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik* qui instaure un régime de responsabilité objective (*Gefahrungshaf-tung*). A noter que cette dernière loi ne connaît pas le moyen de défense bien connu du « risque du développement ».

Depuis toujours, le droit de la responsabilité civile a poursuivi un double but : l'indemnisation de la victime, mais aussi la prévention des accidents.

Le droit de la responsabilité basé sur la faute met l'accent sur l'aspect prévention. Le système de la responsabilité pour faute ne sanctionne pas les dommages inévitables, mais seulement les cas où le responsable aurait pu faire mieux. Celui-ci est donc encouragé à mieux faire. A première vue, un système de responsabilité sans faute semble faire l'inverse en accentuant l'indemnisation de la victime au détriment de l'objectif de la prévention.

Cependant, les partisans des systèmes de responsabilité civile sans faute réfutent cette idée et attribuent à leur système des qualités de prévention aussi bien que de compensation. Un système de responsabilité sans faute joue en effet un rôle de prévention dans la mesure où il contribue à « optimiser » le nombre et la gravité des accidents. Ce dernier aspect nécessite quelques mots d'explication.

Prenons l'exemple de la responsabilité civile du fait des produits défectueux. Lors de l'introduction d'une responsabilité sans faute du producteur (ce qui, comme nous l'avons déjà rappelé, a été réalisé par la directive européenne de 1985, mais bien avant cela déjà, en France, par le truchement de diverses astuces jurisprudentielles), le raisonnement était le suivant. La façon la plus efficace pour prévenir tout accident causé par un produit consiste bien sûr à interdire toute production. Pareille mesure est évidemment trop radicale en ce qu'elle supprime également toute utilité que le produit pourrait avoir pour la société. Il s'agit dès lors d'arriver à une situation où le produit ne cause pas plus d'accidents que ce qui est justifié, compte tenu de l'utilité du produit. Il s'agit en d'autres termes d'obtenir le nombre « optimal » d'accidents. La question est alors de savoir qui doit décider de ce rapport utilité danger. Dans une approche de libre marché et

10. Dans un texte préparatoire d'une communication de la Commission européenne du 13 janvier 1992, il est fait mention notamment des textes suivants : « loi belge du 22 février 1974 sur les déchets toxiques ; loi française du 15 juillet 1985 sur les déchets ; loi de cadre grecque n° 1650 de 1986 sur la protection de l'environnement ; au Royaume-Uni, la « Environmental Protection Act 1990 » sur les déchets ; loi de base portugaise sur l'environnement, n° 11/1987 ; en Allemagne, le « Umweltbaf-tungsgesetz » 1990.

compte tenu de certaines limites imposées impérativement par la loi, la personne la mieux placée est le consommateur. C'est lui qui décidera si le produit vaut plus que son risque de causer un accident. Pour que cette décision du consommateur soit éclairée, il faut que le prix auquel le produit est acheté reflète fidèlement le coût total que le produit représente pour la société. Celui-ci comprend le coût de production du produit mais aussi celui qui résulte de la réparation des dommages causés par ce produit aux personnes et aux biens. Afin de répercuter le coût des accidents causés par un produit sur le prix de celui-ci (et donc sur l'ensemble de ses acheteurs) il convient d'imposer ce coût à celui qui fixe le prix, c'est-à-dire le producteur. Or, pour arriver à ce résultat, il importe de faire peser une responsabilité dite objective ou stricte sur le producteur<sup>11</sup>.

De son côté, le producteur sera également amené à prendre toutes les mesures préventives des accidents jusqu'au moment où le coût de ces mesures (nécessairement reflété dans le prix du produit) devient tel que le consommateur le juge prohibitif et se tourne vers des solutions alternatives. A ce moment se trouve dépassée la mesure maximale, nous dirions optimale, des mesures préventives (et des coûts). Juste en deçà, se situe le moment où se produira le nombre optimal d'accidents causés par le produit, compte tenu de son utilité telle qu'appréciée par le consommateur.

Tout comme pour la première condition de la responsabilité que constitue la faute, la remise en cause de la deuxième condition qu'est la causalité s'est également faite en deux phases au moins. Dans certains cas, la jurisprudence est venue à l'aide de la victime en lui enlevant le fardeau de la preuve de cette causalité, dans d'autres cas, c'est la notion même de causalité qui a été remplacée – cette fois par voie législative – par d'autres concepts ou conditions, plus favorables à la victime.

On trouve un très bel exemple de ce renversement jurisprudentiel de la preuve dans la jurisprudence allemande relative à la responsabilité du fait des produits. En revanche, on a pu voir dans la loi Badinter (loi du 5 juillet 1985 - tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et l'accélération des procédures d'indemnisation -) l'illustration du remplacement de la condition de responsabilité que constitue la causalité par une autre, plus facile à prouver par la victime. Il s'agit en l'occurrence de la notion d'implication (du véhicule dans l'accident). La jurisprudence semble, en effet, admettre que l'absence de causalité n'emporte pas défaut d'implication<sup>12</sup>.

Les façons dont est remise en cause la condition de causalité doivent, plus encore que l'élimination de la faute, retenir notre attention. L'élimination de la condition

11. A cet égard le professeur Ronald Coase a développé la théorie selon laquelle l'allocation juridique de la responsabilité serait sans réelle importance du point de vue économique, le mécanisme du marché apportant les corrections nécessaires : R. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1-44.

12. Starck, B., Roland, H., Boyer, L., *Obligations, 1, Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> édition, p. 360, n° 844.

de causalité constitue, en effet, un pas assez important vers un système de réparation des dommages sans responsabilité.

L'effacement progressif de la notion de faute et la lente mutation du droit de la responsabilité civile en un droit de la réparation ne doivent pas être considérés comme relevant uniquement du domaine juridique. L'évolution du droit de la responsabilité civile est, en réalité, d'une importance telle qu'on peut la qualifier de *phénomène de société*, c'est-à-dire de phénomène qui trouve ses origines et son explication dans une multitude de facteurs liés à la vie en société.

A la base de cette évolution se trouve indiscutablement une modification de mentalité. Le point de départ n'est pas que chacun doit, en principe, supporter les aléas et les malheurs que le sort lui réserve. Il règne, au contraire, un sentiment voulant que chacun ait un droit à la sécurité corporelle et physique, et par conséquent un droit à l'indemnisation des dommages encourus. Il semblerait que, dans une société de haute technologie, disparaisse la notion de hasard ou de destin. La victime d'un accident refuse de se considérer comme une victime du destin. Dans une société technologique, tout accident, tout dommage est toujours causé par quelque artifice humain ou par une intervention de quelqu'un. Et ce quelqu'un, soit le propriétaire (ou le gardien ou le producteur) de la chose, sera poursuivi en responsabilité. Par ailleurs, cette responsabilité a perdu beaucoup de sa coloration morale. Plus la responsabilité est invoquée, moins elle est ressentie en tant que telle. Plus il y a de cas de *liability*, moins il y a de *responsability*. La responsabilité civile n'est plus nécessairement l'expression d'un reproche et le fait d'encourir une responsabilité n'est plus ressenti comme tel. Il s'agit d'un des risques de la vie moderne qu'on doit maîtriser, spécialement à l'aide de l'assurance.

Or l'assurance de la responsabilité protège contre la responsabilité mais, en quelque sorte, elle l'engendre : *Insurance breeds claims*. Dans les cas extrêmes, on a l'impression que le fait même d'être titulaire d'une assurance de responsabilité devient une raison pour encourir une responsabilité : - Assurance oblige ! - Plus d'une fois, une assurance existe d'ailleurs aussi bien du côté du demandeur que du côté du défendeur. Bien souvent, la procédure en responsabilité ne se déroule pas entre victime et auteur du dommage mais entre *first party insurer* (assureur-accident ayant indemnisé la demanderesse et se trouvant subrogé aux droits de celle-ci) et *third party insurer* (assureur-responsabilité de la partie défenderesse). Il s'ensuit ainsi une dépersonnalisation de la procédure en responsabilité. Par ailleurs, pour autant que la victime décide encore personnellement d'intenter ou non une procédure en responsabilité, elle est encouragée de tous côtés à tenter sa chance. Un grand nombre de conseillers, d'avocats et d'organisations lui offrent leurs bons offices ; bien souvent, ils inciteront leurs clients à tenter leur chance en justice. De tous côtés, on s'efforce de faire baisser ou disparaître les seuils qui barrent l'accès à la justice. Même les assureurs, qui, en leur qualité d'assureurs de la responsabilité, auront souvent à supporter les

condamnations en responsabilité, organisent, financent et stimulent le recours en justice par voie de l'assurance dite de protection juridique.

### III. VERS UNE MISE EN CAUSE DU SYSTÈME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ?

Nous avons pu constater que l'évolution de la jurisprudence se caractérise principalement par une « objectivation » de la responsabilité, qui se réalise soit par l'élimination (explicite ou de façon plus subtile) de la faute comme condition de responsabilité, soit par la canalisation de la responsabilité vers celui qui a créé ou maintenu le risque. Même ainsi présenté dans une toilette « objectivée », le droit de la responsabilité civile continue à faire l'objet de critiques. Si le reproche principal adressé à la responsabilité civile basée sur la faute et visant sa sélectivité non rationnelle dans l'indemnisation des dommages se trouve rencontré par un régime de responsabilité objective, d'autres objections demeurent cependant applicables à une responsabilité civile objective. Un tel régime resterait lourd, lent, coûteux et socialement peu souhaitable.

Ce régime est lourd dans la mesure où il requiert que, dans chaque cas individuel, soit identifiée la cause du dommage, à tout le moins la personne qui est à l'origine du dommage. Un régime de responsabilité civile est lent et coûteux dans la mesure où le procès en responsabilité peut durer longtemps et nécessite la mobilisation de l'appareil judiciaire et l'intervention de conseils qualifiés, parfois même hautement spécialisés.

Enfin, la responsabilité civile, même objectivée, continue à mettre les parties dans une relation ouvertement oppositionnelle, ce qui est particulièrement indésirable chaque fois qu'il devrait y avoir entre elles un rapport de confiance (comme c'est le cas entre patient et prestataire de services thérapeutiques). En dépit de la prétendue déculpabilisation de la responsabilité civile, celle-ci conserve malgré tout un certain caractère punitif. Pour ces raisons, d'aucuns sont allés à la recherche de systèmes d'indemnisation alternatifs du côté de l'assurance.

Il faut dire que dans le débat sur les mérites de la responsabilité civile, le rôle de l'assurance est envisagé avec quelque ambiguïté<sup>13</sup>. D'un côté, c'est la disponibilité de l'assurance de la responsabilité qui a rendu socialement acceptables et économiquement faisables l'extension et l'alourdissement de la responsabilité civile : sans assurance, pas d'activité à risques, et sans risque, pas de progrès. Mais, d'un autre côté, on ne peut nier que l'assurance de la responsabilité enlève en quelque sorte au système de la responsabilité sa justification majeure, c'est-à-dire sa force de discussion, donc sa valeur préventive.

Si le mérite d'un régime de responsabilité stricte consiste à faire peser le coût des

13. Comparez : Markesinis, « La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance », *Rev. int. dr. comp.* 1983, 301 ; Fagnart, J.-L., « La socialisation des risques par les mécanismes de la responsabilité civile et de l'assurance », in *Les Assurances de l'Entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 419.

accidents sur celui qui a créé le risque ou qui peut en faire payer le prix par ceux qui le créent, il est indéniable que l'assurance conduit en quelque sorte à lui enlever cette charge au moins partiellement.

Ce sont cependant les mérites d'un système d'assurance qui sont le mieux appréciés. La transition de la responsabilité pour faute à la responsabilité objective avait, disait-on, pour mérite de couvrir le risque de la non-responsabilité (*liability gap*). A son tour, l'assurance sert à obvier au risque de l'insolvabilité (*solvency gap*). L'assurance assure l'indemnisation des victimes.

De son côté, le responsable est protégé contre la charge excessive et soudaine de la responsabilité encourue, grâce au fait que l'assurance répartit le dommage sur un grand nombre de porteurs du risque.

Par le jeu de la personnalisation des tarifs de primes, et de la disponibilité de l'assurance, ainsi que par l'application d'autres techniques dite de « prévention » (telle que la personnalisation *a posteriori* de la prime, la franchise ou le recours de l'assureur contre son assuré), l'assurance échappe à la critique qu'elle enlèverait à la responsabilité civile toute valeur préventive.

C'est ce genre de raisonnement qui a amené certains à aller jusqu'à abandonner l'idée de responsabilité pour ne garder que celle d'assurance. Cette dernière n'est plus une assurance de responsabilité, mais une assurance de dommages ou de sommes couvrant les victimes potentielles mais souscrite (le plus souvent) par celui qui, dans l'ancien système de responsabilité, aurait pu être le responsable. En raisonnant de la sorte s'est trouvé franchi le Rubicon, et l'on a quitté le territoire de la responsabilité pour entrer dans le domaine des fonds d'indemnisation. C'est donc à des propositions de ce genre-là qu'il nous faut à présent prêter quelque attention.

Les exemples existants de formules de fonds d'indemnisation ou d'assurance-victimes se rencontrent principalement en dehors de l'Europe. On cite souvent l'exemple de l'*Accident Compensation Scheme*, en vigueur en Nouvelle-Zélande depuis 1973<sup>14</sup> bien qu'il s'agisse là d'une formule allant très loin dans la direction d'une véritable collectivisation ou socialisation des risques couverts.

On cite plus souvent le modèle suédois de l'assurance des patients (en anglais *patient insurance*)<sup>15</sup>, ce système original d'assurance sur base volontaire et couvrant l'indemnisation des conséquences d'un accident corporel encouru au cours d'un traitement médical. Très comparable au système suédois est celui qui fut instauré en Finlande en 1986, cette fois par voie légale (loi n° 585 du 25 juillet 1986 sur le dommage-patient<sup>16</sup>).

A vrai dire on trouve un très bon exemple de pareille assurance-victimes dans la loi belge du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. Depuis cette loi, cette

14. Venell, M.A., - *L'indemnisation des dommages corporels par l'Etat : les résultats d'une expérience d'indemnisation automatique en Nouvelle-Zélande*, *Rev. int. dr. comp.*, 1976, 73; Tunc, A., - *Le rapport Pearson sur la responsabilité civile et l'indemnisation des dommages corporels*, *Rev. int. dr. comp.*, 1978, 507.

15. Deprimoz, - *L'indemnisation des accidents thérapeutiques en Suède*, *Juris classeur périodique*, 1981, I, 303R.

16. On trouvera la traduction française de cette loi dans *Risques, Les cahiers de l'assurance*, 1991, 48.

assurance gérée par des compagnies d'assurances privées ne doit plus être considérée comme une assurance de responsabilité. Il s'agit en réalité d'une assurance dommages qui doit obligatoirement être souscrite par l'employeur pour compte de ses travailleurs, la loi prévoyant même que l'employeur qui a exécuté cette obligation échappe à toute responsabilité à l'égard de son travailleur, exception faite de quelques cas très précis (tels que les accidents sur le chemin du travail ou l'hypothèse de la faute intentionnelle).

On retrouve la formule en France, mais à ce stade, uniquement dans des propositions de loi<sup>17</sup> et des propositions doctrinales. Parmi celles-ci, citons, dans le domaine des risques thérapeutiques, celle avancée il y a déjà bien longtemps par le professeur André Tunc<sup>18</sup> ou plus tard par M. Penneau<sup>19</sup> et, tout récemment, par MM. Ewald et Margeat qui plaident en faveur d'une assurance dont la souscription serait assurée par les patients<sup>20</sup>.

Entre-temps la formule de l'assurance patients, à souscrire par les prestataires de soins médicaux, continue à trouver des adhérents dans d'autres pays membres de la Communauté européenne<sup>21</sup>.

Certains experts ont conseillé aux autorités communautaires de s'écarter, pour ce qui est des soins de santé, des principes de la proposition de directive sur la responsabilité des prestataires de services pour instaurer en cette matière un fonds d'indemnisation des accidents thérapeutiques<sup>22</sup>.

Les propositions en faveur d'une formule de fonds d'indemnisation ou d'assurance des victimes ne relèvent plus des seuls milieux académiques. Il semblerait plutôt que la véritable option à laquelle seront dorénavant confrontés les législateurs européens (communautaires et nationaux) sera de savoir si pour certains risques en tout cas, ils entendent passer à l'instauration d'un tel régime d'indemnisation abandonnant ainsi (dans une large mesure) le droit de la responsabilité civile.

Les implications d'un tel choix sont nombreuses et importantes. Il s'agit en réalité d'un choix de société ou, en tout cas, d'une décision dépassant de loin les questions de technique juridique ou même de leur impact économique.

17. Voir l'aperçu donné par Ewald et Margeat, « Le risque thérapeutique », *Risques, Les Cahiers de l'assurance*, 1991, p. 21 et suivants.

18. Tunc, A., *responsabilité civile, Rapport au I<sup>er</sup> congrès de morale médicale, Paris, 1966*, éd. Ordre des Médecins, T. I, p. 23.

19. Penneau, J., « La réforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance », *Rev. int. dr. comp.*, 1990, p. 525-544.

20. Ewald, F. et Margeat, H., « Le risque thérapeutique », *Risques, Les Cahiers de l'assurance*, 1991, 9.

21. Voir en Belgique Fredericq, S., *Risques modernes et indemnisation des victimes des lésions corporelles*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1990, 291 p.

22. Voir le rapport du P. J. L. Fagnart, « Vers une proposition de directive spécifique sur la responsabilité du prestataire dans le secteur des soins de santé ? », présenté au colloque des 7 et 8 février 1992, organisé par le Centre de droit de la consommation de l'UCL sur le thème : « La proposition de directive CEE sur la responsabilité du prestataire de services ».

#### IV. PROBLÈMES LIÉS A L'ÉVALUATION ET L'INDEMNISATION DU DOMMAGE

On peut soutenir, croyons-nous, que dans la plupart des droits nationaux européens, le principe traditionnel en droit de la responsabilité civile est que tout dommage doit être réparé. Certains droits refusent cependant d'étendre l'obligation de réparation aux dommages imprévisibles ou anormaux, ou à certains types de dommages tels que le dommage moral. En plus, les règles relatives à la causalité conduisent à une certaine limitation. Mais dans ces limites, le droit traditionnel de la responsabilité vise la réparation en principe non plafonnée de tous les dommages<sup>23</sup>.

La réparation du dommage se fait soit en nature (rarement), soit par paiement d'une somme d'argent (dans la plupart des cas). Cela implique la délicate entreprise d'une évaluation des dommages, ce qui se fait, non seulement pour les dommages moraux mais même pour les dommages patrimoniaux, selon des méthodes et critères fort divergents. A juste titre a-t-on fait observer que l'harmonisation et l'amélioration, au niveau européen, des règles relatives à la réparation des dommages auraient un impact plus important que la modification des critères de responsabilité.

A la différence de ce qui se passe en droit américain, l'évaluation des dommages et, par conséquent, le montant des indemnisations ou des dommages et intérêts attribués, s'est fait jusqu'ici, dans les droits nationaux européens, avec une modération telle que l'assurance de ces montants n'a pas posé de problèmes insurmontables. Cela à l'encontre de ce qui s'est passé aux Etats-Unis, où l'on voit naître une véritable *liability crisis*. Il serait inexact, à nos yeux, de penser que cette *liability crisis* du système judiciaire américain a été causée par ou est due à l'introduction d'un régime de responsabilité sans faute (*strict liability*). Si tout le système américain de la responsabilité civile (le *private tort system*) se trouve en crise, cela semble être dû davantage, d'une part, aux caractéristiques très spéciales du système judiciaire et du droit procédural américains, d'autre part à la place toute particulière que le droit de la responsabilité civile occupe dans la société américaine.

Le montant de l'indemnisation accordée est augmenté de façon tout à fait artificielle, notamment par l'intervention d'un « jury » dans le processus de décision sur la responsabilité et sur le montant des dommages et intérêts (*jury-trial*), par la rémunération des avocats de la partie demanderesse en

23. On distingue entre les dommages patrimoniaux et les dommages extra-patrimoniaux. Dans la première catégorie, on distingue entre le dommage aux personnes, le dommage aux choses et le dommage purement économique ou financier.

Le dommage aux personnes se traduit en coûts de soins médicaux et autres dépenses mais aussi en perte de revenus et de jouissance, soit dans le chef de la victime elle-même, soit dans le chef de ses ayants droit en cas d'accident mortel. On comprend la différence entre le dommage aux choses et le dommage purement patrimonial. Ce dernier consiste en un préjudice financier et il peut ou non être la conséquence d'un dommage aux choses.

Certains droits nationaux européens entendent faire réparer aussi le dommage extra-patrimonial, tel que le dommage moral c'est-à-dire les peines ou souffrances et le préjudice d'agrément.

pourcentage du résultat obtenu (*contingency fee system*), par la possibilité d'attribution à la partie demanderesse de sommes importantes non à titre de compensation du dommage mais à titre de pénalisation de la faute caractérisée du défendeur (*punitive damages*). Au demeurant, la fréquence des appels aux procédures en responsabilité y est influencée également par l'existence d'un corps d'avocats spécialisés en la matière et sans doute aussi par l'absence d'un système adéquat de sécurité sociale.

Les problèmes auxquels notre système de responsabilité civile se trouve confronté au niveau de l'indemnisation des dommages sont d'une autre nature et d'une autre origine. Ils trouvent actuellement leurs meilleures illustrations dans les questions nouvelles soulevées par le droit de la réparation des dommages écologiques.

Un premier problème concerne la nature du dommage écologique. Celui-ci diffère des catégories classiques en ce que le dommage écologique type consiste, en premier lieu, en une détérioration de la qualité de l'environnement n'impliquant très souvent que des dommages à des *res nullius* ou des *res communes* ; il s'agit en réalité de dommages collectifs dont l'évaluation aussi bien que la réparation font problème. La tendance la plus récente en cette matière consiste à considérer les dommages comme réparables, tout en attribuant aux autorités publiques (parfois à des collectivités à vocation publique telles que certaines associations) le droit à la réparation, et à en évaluer le montant en fonction du coût (raisonnable !) des opérations de restauration ou d'assainissement.

Un autre problème dérive du fait que, dans l'immense majorité des cas, le dommage écologique n'est pas d'origine accidentelle. Les atteintes à l'environnement résultent très souvent de l'effet cumulatif de plusieurs sources de pollution ou « émissions ». Le droit de la responsabilité civile est très mal adapté à ce genre de situations : non seulement les « émissions » qui sont à l'origine du dommage seront souvent considérées comme non fautives ou même comme normales, mais en plus se posent ici des problèmes quasi insurmontables quant à la détermination de la causalité. Ici aussi, la formule des fonds de compensation ou des assurances directes semble mieux adaptée que celle de la responsabilité individuelle.

## V. POUR CONCLURE

Pour conclure ce bref aperçu de la situation en matière de responsabilité civile en Europe, nous voudrions essayer de décrire, non plus l'état général du droit national des pays membres, mais plutôt la tendance du droit communautaire en la matière, telle que ce droit se retrouve dans les quelques directives comportant, en matière de sécurité des consommateurs ou de protection de l'environnement, des règles de responsabilité civile.

A cet égard, trois constatations peuvent être faites :

- primo : la Communauté européenne s'occupe de plus en plus des problèmes de la réparation et de l'allocation des dommages accidentels ;
- secundo : dans les matières dont il s'est occupé, le droit communautaire a opté, sur la base de considérations économiques, en faveur d'un système de responsabilité civile, parfois basé sur la faute, mais le plus souvent sans faute (responsabilité stricte) ;
- tertio : le débat sur un éventuel abandon d'un système de responsabilité et son remplacement par un régime d'assurance ou de fonds d'indemnisation ne fait que débiter.

Dans un premier stade, la Communauté s'est intéressée aux problèmes du droit de la responsabilité civile, aux motifs que, d'une part, la diversité des droits de la responsabilité pourrait mener à une distorsion des conditions de concurrence et à une entrave à la libre circulation des biens et de services, et, d'autre part, dans le domaine de la protection de la sécurité, le marché commun des consommateurs implique et nécessite une égalisation du niveau de protection des consommateurs. Dès avant, mais certainement depuis l'Acte unique, les objectifs se sont élargis de façon à y inclure celui du réhaussement du niveau de protection (du consommateur ou de l'environnement).

Surtout en matière de protection de l'environnement, la Commission européenne s'efforce d'élaborer une politique cohérente en matière de responsabilité : en témoigne notamment le projet de communication de la Commission du 13 janvier 1992 sur la responsabilité en matière d'environnement (*environmental liability*). Dans sa directive de 1985 sur la responsabilité civile du fait des produits défectueux, comme dans sa proposition de directive du 1er septembre 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets, la Communauté a opté pour un régime de responsabilité sans faute. En revanche, dans sa proposition de directive sur la responsabilité civile du fait des services défectueux, la Commission préconise toujours la faute comme critère de base de la responsabilité, tout en donnant au concept de la faute un sens et un contenu extrêmement objectivés et en renversant le fardeau de la preuve. On pourrait qualifier un tel régime de responsabilité de « quasi stricte ».

En matière de responsabilité civile produits comme de responsabilité civile services, il s'agit chaque fois d'atteintes à la sécurité de la personne lésée. Apparemment, la Communauté estime qu'une responsabilité plus lourde (stricte ou quasi stricte) s'impose chaque fois que la sécurité, au sens de l'intégrité physique de la personne et des biens, se trouve menacée. Pourrait-on en déduire qu'en cas de dommages d'un autre type, c'est-à-dire dans les cas où le dommage est financier, les critères classiques de la responsabilité restent d'application ? Si tel était le cas, on pourrait en conclure qu'on assiste à une évolution toute nouvelle dans la pensée juridique qui consisterait à faire dépendre les critères de la responsabilité du type de dommage causé. Ce serait une fois encore une

illustration de la lente métamorphose de notre droit de la responsabilité en un droit de la réparation.

C'est surtout en matière de dommages causés à l'environnement que la formule de fonds de compensation ou d'indemnisation –et cela très récemment– se trouve prise en considération. Il s'agirait non pas de remplacer le système de la responsabilité civile, mais plutôt d'intégrer celui-ci dans un système complet (*comprehensive*) de réparation des dommages écologiques ■



# Evolution de la JURISPRUDENCE en matière d'assurance

**MOTS CLEFS :** *assurance de groupe • assurances obligatoires • claims made • construction • contrat • clauses d'exclusion • contrôle (de la Cour de cassation) • devoir de conseil • garantie dans le temps • jurisprudence • responsabilité du fait d'autrui •*

**M** Yves Jouhaud, qui préside actuellement le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH, après avoir siégé pendant dix ans et présidé pendant 3 ans la Première chambre civile de la Cour de cassation, particulièrement compétente en matière d'assurances présente ici les grandes lignes de la philosophie qui préside à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'assurance de responsabilité : la juridiction suprême prend d'abord acte du fait que, dans le monde actuel, on ne peut plus parler de responsabilité indépendamment de l'assurance ; le juge doit donc interpréter les contrats d'assurance de responsabilité de sorte qu'ils remplissent les exigences que nos sociétés placent dans la responsabilité. Deux lignes directrices se dégagent : l'influence du droit de la consommation d'abord, la volonté de faire jouer le contrat en faveur du tiers lésé ensuite. Ces principes expliquent la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant les clauses d'exclusion de garantie fondée sur une sorte de contrôle de légalité des contrats en matière d'assurance obligatoire, la manière dont la Cour a récemment traité le problème des garanties dans le temps en matière de construction, le contrôle des assurances de groupe et de l'assurance de responsabilité pour fait d'autrui, l'action directe en matière de procédure collective et le devoir de conseil.

\* Président du Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH, ancien Président de la Première chambre civile de la Cour de cassation.

**L**es arrêts sont par définition divers. Le juge ne les choisit pas. Il prend les causes comme elles viennent, il en résulte que toute étude de la jurisprudence ressemble, par la force des choses, à un catalogue, ou si, vous préférez à une sorte d'habit d'Arlequin. Mais un habit d'Arlequin ne tient que par la trame et les coutures. Dans la seconde partie de mon intervention, je détaille les morceaux de l'habit pour tenter d'illustrer qu'ils sont bien soutenus par la même trame. Cette partie est sans doute en réalité la plus importante, puisqu'elle contient, à mes yeux, la démonstration par l'exemple. Dans la première, je ne parlerai que de la trame pour vous dire de quoi elle est faite et qu'elle est faite, me semble-t-il, en tout cas, d'un tissu très cohérent. Il y a, à l'origine de l'évolution de la jurisprudence, une idée, une seule idée, mais c'est une idée pleine de force.

Cette idée, c'est qu'une société ne peut vivre et se développer que s'il existe des règles de responsabilité, et que ces règles de responsabilité non seulement doivent être bien déterminées, mais aussi se révéler efficaces au regard de leur finalité. Un droit n'est valable, comme élément de régulation sociale, que s'il sait être efficient.

Il y avait, dans le Code civil, d'excellentes règles de responsabilité. Elles étaient certes cohérentes. Mais qui pourrait dire, aujourd'hui, qu'elles produisent encore un vrai résultat lorsqu'il n'y a pas d'assurance derrière elles ? Sans doute peuvent-elles toujours aboutir à des décisions de justice, théoriquement exécutoires mais difficilement exécutables, que le gagnant, pour souligner qu'il lui a été donné raison, peut faire encadrer dans son bureau, comme certains de nos grands-pères, pour protester de leur bon droit, avaient fait encadrer les fonds russes qui les avaient ruinés.

On aboutit dès lors à une constatation : les règles de la responsabilité ne sont efficaces et fiables que s'il existe une assurance à la clé. C'est le - *ni toi sans moi* - du *Lai du chèvrefeuille*. Responsabilité et assurance sont étroitement imbriquées. Pendant une bonne partie du XIX<sup>e</sup> siècle, on s'est interrogé sur le caractère licite ou non de l'assurance de responsabilité. Était-il normal de se défaire, par contrat, sur un autre, de la responsabilité qui était la sienne ? Il a fallu pour en convenir un arrêt de 1859. Mais quelle revanche depuis ! A l'origine branche mineure du droit, le droit des assurances apparaît, aujourd'hui, comme un meneur de jeu du droit de la responsabilité !

C'est parce que l'automobiliste, partie la plus forte, était censé être assuré, que s'est, en son temps, créée et développée la jurisprudence que l'on sait sur l'article 1384 du Code civil. C'est parce qu'il a paru anormal, en face d'un automobiliste obligatoirement assuré, de ne pas indemniser les deux victimes qui traversaient la chaussée, que l'arrêt Desmares est intervenu le 21 juillet 1982. C'est parce qu'il n'existait pas d'assurance obligatoire dans d'autres domaines que cette jurisprudence a été, pour ces autres domaines, aussitôt abandonnée.

Mais c'est parce qu'existait précisément l'assurance obligatoire qu'a pu intervenir la loi Badinter. Car, s'il est injuste, assurément, de condamner quelqu'un sur

son propre patrimoine sans qu'il ait commis de faute, tout devient différent si, par l'assurance, il se sait abonné contre les conséquences des risques qu'il a créés. Aussi bien est-ce l'assurance qui permet de changer le fondement et les règles mêmes de la responsabilité. D'où le syllogisme qui sous-tend toute l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'assurance de responsabilité : pour que les règles de la responsabilité soient fiables et efficaces, il faut non seulement qu'une assurance puisse être mise en oeuvre mais, que cette assurance soit elle-même fiable et efficace. Il faut donc tout faire pour qu'il en soit ainsi.

Rendre une assurance fiable et efficace c'est d'une part, obtenir que celui qui s'assure ait la meilleure certitude d'être réellement garanti, puisque son but était précisément de rechercher la sécurité dans ce domaine ; c'est, d'autre part, puisque le propre des règles de responsabilité est de chercher à rétablir des équilibres, que le tiers lésé soit assuré de bénéficier de l'indemnisation qui lui revient.

Pour tenter d'obtenir de tels résultats, la jurisprudence, qui, comme la loi, s'inspire des nécessités et de l'air du temps, a été encouragée par deux phénomènes qui caractérisent profondément notre époque.

Le premier est l'émergence du droit de la consommation. En matière d'assurance, que les assureurs assimilent souvent eux-mêmes à un produit (ne parle-t-on pas de la production des agents généraux ?), le consommateur, le client..., c'est l'assuré. Or la clientèle s'est, en matière d'assurance de responsabilité, beaucoup développée en nombre.

L'assurance dans ce domaine est devenue un phénomène de masse à cause du niveau de vie (développement du tourisme du sport par exemple), mais aussi à cause de l'assurance obligatoire qui se propose, précisément, là où le problème était le plus aigu, de donner aux règles de la responsabilité une fiabilité qu'elles avaient perdue.

Le propre du droit de la consommation est l'abandon de la vieille règle du Code civil selon laquelle, dans l'équation contrat, les deux parties étaient nécessairement de force égale. Il est venu proclamer que le consommateur, le client, devait être protégé contre l'excès de puissance, qu'elle soit économique ou intellectuelle, de son partenaire, seul rédacteur du contrat d'adhésion. Dans cet esprit, on a vu la commission des clauses abusives s'intéresser aux contrats d'assurance et, notamment dans sa recommandation 88-91, aux contrats d'assurance responsabilité obligatoire des véhicules à moteur.

Il est tout à fait incontestable que, peu à peu, lors même qu'elle ne lui a point fait application des textes relatifs à la consommation, la jurisprudence civile s'est fortement imprégnée, notamment en jugeant de la validité de certaines clauses, de la philosophie de ce droit nouveau.

La loi des assurances de 1930 n'a, en dehors d'une clarification résultant de sa codification, de celle des textes annexes et des modifications introduites par la loi du 31 décembre 1989 pour la mettre à l'heure européenne, subi que peu de

modifications. La seule modification législative capitale est celle qui a créé certaines assurances obligatoires dans leur principe comme dans leur contenu. Pourtant, l'esprit dans lequel les tribunaux ont appliqué cette loi a beaucoup changé. Autrefois largement interprétée comme constituant, en partie, une forteresse, dont les assureurs connaissaient toutes les chicanes et les contrecarpes, elle est devenue, également, du fait d'une interprétation plus protectrice pour l'assuré, leur charte fondamentale et leur mur de défense.

Cela étant, il ne faut pas penser que les compagnies d'assurances aient subi de ce fait un sort discriminatoire. Un tel sort ne leur a pas été réservé. C'est dans les mêmes conditions qu'à l'égard d'autres activités professionnelles où l'inégalité se manifeste entre les parties, on a vu, peu à peu, l'esprit du droit de la consommation mordre, devant les juridictions purement civiles, sur l'égalitarisme, en réalité souvent inégalitaire, du Code civil. Par contre, la jurisprudence est aussi très consciente de ce qu'à coté du marché de masse il existe en matière d'assurance, comme en d'autres domaines, un marché de grosses entreprises capables de discuter pied à pied avec leurs assureurs des conditions de leur contrat et pour lequel n'apparaît donc aucune nécessité de protection particulière.

J'ai dit que la seconde condition de fiabilité du droit de la responsabilité était le rétablissement effectif de l'équilibre rompu et, par conséquent, l'indemnisation de la victime. La victime, le tiers lésé, est, dans le contrat d'assurance de responsabilité, le partenaire invisible mais devenu tout-puissant.

Cette situation relève de la philosophie générale de notre époque selon laquelle tout dommage doit être réparé. Ce n'est pas pour protéger l'automobiliste qu'a été créée l'obligation d'assurance, puisqu'aussi bien le Fonds de garantie automobile exerce contre celui qui n'est pas assuré un recours subrogatoire ! Ce n'est pas pour protéger l'entrepreneur ou l'architecte que la loi Spinetta a créé l'obligation d'assurance de responsabilité du constructeur, puisqu'aussi bien pour s'assurer qu'il fera correctement son travail, elle crée, dans ce contrat, et dans ce contrat seulement, une franchise restant à la charge de l'assuré et inopposable au tiers lésé !

Que ce soit en matière délictuelle ou contractuelle, par le biais de l'assurance obligatoire, la victime s'est introduite – parce qu'elle en est la finalité, se substituant dans une large mesure à la finalité initiale qui était la protection du patrimoine de l'assuré – dans le contrat d'assurance de responsabilité.

De son fait, ce contrat a pris une véritable dimension sociale, qui s'est introduite dans l'esprit des juges et dont ils ont tenu compte dans leur jurisprudence.

\*

\* \*

Ce sont ces considérations (responsabilité efficace, par une assurance, également efficace et fiable) qui ont constitué la trame constante et opiniâtre de la jurisprudence de la Cour de cassation dans ce domaine, au cours des quinze dernières années.

Il me reste maintenant à en donner des exemples, sans doute fastidieux, mais démonstratifs.

A l'égard de l'assuré comme, du reste, du tiers, la fiabilité de l'assurance découle de celle du contrat : pour être efficace, il faut qu'un contrat soit clair et net et qu'il ne souffre pas d'ambiguïté, source de contentieux.

Dans ce domaine, la Cour de cassation est un peu désarmée, car il est de tradition que les juridictions du fond sont souveraines pour interpréter les contrats ambigus. Il ne pouvait être fait de distinction pour les contrats d'assurance, à peine pour elle d'être submergée de contentieux. Du moins a-t-elle cherché à faire passer le message, dans de multiples arrêts, qu'il résulte du libellé même de l'article L.113-1 du Code des assurances que, dans le champ prévu par le contrat, les exclusions ne pouvant être que formelles et limitées, l'assurance est, de ce fait, la règle, et la non-assurance l'exception.

Elle s'est réservée la possibilité de contrôler le caractère formel et limité desdites exclusions et, en retenant la notion d'exclusion indirecte, elle fait la traque aux clauses d'exclusion déguisées sous forme de conditions de garantie (par exemple : Commerciale, 22 avril 1986, B.IV, p. 57, n° 66 ; 1<sup>re</sup> Civile, 25 janvier 1989, B. p. 24, n° 36). Elle a, en particulier, retenu, pour cette hypothèse, qu'en de tels cas il appartenait à l'assureur, qui les invoquait, de faire la preuve de la réunion des conditions de fait auxquelles une exclusion était subordonnée. Elle a, d'autre part, à diverses reprises, approuvé les cours d'appel d'avoir constaté la nullité de clauses d'exclusion qui, par leur multiplicité et en dépit de l'annonce d'une couverture qui, de prime abord, paraissait globale, réduisait à néant la garantie (1<sup>re</sup> Civile, 23 juin 1987, B. p. 40, n° 55 ; 1<sup>re</sup> Civile, 23 juin 1987, B. p. 150, n° 202). Il ne s'est agi à aucun moment, bien sûr, d'être défavorable aux assureurs. Le rôle des juges, s'il est de prendre parti entre les plaideurs, n'est pas de prendre parti ni pour ni contre eux. Il est de faire respecter la loi qui est, d'une part comme de l'autre, la bonne foi dans les contrats, en cherchant à promouvoir une assurance sûre, puisque l'assureur vend de la sécurité, et à promouvoir aussi sa crédibilité et son rôle absolument capital dans l'efficacité du droit de la responsabilité.

Il est un domaine cependant où la Cour de cassation est allée plus loin, non pas pour interpréter les contrats, mais pour juger de leur conformité à la loi, ce qui, dans la pratique, revient exactement au même. Je veux parler du domaine de l'assurance obligatoire. Personnellement, je suis assez partisan de l'assurance obligatoire. Je pense que, contrairement à l'idée reçue, elle contribue, en l'état actuel de notre société, à responsabiliser les assurés et qu'elle pourrait le faire davantage encore si son existence était psychologiquement mieux exploitée, dans la mesure où chacun ne peut plus ignorer, puisqu'il est obligé d'abonner sa responsabilité, qu'il est en effet, par nature, responsable.

Je pense aussi qu'elle met l'assuré et la victime à l'abri de trop mauvaises surprises,

dans la mesure où ce n'est pas seulement la souscription qui est obligatoire mais le contenu même du contrat.

**a)** Je ne parlerai que pour mémoire de l'assurance automobile obligatoire, sujet déjà ancien et bien exploré, pour souligner qu'elle a permis, avec la loi Badinter, un progrès du droit de la responsabilité civile dans le domaine de la circulation.

**b)** Je parlerai plus volontiers, parce que le sujet est plus neuf, de l'assurance obligatoire de la responsabilité des constructeurs de la loi Spinetta, l'assurance dommages étant en dehors de notre sujet. Dans ce domaine, la jurisprudence a eu en plusieurs occasions d'intervenir, alors surtout que certaines dispositions des arrêtés prévoyant les clauses types prises pour l'application des articles L.243-8 et L.310-7 du Code des assurances ont été en partie annulées par le Conseil d'Etat, ou, en partie, spontanément abrogées et remplacées, parce que reconnues contraires à l'esprit de la loi.

L'assurance de la responsabilité des constructeurs ayant pour but la couverture de l'assuré est d'abord faite dans l'intérêt du tiers lésé. Aussi celui-ci peut-il, le cas échéant par voie de référé, exiger de l'entrepreneur une attestation d'assurance. Ne pas la délivrer constituerait un trouble manifestement illicite (3<sup>e</sup> Civile, 4 janvier 1991, B. civil p. 4, n° 6), le fait pour un assureur de délivrer une attestation inexacte étant, d'autre part, de nature à engager sa responsabilité (1<sup>re</sup> Civile, 15 janvier 1991, B. civil p. 10, n° 15).

Le contenu de l'assurance peut déterminer aussi son domaine. On connaît à cet égard l'ambiguïté née de la juxtaposition des articles 1792 et suivants du Code civil qui parlent de « constructeurs d'ouvrages » (les personnes réputées avoir cette qualité étant énumérées à l'article 1792-1), avec l'article L.241-1 du Code des assurances qui paraît n'instituer l'obligation d'assurance, pour ces constructeurs d'ouvrages, qu'en cas de responsabilité engagée « à raison de travaux du bâtiment ». Comment fallait-il entendre ces mots ? De façon large ? Comme avaient tendance à le faire certains assureurs au moment de la souscription du contrat ? Ou de façon étroite et dans le sens de l'arrêté annulé par le Conseil d'Etat, comme ils avaient tendance à le faire après un sinistre ?

C'est dans le sens large que l'a interprété la Cour de cassation (1<sup>re</sup> Civile, 26 février 1991 à propos d'un mur de soutènement, B. p. 49, n° 75 ; 1<sup>re</sup> Civile, 9 avril 1991, à propos d'une gare souterraine de métro) en retenant qu'il y avait lieu à assurance dès l'instant où la construction des ouvrages en question avait fait appel aux « techniques de travaux du bâtiment ».

Je sais, sans connaître la solution, qu'est actuellement posé à la Cour de cassation le problème de la légalité de certaines clauses des polices « responsabilité décennale entrepreneur » se disant en principe conforme à la loi Spinetta et qui, tout en accordant la garantie de l'assureur pour la responsabilité résultant de la construction d'immeubles, fussent-ils importants, la refuse lorsqu'il s'agit de maisons individuelles. Cette clause est-elle licite, dès l'instant qu'il s'agit d'une assurance obligatoire, au contenu non moins obligatoire, quitte, le cas échéant, à prélever des primes plus élevées si le risque paraît plus grand ? La question n'est pas à ma connaissance résolue à ce jour. Elle illustre qu'en matière d'assurance

obligatoire de responsabilité le contenu du contrat, parce qu'il doit se conformer à la loi, relève du contrôle de la Cour de cassation.

Je rattacherai à ce problème, parce qu'il s'agit toujours de la protection tant de l'assuré que du tiers lésé et parce que c'est sous l'angle de l'assurance de responsabilité des constructeurs que s'est posé ce problème et parce que, aussi, c'est sous cet angle et sous cet angle seulement, que la Cour de cassation l'a en son temps résolue, la question de la validité de la clause qui, dans le domaine des contrats, alors non obligatoires, de la responsabilité des constructeurs, subordonnait l'existence de la garantie à la date à laquelle le tiers lésé formulait sa réclamation. Il fallait, aux termes de cette clause, que la réclamation intervînt au cours de la période assurée. Or cette même clause subordonnait le maintien de la garantie après achèvement de la construction au versement, par l'entrepreneur, d'une prime subséquente souvent, du reste, relativement faible. En cas de faillite de l'entrepreneur, la prime cessant d'être versée, celui qui avait fait construire sa maison ne recevait, s'il y avait sinistre, aucune réparation.

Cette clause pouvait paraître doublement anormale : le fait engendrant la responsabilité s'était produit nécessairement au cours de la période de construction qui était assurée. La responsabilité de la construction étant décennale, l'assurance risquait de manquer son but. D'autre part, la couverture ou l'absence de couverture du risque dépendait d'un événement parfaitement contingent pour l'assuré, à savoir la date de réclamation du tiers lésé.

Enfin, et surtout, cette clause était désastreuse pour le tiers lésé, (personnage peut-être extérieur au contrat d'assurance, mais pour lequel il était en réalité fait) en lui laissant la charge des malheurs dont il avait été victime. A ce titre, elle était la négation de la notion même d'assurance de responsabilité.

Cette clause, au nom de la liberté des contrats, avait longtemps été tenue pour licite. Mais la loi Spinetta, qui avait placé le problème sur son véritable terrain, l'a interdite formellement pour l'avenir en dépit d'une tentative de retour en arrière par un arrêté retiré depuis. L'assurance d'une responsabilité doit durer normalement autant que cette responsabilité elle-même. C'est le bon sens et la logique. Avec cette loi plus d'échappatoire possible !

Dès lors, comment traiter les affaires que, comme beaucoup de procès de construction, les partenaires, menacés de payer, avaient fait traîner à plaisir, de telle sorte que les derniers d'entre eux se réglaient en même temps que les premiers du contentieux Spinetta, qui déclaraient cette clause hors la loi ? On peut, certes, déplorer que la loi Spinetta n'ait pas contenu une disposition rétroactive à cet égard : après tout, elle créait des ressources aux assureurs par la double assurance qu'elle instituait lesquelles auraient permis, peut-être, de couvrir financièrement ce qui n'était plus que les quelques conséquences attardées d'un contentieux reliquataire.

Mais l'attention du législateur n'a sans doute pas été attirée sur ce point.

D'où, à la suite d'une jurisprudence contraire, celle qui s'était affirmée dans un arrêt de la première chambre civile du 22 janvier 1985, suivi de beaucoup d'autres, cette jurisprudence ayant également reçu l'aval de la troisième chambre civile,

compétente en matière de construction : la clause n'était pas déclarée nulle, mais inopposable au tiers lésé. La créance était née dans le patrimoine de celui-ci, dès le fait dommageable. L'assureur de responsabilité de l'auteur du dommage devait répondre de la dette qui en résultait pour lui ; la clause, par contre, restait inopposable à l'assuré, qui y avait consenti, et qui devait, alors, subir (mais il était la plupart du temps - en faillite - ...) le recours de l'assureur.

Malgré de vives critiques contre cette jurisprudence très largement prétorienne, (comme l'avait été, au début, celle qui avait déclaré les clauses de déchéance imputables à l'assuré non opposables à la victime - dispositions que les textes réglementaires ont ensuite rendu obligatoires dans les contrats), elle a reçu un accueil plus que réservé de la doctrine. Aussi bien s'agissait-il d'une sorte d'arrêt Desmares, mais d'arrêt Desmares - à l'envers -, en ce sens que l'arrêt Desmares, en faisant apparaître l'obsolescence de certaines solutions, ne pouvait entraîner que la réaction du législateur. Mais le même législateur, qui s'était, en matière d'accidents automobiles, mobilisé pour de nombreux cas futurs, serait-il intervenu, après coup, pour récupérer par la loi un tout petit nombre de cas restés en suspens ? C'était douteux.

Encouragés par les coups de boutoir de la doctrine - qui n'aime pas les innovations prétorienne qu'elle n'a pas elle-même inspirées -, des pourvois sont intervenus sur à peu près toutes les affaires de ce type venues devant les cours d'appel contre les décisions nombreuses (pour le peu de contentieux qui restait) de celles qui avaient adopté cette jurisprudence. C'était au demeurant chez les juges du fond, au contact des réalités, que cette jurisprudence était née.

Sur moyen de droit soulevé d'office, la première chambre civile de la Cour de cassation a, par 9 arrêts du 19 décembre 1990 et sur conclusions conformes de l'avocat général Charbonnier, déclaré cette clause purement et simplement nulle, la troisième chambre civile adoptant, au demeurant, la même solution (par exemple 3<sup>e</sup> Civile, 17 avril 1991, p. 68, n° 118).

D'où une nouvelle polémique, cette fois moins de la part de la doctrine, dont une bonne partie condamnait la clause en elle-même, quitte à s'interroger sur les moyens et la possibilité de l'écarter, que sur les conséquences de cet arrêt.

Cette clause en usage avant la loi Spinetta dans les contrats de construction n'était, en effet, qu'une variété de la clause dite *claims made*.

Il est certain pourtant que, lorsqu'elle a statué, la Cour de cassation n'a statué qu'en fonction de ce dont elle était saisie, et qui se rattachait à la responsabilité limitée aux dix ans de la réception de l'ouvrage existant en matière de construction.

Ces arrêts, qui ne se réfèrent pourtant qu'aux seuls textes du Code civil, mais qui reflètent l'idée sous-jacente du droit de la consommation selon laquelle le juge est le protecteur naturel du consommateur et dispose de ce fait d'un droit de regard sur les clauses abusives, ont inquiété les milieux de l'assurance.

La clause introduite dans certains contrats d'assurance construction avant la loi Spinetta n'est en effet qu'un aspect d'une clause plus générale accompagnant de nombreux contrats d'assurance responsabilité civile produit. Or dans notre droit

très attaché, à tort ou à raison à la distinction entre responsabilité délictuelle et contractuelle, la prescription en matière contractuelle reste de trente ans. Tout cela est une question de calcul de risques et de primes et comment calculer risques et primes, surtout à partir de produits nouveaux dont on ignore les effets à long terme, si la durée de la responsabilité est de trente ans ?

La solution serait peut-être, comme il a paru raisonnable en matière délictuelle et comme le recommande la Communauté européenne, de réduire la durée de cette prescription à dix ans, à compter du fait dommageable et à trois ans à partir du moment où la victime en a eu connaissance.

**c)** La protection de l'assuré, c'est-à-dire aussi l'efficacité de la mise en oeuvre de sa responsabilité, comme la protection du tiers, passe également par la reconnaissance d'un devoir de conseil de la part des assureurs, de leurs agents et des courtiers d'assurance. Il ne s'agit, comme toujours en la matière, que d'une obligation de moyen qui suppose la preuve d'une faute ou d'une défaillance et qui peut se résumer ainsi : l'assureur, en connaissance des vrais besoins de l'assuré, ne peut faire signer n'importe quoi sans engager sa responsabilité.

Cela étant, il s'agit d'un courant général dans la jurisprudence qui, au nom du vieux principe *quisque peritus debet esse artis suae*, met, en présence des complexités de la vie et des techniques modernes, un devoir de conseil de plus en plus poussé à la charge des professionnels (par exemple 1<sup>re</sup> Civile, 27 février 1985, B. 82, p. 75 ; 1<sup>re</sup> Civile, 3 juillet 1985, B. p. 191, n° 211).

Sortant d'une longue léthargie, l'article 1135 du Code civil est parfois cité à l'appui de l'affirmation du devoir de conseil.

**d)** Un autre exemple de l'effort en faveur de la protection tant des assurés que des tiers lésés peut être trouvé dans la jurisprudence qui s'est développée depuis une dizaine d'années en matière d'assurance de groupe. Ce type d'assurance est fréquent dans le domaine de l'assurance de responsabilité (assurance scolaire des enfants, assurance sportive, etc.). Il repose, à l'origine, sur une stipulation pour autrui résultant d'un contrat passé entre le souscripteur (une association de parents d'élèves, une association de sportifs par exemple, ou tout autre organisme) et un assureur. Seul le contrat initial est passé entre eux. Il s'agit d'un contrat ouvert : chacun de ceux qui entrent dans la catégorie visée peut y adhérer par acte individuel. Il devient alors bénéficiaire de la stipulation, selon les vieux principes, dans les termes où l'ont établie les deux contractants initiaux.

A ce type de contrat, qui s'est énormément développé car il s'agit du type même du contrat populaire, n'a répondu dans le Code des assurances qu'une réglementation embryonnaire (articles R.140-1 à R.140-8 de ce Code). Aux termes de ces textes, en particulier de l'article R.140-5 alinéa 2, l'information de l'adhérent sur le contenu du contrat se limitait à l'obligation, mise à la charge du souscripteur, de « tenir à la disposition » (*sic*), une notice résumant « de façon très précise » ses droits et ses obligations.

Il en est résulté de nombreux procès, à l'occasion desquels l'assuré réclamait, après la mise en cause de sa responsabilité, une garantie qu'on lui disait relever

d'une exclusion ou d'une absence de garantie que, de son côté, il prétendait ignorer.

Pour mettre un terme à ce type de litiges, la jurisprudence de la Cour de cassation a exigé que la mise à disposition de la notice se fit par remise de la notice à l'adhérent, que c'était à celui à qui il incombait de remettre cette notice de prouver qu'il s'était acquitté de son obligation (preuve facile à condition d'exiger un récépissé) et que toute clause d'exclusion ou de limitation de garantie ne figurant pas dans la notice était inopposable à l'adhérent et entraînait, par conséquent, la mise en oeuvre de la garantie, lorsque la notice était l'oeuvre de l'assureur, ou la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts, égaux à la garantie, lorsqu'elle était l'oeuvre du souscripteur.

A cet égard, on peut souligner le parallélisme entre l'évolution de la loi et de la jurisprudence. Cette jurisprudence s'est élaborée en effet au moment même où s'élaborait également la loi du 13 juillet 1979, étrangère certes au problème de responsabilité, mais relative à la protection des consommateurs en matière d'emprunt immobilier, qui contenait, en cas de prêt assorti d'une assurance, des dispositions parfaitement analogues.

Cette jurisprudence a apporté dans ce domaine de contrat une grande sécurité aux assurés, débiteurs de responsabilité, comme aux tiers lésés. Elle a été consacrée, avec un peu moins de garantie peut-être, par la loi du 31 décembre 1989.

e) Un autre exemple intéressant de recherche de sécurité dans l'exécution du contrat tient à l'interprétation, enfin me semble-t-il cohérente, donné à l'article L.121-2 du Code des assurances, aux termes duquel l'assureur est garant des pertes et dommages des personnes dont il est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, - quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes -, texte de caractère impératif. Sa conciliation avec la liberté pour les parties de déterminer le champ d'application du contrat était difficile ; elle l'était aussi avec le principe selon lequel la faute intentionnelle et dolosive ne saurait être assurable... et, pourtant, dit le texte, l'assurance joue, répétons-le, - quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes -.

Il résultait de tout cela, dans la jurisprudence antérieure, que les parents qui avaient assuré leur responsabilité civile familiale dans les termes de l'article 1384 du Code civil pouvaient ne pas être garantis si le risque était exclu du champ contractuel. Dans l'espèce, s'agissant d'un enfant qui avait commis des faits volontaires et dolosifs, l'assureur soutenait que, s'il s'agissait peut-être d'un accident pour les parents, dès l'instant qu'il n'y avait eu aucune participation volontaire de leur part, il ne s'agissait pas d'un accident de la part de leur enfant ; or le contrat précisait que l'enfant était lui-même un - assuré - au même titre que les parents eux-mêmes ; la couverture des faits qu'il avait commis aurait donc été exclue du champ contractuel.

La première chambre civile (12 mars 1991, B. p. 57, n° 87) a relevé qu'appliquer aux personnes dont on est civilement responsable la limitation de la garantie à la notion d'accidents écartait, de la couverture de la responsabilité prévue par

l'article 1384 du Code civil les dommages commis volontairement par celles-ci et créait une exclusion indirecte, dont les effets sont contraires aux dispositions impératives de l'article L. 121-2, selon lesquelles dans ce type de contrat il ne peut être tenu compte - de la nature et de la gravité des fautes -.

f) Il est un domaine, enfin, où la jurisprudence de la Cour de cassation s'est, dans le but précisément de rendre leur efficacité pratique aux règles de la responsabilité, manifestée très tôt et n'a cessé de se manifester. Celui de l'action directe réservée à la victime sur l'indemnité d'assurance, et dont les développements les plus récents sont apparus dans la matière commerciale de la procédure collective. Les assureurs avaient longtemps soutenu que, leur dette dépendant de celle de l'assuré, la victime devait produire à la procédure collective, qu'il ne lui était plus possible d'assigner l'assuré dès l'instant que cette procédure était ouverte, qu'à défaut de production de la victime, sa créance était éteinte, et que l'était aussi, par voie de conséquence, la dette de l'assureur.

Dans la ligne de deux arrêts de la chambre mixte du 15 juin 1979, qui ont reconnu la possibilité, malgré le règlement collectif, d'assigner l'auteur du dommage pour, sans le condamner, faire reconnaître le principe et le quantum de sa responsabilité, d'innombrables arrêts ont maintenant consacré ce principe. En dépit de la procédure collective, le tiers lésé garde son privilège, une fois reconnu le principe de sa créance, sur l'indemnité d'assurance qu'il peut réclamer par voie d'action directe.

Notons à cet égard un arrêt de la chambre commerciale du 21 juillet 1987 (B. 4, p. 148, n° 202) aux termes duquel l'extinction de la créance, par suite des dispositions de l'article 41 alinéa 2 de la loi du 13 juillet 1967, demeure sans effet sur l'exercice de l'action directe dirigée contre l'assureur.

\*  
\* \*

Je ne peux énumérer indéfiniment des exemples. Je pense qu'il y en aurait trop. Mais je pense aussi que leur nombre et leur variété sont suffisants pour convaincre que l'esprit de la jurisprudence est bien celui que j'ai dit, que j'ai ressenti et que j'ai vécu pendant treize ans passés à la Cour de cassation : le caractère éminent, primordial, dans le monde moderne, de ce qu'est l'assurance pour conférer une efficacité aux règles de la responsabilité et la nécessité, pour cette raison essentielle, que ce contrat soit efficace ! ■



# Peut-on parler d'une DERIVE FRANÇAISE de la jurisprudence en matière d'assurance ?

**MOTS CLEFS :** *responsabilité civile • assurance de responsabilité • responsabilité objective • faute • risque • interprétation des contrats • clauses licites et clauses nulles • obligation de sécurité • dommage • responsabilité médicale • rétroactivité • dénaturation du contrat •*

**L'**inséparable binôme responsabilité-réparation implique la collaboration de la jurisprudence et de l'assurance. Ce couple semble entrer dans une phrase de suspicion réciproque. Cela tient d'une part à l'évolution jurisprudentielle de la responsabilité civile, qui tend à asseoir la réparation des dommages corporels sur une obligation générale de sécurité impliquant la mise en jeu de responsabilités objectives et, d'autre part, à la manière dont les juges contrôlent les clauses du contrat d'assurance, soit en interprétant les clauses obscures, soit en sanctionnant de nullité les clauses illicites. Ces évolutions s'inscrivent dans une tradition maintenant séculaire que les assureurs, en tant que spécialistes des risques, ne devraient pas redouter.

**L'**inséparable binôme responsabilité-réparation implique la collaboration parfois conflictuelle de la jurisprudence, qui dit le droit de la responsabilité civile, et de l'assurance, qui garantit l'efficacité de toute réparation. Or le couple jurisprudence/assurance semble entré dans une phase de suspicion réciproque illustrée par la contestation actuelle de certaines décisions de justice. L'activité d'assurance est tissée par un réseau de contrats : le contrat d'assurance concrétise le produit de sécurité vendu par l'assureur, et la masse des contrats collectés constitue l'assise financière de la mutualité des assurés. L'industrie des assurances a donc pour objet une activité juridique, à la différence de la plupart des autres prestataires de services ; plus que toute autre, elle est fondée sur le droit. Cependant, alors qu'elle était encore analysée comme une activité juridique dans la première moitié de ce siècle, elle est devenue essentiellement financière depuis quelques décennies. Aujourd-

\* Professeur à la faculté de droit de Lyon.

d'hui, confrontée à une jurisprudence exigeante, elle manifeste une surprise quelque peu indignée.

En bref, la contestation se focalise autour de deux thèmes complémentaires : d'une part l'évolution jurisprudentielle de la responsabilité civile elle-même, d'autre part le contrôle jurisprudentiel du contrat d'assurance de responsabilité.

Notre propos est de dépassionner le débat, en replaçant les querelles d'aujourd'hui dans l'histoire juridique des deux derniers siècles.

### ■ I - L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Le remarquable monument juridique que constitue le Code civil français a été publié en 1804 ; c'est dire qu'il repose sur une civilisation économique et sociale du XVIII<sup>e</sup> siècle, bouleversée par le chaos des années révolutionnaires ; il vise une société traditionnelle, agraire, artisanale et rurale ; les liens y demeuraient personnels (parents/enfants, maîtres/domestiques, commettants/préposés) et ignoraient l'anonymat des relations de masse ; les dommages causés à autrui relevaient d'une activité individuelle seule - responsable - : les articles 1382 et s. du Code civil traduisent cette conception ancestrale de la responsabilité civile.

La responsabilité civile, fondée sur la faute que ne commet pas le *bonus pater familias*, avait donc une double fonction : réparer le dommage causé à la victime, et, corrélativement, punir le coupable qui devait payer l'indemnisation sur son propre patrimoine. Eluder les conséquences financières de ses fautes était considéré comme immoral, et les assurances de responsabilité étaient marquées de cette réprobation : admises avec réticence par un arrêt de 1859, notamment dans le domaine déjà privilégié des accidents de la circulation, elles sont demeurées marginales pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle.

Dans notre pays de droit écrit, la jurisprudence française a donc dû faire une oeuvre prétorienne totalement novatrice, pour adapter la responsabilité civile à l'évolution d'une société devenue industrielle et urbaine, où les liens personnels se sont dissous dans la société anonyme, et où les risques de la production technologique de masse ont supplanté les conséquences limitées d'une faute individuelle.

Dès 1896, dans l'arrêt Teffaine, la jurisprudence a inventé la responsabilité sans faute prouvée du responsable, sur la base des articles 1384 et s. du Code civil, que Saleilles allait fonder sur le risque de la chose : ainsi la responsabilité objective, c'est-à-dire fondée sur une activité dommageable et non sur le comportement fautif du sujet responsable, existe depuis presque un siècle. Confortée par de multiples textes nationaux (de la loi de 1898 en matière d'accidents du travail à la loi Badinter de 1985 en matière d'accidents de la circulation) et internationaux (des conventions internationales en matière de pollution à la directive européenne de 1985 sur la responsabilité des fabricants du fait de leurs produits), introduite plus ou moins largement dans les systèmes juridiques de tous les Etats,

la responsabilité objective est une réalité incontournable de notre droit. C'est dire combien paraissent anachroniques, voire surréalistes, les critiques qui, en cette fin du XX<sup>e</sup> siècle, contestent la notion même de responsabilité objective pour prôner un retour nostalgique au XIX<sup>e</sup> siècle d'une responsabilité pour faute. En fait, le débat qui nous semble aujourd'hui le plus intéressant est celui de la recherche de critères qui permettent de départager les domaines respectifs de la responsabilité objective et de la responsabilité subjective. Sur ce terrain, on sait que toute tentative pour distinguer les choses dangereuses des choses non dangereuses a échoué, et le drame du Talc Morhange l'a cruellement illustré.

Nous pensons que c'est dans la nature même du dommage causé que le critère de la responsabilité objective pour risque pourrait être trouvé : on peut en effet poser en règle qu'aucune activité ne doit porter atteinte à l'intégrité physique des personnes ou des biens. L'atteinte à l'intégrité physique des personnes définit le dommage corporel ; l'atteinte à l'intégrité physique des biens définit le dommage matériel. Or la paix sociale suppose le respect des personnes et des biens et toute activité qui porte atteinte à leur intégrité physique doit en supporter objectivement la responsabilité : tel est le fondement de cette obligation générale de sécurité que nous avons pu noter comme une constante des responsabilités des entreprises comme du droit du dommage corporel<sup>1</sup>. Les exonérations de cette présomption de responsabilité ne peuvent dès lors relever que de la cause étrangère dans la responsabilité délictuelle, et de stipulations limitativement entendues dans la responsabilité contractuelle (amputation chirurgicale, démolition d'un immeuble vétuste...).

En revanche, les dommages financiers, intellectuels ou moraux qui ne sont la conséquence d'aucune atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou d'un bien ne semblent relever que d'une responsabilité pour faute : c'est ainsi que la concurrence loyale, la critique juste, la plume non calomnieuse, l'activité juridique ou financière avisée peuvent, certes, causer quelques dommages aux tiers, mais ces dommages ne sauraient mettre en jeu une quelconque responsabilité civile que si l'activité a été fautive. On peut ainsi noter que la plupart des activités libérales, financières et commerciales demeurent soumises à une responsabilité pour faute, dès lors qu'elles n'occasionnent aucun dommage corporel ou matériel.

C'est dans ce clivage, nous semble-t-il, que s'inscrit l'évolution actuelle de la responsabilité médicale : activité essentiellement intellectuelle et professionnelle jusqu'au milieu de ce siècle, elle a été fondée sur la faute médicale par le célèbre arrêt Mercier de 1936. Mais aujourd'hui la médecine est largement devenue une activité technologique, et cette mutation scientifique explique l'évolution vers une responsabilité pour risque médical, dès lors que l'acte médical a causé un dommage corporel qui n'était pas l'objet du contrat médical.

1. Sur cette obligation de sécurité, véritable fil conducteur du droit contemporain de la responsabilité, cf. Y. Lambert-Faivre *Le Droit du dommage corporel*, éd. Dalloz 1990 et *Risques et assurances des entreprises*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz 1991.

Cette évolution de la responsabilité médicale permet de la replacer dans un contexte beaucoup plus général : la juste commisération à l'égard des victimes de dommages corporels a conduit le législateur à édicter de multiples régimes spécifiques d'indemnisation suscités par le contexte social : accidents du travail, accidents de la circulation, victimes du terrorisme, victimes d'infractions pénales, victimes de guerre, victimes de produits industrialisés, victimes de recherches biomédicales, victimes de contamination transfusionnelle par le virus du sida, etc.

Ainsi va l'émotion collective, et, au coup par coup, les conventions internationales et les lois nationales tissent un habit d'Arlequin de la réparation du dommage corporel. Plutôt que de voir proliférer des systèmes d'indemnisation spécifiques, nous souhaiterions la légalisation de principes de droit applicable à tous les dommages corporels : unité de juridiction, définition du fait dommageable déterminant le point de départ de la prescription, durée de la prescription, principe de la réparation intégrale des préjudices subis, exigence de la claire détermination des chefs de préjudices réparables, évaluation distincte des préjudices économiques et non économiques, limitation de l'assiette des recours de la Sécurité sociale sur les seuls chefs de préjudice qu'elle répare effectivement, régime juridique des préjudices non économiques extrapatrimoniaux, méthode d'évaluation du déficit fonctionnel personnel, révision de la liste des assurances obligatoires éventuellement limitée aux risques de dommages corporels, rôle d'un fonds de garantie complémentaire, éventuellement unique pour la réparation des dommages corporels, etc.

Il y a là un vaste champ de réflexion et de remise en ordre, qui constitue pour le législateur d'aujourd'hui une oeuvre qui nous paraîtrait bien utile pour parachever l'évolution jurisprudentielle.

## ■ II - LE CONTRÔLE JURISPRUDENTIEL DU CONTRAT D'ASSURANCE

Les critiques actuelles de la jurisprudence ne sont pas limitées à son rôle dans l'évolution de la responsabilité objective ; elles ont également pour objet le contrôle qu'elle exerce sur les contrats d'assurance eux-mêmes, et notamment sur les contrats d'assurance de responsabilité ; ces critiques se sont récemment focalisées sur le problème des clauses *claims made* annulées par sept arrêts rendus le 19 décembre 1990 par la Cour de cassation. Sans revenir sur ce problème particulier que nous avons analysé par ailleurs<sup>2</sup>, il nous semble essentiel de situer cette jurisprudence dans le rôle pérenne de notre haute juridiction qui est de « dire le droit », c'est-à-dire, à l'occasion des arrêts qui lui sont déférés et qui sont toujours des affaires particulières, de dégager les

2. Yvonne Lambert-Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses réclamation de la victime*, Recueil Dalloz, 1992 cbr. p. 13.

principes juridiques fondamentaux dont elle est gardienne. La Cour de cassation ne fait pas d'arrêts de règlement qui ont force de loi, mais quand elle dit le droit, les juges du fond et la doctrine savent très bien distinguer les arrêts de principe, qui sont de l'essence de sa mission, de la multitude de ces arrêts d'espèce, sans aucun intérêt juridique véritable, et qui ne relèvent que de la manie contentieuse de trop de justiciables.

Depuis deux siècles, la Cour de cassation dit le droit dans ces arrêts fondamentaux souvent rassemblés et commentés par matière : *Les Grands Arrêts du droit de l'assurance* en sont une illustration<sup>3</sup>, et démontrent le rôle d'élaboration du droit par la jurisprudence ; ce rôle est particulièrement important dans les périodes de mutation juridique, économique et sociale.

La Cour de cassation, qui poursuit sa mission traditionnelle, encourt aujourd'hui une double accusation : énoncer des règles rétroactives qui déstabilisent les prévisions contractuelles et dénaturer les contrats qui sont la loi des parties ; ces deux reproches méritent réflexion.

### **1. Illicéité et rétroactivité**

Il appartient à la jurisprudence d'annuler les clauses illicites et ce, dans les contrats d'assurance comme dans tous les autres contrats, en jugeant du licite et de l'illicite conformément à la loi et aux principes généraux du droit dont elle est la gardienne. Bien entendu, lorsqu'une clause est annulée, les prévisions contractuelles s'en trouvent affectées, et lorsque de telles clauses visent une pratique professionnelle, quelle qu'elle soit, c'est cette pratique professionnelle qui, bon gré mal gré, doit changer.

Il est exact qu'une telle jurisprudence entraîne une certaine rétroactivité, mais cette rétroactivité est de l'essence même de la nullité qui, en droit, sanctionne une clause illicite. Elle n'est donc point perversion d'une jurisprudence partisane, mais une inéluctable conséquence du contrôle par la jurisprudence de la licéité des contrats. Lorsqu'une clause contestée est annulée, il y a toujours une brève période d'adaptation de la pratique professionnelle à l'état du droit ainsi défini. Si l'on conteste le contrôle jurisprudentiel de la licéité des contrats appréciée en fonction des données socio-économiques de l'époque, on condamne la jurisprudence à la sclérose par l'analyse exégétique et littérale du Code civil et des lois subséquentes. Est-ce vraiment ce que l'on veut ?

### **2. Respect ou dénaturation des clauses des contrats**

Lorsque la jurisprudence annule certaines clauses des contrats d'assurance, elle est parfois accusée de dénaturer des clauses claires et précises.

A notre sens, c'est ici confondre l'interprétation des clauses du contrat et le contrôle de la licéité de ces mêmes clauses : il est vrai que seules les clauses obscures, ambiguës ou contradictoires doivent être interprétées par le juge et

3. Berr et Groutel, *Les Grands arrêts du droit de l'assurance*, Sirey, 1978.

que les clauses claires et précises doivent être appliquées, car le contrat fait la loi des parties : cela concerne l'interprétation du sens à donner à une clause.

Le problème est fort différent en ce qui concerne la licéité d'une clause : une clause claire et précise peut parfaitement être annulée si elle apparaît illicite.

Il n'en demeure pas moins que le contrôle de la jurisprudence peut conduire à modifier le contenu même du contrat. Ceci est parfaitement exact, mais n'est pas nouveau. Dans tout le cours du XX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence a fait oeuvre novatrice en « forçant » le contrat. Ce « forçage » du contenu du contrat est illustré de manière célèbre dans des domaines très différents tels que la découverte d'une obligation de sécurité mise à la charge du transporteur de personnes dans des arrêts de 1911 et 1913, ou encore l'obligation de garantie du vendeur professionnel présumé avoir connu les vices de la chose vendue dès 1954, et ainsi chargé d'une très extraordinaire présomption irréfragable de mauvaise foi en matière de vente.

Les exemples de « forçage » du contrat pourraient être multipliés dans tous les domaines, et singulièrement chaque fois qu'une obligation de sécurité des personnes ou des biens était dérogée : on rejoint ici, en matière contractuelle, la responsabilité objective qui tend à s'imposer en matière délictuelle chaque fois qu'il y a atteinte à l'intégrité physique constitutive de dommages corporels ou matériels.

Il est donc vrai que la jurisprudence s'est depuis longtemps arrogé le droit de peser sur le contenu même du contrat, pour y introduire des obligations de sécurité ou de garantie que la partie débitrice n'entendait point y mettre. Ce qu'il faut comprendre, c'est que ce rôle de la jurisprudence n'est nullement spécifique du droit des assurances, et les assureurs auraient tort d'y voir quelque malignité à leur égard. Leur activité est seulement soumise comme les autres au contrôle jurisprudentiel, et s'ils le ressentent de manière plus sensible, c'est parce que le substrat de leur activité est juridique ; ils l'avaient parfois oublié.

\*

\* \*

Les enjeux financiers de l'évolution contemporaine viennent en inéluctable conclusion des réflexions juridiques sur la responsabilité et la réparation.

L'assurance de responsabilité a un coût, et il est exact que de bonnes garanties coûtent plus cher que des garanties illusoires ; il est juste que les assureurs le rappellent et le fassent savoir.

Cela dit, il ne faut pas se tromper de cible et imputer au droit et à la jurisprudence des problèmes financiers qui leur sont largement étrangers ; deux arguments sont ainsi réfutés par les juristes.

• Le premier est la lutte anachronique menée contre la responsabilité objective, et le plaidoyer pour « la faute » hors de laquelle l'industrie des assurances serait en perte. Il faut en effet rappeler que le XIX<sup>e</sup> siècle condamnait les assurances

de responsabilité à l'époque de la responsabilité pour faute, et que l'essor des assurances de responsabilité est précisément fondé sur la responsabilité objective. Il est pour le moins paradoxal de voir les assureurs responsabilité scier la branche sur laquelle ils sont assis en critiquant une évolution juridique qui est à la source même de leur activité.

La raison d'être des assureurs est le *risque*, comme le rappelle opportunément le titre de cette revue. Leur rôle est donc de couvrir des risques (et pas seulement des fautes), voire de prendre eux-mêmes quelques risques en accordant de manière éclairée leurs garanties aux agents économiques novateurs ; à cet égard l'échec des assurances innovation lancée il y a quelques années, comme les reculs devant les risques de développement manifestent une frilosité beaucoup plus préjudiciable au progrès technologique que l'inéluctable responsabilité objective.

- Le deuxième est l'alibi de la « dérive américaine » régulièrement évoquée comme l'image de tous les dangers inhérents à la responsabilité objective : argument fallacieux car la « dérive américaine » n'est nullement due à une responsabilité-objective qui n'y est pas plus largement admise qu'ailleurs, mais à des causes relevant du droit procédural : la souplesse de la compétence judiciaire dans un Etat fédéral, la détermination des indemnités par un jury, le système d'honoraires des avocats par partage de l'indemnité avec la victime (contingency fee) et l'existence de dommages et intérêts punitifs. Notre droit judiciaire exclut heureusement toutes les causes de dérapage, et la jurisprudence américaine n'est un véritable épouvantail qu'à l'égard des exportateurs français aux États-Unis, qui s'y trouvent effectivement confrontés.

Ayant éliminé les faux problèmes, il faut enfin soulever les vrais problèmes relatifs au coût des assurances de responsabilités.

- Le premier est celui des charges : est-il convenable que sur 100 F de prime payée par l'assurée, moins de 40 % soit affecté au règlement des sinistres ?

A chaque avancée légale ou jurisprudentielle en matière d'indemnisation, et notamment lors de la loi Badinter en 1985, on a objecté des impossibilités financières... mais, dans le même temps les chargements fiscaux et parafiscaux pouvaient doubler sans soulever d'émotion excessive. Aujourd'hui, les 35 % de chargements fiscaux qui alourdissent la prime en assurance automobile couvriraient très largement les dommages corporels des conducteurs laissés en dehors de la garantie légale... Espérons seulement que l'Europe communautaire nous y aidera.

- Le deuxième est le coût des risques technologiques dans le monde moderne. Peu importe la « faute » que l'on pouvait d'ailleurs relever dans l'affaire de l'Amoco-Cadiz aussi bien que dans les drames de Bhopal ou de Tchernobyl. Les risques catastrophiques ne sont pas l'apanage de la responsabilité civile, et les statistiques d'incendies des risques industriels ou de pertes d'exploitation le montrent assez.

En conclusion, nous n'entendons pas nier les enjeux financiers de l'assurance, mais seulement situer les problèmes sur leur vrai terrain, qui n'est assurément pas celui d'une jurisprudence dont l'action demeure très classique dans la continuité de son histoire.

Ce n'est pas dire que la maîtrise des assurances de responsabilité par les assureurs, par les assurés responsables et par les victimes soit chose facile.

Pour les risques catastrophiques, il apparaît que des plafonds de garantie adaptés à des limites légales de responsabilité soient l'une des solutions possibles, à condition toutefois que l'indemnisation intégrale des victimes soit garantie par l'existence de fonds complémentaires d'indemnisation dans la création desquels les assureurs pourraient jouer un rôle actif ■

# Assurance et responsabilité : UN COUPLE EN CRISE

**MOTS CLEFS :** *responsabilité • opération d'assurance • jurisprudence • obligation de résultat • limites d'assurabilité •*

L'évolution jurisprudentielle en matière d'assurance de responsabilité donne lieu à débat. Après l'article de Yves Jouhaud qui l'explique et la justifie par le rôle nécessaire de l'assurance de responsabilité dans la société, et celui de Yvonne Lambert-Faivre qui y voit le rôle normal de l'institution judiciaire, l'article de Claude Delpoux apporte un éclairage différent et s'interroge avec quelque inquiétude sur les limites de la responsabilité, sur celles de l'assurance et donc sur l'avenir d'un couple qui peut n'être pas aussi - inséparable - qu'on le croit.

Le couple responsabilité/assurance que plusieurs articles de ce numéro de *Risques* considèrent comme inséparable ne sera-t-il pas bientôt contraint au divorce ?

Les conséquences potentielles de cette crise affectent tous ceux qui sont associés au sein du couple responsabilité/assurance : les victimes, les assurés, les assureurs qui, tour à tour ou conjointement, pourraient en pâtir. C'est pourquoi il paraît nécessaire d'apporter sinon une contestation, du moins un bémol à la conception utopiste d'une société où, pour réparer chaque dommage, on trouverait un responsable assuré.

Focalisé sur le droit à réparation de la victime, le couple responsabilité/assurance est soumis à la pression de deux facteurs soulignés ci-dessus dans l'article de Yvonne Lambert-Faivre : l'évolution jurisprudentielle de la responsabilité et le contrôle jurisprudentiel du contrat d'assurance, ce dernier ayant pour objectif de - tout faire - pour - rendre l'assurance fiable et efficace - (Yves Jouhaud, article ci-dessus).

On sait que l'assurance a permis le développement de la responsabilité, notamment l'émergence des responsabilités sans faute, et que, réciproquement, le développement de la responsabilité implique un développement de l'assurance

\* Directeur responsabilité civile APSAD.

de responsabilité. Cette interaction longtemps positive (d'ailleurs naturelle dans un couple !) n'a-t-elle pas ses limites ? N'a-t-on pas tendance à croire faussement qu'il suffit d'étirer indéfiniment la responsabilité pour que l'assurance de gré ou au besoin de force suive ?

Il n'est de crise qui ne se solutionne sans une remise en question des idées et des actes... S'interroger sur les limites de la responsabilité et sur celles de l'assurance de responsabilité pourrait dès lors être une démarche salutaire.

### ■ I. LES LIMITES DE LA RESPONSABILITÉ

Yves Jouhaud écrit avec beaucoup de pertinence - qu'une société ne peut vivre de façon cohérente que s'il existe des règles de responsabilité ; ces règles de responsabilité doivent être bien déterminées mais efficaces au regard de leur finalité -. Cette idée fondamentale pose trois questions :

- qui doit déterminer ces règles : le législateur, le juge ou, pour la responsabilité contractuelle, les parties contractantes ?
- les règles de responsabilité peuvent-elles être rétroactives ?
- quelle est leur finalité (dont dépendront les moyens de leur efficacité) ?

Avant d'aborder succinctement les deux premières questions, d'ailleurs liées, nous nous interrogerons sur la troisième, qui est au cœur du débat.

La finalité première du droit de la responsabilité n'est pas l'indemnisation de la victime, mais la régulation de la vie sociale, fondée sur le principe selon lequel nul ne doit nuire à autrui (*primum non nocere*). C'est dire que le droit de la responsabilité doit être envisagé sous l'angle du responsable, l'indemnisation légitime de la victime étant la conséquence et non le fondement de la règle.

La responsabilité objective se fonde sur la théorie du risque-profit : celui qui profite (sous forme d'un gain ou d'un plaisir) d'une activité devrait assumer *ipso facto* la responsabilité des dommages causés par cette activité.

Mais cette théorie du risque doit elle-même être replacée dans le contexte social. La société, donc chacun de ses membres, ne vit et ne perdure que grâce aux activités qui se conjuguent, et un profit social se dégage en principe de l'ensemble des activités individuelles.

Cela amène à considérer que les règles de responsabilité ne doivent pas être incompatibles avec la bonne marche des activités, et le problème réside moins dans la définition théorique des règles de responsabilité que dans leur application concrète à la diversité des situations.

L'exemple américain où se sont multipliés les procès en responsabilité aboutissant à des condamnations comportant des dommages-intérêts extravagants, suivies de faillites retentissantes ou de renonciation à exercer certaines activités a le mérite de montrer jusqu'où il ne faut pas aller. Il faut souligner ici que ces extravagances ont aussi bien concerné la responsabilité fondée sur la faute (au détriment des médecins, puis de la médecine...) que la responsabilité fondée sur le risque (produits, pollution).

Ce serait une erreur de croire que les États-Unis ont l'exclusivité de ces problèmes. Quelques exemples peuvent illustrer qu'ils se posent ici (en France ou en Europe) et maintenant.

- En matière de pollution : les dommages fortuits causant des dommages à des tiers sont déjà indemnisés sur le fondement de l'article 1384 du Code civil instaurant à charge d'un gardien de la chose à l'origine d'un dommage une responsabilité depuis longtemps déconnectée par la jurisprudence de toute idée de faute. Nul ne discute qu'il doit en être ainsi.

Mais s'il s'agit de réparer également la dégradation de l'écosystème, où va commencer la responsabilité ? Tout rejet dans l'atmosphère, les eaux ou le sol sera-t-il générateur de responsabilité ? Et l'activité industrielle étant inconcevable sans un minimum de pollution, en viendra-t-on à fermer des usines, sauf à accepter les conséquences socio-économiques de ces fermetures ? On voit ici les limites de ce que pourrait être une application sans discernement de la responsabilité pour risque.

- Autre exemple : la responsabilité civile médicale. Présumer le médecin fautif aboutirait à l'instauration d'une « médecine défensive » à l'effet doublement néfaste : l'altération de la relation de confiance entre le malade et le médecin et le dérapage du coût de dépenses de santé préventives non de pathologies mais d'actions en responsabilité. Ce n'est ni l'intérêt des patients ni celui des assurés sociaux !

C'est dans ce cadre de la responsabilité médicale pour faute que devrait se situer la question de la responsabilité des centres de transfusion sanguine pour des contaminations du sida post-transfusionnelles. Certes, un arrêt de la Cour de cassation de 1954 posait, en termes d'ailleurs ambigus, le principe d'une obligation de résultat, mais, en pratique, les juridictions du fond ne retenaient la responsabilité de l'organisme de transfusion sanguine que s'il avait commis une faute.

Or une partie de la jurisprudence actuelle des juridictions civiles (cour d'appel de Paris, 28 novembre 1991 ; tribunal de grande instance de Nice, 27 juillet 1992) s'applique à distinguer la fourniture de sang de l'acte thérapeutique de transfusion et retient la responsabilité du centre même si, au moment de la transfusion, le virus était indétectable, voire inconnu. Balayé, l'adage « à l'impossible nul n'est tenu ». Le piquant de l'affaire est qu'en la matière le risque n'est pas créé par la recherche d'un profit mais par la nécessité de soigner des personnes malades ou accidentées qui, sans transfusion, seraient condamnées à mort. Ici encore est-il bien raisonnable d'édicter une obligation de résultat ?

La question des contaminations transfusionnelles s'inscrit dans le cadre plus général du risque de développement : certes, le fabricant d'un produit doit prendre toute mesure pour que le consommateur ne soit pas victime d'un défaut de sécurité de son produit. S'il y a défaut qu'il aurait pu détecter, il sera donc responsable objectivement du dommage causé (mais le fait même de mettre sur

le marché un produit présentant un défaut de sécurité que l'on aurait dû détecter n'est-il pas une faute ?). *A contrario*, si, en l'état de la science, le défaut n'est pas détectable, pourquoi, comme certains le souhaitent, rendre le producteur responsable du dommage causé ? N'est-ce pas ajouter à l'absurde de la sanction d'une obligation intenable l'effet pervers d'une incitation à ne pas améliorer... l'état de la science ? La société n'a rien à y gagner.

Si l'on s'accorde à reconnaître dans la responsabilité l'instrument de régulation des activités et des entreprises au sein de la société, il ne faut pas en user comme de l'outil à tout faire en matière d'indemnisation, car, en dérégulant l'instrument, on dérègle par ricochet la vie économique et sociale... Il est temps de réintroduire le raisonnable dans l'application du droit de la responsabilité.

En effet, il s'agit moins de discuter sur le terrain doctrinal les bienfaits et inconvénients de tel ou tel régime (responsabilité civile objective, faute présumée, faute prouvée) que d'en mesurer les conséquences concrètes dans les diverses situations où le droit de la responsabilité est mis en jeu : ce qui est vrai pour la circulation automobile ne l'est pas forcément pour les conditions techniques d'exploitation d'une entreprise industrielle ; la situation d'un centre de transfusion sanguine n'est pas identique à celle, par exemple, d'un producteur de pâtes alimentaires, et on ne peut mettre sur le même plan les risques liés à l'activité d'un médecin et ceux qui résultent de l'exploitation de manèges forains !

Apparaissent ainsi les limites d'application de la théorie du risque qui a inspiré les avancées louables du droit moderne de la responsabilité, mais, commence aujourd'hui à susciter les dérapages les plus pervers...

Un retour sur l'auteur du fait générateur en nécessaire et constructive réaction à la focalisation sur la victime est aujourd'hui nécessaire si l'on souhaite que la responsabilité ne devienne pas la principale entrave d'une vie en société qu'elle est censée conditionner... Cela amènera à redonner à la faute - non plus conçue par référence au comportement de bon père de famille (standard moyen), mais comme le fait de n'avoir pas pris toutes les précautions de nature à éviter un dommage socialement inadmissible - un rôle majeur.

Le droit de la responsabilité civile est essentiellement jurisprudentiel, ce qui implique que les règles sont établies après coup au moment où le juge doit statuer sur l'action de la victime contre l'auteur du dommage. Il serait présomptueux de critiquer ici l'immense œuvre prétériorienne élaborée au fil des ans en la matière et qui a permis, comme le souligne Yvonne Lambert-Faivre, d'adapter aux évolutions économiques et sociales les règles succinctes contenues dans le Code civil de 1804. Mais il faut tout de même souligner que l'inconvénient d'un droit essentiellement jurisprudentiel réside dans sa variabilité : la jurisprudence donne une solution *a posteriori* et ne fixe la règle pour l'avenir que sous réserve d'un revirement...

A cet égard, des - règles bien déterminées - qui permettent à chacun de connaî-

tre à l'avance les conséquences juridiques de ses faits ou de ses activités ne peuvent résulter que de la convention des parties dans le respect de l'ordre public en matière de responsabilité contractuelle ou de la loi pour les deux ordres de responsabilité.

Ainsi paraît-il aujourd'hui nécessaire, pour prévenir toute dérive, que le régime de responsabilité médicale et transfusionnelle soit désormais fixé par la loi.

Aussi paraît-il tout aussi nécessaire que la liberté des parties professionnelles soit respectée, la sanction par le juge de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité devant être exceptionnelle.

## ■ II. LES LIMITES DE L'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ

La règle de responsabilité n'est efficace et fiable que si le responsable bénéficie d'une assurance efficace et fiable. Yves Jouhaud le souligne à fort juste titre dans l'article précité. La viabilité du couple implique en effet des qualités communes. La métamorphose de l'assurance du responsable en assurance (certitude) de l'indemnisation de la victime a totalement faussé le jeu.

En toute rigueur, le juge devrait se poser successivement trois questions :

- X est-il responsable du dommage causé ?
- X a-t-il souscrit un contrat d'assurance de responsabilité ?
- la garantie du contrat d'assurance est-elle prévue pour les faits incriminés ou pour le dommage causé ?

Mais, au motif que l'assurance corrige l'iniquité d'une responsabilité sans faute en évitant que la condamnation ne soit supportée par le patrimoine du responsable, la question de l'assurance est implicitement posée en premier. Et, puisque cette assurance doit être efficace (entendons par là toujours jouer), il faudra au besoin corriger les stipulations du contrat. En bref, on cherche la *deep pocket* et, quand on l'a trouvée, on fait en sorte qu'elle n'ait pas de trou. Cela est moins caricatural qu'il n'y paraît... Au lecteur de juger.

Mais cette efficacité contingente (pour les besoins de l'indemnisation) a un redoutable effet pervers : celle de saper l'efficacité générale de l'assurance.

En effet, il ne suffit pas de postuler la nécessité d'une assurance de responsabilité efficace : il faut aussi s'interroger sur les conditions de cette efficacité.

L'opération d'assurance mutualise certains risques dans des conditions et limites prédéterminées et à un coût préétabli. Son économie se caractérise par l'inversion du cycle de production, le prix de revient étant connu après le prix de vente. La sécurité de l'opération d'assurance suppose donc :

- des règles de responsabilité bien définies et fiables. L'assurance de responsabilité couvre un risque juridique. Elle suppose donc que ce risque soit connu et qu'il résulte donc de la loi ou d'une jurisprudence stable ;
- la possibilité d'établir par un calcul de probabilité la fréquence et le coût des sinistres à venir. L'indéterminable relève de la loterie ou du pari, et non de

l'assurance. Par sa nature même, le risque de développement échappe à tout calcul probabiliste ;

- la déclaration loyale du risque par l'assuré ;
- le respect des stipulations de la police d'assurance qui délimitent les risques couverts quant à leur nature et à leur montant.

Ce dernier point renvoie à la question du contrôle par le juge du contrat d'assurance.

Il ne s'agit pas de remettre en question le contrôle par le juge de la licéité du contrat d'assurance. Il entre bien dans le rôle du juge saisi d'un litige sur l'application d'un contrat de vérifier que les clauses de celui-ci sont licites. Mais qu'est-ce que la licéité, sinon la conformité à la loi ?

Le droit des assurances comporte bon nombre de dispositions d'ordre public et il va de soi que celles-ci s'imposent à l'assureur comme d'ailleurs à l'assuré. Mais, sous réserve du respect de ces dispositions, le principe en la matière est et doit rester la liberté contractuelle.

A cet égard, la jurisprudence récente annulant les clauses subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation pendant la durée du contrat est particulièrement préoccupante. Son champ d'application reste encore discuté : Yves Jouhaud souligne dans l'article précité que la Cour de cassation n'a entendu condamner la clause « base réclamation » qu'en matière d'assurance décennale des constructeurs, mais la rédaction des attendus (et d'ailleurs l'application à quelques affaires qui ne relevaient pas de la responsabilité civile décennale) portent à s'inquiéter d'une portée générale de l'illicéité jurisprudentielle de la clause en question. Une étude complète sur ce problème qui appelle des développements complexes paraîtra dans un prochain numéro de *Risques*. Mais soulignons dès à présent que, si cette jurisprudence recevait une portée générale, c'est l'ensemble de l'assurance responsabilité civile produits ou après livraison qui serait durablement déstabilisé.

L'interview de Patrick Peugeot montre le lien entre durée et capacité. Si la durée de la garantie coïncide avec la durée de la responsabilité, la capacité d'assurance diminue. Si, reprenant à la lettre la formule de la Cour de cassation « fait à l'origine de dommage », on considère que la garantie est nécessairement du fait générateur, la durée de la garantie devient illimitée et... l'assurance impossible. De même que l'enfer est, dit-on, pavé de bonnes intentions, voilà l'exemple même d'une application du souci d'efficacité et de fiabilité de l'assurance qui aboutirait, si elle devait se pérenniser, à l'effet strictement inverse de l'objectif poursuivi : une garantie étriquée dans son montant, conséquence d'une durée illimitée. Ni les victimes ni les assurés responsables n'y trouveraient à terme leur intérêt.

Tout aussi inquiétante fut la jurisprudence qui, au cours de l'année 1990, refusait d'appliquer la clause d'exclusion, pourtant claire, classique et économiquement nécessaire, du dommage produit livré par l'assuré. C'était transformer l'assurance de la responsabilité civile pour les dommages causés au tiers en caution de

la garantie des produits livrés ou des travaux exécutés dus par toute entreprise. C'était dénaturer non seulement une clause, mais la finalité même du contrat d'assurance responsabilité civile. Les industriels ne sont d'ailleurs pas demandeurs d'une mutualisation de la garantie de leurs produits : c'est un risque qu'ils peuvent et doivent contrôler et assumer. Mais, en ce domaine, la raison semble avoir repris ses droits, la Cour de cassation, par un récent arrêt en date du 11 février 1992, a reconnu la validité de cette clause d'exclusion.

A trop demander à la responsabilité et à l'assurance de responsabilité, c'est l'efficacité même de ces institutions qui est mise en péril. Le couple assurance/responsabilité n'est viable que si l'on a la sagesse de connaître les limites de sa fonction, sinon, comme la grenouille de la fable, il sera bientôt condamné à l'explosion. Est-ce à dire que l'assurance ne doit pas s'intéresser aux victimes de la fatalité ? Certes non, mais la réponse est dans des mécanismes d'assurance directe, non dans le biais de la responsabilité. Ce disant, l'auteur de ces lignes ne croit pas scier sa propre branche, mais éviter qu'elle ne casse après avoir été indûment chargée ■



# QU'EST-CE QU'UN DISPOSITIF de responsabilité ?

**MOTS CLEFS :** *barème • claims made • environnement • innovation • responsabilité • sécurité sociale • solidarité •*

**P**résident de SCOR, première compagnie française de réassurance, Patrick Peugeot est professionnellement concerné par les problèmes de responsabilité. Ayant assisté au colloque « Responsabilité et indemnisation » qui s'est tenu le 16 avril 1992 à l'Assemblée nationale, il a, en particulier, été sensible au danger de certaines des argumentations juridiques qui y ont été développées. Dans l'entretien qu'il a donné à Risques, Patrick Peugeot conteste le partage traditionnel entre assurance et solidarité, rappelle les principes de ce qu'il conviendrait d'appeler « l'économie politique » de l'assurance de responsabilité et dessine ce qui pourrait être le modèle des dispositifs de responsabilité capables de faire face aux risques d'innovation et d'environnement auxquels nos sociétés sont désormais si sensibles.

■ **Risques : Quelles conclusions avez-vous tirées du colloque qui s'est tenu à l'Assemblée Nationale le 16 avril 1992 ?**

**Patrick Peugeot :** Trois idées sont à retenir. La première est l'instauration d'un dialogue avec les juges, la mise en place d'un système d'échange d'informations entre le monde de la justice et celui de l'assurance. La deuxième est l'institution d'un cadre législatif à la fois clair et suffisamment souple, qui exclut toute forme de *punitive damage*. S'il revient, en effet, au juge d'apprécier comme il le doit les dommages, il n'a pas à vouloir réglementer telle ou telle activité par voie d'amende. Enfin, il a été justement rappelé que la couverture des risques doit être économique : la prime ne doit pas être excessive par rapport aux revenus des assurés ou à l'activité concernée. Le système allemand de calcul des indemnités est une référence utile et, sans doute, devrions-nous, nous aussi, recourir à des barèmes. Sans barème, il n'y a pas d'assurance de responsabilité économiquement viable.

\* *Président de SCOR*

Je ne peux pas partager les idées qui consistent à charger le plus possible la Sécurité sociale, le solde étant mis à la charge de l'État. Je sais qu'un certain nombre d'assureurs y sont plutôt favorables. Ils imaginent que la Sécurité sociale travaillerait, pour ainsi dire, en *excess* : les assureurs prendraient les risques en dessous d'une certaine somme et, au-delà, la Sécurité sociale entrerait en jeu. C'est bien mal juger l'institution. En pareil cas, la Sécurité sociale couvrirait, au contraire, les petits risques, laissant aux assureurs peu de primes et beaucoup de risques. On pense, à tort, qu'il n'y a de systèmes sociaux viables qu'égalitaires. Or tous les citoyens n'ont pas la même capacité contributive, ce qui est souvent en relation avec les risques qu'ils représentent. De ce fait, appliquer de stricts principes d'égalité conduit à faire payer plus cher les petits et moins cher les gros.

L'assurance, dont la compétence est à la fois celle d'un preneur de risque et d'un régleur de sinistre, doit avoir le souci de prendre en charge une part du dispositif de responsabilité, en recettes comme en dépenses. Son atout est qu'elle le fait mieux que la Sécurité sociale, parce qu'elle a droit à la sélectivité et que ses relations avec l'appareil judiciaire sont souples ; elle a notamment la possibilité d'effectuer des transactions, ce que la Sécurité sociale ne sait pas faire aussi bien.

**■ Pendant le colloque, une voix, insistante, s'est fait entendre, celle des professeurs de droit, qui réclamaient l'institution d'une sorte de droit général des victimes d'accidents, avec unité de juridiction, responsabilité objective et égalité devant le dommage. Qu'en pensez-vous ?**

Si c'était le cas, il appartiendrait aux victimes de s'assurer, et non plus seulement aux fauteurs de troubles. Et cela ne devrait pas empêcher l'exercice de recours contre les coupables, qui devraient eux-mêmes être assurés en responsabilité civile. On évoluerait aussi vers un système de type *no fault* : la victime est indemnisée par son propre assureur, qui devient titulaire de son droit pour se retourner contre d'éventuels responsables. Les compagnies d'assurances devraient se débrouiller entre elles. L'avantage de cette solution est qu'en cas de litige elle oppose compagnie d'assurances à compagnie d'assurances ou fonds d'indemnisation, ce dernier étant une structure qui assume la responsabilité de l'État ou de la collectivité en cas de risque inassurable. Je ne suis pas sûr que les esprits soient déjà préparés en France à une telle mutation.

Pour atteindre un objectif similaire, la loi de 1982 sur les catastrophes naturelles fournit un modèle intéressant de ce qu'on peut faire. Les assureurs étaient alors prêts à renoncer totalement à l'assurance des catastrophes naturelles. La conviction de beaucoup de professionnels dont j'étais, était que, si l'assurance abandonnait ce type de risque, la même démarche se reproduirait pour d'autres risques difficiles et les guichets d'indemnisation se multiplieraient en même

temps que l'assurance perdrait progressivement du terrain en ne jouant pas son rôle auprès des ménages et des entreprises. Or le rôle de l'assurance est de dédommager ses clients sur des bases contractuelles, avec la souplesse propre au droit privé, et de gérer une mutualité telle que la charge en soit définitivement imputée aux fauteurs de trouble quand on peut les désigner. L'accord avec l'État n'a pas été facile, puisqu'il a fallu déterminer combien les compagnies auraient à payer, quelle était la part qu'elles devaient assumer, c'est-à-dire la part des primes qu'elles devaient conserver, la CCR assurant la couverture illimitée du régime final. Dans la formule qui a été adoptée, l'État est d'abord impliqué en amont dans la définition du risque – il lui revient de définir tel ou tel événement comme catastrophe naturelle –, et, en aval, en assureur ultime - il convenait en effet de prévoir une couverture illimitée, correspondant à l'éventualité d'une grande catastrophe. Si le système n'est pas parfait, il fonctionne correctement, puisqu'il a permis de régler plus de 8 milliards de francs de sinistres depuis 1982. L'État n'a jamais payé un sou ; une seule fois, il a dû avancer 120 millions de francs pendant quatre mois.

Pareil dispositif pourrait s'étendre à d'autres risques dans la limite de l'assurable. Il y a en effet des situations où la puissance publique doit s'impliquer plus, en matière d'attentats par exemple, c'est-à-dire dans les situations où l'on dépasse les limites de l'assurable.

Mais le problème de fond n'est pas là ; l'ambiguïté est ailleurs, dans l'opposition, largement fictive, entre assurance et solidarité. La solidarité consiste à indemniser les dommages indépendamment de la faculté contributive des bénéficiaires. Les assureurs, compagnies ou mutuelles, sont capables de remplir cette mission. Ils l'exercent tous les jours. Le paradoxe est que, aux yeux de l'opinion, ils la remplissent mieux quand ils se font une concurrence folle, c'est-à-dire au risque de se perdre. Des structures comme celles des compagnies aussi bien que des mutuelles sont capables de le faire mieux que des structures étatisées soumises à des règles coûteuses ou à des pressions politiques insupportables.

On peut protester contre sa compagnie d'assurances ou sa mutuelle, puisqu'on a le choix de sa société. On ne peut pas contester l'État, puisqu'il n'y en a qu'un.

**■ Les grands problèmes de responsabilité que l'on va rencontrer à l'avenir concerneront surtout l'environnement et l'innovation, c'est-à-dire des problèmes liés au maintien d'une garantie dans le temps. Peut-on, et comment, assurer l'innovation contre les risques de responsabilité civile ?**

Les assureurs considèrent qu'ils peuvent couvrir l'innovation, en excédent d'une certaine franchise et dans la mesure où ils peuvent vérifier la qualité du risque avant de le souscrire. La philosophie du dispositif consiste à inciter le responsable éventuel, l'industriel ou le producteur, à gérer ses risques le plus économiquement possible, à les minimiser par une forte action de prévention, à en assumer en propre une partie non négligeable et à intervenir le plus tôt

possible une fois le dommage détecté. Mais s'il arrive que, malgré tous ses efforts, le sinistre se réalise, il revient à la solidarité, celle qu'organise l'assurance, de prendre sa part dans l'indemnisation.

Dans la pratique, l'assureur analyse les sinistres déjà survenus pour rechercher une certaine moyenne. Il considère ensuite que les sinistres qui dépassent cette limite relèvent de la malchance, de l'exception impossible à prévenir. Ainsi l'assurance couvre-t-elle contre l'aléa après que tous les efforts de prévention économiquement réalisables ont été faits. Comme vous l'avez dit, ce type de couverture est à long terme, seules des sociétés financièrement très solides peuvent présenter la sécurité suffisante et provisionner l'essentiel des primes pendant une durée suffisante.

■ **L'innovation pose aussi le problème des produits susceptibles de provoquer ultérieurement des dommages, alors qu'on aurait pris, au moment de leur mise en circulation, toutes les précautions de sécurité. Que peut faire l'assureur face à cette situation ?**

Quand on lui présentera ce produit, au moment donc où il est jugé conforme, l'assureur calculera le risque qu'il prend et déterminera un montant de prime. Ensuite, il cédera une partie de la prime à un réassureur, qui le couvrira contre ses éventuelles erreurs.

Un assureur peut assumer une partie du risque de développement à deux conditions : d'abord, il est nécessaire qu'il puisse partager le coût de l'indemnisation avec l'assuré, grâce à des franchises, des quotes-parts, des points d'excess ou autres. Ne nous y trompons pas, l'assureur d'aujourd'hui est condamné à couvrir ce qui demain prendra la place des risques de la transfusion sanguine d'aujourd'hui, par exemple le risque d'exposition aux écrans d'ordinateur, que les Britanniques commencent déjà à indemniser. Ensuite, il faut des limites préétablies à l'indemnisation des victimes éventuelles.

Pour couvrir le risque de développement, l'assurance doit aussi prendre des précautions particulières telles que les polices *claims made*, à période de couverture limitée, alors que les polices de type *occurrence basis*, à durée de couverture pratiquement illimitée, la condamnent à une garantie quasi illimitée. Il n'y a pas de mystère : plus longue sera la période de couverture demandée aux assureurs, moins importante sera la capacité qu'il pourront proposer. Prenons l'exemple de la responsabilité décennale des constructeurs. Elle s'étend sur dix ou douze ans, compte tenu du délai des réclamations. L'assureur répartit la prime sur l'ensemble de la période de couverture. Chaque année, supposant le risque égal, il peut prendre en recette un douzième de la prime. Au terme des douze ans, il est libéré, le risque s'éteint. La garantie étant limitée dans le temps, l'assureur peut faire face au risque. A l'inverse, si le temps de couverture s'étire sur un terme trop long, tend à devenir illimité, cela revient à dire qu'il ne perçoit plus qu'une prime qui s'approche de zéro.

Le marché n'a pas encore fait toute la place qu'elle mérite à la formule *claims made*. La philosophie de ces polices consiste à encadrer le risque dans un délai limité. La Cour de cassation, dans ses décisions de décembre 1990, ne semble pas avoir compris un mécanisme qu'elle compromet en condamnant les assureurs à couvrir des risques hors des délais de couverture. Si on enlève à l'assurance cette garantie d'un temps de couverture limité, les capacités d'assurance diminueront d'autant, et l'assurance ne pourra plus jouer son rôle économique dans la couverture de ce type de risque. Un exemple peut illustrer ce raisonnement : la capacité qu'utilise un grand assureur sur le risque incendie d'une entreprise est, en gros, de 60 millions de francs pour un an. Rarement plus. Si vous lui demandez de fournir à la même entreprise une couverture en responsabilité civile, il n'ira pas au-delà de 10 millions de francs. Pourquoi ? A cause de l'effet dans le temps : dans la mesure où il ne sait pas combien de temps cela va durer, il va supporter à coût fixe un risque qui peut se développer et aboutir à un coût qui sera bien supérieur à celui qui avait été prévu. En définitive, l'assureur estime son coût notamment en fonction de la durée de son exposition au risque ; avec chaque année supplémentaire de garantie, la capacité disponible diminue.

Si l'on veut pouvoir couvrir des risques économiquement nécessaires à l'évolution des techniques et indemniser convenablement les victimes, il faut que les règles du jeu soient claires et que les couvertures soient limitées dans le temps et dans leur montant. Il reviendra aux assureurs, après avoir analysé le risque, l'avoir pris, encaissé une prime, de le couvrir, c'est-à-dire de payer si le sinistre se réalise. Mais si la garantie demandée est illimitée, l'assureur circonscrit tellement son engagement que sa couverture apparaîtra comme dérisoire aux assurés.

■ **Vous attendez donc du législateur une discipline du temps ?**

Et des montants. Il faut cadrer. Dans la mesure où le risque de responsabilité civile vise essentiellement la réparation de dommages corporels, il faut impérativement poser des limites. Le limiter dans le temps est presque aussi important que de le limiter en montant.

■ **Pensez-vous que cette approche soit compatible avec la politique générale de la sécurité dans nos sociétés ?**

Tout à fait. Car, chaque année, on déplace la limite. L'assureur est amené à intervenir comme un banquier : il transforme un risque annuel en un risque pluriannuel. C'est ainsi que les gens qui font de grands projets et qui tiennent à avoir une garantie sur la durée du projet insistent pour que nous leur donnions une couverture complexe, quoi qu'il arrive et le jour où démarre le projet, parce que les banquiers, qui financent, veulent être couverts. Nous sommes confrontés au problème d'avoir à étaler quelquefois sur quatre ou cinq ans notre

couverture, alors que, souvent, nous-mêmes n'avons pas de couverture sur une période si longue. L'assurance d'un satellite, dont on décide un jour la fabrication sans savoir quand il va être lancé, ni dans quelles conditions, place les assureurs devant les mêmes exigences.

Les assureurs, c'est indéniable, doivent assumer effectivement les risques de ce type, mais seulement s'ils peuvent les cerner de façon quasi-certaine, c'est la règle du métier, mais au moins faut-il les limiter de la façon la plus économique possible, parce que, si on ne les limite pas, ou si les limites sont trop élevées, les assureurs seront obligés de restreindre la capacité disponible et, en même temps, d'augmenter les primes.

#### ■ Et en matière d'environnement ?

Le problème de l'environnement est du même ordre. Il tient à la capacité de détecter le dommage passé, présent ou futur. Un bel exemple est donné par l'histoire de Perrier. Tout le monde sait aujourd'hui qu'il y avait depuis longtemps un peu de benzène dans le Perrier, mais personne n'avait songé à s'en plaindre puisqu'on ne pouvait pas le détecter. Le malheur pour Perrier est qu'on a trouvé un instrument capable de le mesurer. Cet instrument a créé le dommage. Il s'agit très exactement d'un risque de développement.

La situation est identique en matière de pollution. On découvre par exemple qu'une station-service cause des dégâts dans l'environnement. Personne ne l'avait imaginé auparavant. On ne pensait pas que les fuites d'essence qui se produiraient éventuellement pourraient entraîner de graves dommages. Aujourd'hui, il est désormais possible de mesurer cette pollution. Ainsi a-t-on créé un dommage, consubstantiel à la création de la station, qu'on n'était pas capable de mesurer jusque-là tant il était faible.

Pour régler ce type de problème, les Américains se sont lancés dans un système complètement fou. Ils ont créé le Superfund. L'idée était de constituer un fonds destiné au nettoyage des sites envahis par la pollution (liée, par exemple, aux grandes décharges) et, codicille, d'aller chercher les responsables, pour qu'il y ait sanction. Aujourd'hui, le codicille est devenu l'essentiel : la plupart des dépenses de ce fonds servent à payer les avocats qui vont chercher les responsables. Les Américains se sont engagés dans un système tel que le président Bush, en 1988, a augmenté les réserves du fonds, augmentation qui a encore plus servi à poursuivre les responsables qu'à indemniser les victimes. Cela s'est traduit par une hausse des primes et un plus grand nombre de sinistres, dus à une course aberrante subventionnée par des fonds publics. Le souci de trouver les coupables et de les faire payer l'a emporté sur la volonté initiale de réparer les dommages. On a jugé, pour simplifier, qu'il valait mieux poursuivre Exxon en dépensant 100 millions de dollars en frais de poursuite et de procès pour lui faire éventuellement payer 400 ou 500 millions plutôt que de dépenser tout de suite ces 100 millions pour nettoyer ce qu'il était possible de nettoyer au

moment où l'on a créé le fonds. La part des sommes effectivement utilisées à nettoyer les sites pollués est faible. L'essentiel est passé en frais de justice et de gestion des dossiers. Dans une première phase, le Superfund avait désigné en priorité une cinquantaine de sites à dépolluer ; dans une deuxième phase, le chiffre est passé à quatre cents ; actuellement, on en est à quatre mille ou cinq mille. Finalement, il n'y a pas de limite, là non plus.

■ **Ces problèmes de temps ne risquent-ils pas de poser de redoutables problèmes aux assureurs ? On dit que la crise des Lloyd's est liée à des engagements imprudents en matière de responsabilité. Et, récemment, j'entendais un membre important de la SCOR lancer publiquement de sombres oracles quant aux difficultés que pourraient rencontrer certaines sociétés à couvrir quelques-uns de leurs engagements.**

Les Lloyd's ne sont pas confrontés à des difficultés particulières en matière d'assurance. Ils ont un problème d'organisation. Les Lloyd's se sont engagés dans le recrutement de *names* avec un contrôle insuffisant de leur capacité, sans des explications assez claires sur les responsabilités qu'ils prenaient. Au lieu d'avoir des fonds propres placés en banque, ils ont des actionnaires dont les engagements sont incertains et qu'on doit aller chercher au cas par cas et un par un, quand il leur faut payer.

Les Lloyd's ont souscrit, parmi d'autres engagements, les mêmes affaires que les compagnies de réassurance britanniques et étrangères ; certes, l'évolution du coût de la pollution et de l'asbestose aux États-Unis leur a coûté cher, mais pas plus ni moins qu'à tous ceux qui ont souscrit ces affaires avec eux ou comme eux.

■ **Pensez-vous que les projets de directive européenne en matière de responsabilité soient susceptibles d'introduire le cadre législatif que vous réclamiez tout à l'heure ?**

Je crois que nous disposons d'une bonne base de départ avec le dispositif que les Allemands ont mis en place pour couvrir les risques pharmaceutiques, le Pharmapool. Sa légalité a été reconnue par Bruxelles, malgré les premières hésitations de sir Leon Brittan. Ce dispositif préfigure les trois éléments que je préconise : une obligation d'assurance, qui permet d'éviter les phénomènes d'antisélection, une solidarité professionnelle – les assureurs sont obligés d'assurer –, un guide d'évaluation des indemnités. Il s'agit bien d'un dispositif de solidarité, économiquement supportable par les industriels. Ce système pourrait devenir, à mon avis, la base d'une réglementation européenne.

Grâce à ce système, les Allemands ont pu faire face, sans éclat, au problème de la contamination des produits sanguins destinés aux hémophiles. Assurément, les Allemands ne recherchent pas d'abord le procès ; ils préfèrent négocier. En France, notre réflexe est souvent de chercher d'abord les responsables. C'est ce qui explique la manière dont nous avons traité le problème du sida. On a

cherché des responsables, au lieu de s'attacher d'abord à déterminer comment limiter, sinon éliminer, le risque et le couvrir s'il y a un dommage substantiel. Le système allemand, s'il avait alors existé en France, aurait immédiatement permis la mise en place de couvertures ; on aurait demandé aux compagnies d'assurer dans le cadre d'un pool qui aurait lui-même fait appel à la réassurance internationale.

Pourquoi, pour le sida, les assureurs ont-ils finalement immédiatement poussé à la création d'un fonds d'indemnisation ? Parce qu'ils se sont rendu compte que la définition qu'en donnait l'État et son refus d'organiser une barémisation des indemnités allaient conduire au désastre économique. Des juges, de bonne foi, ont, dans une première décision, donné 2 millions à quelqu'un sans aucune justification, et dans l'émotion, c'est-à-dire dans la pire des conditions pour rendre la justice. S'il y avait eu la loi, ils auraient dit : vous bénéficiez du plein effet de la loi... soit... ■

*Propos recueillis par François Ewald.*

# RUBRIQUES

## **Economie**

Michel Albert étudie, produit par produit, l'avenir des différents modes de distribution de l'assurance en Europe.

## **Philosophie**

François Drouault explicite les caractéristiques qui font la spécificité du contrat d'assurance.



# EVOLUTION DES RESEAUX DE DISTRIBUTION de l'assurance en Europe

MOTS CLEFS : *agent général • courtier • distribution • Europe • producteur salarié •*

Michel Albert dégage, par types de produits, les grandes tendances susceptibles d'affecter les réseaux de distribution de l'assurance dans l'Europe de demain : pour ce qui concerne les risques d'entreprise, qui demandent une forte valeur ajoutée en terme de services, le courtage, qui restera le mode de distribution dominant, va subir de profondes restructurations ; la diffusion des risques IARD aux particuliers, volatils par nature, verra le modèle de l'agent général prendre le dessus sur le système trop individualiste du courtage à l'anglaise ; les produits vie individuelle, qui supposent la confiance du client, seront mieux distribués par les réseaux liés des assurances et des banques.

L'assurance est un métier étrange du point de vue de sa distribution, caractérisée par de fortes originalités. On peut y observer en effet la coexistence de réseaux très différents : depuis les producteurs salariés, directement liés à l'entreprise d'assurance elle-même, jusqu'aux courtiers indépendants, en passant, dans bien des pays d'Europe, par les réseaux d'agents généraux, statutairement indépendants, mais représentant, dans le cadre d'un mandat, des compagnies d'assurances.

Cette situation est particulière : bien rares sont les entreprises industrielles ou commerciales ayant à prendre en compte une telle coexistence, pas toujours pacifique d'ailleurs. Dans des métiers pourtant assez proches du nôtre, la dichotomie est marquée : les banques de dépôts disposent de réseaux plus ou moins développés d'agences qui font partie de leur propre

\* Président des AGF.

structure, alors que de nouveaux organismes spécialisés en gestion financière commercialisent leurs produits par l'intermédiaire de conseillers indépendants. C'est notamment le cas en Grande-Bretagne depuis la promulgation du Financial Services Act.

Le monde de l'assurance présente une seconde originalité, à savoir que plus le produit est professionnel, plus sa distribution tend à être le fait de réseaux indépendants. En effet, ailleurs, dans l'industrie, dans le commerce, quelle que soit leur nature, les biens de grande consommation sont commercialisés par des indépendants suivant la chaîne classique : grossiste, demi-grossiste et détaillant, ou bien, plus récemment, par des super ou hypermarchés. En revanche, les produits techniquement plus pointus et ne s'adressant donc qu'à un nombre plus réduit d'acheteurs potentiels sont le plus souvent distribués soit par des réseaux de vendeurs salariés des entreprises productrices, soit par des importateurs liés à celles-ci par des accords commerciaux. C'est le cas, par exemple, des machines-outils, des produits chimiques à usage professionnel.

De plus, à l'intérieur d'une même gamme de produits, il y a une distinction constante entre bas de gamme/distribution indépendante et haut de gamme/distribution salariée. Prenons par exemple le cas des ordinateurs : alors que les micros sont aujourd'hui disponibles dans la plupart des hypermarchés et chez une multitude de détaillants, les gros ordinateurs, qui ne s'adressent qu'aux sociétés ayant à pratiquer des traitements de données particulièrement complexes ou portant sur de très gros fichiers, ne sont vendus que par des ingénieurs commerciaux des entreprises productrices. Eux seuls sont en effet en mesure d'argumenter efficacement, de détailler les avantages de leur produit par rapport à ceux de la concurrence et surtout de négocier des rabais éventuels. Cette caractéristique se retrouve dans tous les secteurs économiques : dans l'industrie des engrais comme dans la haute couture, dans la mécanique comme dans les produits bancaires...

Une seule exception à cette règle : l'assurance. Les contrats les plus standards, destinés au grand public, sont en effet essentiellement commercialisés par des réseaux salariés en vie et par des réseaux liés, comme ceux des agents généraux, en dommages. Si, dans certains pays d'Europe, comme la Belgique ou la Grande-Bretagne, le courtage est roi même dans le domaine des polices de particuliers, le faible montant unitaire des commissions de distribution qui leur sont attachées fait que le plus généralement un courtier ne travaille en pratique qu'avec quatre ou cinq compagnies, souvent spécialisées, et se comporte donc plus ou moins comme un distributeur à temps partiel en liaison avec chacune de celles-ci.

En revanche, pour les risques importants exigeant une technicité très poussée comme les grands risques industriels et les assurances de groupe du personnel des grandes entreprises, le passage par des courtiers, distributeurs indépendants à même d'opérer un choix parmi toutes les offres du marché, est une règle de fait en raison de l'importance des primes mises en jeu ainsi que de la

fréquente nécessité de faire appel à la coassurance. Analysons maintenant plus en détail les particularités de ces deux modes de distribution propres aux deux types de produits : courtage /grands risques et réseaux liés /risques standards de particuliers.

## I. RISQUES D'ENTREPRISE ET VIE GROUPE

### 1. La domination du courtage dans les risques d'entreprise

Le courtage constitue en Europe la voie privilégiée de commercialisation de produits d'assurance aux entreprises. Sa part dans la distribution des polices dommages souscrites par des personnes morales est de 20 % en Italie, 65 % en Espagne, 70 % en Belgique et 85 % au Royaume-Uni, alors que, pour les assurances souscrites par les seules grandes entreprises, ce ratio se situe dans une fourchette beaucoup plus resserrée de 85 à 95 %. En fait, les disparités entre pays reflètent celles des structures économiques : pour les petites et moyennes entreprises, les risques sont en effet relativement standards et s'apparentent à des risques de particuliers. Il est donc normal que les réseaux liés aient une part importante dans la commercialisation des polices destinées à les couvrir. L'Italie étant le pays d'Europe dont la prospérité est la plus liée au dynamisme de ses petites entreprises, il n'est pas étonnant que l'on y observe le plus faible taux de distribution par courtage. A l'opposé, c'est en Grande-Bretagne, pays des conglomérats, que l'on relève le taux le plus élevé, d'autant plus que des facteurs culturels – le modèle économique « maritime »<sup>1</sup> – tendent à privilégier ce canal de distribution.

Par ailleurs, le courtage est déjà entré, non seulement à l'échelon européen mais sur le plan mondial, dans une phase de restructuration qui a toute chance d'aller crescendo. Rachat du néerlandais Hudig Langeveldt (14<sup>e</sup> mondial) par l'américain Rollins Burdick Hunter (7<sup>e</sup> mondial), de Corroon and Black par Willis Faber, du français Faugère et Jutheu (15<sup>e</sup> mondial) par le n° 1 mondial, l'américain Marsh and Mac Lennan, accession du n° 2 mondial, l'américain Alexander and Alexander, à la majorité dans le capital du français SGCA, prise de participation de 27 % par le groupe Jardine de Hong Kong (8<sup>e</sup> mondial) dans le capital du français Siaci, entrée probable dans le capital du français Gras-Savoie (17<sup>e</sup> mondial) de ses partenaires du réseau Unison (dont Johnson and Higgins, 5<sup>e</sup> courtier mondial)... Ainsi, les grands courtiers américains engrangent environ 30 % de leurs commissions en Europe.

Ces opérations de regroupement renforcent la spécialisation du courtage dans les grands risques. Pour ceux-ci, seul le courtier est à même de faire appel, ainsi que la LPS (libre prestation de services) lui en donne la possibilité dans les États

1. Voir mon livre : *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Ed. du Seuil, 1991.

de la CEE, à des compagnies peu implantées dans le pays du risque mais ayant développé une expertise approfondie de celui-ci. Les courtiers devraient ainsi accroître notablement leur part de marché dans des pays dans lesquels une part significative de l'assurance des entreprises est encore distribuée par des mandataires exclusifs, ce qui est notamment le cas en Espagne. En outre, le mouvement de concentration qui touche en amont nombre d'activités industrielles contribuera à accentuer cette évolution, les risques globaux à assurer se trouvant de ce fait majorés et ne rendant que plus avantageuse pour l'entreprise souscriptrice l'intervention d'un courtier susceptible de mettre en jeu une concurrence au niveau international entre compagnies.

Enfin, la concurrence entre compagnies a pour effet de développer encore plus la concurrence entre courtiers et d'accélérer la restructuration du courtage. On observe déjà ce phénomène au niveau européen sur certains grands risques d'entreprise, ce qui amène à avancer que les courtiers des pays restés à l'écart des mouvements de concentration intervenus dans cette profession devraient être particulièrement vulnérables.

Si on prend l'exemple de la France, on peut penser qu'un courtier verra dans un avenir proche poindre ou se développer deux types de concurrence externe. Tout d'abord, celle des agents généraux qui devraient voir leurs clauses d'exclusivité atténuées par la réglementation européenne (résolution du 13 mai 1991 adoptée par la Commission européenne du Bipar). Ceux-ci pourraient alors s'attaquer à de nouveaux marchés, poussés d'ailleurs par la concurrence même que leur livreront alors leurs propres confrères des autres compagnies. Aujourd'hui déjà, en France, certains agents généraux prennent un « code courtage » en plus de leurs activités traditionnelles, c'est-à-dire qu'ils se transforment, avec des fortunes diverses, en courtiers à temps partiel pour la couverture de certains types de risques (risques de PME, notamment).

Le second type de concurrence nouvelle pour les courtiers vient des entreprises elles-mêmes qui cherchent à réduire le coût final des primes d'assurance qu'elles ont à payer. A côté de l'existence déjà ancienne de cabinets d'auto-courtage, on assiste à une multiplication des *risk managers* au sein des entreprises. Outre leur tâche de prévention et d'optimisation des assurances de leur entreprise, ceux-ci ont, de plus en plus, un rôle de négociateur direct avec les assureurs. Ainsi émerge un nouveau mode de relations entre l'entreprise et son assureur, dans lequel le courtier n'a plus qu'une place réduite. Certes, la concrétisation à grande échelle de ces tendances n'est pas pour demain, mais, dans un monde dans lequel la compression des coûts est désormais une priorité pour les deux parties, il est clair que le quasi-monopole du courtage sur les grands risques n'est pas d'une pérennité assurée.

## 2. Le professionnalisme des courtiers et l'Europe

La seule réaction efficace possible des courtiers face à de telles évolutions est claire : il faut que le service qu'ils apportent aux entreprises soit de plus en plus réel et précieux, bref, de plus en plus professionnel.

En effet, pour bon nombre d'entreprises qui ne souhaitent pas se doter d'un *risk manager* ou n'en ont pas les moyens, c'est le courtier qui joue, de fait, ce rôle. Celui-ci s'apparente de moins en moins à un rôle d'intermédiaire commercial, mais plutôt de conseiller pour l'ensemble des domaines d'assurance de l'entreprise : dommages, pertes d'exploitation, vie groupe, maladie... Cette valeur ajoutée en termes de technicité permet à l'entreprise de se concentrer sur son métier spécifique sans avoir à se préoccuper de ses relations avec son assureur, dès lors que celles-ci sont assumées par un mandataire chargé de défendre ses intérêts.

Par ailleurs, un courtier a une vue d'ensemble du marché, ce qui le dote d'une plus grande créativité lors de l'acte d'assurance et d'une plus forte réactivité lorsqu'une compagnie élabore un nouveau produit propre à satisfaire les besoins de son client. Cette situation constitue un véritable défi pour les compagnies, mais entraîne aussi bon nombre de doubles, triples et même quadruples emplois : plus les *risk managers* sont compétents et plus les courtiers doivent l'être aussi. Les compagnies, pour être capables de suivre, doivent donc s'équiper en ingénieurs compétents, et, en bout de chaîne, il en est de même des réassureurs...

Enfin et peut-être surtout, la notion d'intimité avec le client, liée au rôle propre d'intermédiaire commercial du courtier, est essentielle. Le courtier est en effet le mandataire de son client, qui le perçoit souvent comme un défenseur fiable, un avocat face à des compagnies aux techniques et au vocabulaire parfois hermétiques.

L'évolution européenne favorise la transformation de ce rôle traditionnel du courtier en accentuant son caractère à la fois international et professionnel. De plus en plus, en effet, les grandes entreprises possèdent des implantations européennes multiples et désirent de véritables plans d'assurance à l'échelle européenne. Afin d'optimiser ses coûts d'assurance, l'entreprise pourra alors s'adresser à plusieurs compagnies distinctes pour couvrir des implantations ou des risques différents. Le rôle de gestion des contrats, dès lors très complexe, devra être transféré à un spécialiste : le courtier.

Celui-ci, au-delà de ce simple service d'agrégation des garanties et de centralisation des polices, devra renforcer les services locaux et l'assistance quotidienne aux filiales et implantations européennes de ses clients. En effet, tant que l'uniformisation des législations européennes ne sera pas réalisée, les risques à couvrir et leur gestion seront différents : on peut citer, par exemple, la vie groupe (les passifs sociaux dépendent des systèmes de protection sociale publique propre à chaque État) et l'assurance dommages (les risques liés à la

pollution sont appréhendés différemment dans les pays les plus développés et sensibilisés au problème, comme l'Allemagne, et dans les pays moins sensibles, comme le Portugal et la Grèce).

On est tenté d'extrapoler et de supposer que l'étape suivante qu'aura à gérer le courtier sera la négociation d'une police unique européenne couvrant l'ensemble des risques liés aux diverses implantations d'une entreprise, notamment pour les entreprises moyennes disposant de plusieurs implantations en Europe et fortement exportatrices. Mais n'oublions jamais que l'Europe ne saurait s'accomplir dans l'uniformité et que les systèmes de protection sociale, par exemple, n'ont aucune vocation à être harmonisés par une quelconque réglementation communautaire.

Quoi qu'il en soit, du fait de cette évolution, la responsabilité du courtier ne pourra que croître. En effet, avant de choisir en LPS un assureur étranger, il devra s'assurer de sa solvabilité, de sa diligence à régler les sinistres, bref, de la qualité du service rendu en échange de la perception de la prime.

L'évolution juridique a également une importance cruciale. Les directives européennes sur la LPS prévoient en effet que, dans le domaine des grands risques (c'est-à-dire dans la gamme des risques auxquels sont confrontés les entreprises et par suite les courtiers), le droit du contrat peut être celui du pays de l'assureur. Il appartiendra dans ce cas au courtier de peser toutes les conséquences liées à l'acceptation d'une telle clause en cas de litige à la suite de la survenance d'un sinistre. Ainsi, le droit français étant particulièrement favorable aux victimes, un assureur étranger pourra proposer une prime plus faible si le contrat stipule que, dans tous les cas où cela sera possible, les litiges seront soumis à la juridiction de son pays.

### **3. La restructuration du marché du courtage**

Le courtier ne peut plus aujourd'hui se limiter à la souscription des grands risques situés sur son propre pays. L'internationalisation des structures industrielles induit une concentration internationale du courtage qui entraîne elle-même un renforcement de la capacité de négociation des courtiers avec les compagnies. Cette évolution est patente, ainsi que le montrent les quelques exemples de regroupement que j'ai cités précédemment. Il est remarquable de constater qu'en 1990 les quatre premiers courtiers mondiaux ont réalisé à eux seuls 60 % du chiffre d'affaires des vingt premiers, soit 6 milliards de dollars sur 10 (voir tableau). Le marché unique européen devrait favoriser et accélérer la concentration du courtage. Les réseaux internationaux de coopération entre courtiers, à l'image d'Unison et d'International Broking Network, permettant à leurs membres de conserver la gestion des polices couvrant les risques situés sur leur territoire, devraient également se multiplier. Le rôle du courtier étant appelé à évoluer, il est logique qu'il en soit de même de son mode de rémunération. On peut ainsi déjà observer le passage d'un mode de rémunération exclusivement sous forme de commission et correspondant à la fonction

CLASSEMENT DES COURTIERES SELON LE RANG MONDIAL

Groupes	Nationalité	Rang mondial	CA 1990 (M \$ US)	Parts de marché (%)
Mars & McLennan	EU	1	2 756,5	26,09
Alexander & Alexander	EU	2	1 353,8	12,81
Sedgwick	RU	3	1 333,6	12,62
Willis Caroon	RU	4	1 135,4	10,75
Johson & Higgins	EU	5	833,1	7,88
Frank B. Hall	EU	6	443,1	4,19
Rollins Burdick Hunter	EU	7	380,6	3,60
Jardine	Hong-Kong	8	324,5	3,07
Minet	EU	9	318,0	3,01
C.E. Heath	RU	10	269,5	2,55
Hogg	RU	11	217,2	2,06
Bain Clarkson	RU	12	207,1	1,96
Arthur J. Gallagher	EU	13	198,2	1,88
Hudig-Langeveldt	NL	14	136,3	1,29
Faugère & Jutheau	France	15	129,0	1,22
Jauch & Hübner	RFA	16	126,8	1,20
Gras-Savoie	France	17	125,2	1,18
Hiib. Rogal & Hamilton	EU	18	97,0	0,92
Lowndes Lambert	RU	19	92,2	0,87
Sodarcán	Canada	20	88,7	0,84
<b>Total des 20 premiers</b>			<b>10 565,7</b>	<b>100,00</b>
<b>Part des courtiers américains dans les 20 premiers</b>				<b>60,39</b>
<b>Part des courtiers britanniques dans les 20 premiers</b>				<b>30,81</b>
<b>Part des courtiers d'Europe continentale dans les 20 premiers</b>				<b>4,90</b>

Source : Business Insurance du 01.07.91

ancienne du courtier, simple intermédiaire entre le client et le marché, à de véritables honoraires, tels que ceux qu'une entreprise pourrait verser à un consultant spécialiste d'un domaine déterminé, à savoir l'assurance.

Par ailleurs, les actions menées par les courtiers dans le domaine de la prévention et de la gestion des sinistres pourraient faire l'objet d'une rémunération conjointe de la part de leurs entreprises clientes et des compagnies. C'est ainsi qu'en Australie de telles formes de rémunération représentent plus de 60 % du chiffre d'affaires total des courtiers.

Mais l'évolution majeure du courtage dans les prochaines années pourrait être le développement du courtage captif. Celui-ci se décompose en deux secteurs : le courtage pratiqué par les compagnies et celui qu'exercent les clients, prolon-

gements naturels de la fonction de *risk manager* dans les entreprises et dont la finalité est la réduction du coût net de l'assurance.

De 3 000 à 5 000 sociétés de courtage captif existent actuellement dans le monde. Aux États-Unis, plus du tiers de l'assurance dommages des entreprises passe par des courtiers captifs, tandis qu'en Europe la plupart des grands groupes industriels disposent au Luxembourg d'une société de courtage captif. En France, plusieurs assureurs ont soit créé des filiales de courtage (cas d'AXA, de la GMF, de Victoire), soit pris des participations passives – sinon il y aurait conflit d'intérêts – dans des cabinets indépendants. Les AGF et l'UAP, associés à d'autres compagnies françaises, ont ainsi récemment pris de petites participations dans le cabinet Gras-Savoie, dont l'américain Johnson and Higgins est l'actionnaire principal.

Au-delà de la volonté de contrôler l'accès au marché, il ne semble pas que l'utilisation de sociétés captives soit d'une grande efficacité économique : la concurrence féroce qui règne actuellement sur le marché des risques d'entreprises a en effet réduit considérablement non seulement les tarifs d'assurance, mais aussi les commissions de courtage. Les sociétés captives ayant leurs propres frais de structure, le gain final sur le coût net de l'assurance ne peut être alors que très marginal.

La profession de courtier est certes appelée à évoluer, mais l'assurance laissera toujours une place importante à des intermédiaires hautement qualifiés, bien organisés et capables d'apporter un service essentiel aux entreprises comme aux compagnies.

## **II. RISQUES IARD DES PARTICULIERS**

### **1. Des situations très différentes selon les pays**

Dans le domaine de l'IARD des particuliers, la distribution de l'assurance est marquée par de forts contrastes entre les différents pays d'Europe. Alors qu'en Grande-Bretagne et en Belgique, pays « maritimes », la distribution par courtage est largement majoritaire (de 80 à 95 % selon les produits), elle s'effectue dans les pays du Sud de l'Europe, ainsi qu'en France, en Allemagne et dans les autres pays « alpins », par un autre type d'intermédiaires, les agents généraux. La part de l'assurance dommages des particuliers réalisée par l'intermédiaire d'agents généraux est de 40 % en France, de 60 % en Allemagne et de 80 % en Italie.

C'est que la tendance à la compression des coûts de l'assurance se réalise différemment suivant les pays : en Grande-Bretagne et en Belgique, les courtiers ont mis en place de puissants et larges réseaux informatiques qui leur permettent d'offrir à leurs clients les prix le plus bas à partir d'une large palette de tarifs de compagnies. En France, ce sont en revanche d'autres intervenants relativement récents, les MSI (Mutuelles sans intermédiaires), qui ont pris une part

considérable (50 %) du marché de l'assurance automobile. Ces mutuelles obtiennent une diminution du coût de l'assurance par réduction à la fois des coûts de distribution en utilisant des réseaux moins denses et des coûts de gestion en raison de leur organisation même.

Les succès remportés par ces MSI proviennent d'un « écrémage » du marché, leur cible étant le plus généralement une population à risque faible ou moyen (refus fréquent, par exemple, d'assurer les jeunes conducteurs). Elles sont alors en mesure de présenter des tarifs d'autant plus bas qu'elles n'offrent pas toujours, au niveau de la rapidité et du montant des indemnisations, la même qualité de service que les compagnies dites « classiques ».

La croissance des mutuelles semble aujourd'hui être parvenue à un palier. Ayant occupé la plus grande partie de ces créneaux de clientèle à faible sinistralité, elles ne peuvent plus obtenir de gains significatifs de parts de marché qu'en se développant dans les tranches de clientèle à risque plus élevé, d'autant plus que les compagnies traditionnelles ont réagi avec vigueur en affinant leurs segmentations et leurs techniques de marketing et offrent bien souvent aujourd'hui des tarifs très proches des leurs.

## **2. La rationalité d'une segmentation de plus en plus fine tend à récuser le principe même de l'assurance**

Remarquons tout d'abord que c'est dans un modèle économique « maritime » que la segmentation d'un marché trouve toute sa place. Rappelons les deux origines de l'assurance : d'une part, les premières sociétés de secours mutuel organisées par les villageois des hautes vallées des Alpes, d'autre part, les prêts à la grosse aventure sur les cargaisons de navires. A ces deux origines de l'assurance correspondent deux modèles très tranchés. D'un côté, le modèle *alpin* est caractérisé au premier chef par l'existence d'un tarif unique et obligatoire en assurance responsabilité civile automobile, traduisant une très forte mutualisation, voire de la solidarité, et entraîne stabilité de la clientèle et puissance financière des entreprises d'assurance. De l'autre, le modèle *maritime*, dont l'esprit relève du monde des salles de marché, démutualise les risques par hypersegmentation et génère instabilité de la clientèle et érosion de la solidité financière des compagnies.

Dans le modèle maritime, les sociétés d'assurances procèdent à des segmentations de plus en plus fines qui leur sont propres et le courtier qui compare les tarifs de plusieurs compagnies dispose d'un tarif présentant une segmentation démultipliée, ce qui peut aboutir à une contradiction avec le principe même de l'assurance. Une segmentation infinie ne reviendrait-elle pas à faire payer à chaque client une prime qui lui serait propre et représenterait exactement son risque ?

Au Royaume-Uni, les courtiers, qui encaissent 70 % des primes d'assurance

auto, utilisent des modèles de *scoring* mettant en œuvre un nombre considérable de paramètres concernant le client, afin de déterminer la compagnie qui lui offrira le meilleur tarif. Si la distribution par courtage, d'une manière générale, présente pour le client la meilleure garantie de concurrence tarifaire, elle freine l'innovation : tout service nouveau offert se traduisant inmanquablement par une augmentation de prime, la police innovante est rejetée par les logiciels du courtier quand bien même le client serait disposé à en accepter le surcoût pour bénéficier d'un service supplémentaire. Elle nécessite, d'autre part, des investissements de circulation et de traitement de l'information colossaux, afin qu'il soit certain que le client ait bien accès en temps réel à l'ensemble des offres du marché.

Cette caractéristique du courtage de proposer au client une prime de plus en plus proche de l'exacte contrepartie de son risque probable représente une autre forme d'écémage du marché, puisqu'il est clair que seuls ceux dont le risque probable est le plus faible ont intérêt à passer par cette forme de distribution. Les compagnies doivent donc investir dans une segmentation du marché chaque jour plus poussée, afin de pouvoir répondre à la demande des courtiers.

### **3. Les produits IARD de particuliers sont de plus en plus des produits de court terme dont la gestion est dangereuse pour tous**

La caractéristique principale de ces produits IARD de particuliers est d'être de court terme, facilement résiliables, et d'avoir une clientèle particulièrement sensible à leurs prix. L'analyse des critères d'achats de la clientèle, opérée par Delphi et Andersen Consulting en 1990, révèle en effet que le prix et la qualité de service (y compris la rapidité de règlement) sont prépondérants par rapport à la solidité financière de la compagnie choisie ou par rapport à la fidélité à un distributeur, qu'il soit agent général ou courtier.

Le critère principal de choix de l'assurance automobile étant le prix, il est inévitable que les taux d'instabilité soient plus élevés que dans les autres formes d'assurance, et ce d'autant plus que la clientèle est plus sensible à ce facteur. En Grande-Bretagne, où la distribution est réalisée très majoritairement par des courtiers, le taux annuel de *turn over* atteint ainsi 30 % alors qu'en France, où les agents généraux ont une part importante dans la distribution, ce taux ne dépasse pas 10 à 15 % en raison de la personnalisation de la relation entre le client et l'intermédiaire.

On peut observer partout en Europe que l'accélération des changements de tarifs a tendance à augmenter les coûts d'acquisition des clients, du fait des surcoûts de gestion et de distribution qu'elle entraîne. Le niveau moyen des primes a alors tendance à augmenter et le résultat des compagnies à se détério-

rer. Le coût ainsi entraîné par ce « zapping » constitue un effet pervers de cette évolution vers une pure économie de marché en assurance automobile.

Du fait de la prédominance du critère prix, il est probable que, dans un premier temps, les segmentations vont encore devenir de plus en plus fines. Mais, à plus long terme, la double dégradation du service fourni et des résultats des compagnies sur ce marché devrait contribuer à un reflux de ce système, dont les conséquences perverses seraient alors mises en évidence et deviendraient de moins en moins supportables aux deux parties. Ne vient-on pas d'apprendre tout récemment que la Prudential a décidé de ne plus vendre d'assurance dommages par l'intermédiaire de courtiers indépendants ?

On peut escompter que l'évolution actuelle vers un modèle maritime devrait s'inverser pour faire place à un modèle alpin favorable aux réseaux liés.

### **III. VIE INDIVIDUELLE**

#### **1. La part de la gestion d'épargne dans l'assurance vie individuelle ne cesse de croître**

L'assurance vie individuelle est devenue un ensemble de plus en plus hétérogène répondant à des attentes nettement différenciées de la part des ménages. Cette évolution est conforme à la théorie du cycle de vie. Les jeunes ménages, dont la capacité d'épargne est faible, sont demandeurs de prévoyance qui leur permet, en échange de cotisations modiques, d'assurer un revenu à leurs familles en cas d'invalidité ou de décès. Les ménages d'âge mûr, préoccupés de leur retraite, voient plutôt dans l'assurance un moyen de se procurer un complément de revenus stables. Enfin, les ménages les plus âgés sont surtout préoccupés de préparer la transmission de leur patrimoine à leurs héritiers avec le minimum de droits de succession.

Cette évolution, particulièrement nette en France, s'observe aussi dans les autres pays d'Europe, bien que l'existence de fonds de pension gérés par des entreprises, notamment en Allemagne, au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, vienne réduire l'importance des contrats individuels de retraite.

En fait, la part de marché occupée par chacun des types de produits d'assurances vie est très variable selon le pays concerné. Si les bons de capitalisation représentent encore, bien qu'en régression, une part importante de l'assurance vie en France, ils sont en revanche interdits en Allemagne, car considérés comme trop proches des produits bancaires, et sont donc émis par des établissements financiers.

Aujourd'hui, en Europe, plus des trois quarts des primes d'assurance vie individuelle concernent des assurances de capitaux (assurances mixtes et à capitaux différés). En fait, ces mixtes servent souvent de contrats de retraite, du fait d'une durée moyenne de vie élevée et des options de rentes viagères offertes au terme.

Les contrats de retraite identifiés en tant que tels n'occupent encore qu'une place très minime, en raison de l'absence de dispositions fiscales spécifiques à cette nature de contrats dans la plupart des pays d'Europe.

## **2. Une quasi-absence du courtage, qui, sur le marché, présente moins d'avantages spécifiques**

L'introduction en 1988, au Royaume-Uni, du Financial Services Act (FSA), qui avait pour objectif de mettre à la disposition de la clientèle une information la plus complète possible sur le statut des intermédiaires et, notamment, sur leur degré d'indépendance par rapport aux compagnies, n'a pas eu les résultats escomptés.

Cela vient du fait que, selon le FSA, l'intermédiaire indépendant est redevable envers son client du meilleur avis possible sur ses besoins et de la recherche du prix le plus bas offert sur le marché. Il doit, de plus, l'informer de la rémunération qu'il perçoit sur le contrat. Après l'intervention d'une jurisprudence sévère dans un certain nombre de cas, les courtiers ou autres conseillers financiers ont dû, pour pouvoir offrir ce meilleur conseil possible, s'équiper en matériels informatiques très performants et très coûteux. Cela n'a pas facilité leur gestion (obligation d'être en permanence à l'écoute de la totalité du marché) et, surtout, a dégradé leurs résultats au point que plus de la moitié d'entre eux ont dû fermer leurs portes entre 1988 et 1990.

Cette contraction s'est produite non pas par fusions ou rachats de courtiers les uns par les autres, mais bel et bien par faillites, ce qui a entraîné les difficultés que l'on peut imaginer dans la gestion des polices qui ont dû être transférées aux courtiers encore présents sur le marché ou en direct aux compagnies qui les avaient émises.

La mise en place de la loi a donc eu un effet très négatif et inattendu pour ses promoteurs qui visaient à obtenir une clarification des rapports courtiers-compagnies et la transparence des rémunérations. Le mieux s'est ainsi révélé l'ennemi du bien.

Il semble donc que le courtage devrait avoir en assurance vie individuelle une place plus limitée qu'en assurance dommages et qu'une volonté de trop grande rationalisation des modes de distribution risque de conduire à leur affaiblissement. Il n'est pas douteux que les gouvernements des autres pays de la Communauté, ainsi que les instances de Bruxelles elles-mêmes, en tiennent compte dans l'exercice de leurs compétences réglementaires respectives.

## **3. Comme pour tout produit de long terme, l'image et la politique de marque sont importantes**

Il est clair qu'un client sera beaucoup plus sensible à la solidité d'une compagnie à laquelle il confie son épargne à long terme qu'à celle d'une compagnie IART dont le seul rôle, dans son esprit, lui apparaît être de satisfaire à l'obligation

légale, contractuelle ou pratique de l'assurance responsabilité civile automobile ou habitation. La distribution par réseaux liés, seule garante de cette politique d'image, si essentielle dans ce type d'assurance, semble donc avoir un bel avenir devant elle, d'autant plus que la distribution par courtiers connaît, on l'a vu, de graves problèmes dans l'un des pays où elle est le plus développée. La France est un cas particulier. On a pu y observer en effet depuis quelques années le développement de réseaux de distribution ne relevant pas des formes traditionnellement rencontrées dans l'assurance. Il s'agit d'associations de gestion de l'épargne, comme l'Afer (Association française pour l'épargne en vue de la retraite), qui proposent à leurs « clients » (en fait, leurs sociétaires) une distribution centralisée, ce qui leur permet, outre la réalisation d'économies de coûts de distribution, de faire pression sur les compagnies pour qu'elles abandonnent la plus grande partie de leur marge. Elles peuvent ainsi proposer des taux de rendement plus élevés que dans les formes de distribution classiques.

Le succès de ces associations a conduit les compagnies à réagir en mettant en place des distributeurs associatifs captifs, les sommes recueillies étant gérées au sein de fonds spéciaux, dits « cantonnés ».

Une autre particularité française a été l'irruption, au cours des années 80, des banques sur le marché de l'assurance vie par filiales interposées. On assiste aujourd'hui à un certain tassement de ce phénomène. Les sociétés d'assurance vie de création récente et en forte expansion sont en effet gourmandes en fonds propres et les banques qui les possèdent, bien qu'intéressées par les ressources stables que ces compagnies sont susceptibles de leur apporter, ne sont pas toutes sans avoir des difficultés à respecter les ratios Cooke qui leur sont imposés.

Il n'en reste pas moins qu'en France les banques ont d'ores et déjà pris, selon une étude récente de Salomon Bros, 39 % du marché vie. Mais la France n'est pas le seul pays d'Europe où les banques aient créé des filiales d'assurance dont elles distribuent les produits vie : c'est ainsi, par exemple, que le Monte dei Paschi di Siena, la plus vieille banque d'Italie, et la Deutsche Bank se sont lancés avec bonheur dans cette activité nouvelle.

D'autres banques ont préféré s'associer à des assureurs en mettant à leur disposition, pour mieux les rentabiliser, leurs réseaux de distribution, quelquefois très denses : c'est le concept de Bancassurance. Les auteurs de l'étude mentionnée précédemment expriment toutefois une certaine réserve quant aux résultats à attendre de la mise en œuvre de ce concept, du fait de la non-intégration totale des organisations, des systèmes et des produits.

Certains assureurs, notamment les AGF et AXA, ont adopté la stratégie opposée en proposant, dans le cadre d'une approche patrimoniale globale de leur clientèle, des produits bancaires par l'intermédiaire de leurs propres réseaux de distribution : c'est l'Assurfinance qui permet d'associer le professionnalisme des réseaux liés des assureurs, l'image de marque de la compagnie et un service global rendu au client dans l'ensemble des domaines financiers.

## CONCLUSION

L'analyse qui précède n'est exhaustive ni sur le plan des différents risques susceptibles d'être couverts par l'assurance (transports et risques dits « spéciaux », tels que cautions, risques spatiaux...) ni sur le plan des canaux de distribution (vente par correspondance, comptoirs assurance dans les supermarchés).

Sur le premier point, la raison en est que les primes afférentes à ces risques ne représentent qu'une faible part du marché global de l'assurance et que les contrats couvrant ces risques, très divers dans leur contenu technique et dans l'importance des capitaux mis en jeu, sont souvent l'objet de modes particuliers de souscription (compagnies spécialisées, pools...).

Sur le second point, il faut bien convenir que la vente par correspondance, bien qu'obtenant quelques succès, est loin d'avoir un taux de pénétration comparable à celui que l'on observe dans d'autres secteurs économiques. Quant aux comptoirs assurance dans les supermarchés, il semble que les expériences faites n'aient guère été probantes. C'est ainsi qu'après avoir participé à une telle expérience, le patron d'un grand groupe de supermarchés concluait récemment que, plutôt que de se lancer dans l'assurance, il était plus rentable d'ouvrir un rayon traiteur pour y vendre du petit salé aux lentilles...

L'étrangeté constatée au départ, à savoir la multiplicité des formes de distribution de l'assurance, s'explique par la diversité de notre métier. Pour résumer, on peut distinguer trois cas : les risques d'entreprise (vie et dommages) très certainement dévolus au courtage, les risques de particuliers non vie et de caractère simple, qui resteront probablement l'apanage principal des réseaux liés (agents généraux et producteurs salariés), et l'assurance vie individuelle, qui devrait demeurer pour l'essentiel du domaine des réseaux de marque (compagnies d'assurances et banques) ■

# Philosophie de L'ASSURANCE

**MOTS CLEFS :** assurance . catastrophe . contrat . cycle . mutualité . pari . responsabilité . sélection . temps . valeur .

Le jeudi 17 octobre 1991, M. François Drouault, président-directeur général de la Réunion Européenne et président de la Réunion des Assureurs Maritimes était invité à donner une conférence devant l'Association française de droit maritime. Le titre choisi, - La philosophie de l'assurance -, s'explique sans doute parce que François Drouault, ancien élève de l'École normale supérieure de la rue d'Ulm, est agrégé de philosophie. Plus qu'une philosophie abstraite de l'assurance, François Drouault dresse une philosophie pratique du contrat d'assurance. On pourrait presque dire qu'il développe une éthique du risque. Le contrat d'assurance est spécifique. Son objet, le risque, est un objet dont l'évaluation est en principe incertaine et où la fonction temps est décisive. Le délai entre le moment où l'engagement est pris et celui où le sinistre se réalise peut amener une profonde modification dans la nature de l'événement escompté dès lors que l'état du monde se sera modifié soit naturellement (retour des catastrophes), soit par intervention humaine (comme en matière de responsabilité). Ainsi François Drouault rappelle-t-il à l'assureur que sa vertu est la prudence, parce que la prudence est la discipline du temps. Il y a un siècle, un assureur, Alfred de Courcy, qui, lui aussi, dirigeait une des principales compagnies de l'époque, les Assurances générales, proposait une Philosophie de l'assurance. *Risques* en a publié le texte dans son n° 3. A les comparer, le lecteur pourra d'abord constater que, si les préoccupations de l'assureur ont changé, sa philosophie pratique est restée la même. Mais aussi que les plus grands assureurs d'hier n'auraient pas à rougir de leurs collègues d'aujourd'hui.

Je remercie le président Boquin de m'avoir suggéré, comme thème du présent exposé, la philosophie de l'assurance. Je lui trouve, dois-je le dire, un attrait particulier, car si la philosophie, que j'ai eu moi-même le privilège d'enseigner durant plusieurs années, explore un domaine d'ordre abstrait qui peut se suffire à lui-même, elle ne prend tout son sens et toute sa valeur qu'appliquée

\* Président-directeur général, La Réunion Européenne

à l'expérience concrète (c'est-à-dire à l'activité humaine, considérée dans toutes ses formes) et dès lors, s'il est légitime de parler de philosophie des sciences, de philosophie du droit, pourquoi s'interdire une « réflexion philosophique » sur l'assurance ?

Une telle réflexion peut avoir à connaître un vaste champ : elle peut s'interroger sur la fonction économique, sociale, psychologique de l'assurance, sur les mécanismes financiers de son système global, qui est, par nature, de dimension planétaire. Elle peut s'attacher à retracer son devenir historique, à partir d'origines éclairantes pour l'évolution qui a suivi et pour les interrogations relatives à l'avenir.

Quant à la méthode pour ce faire (car il n'est pas de philosophie sans méthode, ainsi que nous le savons depuis Descartes), et puisqu'il ne saurait s'agir d'être exhaustif dans les limites raisonnables du présent propos, elle consistera, si vous le voulez bien :

- à dégager tout d'abord, aux fins d'analyse, ce que j'appellerai quelques grands « concepts de base » de l'assurance, afin de les analyser,
- à évoquer rapidement le processus d'évolution historique de l'assurance, afin de tenter d'en comprendre le sens et les finalités,
- enfin, à essayer une approche un peu « prospective » en nous interrogeant sur ce que peuvent être quelques-uns des grands défis qui attendent l'assurance de demain et auxquels elle se trouvera inéluctablement confrontée.

Partons de l'observation la plus courante, et posons-nous cette première question : que fait l'assureur ? Réponse : il encaisse, d'un ensemble d'individus et d'entreprises ou de collectivités, des primes et avec ces primes, il indemnise les dommages ou préjudices de certains d'entre eux que dans son jargon, déplaisant à plus d'un titre, il appelle « sinistres ». En d'autres termes, il est un opérateur financier comme un autre qui recueille des fonds, les gère et les redistribue. Mais une telle définition n'éclaire pas ce que son opération a de vraiment spécifique. Par exemple, le banquier, lui aussi, recueille des dépôts (de particuliers ou d'entreprises) et les redistribue sous forme de prêts ou crédits. Et pourtant, chacun voit bien que le métier de l'assureur, à la base, n'est pas le même que celui du banquier. En quoi s'en différencie-t-il, pour l'essentiel ?

C'est là, où d'emblée, nous rencontrons le concept fondamental de l'assurance, qui fonde à la fois son existence et sa spécificité : le concept de risque.

Qu'est-ce qu'un risque ? C'est un événement qui peut survenir (ou se produire), mais dont la survenance n'est pas certaine, mais seulement possible ou probable. Risque implique donc incertitude, et cette incertitude est liée au hasard. L'événement dont il s'agit est aléatoire : il se peut que cette usine brûle, ou que ce navire coule, nul ne sait, *a priori*, s'il en sera ainsi ou pas.

Comme dans les jeux dits « de hasard », où l'on mise sur le rouge ou sur le noir, il y a, à la base du risque, et de sa définition, cette « indétermination » et ses

corollaires subjectifs, l'incertitude et l'inquiétude, et le désir de sécurité, là se trouve donc le premier fondement de l'assurance.

L'histoire révèle d'ailleurs que dès l'Antiquité romaine, les incertitudes liées aux hasards de la mer donnaient lieu à ce que les auteurs classiques appelaient « l'assurance par forme de gageure », qui n'était autre qu'un pari sur l'arrivée ou la perte d'un navire, et n'avait donc de l'assurance que le nom : ce n'est, on le verra plus loin, qu'à partir du moment où l'engagement contracté s'applique à la valeur effective du bien « en risque » et où le hasard commence à être, au moins pour une part, calculable, que nous entrons dans le champ proprement dit de l'assurance. Cela dit, le pari reste à la racine des opérations de l'assureur, et même aujourd'hui, il apparaît dans certaines formes extrêmes de garanties que l'on peut appeler purement « spéculatives ». C'est ainsi que, pendant le conflit entre l'Iran et l'Irak, certains assureurs anglais sont allés jusqu'à garantir des navires pour une prime égale à 50 % de la valeur assurée : il est clair qu'il s'agit là de « jeu » et non pas, à proprement parler, d'assurance.

Ensuite, le concept de « risque » implique que quelque chose est « en risque », exposé au risque. Un bien, une somme d'argent, la vie d'un individu, sa santé, etc. En d'autres termes, une *valeur*, quelque chose qui a du prix, que l'on cherche à garantir, dans la mesure où cette « valeur » (qui peut n'être qu'une valeur « subjective ») peut faire l'objet d'une « mesure financière », où elle a son « équivalent monnaie ». Alors l'assurance devient possible : elle prend son sens et remplit sa fonction.

Corollaires : puisque c'est le risque, et la compensation financière du dommage ou du préjudice causé par l'événement « risque » qui fondent l'assurance, il est clair, en contrepartie, que là où il n'y a pas de risque, il ne peut y avoir assurance : et ce, dans deux sens différents. Soit que la non-survenance de l'événement soit certaine (ou jugée telle), si je suis sûr de mon gain, je ne saurais assurer ma perte puisque le risque est nul, soit que sa « survenance » soit certaine (l'escroquerie à l'assurance consiste précisément à faire garantir un risque dont on provoque volontairement la réalisation). De même (second corollaire), pas d'assurance concevable, si fait défaut la matière ou l'« intérêt assurable » lié à la valeur de ce qu'on veut garantir.

Mais, ce concept de risque, on va le voir, est tellement déterminant pour comprendre ce qu'est l'assurance dans son essence, qu'il nous faut tenter d'en éclairer quelques-unes des spécificités.

**1.** Il fonde, en premier lieu, la spécificité du contrat d'assurance, dont la caractéristique essentielle est d'être aléatoire : le risque que l'assureur accepte de garantir est à réalisation seulement possible ou probable ; par contre, la contribution (ou prime) versée par l'assuré, est, quant à elle, obligatoire, et donc certaine. Certes, il faut bien voir que ce que vend l'assureur, c'est une garantie (et qu'il s'agit, en soi, d'une notion abstraite), mais comme la garantie peut ne pas avoir à s'appliquer, l'assuré se trouvera, et ce heureusement, dans de très nombreux cas,

dans la situation où, sur une longue période, il aura versé une prime, et n'aura rien reçu en retour. D'où une inévitable tension - psychologique -, fondée sur le sentiment, très répandu chez les assurés (notamment chez les particuliers) que la prime qui a été payée - sans contrepartie - a été prélevée indûment et gardée abusivement par l'assureur.

Bien qu'irrationnelle, cette conviction exerce une pression sur l'assureur, et c'est ce qui explique que, dans de très nombreux cas, ce dernier est contraint d'imaginer des formules (bonus, ristourne de prime, participation aux bénéfices) qui conduisent à rembourser à l'assuré - non sinistré - ou - peu sinistré - une partie de sa prime. Bien entendu, ainsi que nous l'évoquerons plus loin, ce processus, que l'on peut également définir comme la tendance à se rapprocher toujours plus de l'idéal d'une personnalisation de l'assurance, rencontre une limite naturelle inhérente à la définition même de la mutualité, et génère des tensions à l'intérieur de cette dernière.

2. En second lieu, puisque l'assureur vend une garantie relative à des risques (ou événements aléatoires), dont la survenance est plus ou moins probable, mais, en tout cas, jamais certaine, il en résulte qu'il est le seul, parmi les opérateurs du commerce et de l'industrie, à ne pouvoir déterminer à l'avance le prix de revient de son produit : ce prix de revient n'est déterminé qu'*a posteriori*, une fois qu'il est établi que le risque s'est ou non réalisé (et s'il s'est réalisé, à quel degré) : et la durée requise pour que le prix de revient du produit soit connu, bien que variable en fonction des diverses catégories d'assurance, peut parfois se mesurer en années. Dans certains cas extrêmes (risques de responsabilité civile, risques politiques), en décennies !

J'évoquerai simplement, à ce propos, les grandes réclamations R.C. relatives aux dommages et préjudices causés par l'amiante aux USA, et qui donne lieu, vingt ou trente ans après la date - supposée - d'exposition au risque, à des réclamations dont le montant global se chiffre d'ores et déjà en milliards de dollars et continue de s'enfler jour après jour.

3. De cette - non-connaissance - *a priori* du prix de revient du produit vendu, découlera un grand nombre de conséquences, dont je ne retiendrai, pour des raisons de place, que deux :

Tout d'abord, plus la durée nécessaire à ce que j'appellerai la - maturation - du résultat est longue, et plus la concurrence à laquelle se livrent les assureurs est - aveugle -. Ceci s'explique aisément : si j'ignore en grande partie au départ ce que sera mon prix de revient, comment puis-je déterminer avec un degré suffisant d'approximation mon prix de vente, c'est-à-dire le montant de la prime que je dois demander à mon assuré ? On s'aperçoit alors (et c'est spécialement le cas des branches d'assurance particulièrement exposées à la concurrence internationale (maritime et transports, aviation et plus généralement réassurance) que cette incertitude conduit inévitablement à faire, au départ, une hypothèse de prix de

revient minoré, ce qui entraîne l'ensemble des assureurs dans une phase de perte, et les oblige, dans un second temps, à réajuster leurs prix. D'où des cycles de périodicité variable, qui font alterner des phases de perte et des phases bénéficiaires. A titre d'exemple, et d'illustration, et cette remarque intéressera nécessairement les « acheteurs d'assurance » que sont les armateurs, les assureurs maritimes et transports ont atteint en 1990, dans le monde entier, le fond de la phase baissière de leur cycle concurrentiel, et depuis le début de 1991, du fait de la raréfaction des capacités financières résultant des pertes subies, le marché est à nouveau entré dans une phase brutale de renchérissement des prix (ou des taux de primes), dont la durée n'est pas exactement prévisible, mais ne devrait pas être inférieure à au moins trois ans.

Autre conséquence, qui permet d'éclairer brièvement une des spécificités des bilans et comptes d'exploitation des sociétés d'assurance : l'assureur, dans la mesure où il est amené à faire face à des règlements différés d'indemnités relatives à des dommages ou préjudices, doit constituer des réserves suffisantes pour lui permettre de faire face à ses futurs engagements. Ces réserves, baptisées « provisions techniques », dont les montants et les durées d'immobilisation sont variables en fonction des branches concernées, sont naturellement placées en actifs divers (immeubles, valeurs mobilières, prêts et participations, etc.), et font des assureurs des collecteurs d'épargne (dans le cas de l'assurance vie d'épargne à long terme) et des investisseurs dont la fonction est essentielle pour le développement des économies nationales.

Remarquons également que le niveau des provisions techniques (mesuré grâce à des ratios divers) offre un critère précieux d'appréciation de la solidité financière (ou solvabilité) des sociétés ou organismes d'assurances.

Mais si c'est le risque qui constitue l'objet même de l'activité de l'assureur, et la raison d'être de sa fonction au sein de la collectivité économique, encore faut-il qu'il soit qualifié : je veux dire par là que l'événement garanti, par nature aléatoire, doit pouvoir faire l'objet d'un minimum de calcul, donc de prévision. En fait, l'étude de l'histoire confirme bien que c'est l'apparition du calcul des probabilités (Pascal : *La Géométrie du Hasard*, 1654), et la découverte de la loi des grands nombres (Huyghens : *Calcul dans les jeux de hasard*, 1657) qui ont constitué une étape décisive dans le développement de l'assurance, rendant possible, grâce à l'établissement des premières tables de mortalité, l'émergence de toutes les formes d'assurance sur la vie, qui continuent de connaître de nos jours une expansion prodigieuse.

On voit tout de suite quel est le présupposé pour que le risque individuel soit calculable et donc, à des degrés divers, prévisible : c'est qu'il fasse partie d'un ensemble d'autres risques homogènes, et qu'à ce titre, il soit soumis à ce qui s'appelle les lois du hasard, qui constituent l'objet du calcul des probabilités.

Cet ensemble de risques, ce n'est rien d'autre que ce qu'on appelle la mutualité. L'assureur ne peut prendre en charge le risque de chaque assuré en particulier

que dans la mesure où il peut l'intégrer dans un ensemble à l'intérieur duquel on peut constater de manière expérimentale, que s'appliquent un certain nombre de lois ou de constantes statistiques. En d'autres termes, à l'intérieur duquel peut s'effectuer une répartition prévisible des événements aléatoires. En conséquence de quoi la prime ou contribution de faible montant demandée à chacun sera calculée de manière à ce que, additionnée à toutes les autres, elle permette, une fois payés les frais d'acquisition et de fonctionnement des sociétés, d'indemniser le petit nombre de ceux qui auront subi des dommages ou préjudices, et de dégager la marge de profit minimale à laquelle l'assureur, comme tout entrepreneur, a le droit de prétendre.

Lorsque je parle de « faible montant », je ne vise pas du tout l'appréciation subjective que vous ou moi pouvons porter quant au montant de nos primes « automobiles » ou « incendie » ! Ce qu'il faut prendre ici en considération, et qui est essentiel pour bien saisir la technique de calcul des risques inhérents à l'assurance, c'est la relation entre la prime globale payée par la mutualité des assurés et la valeur totale des actifs garantis. Et puisque je suis d'abord un assureur maritime et transports, je citerai quelques ordres de grandeur particulièrement éloquents.

Les assureurs maritimes et transports français encaissent sur une année 7 milliards de francs de primes environ. Question : à quel montant d'actifs (ou de possibles passifs) correspond cette prime de 7 milliards de francs ? Il est impossible de le déterminer autrement que de manière approximative, en partant du principe que, par hypothèse, le taux de prime moyen appliqué est sans doute de 0,30 %. D'où l'on conclut facilement que le total des actifs garantis dépasse certainement 2 100 milliards de nos francs. La relation entre ces deux chiffres, 7 milliards de francs de primes pour garantir 2 100 milliards de biens, permet de mettre en lumière une évidence sur laquelle je reviendrai, et qui n'est pas sans conséquence pour le devenir de l'assurance, à savoir que l'assureur ne dispose en fait, pour faire face à la totalité des engagements qu'il a effectivement contractés, et même une fois pris en compte ses capitaux propres, ses réserves et ses provisions techniques, que d'un montant de fonds et de disponibilités dérisoire. Si tout se passe bien, c'est-à-dire si ses hypothèses quant à la survenance des événements aléatoires se trouvent validées par l'expérience, cette disproportion ne restera pour lui que l'objet d'une pure spéculation théorique. Mais s'il en va autrement...

Et je ne peux m'empêcher de citer ici un extrait du *Traité des Assurances* d'Emerigon, qui date de 1827, mais qui, vous pourrez en juger, révèle une profondeur d'analyse toujours actuelle, et prouve, d'une certaine manière, que certaines vérités sont éternelles :

- C'est, écrit-il (en parlant de l'assurance), une espèce de jeu qui exige beaucoup de prudence de la part de ceux qui s'y adonnent. Il faut faire l'analyse des hasards, et posséder la science du calcul des probabilités ; prévoir les écueils de la mer, et ceux de la mauvaise foi ; ne pas perdre de vue les cas insolites et extraordinaires ;

combiner le tout, le comparer avec le taux des primes, et juger quel sera le résultat de l'ensemble.

• Pareilles spéculations sont l'ouvrage du génie. Mais si la théorie, dirigée par l'expérience, n'est que trop souvent fautive, quel sera le sort des négociants, qui, alléchés par l'appât du gain, signent toutes les polices qu'on leur présente, sans considérer le précipice où la fortune aveugle et leur témérité peuvent les entraîner ? •

Ce texte est tellement dense et tellement riche que j'aurais pu en fait me contenter de vous le commenter. Toutefois, dans les épreuves universitaires de philosophie, il ne faut pas confondre le commentaire de texte et l'exposé ou la dissertation. C'est pourquoi je me permettrai de continuer sur ma lancée initiale. Je retiendrai cependant cette phrase : • La théorie, dirigée par l'expérience, n'est que trop souvent fautive. • Elle ne met rien d'autre en lumière, que cette évidence, vérifiée chaque jour encore, et qui explique les déboires de tant d'assureurs, que les • techniques • d'analyse et d'appréciation des risques sont par nécessité empiriques, approximatives, et donc parfois tâtonnantes, et que les modèles statistiques servant d'hypothèse de base pour le calcul prévisionnel des événements aléatoires n'ont de valeur que pour autant (et aussi longtemps) qu'ils se trouvent validés par l'expérience. Certes, nous nous efforçons d'apprécier le risque, de déterminer la qualité de l'assuré, de travailler sur les statistiques. Nous cherchons d'abord à établir si elles sont fiables, si elles ont été établies avec toute l'honnêteté requise, si rien n'a été dissimulé. Nous nous efforçons ensuite de les interpréter, en nous demandant si l'on peut inférer, à partir du passé, la prolongation des tendances et des courbes qui les reflètent pour l'avenir. Nous multiplions autant que faire se peut les critères d'appréciation du risque, partant pour l'assurance corps, de l'état du navire, que nous faisons à chaque fois que cela est possible expertiser, de la qualité de la maintenance, du bon entretien des machines et du bon fonctionnement des systèmes de prévention, puis remontant de là à l'armateur, à son histoire, à ses dimensions financières, et à son niveau d'endettement, à la qualité de son management ( telle qu'elle peut se refléter dans le choix, la formation des équipages ), à la conception qu'il a de son métier ( est-il ou non un amateur spéculatif, achète-t-il et vend-il rapidement ses unités ? ). Oui nous faisons tout cela, convaincus qu'il existe de bons et de mauvais risques, et qu'il faut séparer • le bon grain de l'ivraie •. Cela nous amène, ce qui n'est rien d'autre que la • sélection • du risque, à rejeter une énorme proportion des propositions qui nous sont faites. Cela étant, nous ne faisons que formuler des hypothèses, avec l'espoir qu'elles soient validées par l'expérience. Or les validations par l'expérience sont, par définition, provisoires, évolutives, et risqueront d'être sans cesse remises en question.

Elles le sont d'autant plus aujourd'hui du fait des accélérations prodigieuses constatées dans tous les domaines : connaissances scientifiques, techniques, considérées en elles-mêmes aussi bien que dans leur impact sur l'environnement naturel et humain, démographique, économique...

Nous sommes sans cesse à la merci d'une inflexion des courbes, d'un renversement de la conjoncture économique. L'analyse se doit d'être subtile, et les conclusions prudentes : suivant le point de la phase où l'on se trouve, une récession peut aggraver les risques ou les réduire considérablement, et il en va de même du redémarrage d'activité dans tel ou tel secteur de l'industrie.

On pourrait certes m'objecter qu'il existe au moins une forme d'assurance à laquelle ce diagnostic ne s'applique pas : c'est l'assurance sur la vie. Là, en effet, le calcul actuariel du risque est si poussé que les tables de mortalité permettent de calculer, pour chaque âge de la vie (et pour chaque sexe) l'espérance de vie moyenne de chaque individu faisant partie d'une population donnée.

Mais il s'agit bien là d'un cas extrême et unique. Et sans vouloir cultiver le paradoxe, je dirai qu'on pourrait presque soutenir que l'assurance sur la vie n'est pas vraiment une assurance : en premier lieu, parce que le risque qui en fait l'objet (la mort de l'individu) est un événement non aléatoire, mais, hélas, absolument certain. En second lieu parce que ce qu'il a d'aléatoire (le moment où il se produit) est presque parfaitement calculable. En troisième lieu, parce que ce qu'on appelle aujourd'hui l'assurance vie repose pour l'essentiel sur un contrat d'épargne, comportant en annexe ce qu'on appelle une garantie décès. L'assuré vivant à l'expiration de son contrat récupère le montant de son épargne bonifié des intérêts accumulés : en d'autres termes, il a joué, avec de très grosses chances de gain, et à terme, il récupère plus que sa mise. Rien de commun avec toutes les autres formes d'assurance. Pour tous les autres risques, le calcul des probabilités ne s'applique que d'une manière très imparfaite, et à la limite, ne s'applique plus du tout.

Partons de cette constatation d'évidence : l'assureur vend une garantie d'indemnisation. Il doit, en contrepartie des engagements qu'il contracte, disposer des capacités financières suffisantes pour y faire face. Sinon il est potentiellement insolvable.

Il est donc indispensable qu'il mesure, avec autant de précision que possible, les risques qu'il va assumer. Mais l'expérience révèle que cette mesure s'avère souvent très malaisée, et ce à cause tant des relations de proximité, des interconnexions entre les biens ou objets garantis que des accumulations de garanties diverses susceptibles d'être mises en jeu par un seul événement.

Exemple : je suis assureur d'un grand opérateur pétrolier qui possède une participation sur un champ off-shore en mer du Nord. Mon engagement maximum en cas de survenance d'un événement majeur n'est pas, *a priori*, déterminable, avec précision. Considérerai-je dans mon calcul, une seule plate-forme de ce champ, ou bien en raison de sa proximité avec d'autres structures, deux ou trois plates-formes ? Tout dépend de la nature de l'événement dont j'imagine qu'il génèrera les dommages, et de son ampleur : explosion, incendie, tempête exceptionnelle, tremblement de terre sous-marin ? Selon que je retiendrai telle ou telle hypothèse, la conclusion sera différente.

Il existe actuellement des plates-formes dont la valeur unitaire est de 4 milliards

de dollars US. Ce n'est pas la même chose d'en retenir une ou deux. De plus, ces unités ne sont pas isolées : elles sont reliées entre elles par des réseaux de pipelines qui acheminent gaz ou pétrole vers des terminaux de chargement ou des unités de traitement. Dois-je prendre aussi en compte la valeur de ces réseaux ? Mais le risque de dommage n'est pas le seul à être garanti. L'opérateur a pu assurer en outre sa perte d'exploitation (consécutives à un accident), et dont le seul montant peut excéder la valeur assurée de l'unité. Et d'autres risques, tels que les diverses responsabilités civiles, notamment en cas de pollution. Toutes ces garanties cumulées doivent théoriquement être prises en compte dans le calcul de l'engagement global. L'étendue de certaines d'entre elles échappe toutefois à une estimation précise, et un seul événement peut conduire à des conséquences financières d'une ampleur imprévue au départ.

Franchissons une étape dans les degrés d'échelle d'accumulation des risques et venons-en à ce qui constitue l'un des deux grands défis pour l'assurance de demain. Je veux dire le risque catastrophique.

Dans le langage de l'assureur, il y a catastrophe lorsque de très nombreux risques assurés se trouvent frappés soit simultanément soit dans un bref laps de temps par un seul événement, et quand le coût global du dommage qui en résulte pour les assureurs, loin de trouver sa compensation à l'intérieur du système mutualisé que nous évoquions plus haut, excède non seulement les encaissements réalisés par les souscripteurs, mais même ceux des réassureurs auxquels les assureurs de première ligne ont transféré la couverture d'une partie de leurs risques.

Ce qui est sûr, c'est que les événements catastrophiques d'origine naturelle (tels que tempêtes et cyclones, tremblements de terre, éruptions volcaniques) n'ont jamais cessé d'affecter l'humanité au cours de son histoire, mais ce qui est évident aujourd'hui, c'est que du fait de la puissance quasi illimitée que la science et la technique confèrent à l'homme, du fait de l'accroissement continu de la valeur des biens industriels assurés, du fait non seulement de l'accumulation de ces valeurs assurées mais aussi de la concentration de grandes masses de population sur des zones géographiques relativement restreintes, la potentialité et les dimensions financières du risque catastrophique ne cessent d'augmenter : quelques chiffres permettent d'en donner une idée. Aux Etats-Unis, l'ouragan Hugo, en 1989, a causé 4,5 milliards de dollars de dommages assurés. Les spécialistes considèrent que si Hugo (qui n'était d'ailleurs pas un ouragan d'intensité maximale) avait frappé New York ou Miami, les sinistres assurés auraient dépassé les 10 milliards de dollars. Au début de l'année 1990, les tempêtes qui ont, successivement, frappé plusieurs pays de l'Europe de l'Ouest (U.K., France, Belgique, Allemagne) ont causé pour 10 milliards de dollars de dommages assurés.

Mais ce qui est particulièrement préoccupant, c'est la constatation qu'au cours des trois dernières décennies, les catastrophes naturelles graves ont connu, en particulier en raison des ouragans et tempêtes, en nombre et en ampleur, une

recrudescence dramatique : entre les années 60 et les années 80, le nombre des catastrophes a quintuplé, et le sinistre global assuré a été multiplié par 4,8.

Et puis, sans vouloir céder pour autant, c'est le cas de le dire, au catastrophisme, force est bien de prendre en considération les études des experts qui s'interrogent, non seulement sur ce qui s'est déjà produit, mais sur ce qui peut se produire. A ce propos, je ne citerai que deux évaluations, qui sont à proprement parler hallucinantes : la première concerne la Californie, où l'on considère qu'au cours des trente prochaines années, un tremblement de terre majeur causera plus de 50 milliards de dollars de dommages assurés. La seconde concerne le Japon, et plus particulièrement la zone 5 (celle de Tokyo), où l'on pense qu'un tremblement de terre de l'importance de celui de 1923 serait susceptible de causer jusqu'à 100 milliards de dommages assurés.

Je ne disconviens pas que de tels ordres de grandeur excèdent les capacités de notre imagination. Mais il est possible d'en prendre la mesure en les référant aux paramètres correspondants. Ainsi qu'indiqué plus haut, ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est la relation entre le total des primes encaissées annuellement sur un marché par les sociétés d'assurances et le total des dommages assurés. C'est ainsi que les sociétés d'assurances japonaises encaissent, dans les branches autres que la vie, environ 70 milliards de dollars par an. On voit donc de manière très claire qu'un tel événement catastrophique entraînerait des conséquences financières dont la portée s'étendrait inévitablement au-delà des frontières du Japon : les sociétés japonaises seraient contraintes, pour faire face à leurs engagements, à réaliser une part substantielle de leurs actifs, notamment ceux qui sont investis en valeurs mobilières. L'impact sur le marché financier de New York (où elles sont de gros investisseurs) serait tel que ces ventes, par ondes de choc successives, pourraient déclencher une crise financière majeure de dimension mondiale. Laquelle, par un effet de choc en retour, aurait un impact négatif inévitable sur les actifs des dites sociétés, réduisant par là considérablement leur marge de solvabilité et leur capacité à faire face aux sinistres.

J'arrêterai là ce scénario (qui n'est pas, malheureusement, de la pure fiction) pour dire que, bien évidemment, tant les assureurs que l'ensemble des opérateurs économiques, et les pouvoirs publics ne restent pas inertes devant la menace du risque majeur : la prévention fait l'objet de recherches et d'applications constantes (par exemple : mise au point de types de constructions plus aptes à résister efficacement aux ouragans, ou aux tremblements de terre, déconcentration d'usines ou d'aires de stockage de substances dangereuses, etc.) et l'on peut dire sans exagération que l'assureur des entreprises (en tant qu'expert des risques et conseiller en prévention) est aussi actif avant que le risque ne se réalise, afin d'en minimiser tant l'ampleur que la fréquence, qu'après, lorsqu'il s'agit d'expertiser et de régler le sinistre.

Les sociétés d'assurances et de réassurance, quant à elles, tendent à renforcer leurs fonds propres, à constituer des réserves supplémentaires destinées à faire face à ces événements majeurs, et élaborent des scénarios financiers adaptés aux

situations de crise. Il n'en reste pas moins, qu'au-delà d'un certain seuil, la catastrophe majeure dépasse manifestement les capacités financières du système mondial de l'assurance et de la réassurance. Une fois que ce seuil est franchi, et une fois ponctionnés les capitaux propres, et les réserves des sociétés, on ne peut envisager que l'intervention des banques et établissements financiers divers, et, en dernier recours, l'intervention des Etats, ultimes garants de la solvabilité de tous les systèmes de mutualité organisés, qu'ils soient privés ou publics.

Il est clair qu'à partir d'un certain niveau, nous franchissons les limites de l'assurabilité : la difficulté du problème réside toutefois dans la détermination de ce niveau. Et ce, d'autant plus qu'il est pratiquement impossible de mesurer avec précision les capacités financières réelles du système mondial de l'assurance et de la réassurance... On sait seulement que, du fait de la technique de redistribution interne des risques au niveau des réassureurs et de leurs récessionnaires, une partie notable de la capacité financière affichée est fictive : la preuve de cette situation fondamentalement malsaine a été administrée par le sinistre de la plate-forme Piper Alpha, lequel bien que ne coûtant (si je puis dire) que 1,5 milliard de dollars, a eu un effet de déclenchement dans la crise terrible qui frappe actuellement le marché de Londres, conduisant déjà des dizaines de syndicats des Lloyd's à arrêter leurs opérations en menaçant la solvabilité de cette vénérable et séculaire institution. Et ce, du fait non pas de l'ordre de magnitude en soi de ce sinistre, mais de sa répartition en grande partie fictive et de la concentration réelle de son poids sur un nombre extrêmement réduit de porteurs de risques. Confirmation que l'assurance est une technique, non pas seulement de calcul, mais de répartition des risques.

La crise qui continue de se développer à Londres, et qui a déjà pour conséquence une réduction dramatique des capacités financières disponibles pour les assureurs du monde entier, et, par conséquent, un renchérissement général des prix de la réassurance, donc de l'assurance, n'est pas sans présenter certaines analogies avec le « krach » bancaire, qui survient lorsque le total des crédits consentis excède considérablement la valeur réelle des actifs disponibles (ce qui peut se produire de deux manières : du fait de l'inflation des crédits, ou de la dévalorisation des actifs). Raisonant par analogie, disons que, lorsque pour une raison quelconque, le total des engagements contractés par les assureurs et leurs réassureurs, et qui, financièrement correspondent à des titres de créances « aléatoires » délivrés aux assurés, se gonfle bien au-delà des avoirs réels sur lesquels ces créances sont gagées, le système peut continuer à fonctionner et à dériver tant que ne survient pas une très grosse échéance de paiement (à savoir l'énorme sinistre qui rend la créance immédiatement exigible).

Mais si cette échéance survient, la partie fictive de la capacité peut rapidement se dégonfler, entraînant à la fois l'élimination de nombreux opérateurs et un retour progressif à l'assainissement du marché. C'est précisément ce qui est en train de se produire à Londres.

J'évoquerai, pour terminer, ce qui me paraît être le deuxième grand défi auquel sera confrontée l'assurance de demain, à savoir les risques afférents aux responsabilités civiles. Mais, avant d'en venir là, permettez-moi de vous inviter à un bref survol historique.

Chacun sait, chacun répète que l'assurance maritime et transports est, historiquement, la première forme d'assurance qui ait existé. La raison en est claire : c'est le négoce international, utilisant pour le transport des marchandises, des navires, qui a constitué la première source d'accumulation du capital. C'est cette accumulation du capital (au niveau des armateurs d'une part, des négociants de l'autre) qui a rendu possible sur les grandes places (Gênes, Anvers, Hambourg) l'émergence des premières banques, et, dans leur sillage, des premiers assureurs, qui, après une longue période de tâtonnement, ont été amenés progressivement à codifier leurs usages, à établir les premières polices (par exemple, celle qui couvrait, en 1347, le *Santa Clara* pour un voyage de Gênes à Majorque), et même à créer des sociétés (la première sans doute fut établie en Italie en 1424). Ce n'est qu'à partir d'un niveau minimal d'accumulation du capital, donc de constitution de réserves, que devient possible d'une part le réinvestissement, et de l'autre, le financement des mécanismes de protection contre le risque : ce risque était alors, et il est resté pour une longue période - l'aventure maritime -, les périls et les hasards de la mer.

L'histoire de l'assurance révèle ensuite une extension prodigieuse, et qui se poursuit sous nos yeux aujourd'hui, de cette industrie. Dès la deuxième moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, on l'a vu, étaient réunies les conditions d'un développement de l'assurance sur la vie. Le grand incendie de Londres (1666), particulièrement dévastateur, fut le premier moteur du développement de l'assurance incendie. Plus généralement, et s'agissant du risque d'entreprise, le grand essor de l'assurance accompagna au XIX<sup>e</sup> siècle l'essor du capitalisme industriel, et ce dans le sillage des banques, soucieuses de garantir contre des risques nouveaux (de nature technologique) leurs investissements croissants dans l'industrie, les transports, et intéressées par la fonction de collectrices d'épargne des sociétés d'assurances... Le développement de l'assurance s'est poursuivi jusqu'à nos jours, d'une part en extension, recouvrant peu à peu l'ensemble des biens, installations et équipements produits par le génie humain, les créations incessamment renouvelées de la technique sollicitant sans cesse la résolution de nouveaux problèmes et la mise au point de garanties inédites.

Mais le processus de développement a obéi également à une autre logique, logique de concentration, de globalisation des garanties, et d'efforts orientés vers la protection des opérateurs économiques, non plus seulement dans leurs biens et produits, mais dans leur fonction économique et sociale : c'est ainsi que le programme d'assurance des entreprises tend à garantir le maximum de risques encourus par celles-ci dans leurs opérations, risques de dommages (l'assureur qui les couvre délivre en fait à son assuré une garantie de bilan), de perte

d'exploitation (et là, il commence à garantir des éléments du compte d'exploitation), diverses responsabilités, risques décès par accident du personnel, et pour les entreprises exportatrices, risques crédit, politiques, etc.

A la limite, on peut se demander où s'arrêtera ce processus d'expansion. Faut-il adopter, comme postulat de base, que « tous les risques sont assurables » ? Je rappellerai simplement que, pendant de longues années, telle a été la devise des Lloyd's. Chacun sait aujourd'hui où ce principe erroné les a conduits.

Personnellement, je ne le pense pas, mais il est vrai que la frontière qui sépare l'assurable de l'inassurable est mouvante, et parfois difficile à cerner, et on peut sans doute penser qu'elle recule sans cesse.

Il est intéressant de se poser la question à propos de l'entreprise : une gamme très étendue de risques auxquels est exposée une entreprise dans ses opérations et dans sa vie même est assurable. Mais il est un risque qui, à coup sûr, ne l'est pas : c'est le risque de l'entreprise elle-même, celui de son projet économique fondamental ; l'industriel qui crée une nouvelle entreprise, choisit un créneau d'activité, décide d'exporter ou de ne pas exporter, se livre à des anticipations sur un marché futur, s'endette pour investir, « prend des risques », comme on dit, ne peut espérer trouver un contrat d'assurance qui le garantirait contre le risque d'échec. On peut dire qu'à ce niveau, le banquier qui accorde ses crédits à une entreprise assume davantage de risques que l'assureur. Passionnant sujet de discussion et de controverse entre deux professions, certes distinctes, mais présentant de nombreuses convergences. Dans la logique d'une économie libérale fonctionnant sur la base de la libre concurrence, le risque commercial doit être assumé sans garantie extérieure, et ce n'est que dans le cadre des économies étatiques ou para-étatiques que, par le biais de la subvention, la collectivité peut intervenir pour maintenir artificiellement en vie des entreprises qui sont autrement condamnées à disparaître.

J'ai dit précédemment que le risque de catastrophe constituait l'un des grands défis pour l'assurance de demain. L'autre défi majeur n'est autre, à mon avis, que l'ensemble des risques, multiformes et proliférants, afférents aux responsabilités. Les deux défis peuvent d'ailleurs ne faire qu'un, ainsi qu'on peut le constater dans le cas de grandes pollutions maritimes (*Exxon Valdez*).

Le fait que la problématique de l'assurance des responsabilités ne cesse de peser de manière sans cesse plus accentuée et plus angoissante sur les opérateurs de notre industrie peut s'expliquer facilement.

D'une part (je renvoie à ce que j'ai dit plus haut à propos du risque de catastrophe), la puissance de la science et de la technique humaine, et les effets de cette puissance transformatrice (à la fois destructrice et constructrice) non seulement sur la nature (ce que nous appelons aujourd'hui l'environnement) mais sur les individus eux-mêmes ne cessent de croître : objectivement, la potentialité du risque s'en trouve multipliée.

Mais d'autre part, et ce du moins dans les pays développés, c'est-à-dire les plus riches, l'échelle des valeurs collectives tend à se transformer en fonction des

moyens financiers dont dispose la société. Par échelle des valeurs, il faut entendre le prix, d'abord objectif qui résulte des mécanismes du marché, des divers biens et produits, mais aussi - subjectif - (il faut se référer ici au concept de - subjectivité sociale -, celle des groupes, ou communautés d'individus humains quelles que soient les dimensions desdits groupes ou communautés) , que seule une approche holistique des sociétés humaines (combinant la science de l'économie, la psychosociologie, la science du droit) est à même d'éclairer.

Exemples de valeurs - subjectives -, au sens psycho-social du terme : la vie d'un individu, son intégrité physique et mentale, sa santé, sa sécurité, son bien-être et son aptitude à jouir des biens que lui offre l'existence. Mais aussi le patrimoine naturel : pureté de l'air qu'on respire, de l'eau qu'on boit, de la terre qu'on cultive, garantie de ne pas être victime de nuisances causées par la technologie humaine sous toutes ses formes (centrales nucléaires, industries pétrochimiques, produits pharmaceutiques, produits divers de consommation courante).

Donc en même temps que le risque s'accroît, la sensibilité à ce risque devient plus aiguë, l'individu attache un prix croissant à des valeurs dont il est clair que l'étalon de mesure financière n'existe pas - en soi -, comme une forme platonicienne dans le ciel des idées, et dont la traduction monétaire est, par définition, relative et variable et toujours contestable : quel est le prix d'un air ou d'une mer non pollués ? Personne n'est capable de répondre mais tout le monde, les défenseurs de l'environnement, les consommateurs de produits regroupés en associations, et une large fraction des opinions publiques dans de nombreux pays, est convaincu (certitude subjective) de la valeur à la limite inestimable de ce patrimoine. Pourquoi - inestimable - ? Parce qu'au fond, il y a cette conviction presque instinctive que l'intégrité de ce patrimoine est la condition de la survie de l'humanité et de toutes les espèces vivantes...

En d'autres termes, nous assistons à un prodigieux - renversement de perspective - comme l'histoire en offre d'incessants exemples : d'objet exploitable sans limites et nourrissant l'accumulation du capital financier, le patrimoine (la - nature -) tend à devenir lui-même un capital précieux, à protéger contre les excès de la civilisation technicienne et de son processus effréné d'exploitation. Il faut bien voir que l'assurance se situe au cœur de cette tension croissante, du fait de ce double mouvement d'accroissement objectif du risque et de sensibilité accrue au risque ; et le défi que la garantie des responsabilités pose à l'assurance s'analyse et éclate dans une problématique multiforme dont nous ne retiendrons que quelques aspects essentiels : d'abord la tendance partout observable à substituer à la notion de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle (en droit français article 1382 et suivants du Code civil) et à celle découlant de l'inexécution d'obligations contractuelles, la notion de responsabilité sans faute ou objective (qui permet de désigner *a priori* un payeur solvable) gonfle démesurément les potentialités de sinistres ; ainsi, à partir du moment où les juges retiennent une responsabilité sans faute du gardien du produit, et où les mêmes juges disposent d'un pouvoir souverain pour fixer le montant de l'indemnité sans obligation de

motiver leur décision, l'assureur R.C. produits, du fait de la diffusion de ces derniers, pendant de larges périodes, à des millions d'exemplaires à travers le monde peut se trouver menacé d'un véritable « cataclysme » : c'est bien ce qui se passe aux USA avec les réclamations relatives aux nuisances provoquées par l'amiante (« asbestos »), auxquelles j'ai déjà fait allusion, et qui se chiffrent en milliards, peut-être en dizaines de milliards de dollars...

Nous retrouvons là réunis les ingrédients explosifs qui risquent d'être fatals à l'assureur parce qu'ils sont en contradiction avec les exigences sur lesquelles repose la technique de base de l'assurance : impossibilité de prévoir le risque (dans son ampleur et sa fréquence) et de l'analyser à l'avance (surtout lorsqu'il se manifeste après vingt ou trente ans). Donc, impossibilité de le traiter correctement et de calculer les limites des engagements contractés. Donc de constituer les réserves indispensables pour y faire face, etc. Exposition aux fluctuations monétaires et économiques, au risque de disparition de certains réassureurs, donc à la menace d'insolvabilité, etc., mais plus fondamentalement, au risque de modifications des législations qui définissent les régimes de responsabilité, modifications qui peuvent, rétroactivement, faire surgir du passé d'énormes réclamations que personne ne pouvait prévoir.

Corrélativement, l'assureur se trouve placé sous la pression d'une opinion irrationnelle (qu'il s'agisse de l'opinion publique ou de celle des juges qui la reflètent plus ou moins) qui considère *a priori* que ses ressources financières sont illimitées, et que, par conséquent, le processus inflationniste au niveau des indemnités peut se poursuivre indéfiniment sans qu'il y ait risque d'insolvabilité. Qui considère par conséquent (voir l'*Oil Pollution Act* américain de 1990) que le marché international de l'assurance et de la réassurance est à même de délivrer des garanties « illimitées » et de faire face à toutes les réclamations possibles.

Disons-le clairement : nous sommes ici en plein délire, délire de la subjectivité sociale, dont seul un traitement approprié est à même d'avoir raison : ce traitement passe par la démonstration du caractère nécessairement limité des capacités financières de l'assurance, par un retour aux principes d'un sain réalisme : ce processus de retour à la réalité et d'assainissement est déjà, au niveau des faits, largement entamé : déjà les capacités disponibles se restreignent, leur prix tend à se renchérir dans des proportions dramatiques, des clauses appropriées, (ex. de la *claims made clause*, appliquée de plus en plus par les réassureurs anglais) vont mettre à l'abri les assureurs des explosions de sinistres à retardement, et, à terme, les assurés seront placés devant le dilemme : payer le juste prix pour des garanties limitées ou opérer à leurs propres risques (peut-être en recourant à des formes encore inédites de mutualité) ou cesser leurs opérations.

Mais c'est finalement le législateur qui détient la clé de ce retour à la raison, car, si après tout, dans l'état actuel de la science et de la technique, nous sommes incapables d'empêcher un ouragan de se produire ou de modifier sa trajectoire, nous sommes à même, ou du moins faut-il l'espérer, de maîtriser au sein de nos

sociétés, nos systèmes de valeurs, les lois qui les codifient, et les règles d'appréciation de leurs équivalents monétaires.

Monsieur le président, mesdames, messieurs, l'ambition de la philosophie est, depuis les origines helléniques de la pensée occidentale, de s'approcher, par l'analyse, de l'essentiel. C'est ce que je me suis efforcé de faire dans le cadre de ces modestes réflexions sur l'assurance, en recourant parfois à des exemples extrêmes, en insistant sur les obstacles rencontrés, les limites incontournables, les tensions qui sont en fait le moteur du progrès. De même que l'aventure du voyage maritime, avec ses hasards et ses périls, constituait le prototype de toute l'aventure humaine qui a suivi, celle de la science et de la découverte, de la technique transformatrice du monde, de l'exploration de l'espace, de même l'assurance maritime a été en fait la matrice originelle de cette industrie au développement prodigieux sans laquelle les entreprises ne pourraient se créer, les économies se développer, les individus et les collectivités bénéficier d'un minimum de sécurité financière pour leur patrimoine et pour eux-mêmes...

En fait, une réflexion sur l'assurance n'est, au fond, qu'une réflexion sur le risque, consubstantiel à la vie, inséparable de l'aventure humaine, objet d'efforts incessants visant à le réduire, à le maîtriser, à en compenser le mieux possible les conséquences financières, mais malgré tout, toujours omniprésent ■

# CHRONIQUES

## Vie

Jean-Pierre Moreau souligne trois innovations importantes de la loi du 16 juillet 1992 sur assurance et crédit

## Droit

Martine Rémond-Gouilloud commente la dernière décision d'appel dans l'affaire de l'Amoco-Cadiz

## Livres

L'Assurance de la Royale au Gan - L'Histoire de tous les projets, 1816-1992  
La Belle histoire de l'assurance-vie  
Le pouvoir en situation extrême  
Actes du colloque, Cindynics 92  
Eléments fondamentaux de risk-management



# Les apports de la loi ASSURANCE ET CREDIT

du 16 juillet 1992 dans le domaine  
des assurances de personnes

■ CHRONIQUES : Vie

**A**u mois de juillet a été publiée une loi concernant l'assurance et le crédit (loi n 92-665 du 16 juillet 1992, Journal officiel - Lois et décrets -, 17 juillet 1992).

Il s'agit d'une loi composite, pour ne pas dire - fourre-tout -, dont la motivation d'origine se trouve dans la nécessité de mettre la législation française en conformité avec deux directives européennes : l'une, du 8 novembre 1990, relative à la libre prestation de services en assurance vie, l'autre, du 15 décembre 1989, relative à la liberté d'établissement et la liberté de prestations de services en matière bancaire. Le fait qu'une même loi traite à la fois de l'assurance et de la banque est assez inhabituel pour être souligné. Peut-être faut-il y voir une conséquence du rattachement du secteur de l'assurance à la Direction du Trésor. Il est certain en tout cas que, en raison notamment de la mise en œuvre de la libre circulation des capitaux, les problèmes posés par l'ouverture du grand marché européen aux services financiers, banque et assurance, ont paru assez voisins pour être traités dans un même texte, bien que chaque secteur conserve toute son autonomie.

Même en se limitant à la partie assurance de la loi, son caractère composite demeure. Au train législatif européen ont été en effet accrochés un certain nombre de wagons qui n'ont pas de lien direct avec la directive assurance vie du 8 novembre 1990, même si l'ensemble de la loi a été placé, par son exposé des motifs, sous le signe de l'adaptation de l'assurance française au grand marché.

Citons :

- l'alignement de la composition du capital des entreprises publiques d'assurance sur le droit commun du secteur public ;
- la transformation du statut de la Caisse nationale de prévoyance en société anonyme du secteur public ;
- la modification du cadre législatif des assurances de personnes.

Il ne s'agit pas, on le voit, de dispositions mineures. Il serait dommage que, du fait de son aspect hétéroclite, cette loi ne retienne pas toute l'attention qu'elle mérite, et cela d'autant plus que, si on entre un peu plus dans le détail, on trouve dans cet ensemble des mesures novatrices et de grande portée pour le marché.

Nous voudrions nous concentrer sur trois d'entre elles qui intéressent le secteur des assurances de personnes.

\* Délégué général du Groupement des assurances de personnes.

## I. LES CONTRATS COLLECTIFS D'ASSURANCE RETRAITE PROFESSIONNELLE

Fait remarquable, la notion d'assurance retraite professionnelle fait son entrée dans la loi sur le contrat d'assurance. Elle est définie sobrement (article 29 de la loi) comme les assurances en cas de vie - dont les prestations sont versées lors de la cessation d'activité professionnelle.-

La toile de fond de ce texte est le débat national qui a été ouvert sur la question des retraites, avec la publication du Livre blanc du gouvernement. La profession, on le sait, participe activement à ce débat. Elle a publié de son côté un ouvrage<sup>1</sup> dans lequel elle plaide pour l'inclusion dans le système français des retraites, entièrement fondé sur la répartition, d'une part de capitalisation principalement sous forme de - fonds de pension à la française.-

Bien connus et largement répandus dans d'autres pays, comme les États-Unis, le Royaume-Uni ou les Pays-Bas, ces fonds de pension n'existent en France qu'à l'état embryonnaire. Leur acclimatation suppose que soient réunies un certain nombre de conditions, à commencer par un freinage de la progression constante des prélèvements obligatoires pour le financement des régimes par répartition. Mais d'autres préalables existent, et c'est l'un d'eux qu'a voulu lever le législateur par l'article 29 de la loi du 16 juillet. De quoi s'agit-il ?

Le trait dominant des régimes de retraite, qu'ils soient en répartition ou en capitalisation, est l'indisponibilité de l'épargne qui leur est affectée. Les prestations sont versées à partir de la cessation d'activité professionnelle, et seulement à ce moment. S'agissant de contrats d'assurance retraite, l'assureur ne peut s'engager sur le versement à très long terme d'un revenu viager de remplacement, au surplus revalorisé, que s'il n'est pas exposé à des retraits anticipés de l'épargne affectée à ces engagements. Cela implique que les contrats d'assurance retraite ne soient pas - rachetables -.

L'administration sociale l'entend d'ailleurs bien ainsi. Elle considère que les contrats d'assurance retraite rachetables sont en fait des opérations de placement, et que, dès lors, les contributions patronales ne peuvent être exonérées de charges sociales.

Dans une réponse très récente à une question écrite (n° 53013, *Journal officiel*, Assemblée nationale, 10 août 1992), le ministre des Affaires sociales l'a confirmé en rappelant, comme un principe général fondamental de notre système de Sécurité sociale, - qu'aucun salarié ne peut recevoir au titre de l'assurance vieillesse aucune avance sur ses droits futurs à pension -.

De même, en matière fiscale, c'est l'indisponibilité des fonds versés par l'entreprise qui est le critère de déductibilité du bénéfice imposable. Du point de vue de l'impôt sur le revenu, l'indisponibilité est également le critère d'exonération, même si l'administration fiscale admet, par bienveillance, un rachat limité à trois ans de primes.

La difficulté venait de ce que le principe d'indisponibilité était en contradiction avec les règles légales relatives au rachat en assurance vie (article L 132.23 du Code des assurances). Dans son état antérieur à la loi, ce texte, en effet, imposait le droit au rachat pour tout contrat d'assurance en cas de vie dès lors qu'il est assorti d'une contre-assurance en cas de décès. Seuls les contrats de risque pur, vie ou décès, se voyaient interdire le rachat<sup>2</sup>. Or, dans les assurances en cas de vie, de tels contrats sont rares. Surtout lorsque l'engagement est de longue durée, comme dans les assurances retraite, l'assuré doit légitimement pouvoir faire bénéficier ses proches d'un versement en capital en cas de décès avant la retraite.

L'article 29 de la loi met fin partiellement à cette contradiction. Il énonce que les contrats collectifs liés à la retraite professionnelle ne peuvent donner lieu à rachat. Cette règle

1. *Assurer l'avenir des retraites.*

2. *Ce qui est techniquement justifié, car, dans ces contrats, les retraits volontaires anticipés déséquilibreraient la mutualité de risques.*

d'ordre public s'applique – là est la novation juridique – alors même que les contrats comportent une contre-assurance décès. Des exceptions sont prévues, très limitées : chômage, liquidation de l'entreprise assurée, invalidité.

Introduit par amendement parlementaire, le texte a fait l'objet d'une longue mise au point au cours des différentes navettes. Le législateur a accepté qu'il s'applique aux groupes ouverts, mais n'a pas voulu, pour le moment, l'étendre aux assurances retraite à souscription individuelle. Il faut le regretter, d'autant que l'administration, pour l'exonération des cotisations de Sécurité sociale, ne fait pas cette distinction. En outre, lors de l'examen au Sénat, l'observation a été faite que l'indisponibilité de l'épargne sur une très longue durée devait être rendue compatible avec le libre jeu du marché et donc la possibilité pour l'assuré de changer d'assureur. Le Sénat a introduit à cet effet un sous-amendement prévoyant que les contrats concernés doivent comporter une clause de « transférabilité ». Cette notion, connue et pratiquée dans les pays où existent des fonds de pension, méritera d'être précisée, car, si on en voit bien l'esprit, elle ne manquera pas de poser de difficiles problèmes d'application.

De même que l'hirondelle ne fait pas le printemps, l'article 29 ne fait pas les « fonds de pension à la française ». Mais, en donnant droit de cité, dans la loi sur le contrat d'assurance, aux assurances collectives de retraite professionnelle, en posant le principe d'indisponibilité de l'épargne affectée à ces contrats, ainsi que la règle de transférabilité, le législateur a construit un socle juridique sur lequel, le moment venu, pourra s'édifier un système français de fonds de pension.

## II. SUBROGATION DANS LES ASSURANCES DE PERSONNES INDEMNITAIRES

Autre disposition introduite dans la loi par amendement parlementaire, l'article 22-II, qui ouvre à l'assureur la possibilité contractuelle de recours subrogatoire contre le responsable dans certaines assurances de personnes, celles qui garantissent « l'indemnisation de préjudices résultant d'une atteinte à la personne ».

Jusqu'alors, la frontière entre les assurances de dommages et les assurances de personnes était tracée par le principe indemnitaire. Les assurances de dommages, soumises à ce principe, ouvrent droit à subrogation. Les assurances de personnes, qui n'y sont pas soumises, ne peuvent donner lieu à subrogation. L'article 22-II de la loi crée entre les deux une catégorie nouvelle d'assurances de personnes « indemnitaires » dans laquelle l'assureur peut, si le contrat le prévoit, exercer contre le tiers responsable un recours subrogatoire pour obtenir le remboursement des prestations versées.

L'idée n'est pas totalement neuve. Déjà, les mutuelles du Code de la mutualité disposaient, en vertu de l'article L 122.4 de ce code, de la faculté de subrogation pour les prestations en espèces qu'elles versent dans le domaine de la prévoyance santé et accidents corporels. Les assureurs, quant à eux, ont cherché depuis longtemps des formules d'individuelles accident à prestations récupérables sur le responsable. L'interdiction légale de subrogation en assurance de personnes avait conduit à imaginer des solutions d'avances sur recours permettant d'arriver au même résultat, à savoir des prestations proches des indemnités de droit commun moyennant un niveau de prime acceptable. De telles formules ont été utilisées pour les accidents d'auto et d'autres risques, comme le risque lié aux opérations chirurgicales. Elles avaient reçu une base légale dans la loi du 5 juillet 1985 (loi Badinter). Celle-ci comporte en effet une disposition, l'article 33, alinéa 3, qui est de portée générale et non pas limitée aux risques auto, autorisant le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait d'un accident.

La loi du 16 juillet, sept ans après, vient donner une base légale incontestable aux assurances de personnes à prestations non cumulables avec les indemnités de droit commun. Il semble

qu'il existera désormais, de la sorte, trois types d'assurances de personnes contre les dommages corporels par accident :

- les assurances avec avance sur recours (article 33, alinéa 3, de la loi Badinter) ;
- les assurances indemnitaires, avec subrogation contractuelle (article L 131, alinéa 2, du Code des assurances) ;
- les assurances à prestations cumulatives (article L 131-2 alinéa 1, du Code des assurances).

Il paraît assez clair que les assurances sur la vie ne sont pas concernées par le nouveau texte. En assurance décès toute cause, les prestations versées ne peuvent qu'être cumulatives. Quant aux garanties décès par accident (telles que les garanties doublement ou triplement du capital), elles ne relèvent pas du nouveau texte dès lors qu'elles ont un caractère forfaitaire et non pas indemnitaire. Il reste que la notion de « prestations à caractère indemnitaire » aura sans doute à être précisée par la jurisprudence.

L'article 22-II a été adopté pratiquement sans débat parlementaire, de sorte que le législateur n'a pas fait connaître les motivations du texte. On ne peut cependant s'empêcher de rapprocher ce texte de la réflexion toujours actuelle sur le droit de la responsabilité, son évolution, ses conséquences en termes économiques et sociaux. Cette réflexion connaît un regain d'actualité avec la question de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. L'un des problèmes centraux est de savoir comment concilier une indemnisation complète et systématique des victimes, à un coût acceptable, avec le maintien de la responsabilité pour faute, afin d'éviter une dérive qui, comme on le constate dans d'autres pays, se retourne contre les praticiens et finalement les malades eux-mêmes (voir le cas des Etats-Unis, où les excès dans l'indemnisation et la recherche de responsabilité médicale ont conduit, d'une part, à un problème de disponibilité pour les patients de certaines prestations médicales, d'autre part, à des surcoûts du système de santé par suite de la multiplication des actes de « médecine défensive » destinés uniquement pour les praticiens à se protéger en cas de procès).

La nouvelle catégorie d'assurances de personnes indemnitaires à prestations récupérables ne vient-elle pas à point nommé pour réaliser cette difficile synthèse ? Comme le souligne Jean-Paul Planchou, rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, « lorsque des compagnies d'assurances sont impliquées dans un sinistre, le recours subrogatoire permet d'accélérer le règlement du sinistre dans la mesure où la compagnie d'assurances de la victime verse immédiatement à cette dernière les indemnités auxquelles elle peut prétendre et sans qu'on lui impose, au préalable, la nécessité de procéder à une recherche de responsabilité ».

### **III. LES CONTRATS D'ASSURANCE VIE ET DE CAPITALISATION EN UNITÉS DE COMPTE**

Les contrats en unités de compte sont l'une des principales novations de ces dernières années dans la gamme des produits d'assurance vie proposés au public. Le capital garanti par ces contrats est variable en fonction de la valeur de l'unité de compte support. Cette caractéristique fait qu'ils ne sont pas soumis aux mêmes règles techniques, comptables et financières que les autres opérations d'assurance vie. Ils constituent un compartiment à part dans la gestion des assureurs vie. Ce sont des contrats cantonnés par construction, la valeur des actifs supports étant en quelque sorte la monnaie du contrat.

Permettant d'associer directement l'assuré aux performances de la gestion financière de l'assureur, ces contrats en unités de compte ont connu un réel succès et ont contribué au grand essor de l'assurance vie au cours de la décennie 80. Ils représentent actuellement 8,5 % du chiffre d'affaires de l'assurance vie et 17,8 % des affaires nouvelles.

La loi du 16 juillet 1992 ouvre la voie à de nouveaux développements de ce type de contrats.

Tout d'abord, elle consacre la possibilité de contrats de capitalisation en unités de compte qui jusqu'alors n'avaient pas de reconnaissance légale. Ces contrats, on le sait, vont être l'instrument de diffusion par l'assurance du plan d'épargne en actions (PEA), créé par la loi du 16 juillet 1992.

En second lieu, la loi a supprimé l'exigence d'une garantie plancher en cas de décès. Cette garantie obligatoire, peu compatible avec la nature même des contrats en unités de compte, avait aussi pour effet de porter à 4 % des provisions mathématiques la marge de solvabilité de tous les contrats vie en unités de compte, au lieu de 1 % comme prévu par la directive européenne de liberté d'établissement en vie du 5 mars 1979 lorsque l'entreprise n'assure pas de risque de placement. L'existence d'une garantie en cas de décès dépendra maintenant de la volonté des parties, comme c'est déjà le cas pour la garantie d'un capital en cas de vie. Au moment où l'on voit fleurir les produits financiers à performances garanties, on peut penser que cette possibilité d'assortir les contrats en unités de compte de garanties en francs (ou en devises) va recevoir de nouvelles applications, dans des produits combinant le rendement et la sécurité.

Enfin et surtout, la loi prélude à une réforme, de niveau réglementaire, qui devrait élargir la liste des actifs et valeurs mobilières susceptibles de servir d'unités de compte. Actuellement, seules sont admises les parts ou actions d'OPCVM (Sicav, fonds communs de placement) ainsi que de sociétés immobilières. Le rapport de Jean-Paul Planchou sur le projet de loi fait état d'une extension de la liste à toutes les valeurs mobilières admises en représentation des provisions techniques, la seule condition posée par la loi étant que les actifs sous-jacents offrent une « protection suffisante de l'épargne investie », c'est-à-dire en fait que ces actifs soient aisément mobilisables sur des marchés organisés.

Ces textes sont aujourd'hui parus (décret n° 971 et 972 du 11 septembre 1992. Arrêté du même jour. J.O. du 12 septembre 1992). Ils permettent d'adosser directement les contrats en unités de compte à une grande variété de titres. C'est véritablement un nouveau secteur d'activité qui est ainsi ouvert à l'assurance vie.

\*  
\* \*

Fonds de pensions, responsabilité et indemnisation, placement de l'épargne des ménages, tels sont les thèmes auxquels se rattachent les trois dispositions de la loi du 16 juillet 1992 rapidement passées en revue. Il s'agit, on le voit, de thèmes majeurs d'actualité, et ces dispositions, sous des dehors fort techniques, constituent des points d'appui à de nouveaux et importants développements des services d'assurance dans ces domaines. En dotant l'industrie de l'assurance de ces instruments, la loi vient compléter de manière heureuse la vaste refonte de la législation de l'assurance, entreprise sous l'aiguillon européen, et dont les deux piliers sont la loi n° 89.1014 du 31 décembre 1989 relative à la réforme du Code des assurances et la loi n° 89.1009 du 31 décembre 1989 relative aux opérations de prévoyance ■



# Le procès de L'AMOCO-CADIZ

Fin de partie

Le 24 janvier 1992 la cour du 7<sup>e</sup> circuit des États-Unis rendait sa décision dans l'affaire de l'*Amoco-Cadiz* sur appel du jugement prononcé à Chicago le 24 juillet 1990<sup>1</sup>. Ainsi prend fin un procès long de treize ans et demi qui, véritable saga judiciaire fertile en rebondissements, a déjà sa place dans les annales. La décision du 24 janvier est à elle seule remarquable : non seulement en ce qu'elle constitue une issue heureuse, inattendue, pour les demandeurs français dont l'indemnisation se trouve substantiellement accrue, mais également par sa motivation et sa portée. Si la France y trouve raison de se réjouir, la justice des États-Unis peut légitimement y trouver motif à satisfaction : à une époque où le système judiciaire de ce pays est fortement controversé, cette décision incite à le regarder d'un autre œil.

L'histoire de l'*Amoco-Cadiz* a été relatée maintes fois<sup>2</sup>. Nous n'y reviendrons donc que sommairement, dans la mesure où elle explique la procédure<sup>1</sup>. Parmi les questions de dommages résolues en appel nous privilégierons celles qui intéressent les demandeurs français<sup>2</sup>, en particulier le point G<sup>3</sup>, relatif au calcul des intérêts<sup>3</sup>.

## ■ 1) FAITS ET PROCÉDURE

L'*Amoco-Cadiz*, pétrolier libérien, appartenait à la société Amoco-Transp. Cy, filiale du groupe Standard-Oil Cy of Indiana, dont le siège est à Chicago, États-Unis. Le navire jaugeait 109 700 tonnes de jauge brute et 233 000 tonnes de port en lourd. Le 16 mars 1978, ce navire s'échouait au nord-ouest de la Bretagne ; il transportait alors une cargaison pour le compte de la Shell britannique : 221 561 tonnes de brut, qui se répandirent sur plus de 400 km de littoral. L'économie bretonne fut sévèrement touchée ; dès le mois de septembre, l'État français évaluait les frais de lutte et de nettoyage à plus de 450 millions de francs.

L'affaire donna lieu à plusieurs actions aux États-Unis et en France. La principale d'entre elles, qui s'achève par la décision du 24 janvier 1992, fut intentée à Chicago d'une part par l'État français, d'autre part par un groupe constitué de communes, de départements et de particuliers, dont des hôteliers et des pêcheurs<sup>4</sup>. Elle l'était contre quatre

\* Professeur de droit maritime

défendeurs : Amoco-Transport, société libérienne propriétaire du navire ; Amoco-International (AIOC), société d'armement chargée de gérer les navires du groupe, son directeur international, enfin la société mère du groupe elle-même, la Standard Oil of Indiana, dont le siège social se situe à Chicago.

A propos de cette instance, trois décisions essentielles furent rendues : sur les responsabilités, le 16 mars 1984<sup>5</sup>, sur les dommages, le 11 janvier 1988 ; enfin, en appel, sur l'ensemble du dossier le 24 janvier 1992<sup>6</sup>.

- Parmi les autres décisions rendues à l'occasion de cette instance, on retiendra celles du 17 avril 1879 refusant aux défendeurs le bénéfice de la limitation de responsabilité, et celle du 15 mars 1992 sanctionnant l'État français pour avoir refusé de produire ses preuves<sup>7</sup>. Il faut enfin noter les correctifs apportés par le juge à sa décision de 1988 sur les dommages : le 21 février 1989, pour en réviser le montant à la hausse, puis le 24 juillet 1990. Devant les mêmes juges une action était intentée à l'encontre des chantiers navals Astilleros, de Cadix, constructeur du navire : ce défendeur fut jugé par défaut<sup>8</sup>. C'est enfin également aux États-Unis, mais cette fois en Virginie, que s'est trouvé assigné le remorqueur qui avait tenté de porter assistance au navire en péril<sup>9</sup>.

- En France, parallèlement, plusieurs actions étaient menées : le parquet du tribunal correctionnel de Brest avait initié une procédure pénale à l'encontre des capitaines de l'*Amoco-Cadiz* et de celui du *Pacific*, remorqueur appelé à porter assistance au pétrolier en péril ; une autre, à caractère purement professionnel, avait été diligentée devant le tribunal maritime commercial<sup>10</sup>.

Surtout une demande avait été présentée devant le tribunal de Brest<sup>11</sup>, le Royaume-Uni était seul créancier demandeur<sup>12</sup>. Le régime de ce fonds étant incertain en droit français, il fallut le préciser<sup>13</sup>, avant que la cour de Rennes puisse donner satisfaction au Royaume-Uni, par un arrêt du 27 janvier 1988<sup>14</sup>.

## ■ II) RESPONSABILITÉS

- Le jugement du 16 mars 1984 n'avait pas été tendre pour les défendeurs : des négligences de tous ordres avaient été relevées, à la fois quant à l'entretien du navire, à sa gestion et à la manière dont les opérations de sauvetage avaient été menées<sup>15</sup>. Ainsi, la compagnie d'armement, AIOC, incapable d'établir qu'elle avait mis le navire en bon état de navigabilité, était responsable de l'accident ; il en était de même pour la filiale propriétaire du navire, Amoco-Transport, laquelle était parfaitement consciente du mauvais état de son navire (n° 41, p. 104). Quant à la société mère du groupe, elle avait été tenue responsable à la fois à titre personnel, étant elle-même intervenue à tous les stades de la construction et de l'exploitation du navire, et pour les négligences de ses filiales : celles-ci, qu'elle contrôlait entièrement, n'étaient que de « simples instruments » dépourvus de toute autonomie (n° 366, p. 90 ; n° 44, p. 107).

- Cette solution se trouve confirmée en appel. La cour revient en particulier sur le défaut de formation et d'information de l'équipage, celui-ci expliquant qu'il ait été incapable de réparer la panne cause de l'accident, ainsi que sur la politique de la compagnie, celle-ci consistant alors à réduire à tout prix les temps d'immobilisation du navire, des révisions en cale sèche avaient été systématiquement supprimées et des réparations nécessaires omises. Face à de telles insuffisances, l'argumentation des parties Amoco, reposant sur des points d'interprétation techniques, n'avait aucune chance de prospérer<sup>16</sup>. « La catastrophe ne pouvait que se produire » (p. 34).

- Limitation de responsabilité. On a peine à comprendre que les défendeurs aient interjeté appel sur cette question. L'aversion des tribunaux américains à l'égard de la limitation de responsabilité des armateurs est bien connue. L'affaire en outre s'y prêtait spécialement

mal : le nombre et la gravité des fautes relevées excluaient toute possibilité pour les défenderesses de se prévaloir de la limitation de responsabilité de l'armateur<sup>17</sup>. Cette institution, fondée sur la notion de fortune de mer, permet à l'armateur de se libérer globalement de toutes les dettes afférentes à l'un de ses navires en leur abandonnant ce navire<sup>18</sup> pour solde de tout compte. Mais ce bénéfice suppose que l'armateur n'ait pas personnellement été en faute, et la jurisprudence des États-Unis, acharnée à réduire le domaine de la limitation, interprète cette faute largement.

En l'espèce, le problème ne se posait de toutes façons que pour le propriétaire en titre du navire, seul qualifié pour se prévaloir de l'institution : une décision rendue en 1979, à l'orée de l'instance, en avait écarté le jeu pour les autres défendeurs (*supra* n° 4). Ceux-ci revenaient ici à la charge, faisant valoir, non sans logique, que l'on ne pouvait à la fois relever quant à la responsabilité que le groupe formait un tout indissociable, et quant à la limitation que leur qualité de sociétés juridiquement distinctes empêchait tout autre que l'armateur en titre de bénéficiaire de la règle. Mais la notion de propriétaire, d'interprétation stricte, ne pouvait être ainsi étendue. De toute manière, la Standard comme l'AIOC eussent été bien en peine d'établir leur ignorance (- absence of privity and knowledge -) des causes de l'accident, condition du jeu de la limitation suivant le droit américain. Le propriétaire lui-même n'avait pu obtenir pour cette raison le bénéfice de la limitation. La décision de 1992, plus nette encore que celle de 1979, montre que l'acte ou l'omission de l'armateur de nature à la priver de sa limitation s'entend ici de tout antécédent dans la chaîne des événements qui ont causé l'accident même s'il n'en a pas été la cause immédiate et nécessaire. Il y est également insisté sur l'obligation, pour une société, personne morale, d'endosser les négligences de ses préposés : le devoir d'assurer la sécurité d'un navire est un devoir qui ne se délègue pas<sup>19</sup>.

### ■ III) LES DOMMAGES

- Amoco a peu de raisons de pleurer des larmes de crocodile. Exxon.a, dit-on, dépensé 2 milliards de dollars pour nettoyer le pétrole répandu par l'*Exxon-Valdez* en Alaska ; elle a accepté de payer en plus 1 milliard à titre de dommages-intérêts et une amende pénale de 125 millions de dollars. Amoco ne sera appelée à payer que 61 millions de dollars seulement plus les intérêts, pour réparer une marée noire qui non seulement était plus importante mais en outre s'est produite dans une région plus peuplée. Que l'on puisse qualifier ces 61 millions de dollars de résultat de demandes gonflées ou frauduleuses dépasse - l'entendement - (p. 100). Cette observation en forme de boutade dit parfaitement l'esprit de la décision rendue par la cour d'appel du 7<sup>e</sup> circuit le 24 janvier 1992<sup>20</sup>. Soucieuse d'efficacité, elle s'attache d'abord à rationaliser les lourdes méthodes utilisées en première instance ; soucieuse d'équité globale, elle considère avec indulgence les menues fraudes si sévèrement reprochées aux demandeurs en première instance, de même que leur difficulté à se plier à des exigences de preuve qui leur étaient étrangères. En tous points, elle témoigne d'une hauteur de vue indispensable dans une affaire si particulière.

- Points de méthode. L'extrême précision du juge américain avait, jusqu'en 1988, suscité étonnement et admiration : une justice qui entre à ce point dans les détails est nécessairement une bonne justice. Est-ce si sûr ? Chaque détail des demandes fut expertisé, et le témoignage qui l'alléguait soumis à un contre-interrogatoire. Mais le coût d'intervention de l'expert qui avait effectué l'évaluation était occulté, de même que ses frais de voyage, ceux du témoin, la traduction et le temps passé par les conseils de chaque partie.

Si le but de l'exercice consistait à cantonner l'indemnisation dans de justes limites, c'est-à-dire en définitive à économiser les deniers du demandeur, c'était là une étrange manière d'y parvenir. Pour l'observateur candide, la méthode semble besogne d'épicier, plus qu'œuvre de justice. De même, plutôt que de faire venir à Chicago les dizaines de témoins

qui se succédèrent à la barre des semaines durant pour présenter des demandes de nature identique, une économie de moyens n'eût-elle pas voulu que les plus représentatifs d'entre eux fassent seuls le voyage<sup>21</sup> ?

Il est rassurant de constater que la cour d'appel l'a pensé. Elle s'étonne en effet de ce que les parties n'aient jamais proposé de procéder par extrapolation, en recourant à un échantillonnage des demandes<sup>22</sup> avec l'aide de statisticiens... On aurait également pu s'attacher à ce que le nettoyage aurait dû coûter, plutôt qu'à ce qu'il avait effectivement coûté. Le procès s'en serait trouvé raccourci et le problème des témoins évité (v. *infra*). C'est bien en effet par extrapolation que la cour choisit elle-même de raisonner pour les communes, à partir du dossier de Plougrescant, commune représentative des demanderesses les plus importantes.

- Difficultés de preuve. C'est un effort de simplification qui s'avère spécialement bienvenu dans notre espèce où l'une des parties, découvrant pour la première fois une procédure fondée sur l'interrogatoire de témoins, se trouvait donc désavantagée de ce fait. En droit américain, en effet, la preuve par témoins est la règle. En droit français, à l'inverse, nous privilégions l'écrit : le témoignage n'est qu'un pis-aller. Cette différence emporte des conséquences pratiques importantes très sensibles dans le procès de l'*Amoco-Cadiz*. Aux Etats-Unis, tout juriste est formé à la technique du témoignage, et à croiser le fer avec ceux de l'adversaire, suivant la procédure contradictoire de *cross-examination*. En France, rien de tel : aussi, les témoins appelés à la barre de Chicago, souvent désarçonnés par l'épreuve, pouvaient difficilement faire bonne figure. Ce qui n'était qu'impréparation, maladresse, fut taxé d'imprécision et de laxisme. Pis : faute de témoins directs, il fallut recourir à des témoignages de seconde main, ce qui déplut fortement : les demandes ainsi étayées furent systématiquement rognées de 35 %, parfois plus, pour les communes (arrêt CA, p. 41)<sup>23</sup>. Quant aux demandes pour lesquelles aucun témoin n'avait jugé utile de se déplacer, eu égard à leur modestie, elles furent soit examinées avec une suspicion extrême, soit simplement rejetées<sup>24</sup>.

- La sanction des exagérations. Le premier juge avait fustigé dans les termes les plus durs le caractère abusif de nombreuses demandes. Ce reproche visait surtout les communes, coupables selon lui d'avoir d'abord présenté des demandes frauduleuses à l'État français (p. 34), puis d'avoir grossièrement exagéré leurs demandes en justice<sup>25</sup>. Fortes de cette appréciation sévère, les parties Amoco demandaient en appel la suppression de tout intérêt préjudiciel à titre de sanction<sup>26</sup>. La cour d'appel se montre plus indulgente. Il faut raison garder : face à des demandes exagérées, la sanction doit rester proportionnée. Or la demande d'Amoco revient à exiger une amende de 100 millions de dollars. Mais quel juge songerait seulement à empêcher les demandeurs de restituer 113 millions de dollars au défendeur sur une indemnité totale de 262 millions ? La proposition d'Amoco aboutit à infliger une amende de 202 millions de dollars pour exagération (p.99). *No chance* : ceci est hors de question. Au reste, les abus éventuels des demandeurs ont déjà été abondamment sanctionnés, leurs prétentions ayant été sévèrement rabattues par le juge. Diminuer en plus les intérêts signifierait les sanctionner une seconde fois<sup>27</sup>.

Cette appréciation remet heureusement les choses en ordre. Car, si les demandes d'indemnisation présentées à Chicago comportent sans doute quelques excès, phénomène statistiquement inévitable, le soupçon insistant du juge, en 1988, était pour l'essentiel malvenu.

#### ■ IV) CALCUL DES INTÉRÊTS PRÉJUDICIELS

- Aux dires mêmes de la cour, il s'agit ici de la question essentielle qui lui était posée. En effet, le procès avait été si long que les sommes en jeu à ce propos étaient devenues considérables. Et c'est par là que les demandeurs ont vu leur indemnité substantiellement augmentée : le taux d'intérêt, fixé par le premier juge à 7,22 % se trouve porté à 11,9 % pour

les Français<sup>28</sup> et 12,31 % pour le chargeur britannique<sup>29</sup>. Le raisonnement qui conduit à cette modification mérite attention.

• Le taux retenu par le premier juge, 7,22 %, était celui qui résulte du calcul prévu par la loi pour les intérêts moratoires postérieurs à un jugement<sup>30</sup> ; quoique non obligatoire en matière préjudicielle, il sert souvent de référence de base<sup>31</sup>. Un raisonnement simple conduit pourtant la cour à le récuser. Ce raisonnement comporte trois étapes :

– Le demandeur peut-il prétendre à des intérêts préjudiciels ? Oui. Pour assurer la réparation intégrale d'un préjudice, l'indemnisation doit prendre en compte ces intérêts, au même titre que tout autre élément. Lorsqu'un préjudice est causé, tout se passe comme si son auteur avait créé un créancier involontaire en la personne de sa victime. L'intérêt préjudiciel replace donc les deux parties dans la position qui aurait été la leur si l'indemnisation avait été versée promptement.

La victime, qui assume ses frais de nettoyage, contrainte de s'autofinancer, affecte à cette opération des sommes qu'elle aurait pu placer sur le marché, avec profit. De son côté, l'auteur du préjudice qui, au lieu de réserver cette somme, décide de la réinvestir dans ses affaires, doit penser qu'il en tirera meilleur profit ; ayant bénéficié de cet avantage pendant toute la durée du procès, il est juste qu'il paie des intérêts.

– Quel doit donc être ce taux d'intérêt ? Celui du marché, celui auquel la victime aurait emprunté, si elle avait dû le faire ? Or quel est ce taux ? Contrairement à la décision infirmée, les juges voient dans le prêt hypothétique consenti à l'auteur du dommage une opération risquée, du fait que ce dernier peut, au cours du procès, déposer son bilan, se trouver en difficulté ou dissimuler des avoirs (p. 94).

– Dernière question enfin : en quoi consiste le taux du marché ? Ici la question se complique du fait du jeu de l'inflation.

• Intérêt et inflation. Dans son évaluation, le premier juge avait écarté toute incidence de l'inflation, au motif qu'un tel phénomène tenait à des circonstances extérieures étrangères au débat<sup>32</sup>. La France avait fait valoir en vain que les taux d'intérêt élevés reflétant l'inflation, le taux de 7,22 % ne permettait pas d'en rendre compte<sup>33</sup>. En 1992, en revanche sa revendication, soumise à des magistrats rompus à l'analyse financière<sup>34</sup>, se trouve entendue. Suivant la cour, en effet, le taux du marché reflète trois choses : la rémunération de l'investisseur, le risque de non-paiement et une anticipation de l'inflation escomptée (p. 95).

Au total, l'indicateur le plus significatif est le taux d'emprunt susceptible d'être consenti au défendeur, dont il reflète les caractéristiques subjectives. Sauf à se lancer dans une estimation sur mesure, il convient donc de retenir le taux de base, c'est-à-dire celui que les banques appliquent à leurs clients solvables pour des prêts non garantis à court terme. Ce taux doit enfin être celui qui avait cours pendant le procès de manière à inclure l'anticipation de l'inflation au cours de cette période (p. 95).

## ■ CONCLUSION

• La durée du procès, instance au long cours, a entraîné un gonflement des indemnités réclamées du fait des intérêts appelés à les assortir. Les parties Amoco voyaient là une raison de supprimer les intérêts, lesquels avaient atteint des proportions démesurées<sup>35</sup>, pour le juge c'est au contraire une raison de les attribuer (p. 98). Il y a là une leçon intéressante, que méditeront bien des juristes. C'est en effet l'une des difficultés des litiges opposant une partie puissante à des plaideurs sans moyens : la longueur de l'instance épuise les petits plaideurs, et souvent les incite à renoncer, tandis que celui à qui la surface financière le permet attend sereinement la décision. La tentation est donc grande pour le plaideur

puissant de retarder l'issue en usant de tous les moyens dilatoires utiles. Le procès de l'*Amoco-Cadiz* était à cet égard exemplaire : face à l'éternisation des enquêtes scientifiques et des procédures, le fossé se creusait entre les plaideurs, voire entre demandeurs.

L'État et les communes bretonnes<sup>36</sup> qui se rendaient sur les mêmes bancs à Chicago évoquaient le pot de terre et le pot de fer de La Fontaine<sup>37</sup>. L'arrêt du 24 janvier 1992 comporte donc un message clair à l'adresse des plaideurs qui, se sachant voués à être condamnés, seraient tentés de retarder l'issue de leur procès : cette stratégie risque de leur coûter cher.

- Ce procès montre encore l'extrême difficulté du droit international en ce qu'il exige l'application d'une loi étrangère. Car la traduction d'un texte n'est rien, si l'on ne comprend le système dans lequel elle s'inscrit et si l'on ne sent la culture qui la sous-tend. Tout au long de l'instance franco-américaine, confrontation obligée des deux systèmes, ceux-ci ne cessèrent de se surprendre. Pour leur part, les Français s'indignèrent du mode de rémunération des conseils américains<sup>38</sup>. La procédure d'instruction de découverte, obligeant les parties à mettre toutes leurs cartes sur table, les séduisit par son efficacité à l'exception sans doute de l'État français (*supra* n° 4 et note). Le système de preuves les dérouta, non seulement par l'importance du témoignage, à la technique duquel ils n'étaient pas préparés (*supra* n° 11), mais également par l'extrême minutie avec laquelle le moindre détail se trouvait vérifié, systématiquement contesté (*supra* n° 10). Ils y apprirent encore, que dans les groupes pétroliers américains, l'écran de la personnalité morale des sociétés est sans force à l'égard de leurs créanciers (*supra* n° 6) ; enfin, qu'un jugement américain est sujet à rectification en dehors de toute voie de recours (*supra* note 1).

- Les faux amis. Une autre difficulté, plus insidieuse, ressort de la lecture du dossier. Tout interprète tend naturellement à privilégier des données qui lui sont familières. Aussi lorsque, appelé à raisonner sur un texte étranger, il y trouve un concept connu de son propre droit, son attention se trouvant spécialement sollicitée, il risque soit de donner au concept une importance qu'il n'a pas dans le droit qu'il ignore, soit de l'interpréter à la lumière de sa propre culture juridique. Plusieurs illustrations de cette déformation nous sont offertes par le jugement du 11 janvier 1988. La règle de conflit américaine donnant compétence à la loi du lieu de survenance du dommage, il incombait donc au juge de statuer sur les dommages à partir du droit français. D'emblée, celui-ci relève que ce droit est - à peu près identique - au droit des États-Unis (p. 4). Cela acquis, il ne va cesser de raisonner en s'appuyant sur le droit des États-Unis, s'appliquant seulement à en démarquer le droit français<sup>39</sup> : ainsi, en matière de gratuité des services publics (p. 6), ou quant à la recevabilité de l'action des associations pour les intérêts de leurs membres (p. 29).

Le fait que, parce qu'un hôtel ne se trouve pas sur la plage, le lien de causalité entre son dommage et la pollution s'en trouve affecté (p. 408) est un argument américain, inconnu du droit français.

- En définitive, c'est peut-être plus en la forme que dans les décisions rendues à Chicago à propos de l'*Amoco-Cadiz*, que se révèle la différence entre les modes de pensée de part et d'autre de l'Atlantique. Le franc-parler américain surprend le lecteur accoutumé à des décisions d'apparence formelle où la pensée des juges ne se décèle qu'au prix d'un savant décryptage. Le juge américain dit au contraire ce qu'il pense, comme il le pense ; sa décision révèle son tempérament, voire son humeur.

Ainsi le jugement du 11 janvier 1988 laisse clairement percer les sentiments de son auteur : on le voit agacé par des dossiers insuffisamment précis au regard de ses normes habituelles, et le grand nombre de témoins de seconde main qui ne connaissent les faits que par ouï-dire<sup>40</sup>. Les tromperies et les fraudes de tous ordres<sup>41</sup> qu'il décèle dans un grand nombre de demandes sont pourchassées tout au long de la décision, dont se dégage une atmosphère de suspicion généralisée<sup>42</sup>. On note enfin le soin vigilant avec lequel sont rejetées les

demandes de remboursement de présents (p. 13), de frais de réception et de toutes les autres manifestations de caractère festif ou généreux<sup>43</sup>.

L'arrêt du 24 janvier 1992 témoigne d'un tout autre état d'esprit : plus d'indulgence. Les sarcasmes de 1978<sup>44</sup> font, en 1992, place à l'humour ■

1. La décision rendue à Chicago comportait en réalité quatre jugements distincts, condamnant d'une part le groupe de défendeurs désigné comme « parties Amoco », d'autre part les chantiers navals espagnols Astilleros, le constructeur du navire. Ces décisions représentaient la version finale du jugement prononcé pour la première fois le 11 janvier 1988, puis complété et corrigé comme le permet la procédure américaine.
2. BONASSIES P., *Etats-Unis d'Amérique : La décision Amoco-Cadiz, Droit maritime français*, 1984, p. 688 ; *L'affaire de l'Amoco-Cadiz, décision finale sur les responsabilités. Espaces et ressources maritimes*, 1986, n° 1, p. 183 s.  
 BONNIEUX F. et RAINELLI P., *L'affaire Amoco-Cadiz : problèmes de mesure et de réparation des dommages*, in *Espaces et ressources maritimes*, 1990, n° 4, p. 85.  
 DOUAY Cl., *Les retombées de l'échouement de l'Amoco-Cadiz*, *Journ. mar.*, 19 juillet 1984, *JMM*, p. 1525.  
 KISS, A.C., *L'affaire de l' : responsabilité pour une catastrophe écologique*, *Journ. droit intern.*, 1985, n° 3, 575 s.  
 LUCCHINI L., *Le procès de l' : présent et voies du futur*, *AFDI*, 1985, p. 762 s.  
 DU PONTAVICE E., *L'apport du procès de l'.*, *SFDE* 88, 273 s ; *Affaire - droit de l'environnement - versus - droit maritime - ou la décision rendue le 18 avril 1984 concernant l'Amoco-Cadiz*, *ADMA* 85, t. VIII, p. 9.  
 REMOND-GUILLOUD M., *Leçons d'un naufrage*, *Rec. Dalloz Dr. mar. fr.*, *Les surprises du fonds ; Amoco-Cadiz : remarques sur un prototype in Objectif Mer*, coll. Université de Paris I, *Ifremer*, 1984, 201 s.  
 RODIERE R., *Le naufrage de l'.*, *Bull. Trsp.* n° 1823, 26 avril 1978, 214 s.  
 SENAT, *Rapport de la commission d'enquête de l'.*, *Hachette*, 1978.  
 VIALARD A., *A propos de l'.* 1er mai 1989.
3. La décision comprend huit parties : 1) les faits ; 2) la procédure ; 3) le cas des chantiers navals ; 4) la responsabilité ; 5) les causes du dommage ; 6) la limitation de responsabilité ; 7) les dommages ; 8) le résumé général. La septième partie consacrée aux dommages comprend elle-même sept points : le dernier, G, porte sur le calcul des intérêts.
4. La décision des plaideurs français d'aller plaider aux Etats-Unis, bien que la convention de Bruxelles, ratifiée par la France, impose la compétence du for du dommage (art. 9), fut motivée par deux considérations : d'une part, la convention de Bruxelles prévoit des plafonds de responsabilité sans commune mesure avec les dommages subis en l'occurrence : les Etats-Unis n'étant pas partie à cette convention, cette limitation n'y était pas à craindre. D'autre part, un jugement rendu en France eût supposé pour être exécutoire, contre les défendeurs aux Etats-Unis, une procédure d'exequatur lourde et aléatoire.
5. *In re Oil Spill by the - Amoco-Cadiz - off the Coast of France* ; F. McGarr, juge du district Nord, division Illinois-Est, 111 pages, *AMC* 2123, 2173-88, 2194 (ND III 1984).
6. *Cour d'appel 7e circuit. Ch. R. Nombie Sr. Judge.*
7. Comme la procédure de découverte, obligeant les parties à produire tous leurs documents, l'y obligeait. Le secret entourant l'investigation des commissions parlementaires en vertu du droit français le lui interdisait. Mais en agissant en justice comme tout particulier, l'Etat français avait implicitement renoncé à son immunité souveraine : v. *In re Amoco MDL n° 376*, *Mém. Op.* p. 6-7 ND III, 1er avril 1980 ; la France persistant dans son refus fut donc condamnée ; 93 *FRO* 840 (ND III 1982). Sur la procédure de découverte, v. DU PONTAVICE, *L'apport...* 1988, p. 274.
8. Cette action initialement portée à la fois à New York et à Chicago fut jointe par la suite. Contestant la compétence des juges américains, les Astilleros refusèrent dès lors de comparaître, n'en défendant pas moins leur position avec une extrême pugnacité. La IIIe partie de la décision commentée traite de ce procès dans le procès.
9. Au motif que sa négligence aurait causé le naufrage. La clause compromissoire incluse dans l'accord d'assistance prévoyant un arbitrage à Londres, il a été finalement sursis à statuer sur cette action sur la décision rendue en appel : 659 *F. 2 d* (7e cir. 1981).
10. Afin de déterminer si des fautes nautiques pouvaient être reprochées aux capitaines des navires en cause ; ce dernier type d'instruction est systématique en d'accident de navigation. V. *Rapp. comm. d'enquête de l'Assemblée nationale*, p. 314.
11. Auprès de ce tribunal, en effet, l'Amoco avait déposé, à l'orée du procès, à titre conservatoire, un fonds correspondant à la limite de sa responsabilité suivant la convention de Bruxelles de 1969, soit le maximum de l'indemnisation à laquelle il pouvait être condamné si sa faute personnelle n'était pas établie. L'aventure se déplaça vers les Etats-Unis ; mais le fonds était demeuré à Brest. Ce fonds représentait, en 1978, 77 371 875 F lesquels furent ensuite grossis par les intérêts.
12. Les demandeurs partis plaider à Chicago s'étaient vu interdire toute demande devant un autre tribunal sous peine de se voir priver de toute indemnité (Ord. juge McGarr, 19 septembre 1978).
13. Fallait-il aligner ce régime sur celui du fonds maritime ordinaire, parfaitement rodé et dont le Fonds de Bruxelles était l'exacte copie ? Nous le pensions (cf. nos obs. *Les surprises du fonds*, *DMF* 1986, 89 s.). Mais la cour de Rennes en avait jugé autrement (CA Rennes, 3 octobre 1985), *DMF* 87, p. 99 ; et la Cour de cassation rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt lui donna raison (Cass. com. 21 juillet 1987, *DMF* 88, 731).
14. En application de cette décision 27 502 442 F furent versés au Royaume-Uni en 1988.
15. Quant à la construction : le système de barre n'était pas assez puissant au regard de la taille du navire (n° 201, p. 59) ; le personnel d'inspection était trop peu nombreux et manquait de compétence (n° 56, p. 16) Le circuit hydraulique n'avait pas subi les vidanges et nettoyages prescrits par le fabricant (n° 230, p. 66) ;

16. *La navigabilité évoquée par le juge ne relevait pas de la doctrine maritime, mais d'un raisonnement de droit commun sur la négligence ; l'obligation d'assurer le bon état de navigabilité du navire ne transformait pas l'obligation de l'armateur en une obligation de résultat absolue qui eût fait de lui un assureur ; l'ignorance de défauts inconnus était indéfendable face aux preuves écrasantes de sa négligence ; de même, les arguments techniques relatifs à l'origine causale de l'accident (p. 33 et 34).*
17. *La faute requise en droit américain n'est pas la faute inexcusable, ce contrairement aux législations maritimes modernes, notamment la convention de Londres de 1976. L'eût-elle été, que la solution n'aurait sans doute pas été différente.*
18. *Ou, plutôt, aujourd'hui, dans la plupart des textes maritimes d'un fonds équivalent à sa valeur. Aux Etats-Unis cependant la libération résulte encore d'un abandon du navire en nature dans l'état où il se trouve (Limitation of Liability Act, 1851). En l'espèce, le jeu de l'institution aurait réduit le gage des créanciers à 700 000 \$, valeur de l'Amoco-Cadiz après le naufrage (p. 35).*
19. *Sur cette question, cf. nos obs. Dr. Mar. Fr. 1989, 24.*
20. *Soit pour les Français 340 millions de francs (61 millions de dollars), pour le chargeur 11,2 millions £ st. (19,8 millions de dollars). En outre : l'indemnité allouée aux Français doit être augmentée de 3,5 millions de francs, du fait du supplément décidé le 24 janvier au titre des dépenses de nettoyage.*
21. *Pourquoi une procédure si pragmatique et un juge si soucieux de données concrètes n'ont-ils pas permis qu'il se rende lui-même sur le terrain ?*
22. *Le procédé, recommandé par le Manuel des procédures judiciaires complexes, a été utilisé (v. p. 419).*
23. *V. jugt 1978, p. 2, puis notamment, p. 53, 100, 123, 136, 172, 176.*
24. *V. notamment p. 422, Soc. La Langouste.  
NB En dépit de la primauté affirmée de la preuve par témoins, la preuve par écrit semble bien avoir joué un rôle déterminant, à commencer par la production de factures.*
25. *• L'exagération des demandes était devenue la norme - (p. 3) ; - les nombreuses exagérations grossières sont inexcusables - (p. 151). Tout au long de la décision le reproche se répète : demandes non justifiées (p. 186), estimations coûteuses (p. 228), améliorations présentées comme réparations (p. 156, 161, 257). Le gouvernement aurait fait preuve d'une générosité suspecte dans l'attribution des subventions, de même que la commission de contrôle des demandes instituée au lendemain de l'accident (p. 33 et s.) ; les ostréiculteurs auraient demandé le remboursement de produits non commercialisables (p. 2).*
26. *Le jugement de 1978 l'avait lui-même envisagée (p. 51).*
27. *Quant aux demandes qualifiées de - frauduleuses - par Amoco, la cour constate d'ailleurs que les demandeurs ont fourni des explications - plausibles au moins superficiellement - (p. 100). De fait, il semble surtout que, particulièrement attaché à ce système de preuve qui lui était familier, il en ait méconnu les difficultés d'application à l'étranger.*
28. *Un coefficient multiplicateur de 3,3162 tenant compte des intérêts composés devant par ailleurs être appliqué.*
29. *La différence tenant aux taux d'intérêts particulièrement élevés entre mars 1978 et la fin 1979, période prise en compte par les chargeurs, non par les Français (p. 101).*
30. *Ce taux présentait en l'espèce l'avantage de se situer à mi-chemin entre les prétentions des demandeurs, intérêts avoisinant 12 %, et celles de la défense, qui soutenait n'en devoir aucun.*
31. *28 USC Sec. 1961. Sur le mode de calcul de ce taux, v. l'arrêt p. 91.*
32. *Ces circonstances, échappant au contrôle de la cour comme des parties, ne ressortissaient pas à la compétence de la cour (p. 91).*
33. *Or, pendant la durée du procès, la France avait souffert d'une forte inflation, en général à deux chiffres.*
34. *Ils venaient de se prononcer dans une affaire délicate soulevant des questions similaires (Gorenstein Ent. ... 7e Cir. 1989).*
35. *Cf. nos obs. : Incidence de la durée, in Amoco-Cadiz, remarques sur un prototype, op. cit., p. 210 ; Du droit de détruire, p. 239.*
36. *Lesquelles devaient régulièrement ponctionner leur budget pour financer la suite du procès*
37. *La rapidité avec laquelle une transaction fut conclue dans l'affaire de la pollution du Rhin par Sandoz, en 1979, n'est sans doute pas étrangère à cette expérience, estimée en 1978.*
38. *• Le droit français - a été lu au travers de lunettes américaines*
39. *A l'inverse, ayant retenu la compétence de la loi américaine pour l'estimation des frais de justice, il notera que le problème ne se poserait pas différemment en droit français (P.439).*
40. *Gênant ainsi le contre-interrogatoire des défendeurs : la mention critique de tels témoins revient plus de vingt fois.*
41. *Dont le nombre l'oblige à - passer sévèrement au crible les versements - (p. 35) - Le caractère préoccupant des -exagérations manifestes- des communes (p. 150).*
42. *p. 35 : la tendance à frauder les gouvernements... est un trait humain largement répandu. En l'espèce, il était extrêmement présent chez les demandeurs français.*
43. *• L'enter..... - est exclu : pour les volontaires comme pour les experts (p. 431).*
44. *• Le programme de destruction d'huîtres offre une intéressante variété d'exemples de -tromperies- (p. 35) ; -la générosité (du gouvernement français dans l'admission des demandes présentées par les Bretons) repose peut-être sur la supposition sous-jacente qu'en définitive l'Amoco ou quelque assureur... finira par payer- (p. 34). -Le fait que les citoyens trompent inévitablement leur gouvernement n'implique pas que les parties Amoco doivent subir les conséquences de cette tendance- (p. 35).*

**L'Assurance de la Royale au GAN****L'Histoire de tous les projets, 1816-1992**

Public Histoire (sous la direction de Félix Torres)

Claude Tchou &amp; sons.

Récemment, *L'Événement du jeudi* et *La Tribune de l'Expansion* consacraient de longs articles aux histoires et aux historiens de l'entreprise, à cette mode qui fait que, depuis une dizaine d'années, les plus grandes entreprises françaises, à l'instar de leurs consœurs américaines, se font écrire leur histoire alimentant ainsi quelques boutiques historiennes spécialisées. L'assurance n'y échappe pas : en 1988, les AGF avaient publié, sous la direction de Max Boissonnet, *Années de feu, années de vie* ; en 1987, alors qu'elle était à la tête de l'UAP, Yvette Chassagne avait passé contrat avec la Maison des sciences de l'homme pour une histoire qui devait devenir, trois ans plus tard, *l'UAP et l'histoire de l'assurance* (Lattès, 1990). Voici maintenant celle du GAN, rédigée par Félix Torres et l'équipe de Public Histoire.

On imagine la difficulté de l'entreprise : le GAN, Groupe des assurances nationales, a été créé, en même temps que l'UAP et les AGF, un jour de janvier 1968, par une décision souveraine du ministre des Finances d'alors, Michel Debré, sans que cela ait correspondu à la volonté des futurs associés et jusqu'alors concurrents, ni même qu'ils aient été consultés. Le problème fut alors de fondre les compagnies autoritairement réunies en une seule entreprise, ayant un style et une identité propres, ordonnés sur un projet unique – L'énergie de tous les projets –, travail de fusion qui a pris au total une vingtaine d'années. Aussi bien, stricto sensu, le GAN n'a pratiquement pas la sienne, puisque son histoire commence maintenant que la fusion des sociétés composantes est acquise. Mais, d'un autre côté, le GAN est issu d'entreprises qui, chacune, ont un long et riche passé et furent souvent pionnières dans leur domaine : le GAN peut ainsi s'honorer de trouver ses racines dans la famille de la Nationale, qui, par la Royale, a introduit l'assurance vie en France, du Soleil accidents, qui, par la Sécurité, fut pionnier en matière accidents, de la Caisse fraternelle de capitalisation, l'une des premières réussites dans le domaine de l'assurance populaire. Faire l'historique de chacune de ces compagnies serait un travail passionnant, mais outre que cela prendrait des années, cela risquerait de faire éclater l'image d'unité que l'entreprise a désormais conquise.

L'équipe de Public Histoire a trouvé une solution de compromis : montrer comment l'histoire de chacune des entreprises formatrices du GAN épouse celle de l'assurance, comme réalité économique, sociale et culturelle. Jusqu'alors, les entreprises d'assurance avaient retracé leur histoire à l'occasion de grands anniversaires : les livres du centenaire, souvent fort bien réalisés, rappelaient l'esprit pionnier des fondateurs et manifestaient leur différence. *L'Histoire de tous les projets* cherche plutôt à montrer comment l'histoire de chacune des grandes sociétés formatrices du GAN incarne les grands moments de l'histoire de l'assurance. Il s'agit de faire apparaître une sorte de chiasme entre l'histoire

du GAN et celle de l'assurance. L'assurance porte le GAN, qui, réciproquement, s'est toujours trouvé là pour faire cette histoire, la créer, l'inventer et non pas seulement l'accompagner. La philosophie de *L'Histoire de tous les projets* est de dépendre à la fois l'unité et la diversité d'une entreprise pionnière qui a toujours eu rendez-vous avec l'histoire parce que toujours présente sur tous les fronts. J'imagine qu'en se dotant de cette histoire, le président François Heilbronner a voulu dire à ses troupes que la formation d'un groupe unifié ne devait pas signifier uniformité, mais, au contraire, possibilité d'une diversité plus efficace, encore mieux capable qu'avant d'agir sur tous les théâtres d'opérations.

Le GAN peut s'enorgueillir de voir son histoire commencer avec la Royale, première compagnie vie à avoir été autorisée en France (1787). A l'origine, deux hommes de génie, Etienne Clavière et le baron de Batz : ils ont la conscience très vive que la société moderne va prendre la forme d'une - démocratie - au sens précis qu'Alexis de Tocqueville donnera au terme dans *De la démocratie en Amérique*. Sous le coup des critiques libérales, l'Etat monarchique a dû abandonner les fonctions d'assistance. L'heure est à la prévoyance et à la bienfaisance individuelles. L'individu se retrouve seul responsable de son sort. Pour affronter les coups de la fortune, il devra recourir aux vertus de l'association. C'est dans ce créneau que l'assurance terrestre va trouver ses conditions de possibilité : d'emblée, elle hérite d'une fonction politique et sociale ; d'abord exercée par l'Eglise, puis par l'Etat, qui la place sous la menace permanente de la nationalisation. Mais il y a aussi l'idée d'une institution essentiellement tournée vers les masses, ces masses qui sont désormais la véritable puissance économique, politique et financière. Comme le développera le publiciste Edmond About sous le second Empire, l'assurance est l'institution qui, par la gestion de la solidarité, est capable de faire des masses, ce nouveau et si redoutable sujet de l'histoire, une puissance pacifique, productive, et dont la force est irréprouvable.

Depuis deux siècles, les institutions d'assurance ne cessent de mettre en œuvre cette analyse. La Royale chercha d'abord à développer la prévoyance par l'assurance vie, mais l'idée, au passage du XVIII<sup>e</sup> au XIX<sup>e</sup> siècle, est encore trop neuve, trop loin des habitudes du public : l'assurance vie ne se développera vraiment que sous le second Empire, la Royale, devenue Nationale en 1848, devant, pour survivre, vendre ces opérations tontinières qu'elle s'était précisément données comme but de supplanter. C'est par la branche incendie que l'assurance terrestre va vraiment se développer : 1820, fondation de la Royale incendie, 1829, du Soleil, 1843, de l'Aigle. Les années 1860 voient naître la préoccupation sociale de l'accident, alors essentiellement manifestée par la question des accidents du travail avant que la branche ne soit dominée, au XX<sup>e</sup> siècle, par l'accident de la circulation, et cela renvoie à la naissance de la Sécurité (1865), très napoléonienne compagnie par son conseil d'administration. La fin du XIX<sup>e</sup> siècle est marquée par un bouleversement de conjoncture : la République s'empare de l'idée d'assurance. L'assurance devient obligatoire, sociale, on commence à opposer assurance (individuelle)

et solidarité (qui ne pourrait être administrée que sous forme de services publics étatiques ou paraétatiques). Mais, dans le même mouvement, l'assurance devient populaire : création de la Caisse fraternelle de capitalisation et des assurances complémentaires qui accompagneront le développement des assurances sociales.

La période qui suit la Seconde Guerre mondiale est celle de nouveaux bouleversements. Dans l'environnement, d'abord : naissance de la Sécurité sociale, nationalisation de la branche accidents du travail, nationalisation des plus grosses compagnies conformément au programme du Conseil national de la résistance. C'est le début d'une période de modernisation, de rationalisation et de concentration concrétisée par la décision de Michel Debré de 1968. A nouveau, l'histoire du GAN croise celle de l'assurance, celle d'une internationalisation de l'assurance française, celle de la diversification des produits et des réseaux (bancassurance réalisée en association avec le CIC), diversification et renforcement de certains secteurs comme celui des risques d'entreprises, mais aussi développement d'une politique de qualité et de service grâce, en particulier, à Mondial Assistance et au lancement de l'assurance de protection juridique. Pour relever ce défi, il faudra faire une unité des onze sociétés auparavant regroupées au sein des Nationale, Soleil, Aigle et Caisse fraternelle de capitalisation. On imagine la difficulté. Il y a à la fois des problèmes de locaux, des problèmes de réseaux, des problèmes de culture d'entreprise. La fusion se fera en deux temps. Pierre Olgati, qui présidait alors aux destinées de la Nationale, s'en trouve chargé et constitue trois grandes entités : vie, IARD, capitalisation, premier étage d'un dispositif qui se complétera à partir du milieu des années 70, par la création de services communs (personnels, informatique, communication). Le processus s'achèvera en 1989 par la substitution d'une direction par fonctions à une structure par branches.

Il faut ajouter que cette *Histoire de tous les projets* est très abondamment illustrée. L'illustration, qui court comme en marge du texte, raconte une histoire peut être plus anecdotique, mais tout aussi vivante. Celle, par exemple, des présidents-pionniers qui ont fait les compagnies formatrices du GAN, Jacques Lafitte, Benjamin Delessert, Thomas de Colmar, René Cuvillier, mais aussi celle des employés célèbres : qui savait que Verlaine avait été un employé du Soleil et que c'est sur une lettre à en-tête de la Nationale vie, dont il était inspecteur, que Bernanos avait fait parvenir aux éditions Plon les épreuves corrigées de *Sous le Soleil de Satan*. On s'intéressera encore à suivre les développements de l'architecture et de l'urbanisme de l'assurance : édification progressive du quartier de la Chaussée d'Antin tout au long du XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, et, à partir de la fin des années 60, signe sans doute d'une rupture, des tours de la Défense.

On aura compris que, si cette *Histoire de tous les projets* s'adresse d'abord au personnel du GAN, qui pourra ainsi prendre conscience de sa place dans une histoire déjà longue et dont il ne soupçonne sans doute pas la richesse, elle concerne l'ensemble du monde de l'assurance, assureurs et assurés réunis. Cette histoire du GAN, en effet, n'est pas chauvine.

Elle insiste sur les difficultés rencontrées à faire passer dans les faits, dans des conjonctures historiques toujours neuves l'idée de l'assurance, qui reste essentiellement moderne. Elle invite, à un moment où chacun sait que l'assurance est à nouveau à un carrefour, à retrouver le sens premier de l'idée qui la porte ■

François Ewald

### **La Belle Histoire de l'assurance vie**

**Michel Rachline**

Norwich Union - Albin Michel Communication.

Décidément, l'histoire de l'assurance est à l'ordre du jour. Grâce à l'association d'un éditeur, Albin Michel communication, et d'une entreprise, Norwich Union, Michel Rachline, écrivain et - créateur de la culture industrielle et économique par le livre -, propose, en moins de 100 pages abondamment illustrées, une histoire générale de l'assurance de Babylone à nos jours.

Dans une première partie, l'histoire de l'assurance est centrée sur l'assurance maritime, jusqu'à l'apparition, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, de l'assurance incendie. Elle se poursuit, dans une deuxième partie, avec la formation, en 1705, de l'Amicable Society for a Perpetual Insurance Office et la fondation, en 1808, de Norwich Union vie, qui reprendra l'Amicable dont les statuts limitaient le développement. Désormais, sous la plume de Michel Rachline, l'histoire de l'assurance vie devient celle de Norwich Union.

L'ouvrage se termine sur un glossaire du vocabulaire et des techniques de l'assurance vie et une présentation des derniers produits, témoignant ainsi que sa visée n'est pas seulement historique. C'est un peu la version moderne de ces publicités pour l'assurance qui, au XIX<sup>e</sup> siècle, épousaient la forme de l'image d'Épinal ■

François Ewald

### **Actes du colloque Cindynics 92, Institut européen des cindyniques**

47, rue de l'Université 75007 Paris

Secrétariat, 55 ter, rue des Graniers, 78200 Magnanville

On ne dira jamais suffisamment assez qu'en matière de perception des risques et de conscience de la sécurité nous sommes à un tournant, marqué en particulier par la naissance récente des - sciences de la sécurité -. En France, grâce notamment à Georges-Yves Kervern, Président d'Honneur de l'Association des Cadres dirigeants ACADI

et aux animateurs de l'Institut Européen des cindyniques Pierre Tanguy, Philippe Vesseron et Haroun Tazieff, les disciplines qui portent cette nouvelle attitude à l'égard du risque ont trouvé leur nom : - cindyniques -. L'idée a cristallisé lors du colloque de 1987 de l'Acadi sur la maîtrise des risques technologiques. Il devait en sortir un Institut européen des cindyniques et un concept, que Georges-Yves Kervern et Patrick Rubise ont formalisé dans *L'Archipel du danger* (Economica, 1991). L'Institut européen des cindyniques organisait, à Cannes, au début de cette année, son premier colloque international : - Cindynics 92 -. Plusieurs centaines d'experts et de spécialistes internationaux de l'ensemble des disciplines cindyniques devaient s'y sont retrouvés. Les actes, un volume dense de 800 pages, en fournissent une sorte de panorama exhaustif.

L'idée essentielle, capitale, centrale, justement rappelée par Haroun Tazieff en ouverture de l'ouvrage, est celle de *vulnérabilité*. L'évolution des sociétés modernes et leur technicisation progressive ne s'accompagnent pas, comme un positivisme naïf de la science avait pu le faire croire, d'une marginalisation progressive de l'insécurité. Au contraire, elles doivent reconnaître que le risque, l'incertitude, le danger sont en leur centre et non à leur périphérie. L'ennemi n'est plus à l'extérieur, étranger aux systèmes et aux organisations, *act of god* ou autre fatalité ; il est au cœur de la technique, au centre de l'organisation, et sa puissance est d'autant plus grande que les systèmes gagnent en complexité. En d'autres mots, on ne peut pas se reposer sur la technique et son efficacité pour se croire à l'abri des dangers ; la technique n'est pas confortable ; sa gestion raisonnable impose une éthique propre, les formes d'une nouvelle vigilance ; elle porte l'exigence d'un certain type de souci. *Cindynics 92*, qui dresse l'état des cindyniques, peut être lu comme l'exposé des principes et des règles de cette éthique. De ce point de vue, il s'agit d'une sorte de réponse à ceux qui, dans la lignée d'un Jacques Ellul, d'un Hans Jonas et d'une certaine écologie, cherchent à opposer technique et éthique.

A la base de l'éthique cindynique, il y a une prise de conscience, une conviction : l'idée que l'homme, à la différence peut-être de l'animal, n'est pas naturellement équipé pour percevoir la réalité des dangers qui le menacent. Il est aussi bien capable de paniquer devant ce qui n'est pas vraiment dangereux que de faire preuve d'une insouciance coupable face aux dangers réels qui le menacent. L'éthique de la vulnérabilité est d'abord celle d'une prise de conscience des risques, dans la reconnaissance qu'un changement dans les formes d'attention est nécessaire. Où sont les risques ? Comment les quantifier ? Les apprécier ? Problème de la mesure des risques et des méthodes de leur évaluation. *Cindynics 92* y consacre une centaine de pages : méthode Eva, mécanique probabiliste, réseaux de Petri, méthode de Monte-Carlo, modèle de Bradford. Il faut comprendre que toutes ces techniques d'analyse de la réalité sont les bases d'une nouvelle psychologie de la perception.

*Cindynics 92* examine ensuite les zones de vulnérabilité les plus sensibles des sociétés modernes. La ville, d'abord : la conscience moderne de la vulnérabilité naît avec le

tremblement de terre de Lisbonne et la célèbre lettre où Rousseau répondit à Voltaire que les hommes n'avaient à s'en prendre qu'à eux-mêmes des conséquences néfastes des catastrophes naturelles. Mais il y a aussi, au premier chef, les systèmes d'information – informatique, transports, communication –, manifestation éminente des réseaux, des systèmes, des interdépendances qui sont à la base de la vie moderne et la rendent si sensible au moindre dysfonctionnement local. Il y a aussi les cindyniques de l'atelier, des lieux et des postes de travail (historiquement, les premiers à avoir été systématiquement étudiés) et les micro-cindyniques de la vie quotidienne. On oublie trop souvent combien la maison moderne peut être dangereuse. Le home ne nous protège plus : ici, comme ailleurs, nous ne gagnons confort et efficacité qu'en multipliant les risques. Dernier lieu de vulnérabilité : l'homme lui-même. L'homme qui, tel Janus, doit se reconnaître deux faces : d'un côté, la technique lui renvoie légitimement une image de puissance et de maîtrise, mais il doit savoir en même temps qu'il est le moins sûr des systèmes et des dispositifs, celui dont il faut toujours se garder, celui qui doit perpétuellement se craindre. C'est toute la problématique de l'erreur et de la fiabilité. A l'image de d'Homo artifex, l'éthique cindynique est une éthique de l'ambiguïté ; elle repose sur une ontologie de l'ambivalence : comme l'explique Georges-Yves Kervern, dans son « Epistémologie des cindyniques », il n'y a rien qui ne soit à la fois cindynolithe (protecteur) et cindynogène (producteur de danger).

Dernier grand thème abordé par *Cindynics 92* : celui des conséquences qu'il convient de tirer de cette prise de conscience de la vulnérabilité. C'est le problème des crises et de la gestion des crises, domaine où les travaux de Patrick Lagadec sont devenus des classiques. C'est aussi le problème de la transformation de la fonction de *risk manager* dans l'entreprise : dans la nouvelle configuration, il ne peut plus être seulement un gestionnaire d'assurances ; il lui revient d'être une sorte de veilleur, celui-là même par qui l'entreprise exercera sur elle-même, à tous les niveaux, l'éthique de la vulnérabilité. Mais, du même coup, la fonction de *risk manager* quitte l'entreprise où elle est née pour avoir à s'incorporer à toute organisation, depuis la ville jusqu'à chacun dans sa vie individuelle et domestique. Car, dans un monde de la technique généralisée, où chacun prétend avoir droit d'en jouir également, les oppositions juridiques entre producteur et consommateur, professionnel et non professionnel, – les premiers ayant seuls la charge de la sécurité, quand les seconds n'auraient que celle de l'usage paisible – tombent. La culture cindynique se doit d'être progressivement généralisée de sorte que chacun, sans distinction de capacité, puisse devenir à soi-même son propre cindynicien ■

François Ewald

**Le Pouvoir en situation extrême,  
catastrophe et politique,  
Claude Gilbert**

L'Harmattan, 1992

Voici une contribution majeure à la modernisation des sciences politiques. Au moment où le comité de rédaction de la revue *Risques* décide d'ouvrir une rubrique sur la monographie des gestions de crise, on trouvera dans cet ouvrage une remarquable monographie des crises de Nantes, de Tours et de Nîmes qui sont encore présentes à la mémoire des Français. Nantes (29 octobre 1987), c'est l'évacuation de plus de 25 000 personnes sous un nuage déclaré toxique. Tours (juin 1988), c'est la pollution par l'usine Protex de la Brenne puis de la Loire et les coupures d'eau à Tours et dans sa région. Nîmes (octobre 1988), crues torrentielles. Les 90 premières pages du livre sont consacrées à une chronique très complète de ces trois catastrophes.

Ce livre constitue un excellent complément à l'ouvrage de 1986 de François EWALD (*L'Etat-Providence*, Grasset, 1986). En effet, la logique générale de socialisation des responsabilités, caractéristique émergente d'une société assurancielles, rencontre, en situation de crise, ses limites. Tout se passe comme si les acteurs politiques manifestaient encore une inculture cindynique (Cf. *L'Archipel du Danger*, Economica, 1991). L'essor des cindyniques, sciences du danger, montre que seule une analyse du fonctionnement complexe des réseaux d'acteurs sociaux comme jeu d'une rético-rationalité, c'est-à-dire une rationalité collective partagée entre plusieurs réseaux, permet d'harmoniser les réseaux d'acteurs politiques, administratifs, industriels et scientifiques.

Cette découverte épistémologique des cindyniques (Cf. dans le n° 8 de la revue *Risques* l'article sur l'épistémologie des cindyniques) n'a pas encore transformé la culture des maires, des préfets et des ministres. Claude Gilbert montre alors que du fait de cette inculture cindynique, l'improvisation politique se substitue à une maîtrise réelle de la complexité. A une conception rético-rationnelle de la complexité (définie comme enchevêtrement du réseaux) se substitue une métaphysique du fouillis et du passage d'un - désordre organisé - à un - désordre désorganisé -. Là où les cindyniques voient la possibilité d'orchestrer le jeu de différents réseaux, Claude Gilbert montre que les improvisations municipales, préfectorales et ministérielles s'apparentent à une mixture de mouvement brownien et de société du spectacle.

Dans le mouvement brownien vous trouverez une macédoine dont la composition est la suivante : CMIC + COA + CODIS + CODISC + DDASS + DDE + DDPC + DDPU + DDSIS + DRIR/DRIRE + PC/ORSEC + SAMU + SDIS + STI + SIACEDPC + SMUR + SRAE + UTISC. Ces composants de la macédoine technico-administrativo-politique sont traduits pages 253 et 254 de l'ouvrage. Sur cette macédoine, les politiques vont choisir de surfer. Ce surf politique va glisser sur la complexité non maîtrisée des réseaux. Le voile de la société du spectacle va cacher une réalité dont l'interprétation, difficile, devient secondaire.

L'hypothèse critique de Claude Gilbert est la suivante : la société du spectacle politique réussit à recouvrir et à masquer la complexité des situations de crise. Elle fait croire à sa simplicité en s'instituant comme instance du radical-schématique. Les politiques tranchent. En tranchant à l'aveugle, ils recouvrent (à tous les sens du terme) une légitimité menacée. C'est la politique du surf, et le surf de la politique sur une complexité non maîtrisée. C'est la civilisation du - coûte que coûte - et la - mystique de l'urgence - dont la catastrophe de Furiani vient de fournir un spécimen funèbre. La catastrophe est la continuation du politique par d'autres modalités. Elle menace un moment la légitimité des politiques qui offrent un certain temps l'image de l'impuissance. C'est que la sortie des routines équivaut à une sortie de route. Comment réhabiliter les acteurs politiques au moment où l'axiome - gouverner c'est prévoir - remonte à la conscience des victimes, de leur famille et des assujettis. C'est là que la prestidigitation politique va utiliser le génial tour de passe-passe que Claude Gilbert et son collègue Patrick Lagadec ont su démasquer.

La ruse politique devant les catastrophes consiste à en délivrer une interprétation justiciable des moyens disponibles qui sont alors immédiatement mis en oeuvre. Décision suivie d'action, le symbole du pouvoir est ainsi sauvé du désastre, même si l'interprétation de la situation est fautive et les moyens utilisés inadaptés. Ainsi, si l'on dispose de pompiers, la fumée sera déclarée feu et on arrosera. Si l'on dispose d'autocars, la fumée sera déclarée toxique et on évacuera. Les moyens étaient disponibles. On avait donc prévu. Ils sont intervenus. On a donc gouverné? La légitimité du politique est sauvegardée ; il a parfaitement prévu et parfaitement gouverné.

Cette hypothèse critique est évidemment cruelle et à bien des égards caricaturale. Admettons qu'elle permet de donner un tour critique plaisant aux analyses de Claude Gilbert. Sans ce piment critique, les monographies de crise sont arides, car elles obligent à revisiter des technostructures kafkaïennes dont l'attrait touristique n'est pas évident. Le mérite de Claude Gilbert est de réaliser cette performance sans glisser sur la planche savonnée dont Pierre Bourdieu fait le terrain de prédilection des sociologues : la sociologie ricanante ! Que faire maintenant de ces photographies et de ces films des grands malheurs qui frappent nos villes et qui, l'actualité nous le rappelle chaque mois, voire chaque semaine, ne sont pas des cas isolés ? Il nous faut approfondir. Une psychosociologie cindynique est concevable. Elle part de la notion de réseau. Elle décrit les articulations et les enchevêtrements des réseaux politiques, administratifs, nationaux, régionaux, municipaux, industriels, scientifiques. Il est donc possible de sortir du réseau politique et d'articuler ce réseau sur les autres pour que l'interprétation des situations de crise ne soit pas laissée au seul jeu du réseau politique ; c'est sur ce sujet capital que travaille notamment l'Institut européen de cindynique, lieu de rencontre de tous ceux qui anime le désir d'approfondir les sciences du danger ■

Georges-Yves Kervern

**BULLETIN D'ABONNEMENT**

A retourner à : **Revue RISQUES - 42, boulevard Raspail - 75007 PARIS**

Tél. : (33) (1) 45.44.86.66 - (33) (1) 42.47.93.56

Fax : (33) (1) 45.44.87.06 - (33) (1) 42.47.93.11

**Nom et Prénoms** .....

Institution ou entreprise .....

Adresse .....

Code Postal ..... Ville .....

Pays .....

	QTÉ	PRIX TTC	TOTAL TTC
<b>Je désire m'abonner à la revue Risques</b>			
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel (4 numéros/an) à partir du numéro 9 .....		600 F	.....
<input type="checkbox"/> Abonnement de soutien (4 numéros/an) .....		2.000 F	.....
<b>Je désire recevoir</b>			
<input type="checkbox"/> Le N° 2 : Les Visages de l'assuré (1 <sup>re</sup> partie) .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 3 : Les Visages de l'assuré (2 <sup>e</sup> partie) .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 4 : La Prévention .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 6 : Le Risque thérapeutique .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 7 : Assurance-crédit/Assurance-vie .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 8 : L'Heure de l'Europe .....		125 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 9 : La Réassurance .....		150 F	.....
<input type="checkbox"/> Le N° 10 : Assurance, droit, responsabilité .....		150 F	.....
<input type="checkbox"/> - Responsabilité et Indemnisation - .....		100 F	.....
<input type="checkbox"/> - Assurer l'avenir des retraites - (FFSA) .....		100 F	.....
<b>Total TTC</b> .....			

Je vous adresse le montant de : F à l'ordre de SCEPRA - RISQUES - par :

Chèque bancaire       Chèque postal

Virement en francs français - Banque Hervet - Agence principale Trinité  
75, rue Saint-Lazare - 75009 PARIS

Compte Sarl SCEPRA - RISQUES - n° 007216Q0617

Siège social : Sarl SCEPRA - 9, rue d'Enghien - 75010 PARIS  
au Capital de 50.000 F - RCS : PARIS B 353 120 934 - SIRET : 353 120 934 000 16



## **RISQUES**

---

Les Cahiers  
de l'assurance

Éditée par  
SARL SCEPRA  
Principal associé  
SARL SEDDITA  
9, rue d'Enghien  
75010 Paris

---

**Directeur de la publication**  
Pierre Bollon

---

**Rédaction**  
42, boulevard Raspail  
75007 Paris  
Tél. : 45.44.86.66  
Fax : 45.44.87.06

---

**Directeur de la rédaction**  
François Ewald  
directeur de recherche au  
CNRS

---

**Secrétaire de rédaction**  
Dominique Steib  
Tél. : 42.47.93.56  
Fax : 42.47.93.11

---

**Direction artistique**  
Catherine Feuillie

---

**Illustration de couverture**  
Paul Gendrot

---

**Correcteurs**  
Alix Ratouis  
Mireille Pyronnet

---

**Numéro de commission  
paritaire : 72.325**  
Dépôt légal : juin 1992  
ISSN : 1152-9253  
Abonnement annuel :  
4 numéros par an  
Prix de l'abonnement :  
600 F TTC  
(prix au numéro : 150 F TTC)

---

**Photocomposition,  
Photogravure, Impression,  
Routage :**  
Morel et Corduant  
11, rue des Bouchers  
59800 Lille  
Tél. : 20.57.44.96



# Assurance, Droit, Responsabilité

Présentation .....	6
Responsabilité - solidarité - sécurité .....	François Ewald 9
Déclin, rémanence ou renaissance de la responsabilité civile .....	Henri Margeat 25
Évolution comparée des droits européens de la responsabilité .....	Herman Cousy 41
Évolution de la jurisprudence en matière d'assurance .....	Yves Jouhaud 59
Peut-on parler d'une dérive française de la jurisprudence en matière d'assurance ? .....	Yvonne Lambert-Faivre 71
Assurance et responsabilité : un couple en crise .....	Claude Delpoux 79
Qu'est-ce qu'un dispositif de responsabilité ?	Patrick Peugeot 87

## Rubriques

### **Economie**

Évolution des réseaux de distribution de l'assurance en Europe .....	Michel Albert 97
---	------------------

### **Philosophie**

Philosophie de l'assurance .....	François Drouault 111
----------------------------------	-----------------------

## Chroniques

### **Vie**

Les apports de la loi assurance et crédit du 16 juillet 1992 dans le domaine des assurances de personnes .....	Jean-Pierre Moreau 129
--	------------------------

### **Droit**

Le procès de l' <i>Amoco-Cadiz</i> , fin de partie .....	Martine Rémond-Gouilloud 135
---	------------------------------

### **Livres**

• <i>L'assurance de la Royale au GAN</i> • <i>La Belle Histoire de l'assurance-vie</i> , Michel Rachline • <i>Le Pouvoir en situation extrême, catastrophe et politique</i> , Claude Gilbert • <i>Actes du colloque Cindynics 92</i> .....	143
--	-----