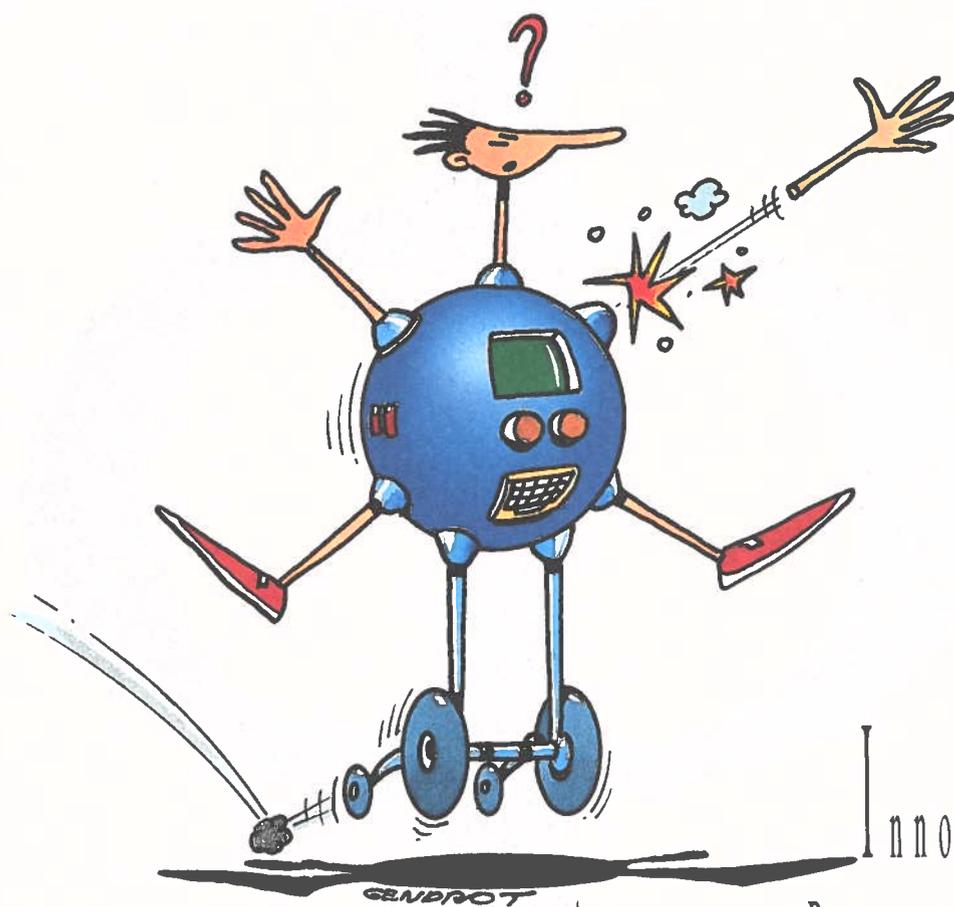


# RISQUÉS

TROP DE PRÉCAUTION NUIT



N°14

Innovation,  
Assurance, Responsabilité

AVRIL-JUIN 1993

© SCEPRA - 1993

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.

# Innovation Assurance, Responsabilité

La véritable nature du risque de développement et sa garantie. . . . .	François Ewald	9
Le risque de développement est-il assurable? . . . . .	Christian Gollier	49
Assurance RC et application de la garantie dans le temps. . . . .	Claude Delpoux	59
L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile. . . . .	François Chabas	83
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique Pourquoi? Comment? . . . . .	Michel Pinault	91
Disséminations volontaires d'organismes génétiquement modifiés. . . . .	Marie-Angèle Hermitte	101

## Rubriques

### Social

1<sup>er</sup> anniversaire de la convention collective

Un long chemin avant de conclure. . . . .	Jacques Monier	123
Préparer l'avenir. . . . .	Jacques Campora	137
Assurance et innovation sociale. . . . .	François Maxence	143
Pour un nouveau syndicalisme. . . . .	Gérard Lobjeois, Élie Lazarevitch	149
Changements professionnels et dialogue social. . . . .	Jean-Claude Javilliers	159

## Chroniques

### Philosophie

Un philosophe de l'incertain. . . . .	Edgar Morin	175
---------------------------------------	-------------	-----

### Cindyniques

Risques, complexité et responsabilité. . . . .	Claude Gilbert	183
--	----------------	-----

### Livres

• - <i>La diagonale de la banque et de l'assurance vie</i> -, François Heilbronner • - <i>La Médiatrice de la banque et de la réassurance financière</i> -, Claude Menesguen • - <i>Le système de santé français : un défi pour tous</i> -, Alain Foulon . . . . .		187
--	--	-----

## COMITÉ DE RÉDACTION

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  
Jean-Pierre Moreau  
Patrick Picard  
Martine Rémond-Gouilloud  
Pierre Rosanvallon  
Pierre Sonigo  
Dominique Steib  
Robert Teyssier  
Patrick Thourot  
Dominique Vastel  
Patrick Warin

## 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 Laroullière  
Harold D. Skipper  
Göran Skogh  
Jean-Marc Suret  
Pierre Tabatoni  
Peter Zweifel



# Innovation, Assurance, Responsabilité

## **Présentation**

**François Ewald**

La véritable nature  
du risque de développement et sa garantie

**Christian Gollier**

Le risque de développement est-il assurable ?

**Claude Delpoux**

Assurance RC  
et application de la garantie dans le temps

**François Chabas**

L'assurance de personnes au secours du droit  
de la responsabilité civile

**Michel Pinault**

L'indemnisation de l'aléa thérapeutique  
Pourquoi ? Comment ?

**Marie-Angèle Hermitte**

Disséminations volontaires  
d'organismes génétiquement modifiés

# Innovation, assurance, responsabilité

**I**l y a un an, Risques consacrait un premier dossier à la crise que connaissent les dispositifs de responsabilité des sociétés développées, américaines et européennes. On pouvait penser, à l'époque, que le législateur statuerait bientôt dans deux des domaines où cette crise se manifeste avec le plus d'acuité : les accidents thérapeutiques et la responsabilité du fait des produits défectueux. Ce faisant, le législateur aurait eu l'occasion de formuler le cadre général au sein duquel il convient désormais de penser les problèmes de responsabilité.

Mais gouvernement et Parlement semblent, pour ainsi dire, en arrêt devant les problèmes de responsabilité. Le dernier Conseil des ministres du gouvernement Bérégovoy s'est séparé sur un simple communiqué concernant les accidents thérapeutiques, et la procédure parlementaire d'intégration de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux s'est trouvée brusquement suspendue en décembre 1992, en raison d'un conflit entre gouvernement et Parlement sur la question du « risque de développement ». Ces projets n'ont toujours pas été remis à l'ordre du jour du travail parlementaire.

Cette carence n'est pas sans conséquences graves : elle engendre d'abord une grande incertitude pour les acteurs de la société civile, confrontés à un inquiétant vide juridique. Elle conduit ensuite les tribunaux, civils, pénaux ou administratifs, à trancher, à l'occasion d'affaires particulières, un débat qui est un débat de société par des jurisprudences qui prennent le caractère du fait accompli, et cela en ayant recours à des notions ou à des principes nouveaux, peu explicites, comme le principe de précaution, dont les conséquences peuvent se révéler redoutables. Si bien que l'on peut se demander si la notion de « dérive » que l'on a souvent utilisée suffit à caractériser l'état du droit de la responsabilité en France. Ne sommes-nous pas plutôt entrés dans une sorte d'état de non-droit de la responsabilité ?

Un des problèmes, exemplaire de la prise de conscience récente des difficultés nouvelles de responsabilité auxquelles nos sociétés se trouvent confrontées, est celui du risque de développement. François Ewald et Christian Gollier abordent cette question délicate, sur laquelle a achoppé le débat d'introduction de la directive sur la responsabilité du fait du défaut des produits en droit interne, le

*premier d'un point de vue juridique et philosophique, le second d'un point de vue économique. François Ewald, directeur de recherche au CNRS montre que le fait même que l'on puisse poser la question inédite du risque de développement suppose une profonde transformation de la problématique traditionnelle de la responsabilité : elle y introduit la préoccupation de la relativité des savoirs, relativité qui peut conduire à sanctionner l'industriel ou l'entrepreneur qui n'aurait pas suffisamment douté. C'est ce qu'exprime la notion de précaution qui commence à inspirer certaines normes juridiques et certaines jurisprudences, et demande à être rigoureusement précisée à moins de condamner le principe d'innovation.*

*Christian Gollier, professeur d'économie à Toulouse, montre, à partir de la théorie économique du risque et de l'assurance, que le risque de développement est irréductible au risque produit : si le second, parce que quantifiable, peut s'assurer, le premier, qui relève d'une incertitude non mesurable, ne peut pas l'être. Au-delà, Christian Gollier établit qu'une responsabilité qui serait sanctionnée pour manque de précaution ne serait non seulement pas assurable, mais manquerait sa cible parce que n'incitant pas l'entrepreneur à adopter un comportement de prévention. En d'autres mots, trop de responsabilité nuit à la responsabilité.*

*La notion du risque de développement met au centre des débats sur la responsabilité la question du temps : temps de la création du défaut, temps de sa manifestation, temps du dommage, temps de la réclamation. La gestion du temps dans le droit de la responsabilité est au cœur d'un débat qui oppose magistrats et assureurs depuis que, en décembre 1990, la Cour de cassation a prononcé l'illégalité de la clause des contrats qui subordonnait la garantie d'assurance à la présentation de la réclamation pendant la durée de validité de la police. Claude Delpoux, directeur de la direction responsabilité civile de l'Apsad, réussit, dans une note magistrale, à rendre presque limpides les termes d'un problème particulièrement complexe. Après avoir rappelé l'économie du contrat d'assurance de responsabilité, il propose des solutions.*

*L'insistance de ces questions témoigne d'une transformation dans la manière dont se posent les problèmes de responsabilité. L'innovation, dans le geste même qui procure un avantage individuel et collectif, introduit aussi et indissociablement le risque d'une nuisance. Comment penser une juste répartition des risques dans le cadre d'une société technologique avancée ? Au rebours de ce qui était devenu l'évangile de la doctrine juridique, François Chabas, professeur de droit à l'université Paris XII, explique pourquoi il est devenu juste que le consommateur*

## PRÉSENTATION

*prenne sur lui une part des risques liés aux produits ou aux services dont il bénéficie. L'avenir n'est pas au chargement indéfini de la responsabilité, mais au développement de l'assurance directe, assortie de mécanismes de recours que le législateur semble vouloir encourager en créant de nouvelles possibilités de subrogation.*

*Précisément, le diagramme de ce dispositif ne fournit-il pas la solution du problème de la couverture de l'aléa thérapeutique ? Michel Pinault, directeur central des affaires juridiques et fiscales de l'UAP, revient sur le récent arrêt Bianchi du Conseil d'État. Il montre que cette décision, par laquelle la Haute Assemblée a pu prétendre trancher une question en discussion au sein du gouvernement et dont le Parlement n'a pu encore se saisir, ne résout en fait pas le problème posé dans la mesure où elle introduit une profonde distorsion entre les principes des jurisprudences administratives et civiles que tout un chacun souhaite par ailleurs unifier.*

*Les plus gros problèmes de responsabilité risquent d'être posés à l'avenir par le développement des biotechnologies, activité au carrefour des problèmes d'environnement et des responsabilités produits et médicale. Marie-Angèle Hermitte, directeur de recherche au CNRS, montre que, si le législateur français a pris, par la loi du 13 juillet 1992, une série de dispositions visant à prévenir les dommages liés à la fabrication et à la dissémination d'organismes génétiquement modifiés (OGM), il ne s'est pas prononcé sur les très difficiles questions des responsabilités pénales, civiles et administratives susceptibles d'être mises en cause. S'appuyant sur certains éléments de la jurisprudence de la transfusion sanguine, elle décrit, dans ce qui pourra apparaître comme un scénario catastrophe, les principes susceptibles de servir à la solution des problèmes.*

*Année après année, les problèmes de responsabilité s'accroissent. Mieux, ou pis, ils se compliquent. Abandonner leurs solutions à la seule sagesse des tribunaux risque de conduire au développement d'un véritable état de non-droit de la responsabilité. Notre société, et les acteurs de cette société, aussi bien que les magistrats attendent du législateur qu'il trace les grandes lignes d'un schéma de la responsabilité et de l'indemnisation qui permette de penser et d'organiser équitablement la répartition des risques pour la société du XXI<sup>e</sup> siècle. Il y a urgence ■*

La véritable nature du  
**RISQUE DE DEVELOPPEMENT**  
et sa garantie

**MOTS CLEFS :** *assurabilité • force majeure • innovation • précaution • prévention • prévoyance • produit • responsabilité • risque de développement • technologie •*

**A** la fin de la dernière législature, en décembre 1992, le débat parlementaire sur l'introduction de la directive européenne du 25 juillet 1985 - relative au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière de responsabilité des produits défectueux - devait acheminer sur la question, difficile, du - risque de développement -. Devant le Sénat, le sénateur Pierre Fauchon, rapporteur du projet, avait développé une argumentation visant à exclure que l'industriel puisse trouver une cause exonératoire de sa responsabilité dans le fait que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit n'a pas permis de déceler l'existence du défaut : cela reviendrait à diminuer la protection du consommateur comme la sécurité des produits. François Ewald lui répond en montrant que la question du risque de développement pose une question philosophique neuve et que refuser d'en faire une cause d'exonération revient à consacrer un nouveau principe de responsabilité, le principe de précaution, dont les conséquences risquent d'être redoutables en matière d'innovation.

**D**epuis quelques années, les dispositifs de responsabilité des sociétés développées, américaines et européennes, connaissent une grave crise. Ils sont à la fois confrontés à des risques nouveaux, de nature souvent catastrophiques et sont appelés à satisfaire des exigences d'indemnisation toujours plus élevées. Cette crise se manifeste à la fois par l'existence de problèmes inédits que les dispositifs existants ne parviennent pas, ou mal, à prendre en charge et par l'apparition de notions et de principes nouveaux, comme ceux de - catastrophe individuelle -, de - risque de développement - ou de - précau-

\* Directeur de recherche au CNRS, directeur de la rédaction de - Risques -.

tion ». Trois domaines principaux illustrent cette crise : la responsabilité pour produits défectueux, la responsabilité médicale, la responsabilité en matière de pollutions et de déchets. Tout se passe comme si, au coup par coup, domaine par domaine, décision après décision, un nouveau schème de responsabilité cherchait à s'élaborer, un schème qui ne serait plus ni celui de l'article 1382 du Code civil ni, non plus, celui qui a été élaboré depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en matière d'accidents du travail et d'accidents de la circulation.

Nouveaux risques et nouvelle perception des risques, nouveaux besoins, nouvelles notions, tout cela demande une réflexion approfondie, à la fois particulière et globale, du législateur : particulière à chaque espèce en fonction de ses spécificités, mais globale aussi, qui les inscrive dans un cadre général. Notre société, et les acteurs de cette société, aussi bien que les magistrats attendent du législateur qu'il trace et rende visibles les grandes lignes d'un schème de la responsabilité et de l'indemnisation qui permette de penser et d'organiser équitablement la répartition des risques pour la société du XXI<sup>e</sup> siècle. Car, à travers ces problèmes de responsabilité ne sont pas seulement en jeu des questions économiques et sociales, les intérêts particuliers des uns ou des autres, mais aussi des questions d'intérêt général qui concernent, dans le contexte relativement inédit d'une société technologique très avancée, la mise en œuvre de nos systèmes de valeurs.

L'un de ces problèmes, exemplaire de la prise de conscience récente des problèmes nouveaux auxquels nos sociétés se trouvent confrontées, est celui du « risque de développement ». Il s'agit d'une notion dont les enjeux théoriques et pratiques sont considérables. Désormais inscrite au cœur de la relation entre le producteur et le consommateur, elle témoigne de l'exigence de nouveaux mécanismes de régulation des activités scientifiques et techniques.

Depuis une quinzaine d'années, cette notion difficile a donné lieu à nombre de débats entre juristes, économistes, industriels. Si bien que l'on pourrait croire que tout a été dit sur la question. Pourtant, c'est une notion dont on commence seulement à apprécier aujourd'hui en France, en raison du drame de la transfusion sanguine et de la difficile évaluation des responsabilités en cause, la véritable nature.

La question du « risque de développement » a été mise à l'ordre du jour de la réflexion juridique et économique dans le cadre de l'élaboration d'une législation européenne protectrice du consommateur : convention du Conseil de l'Europe de 1977 sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, et surtout directive communautaire du 25 juillet 1985 « relative au rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière de responsabilité des produits défectueux ».

Cette directive, après avoir consacré, dans son article premier, le principe de la responsabilité objective du producteur quant au dommage causé par le défaut d'un produit<sup>1</sup>, formule un certain nombre d'hypothèses d'exonération du

producteur. Aux termes de l'article 7 de la directive, en effet, ce dernier n'est pas responsable s'il prouve :

- a) qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;
- b) que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;
- c) que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un dessein économique du producteur, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle ;
- d) que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics ;
- e) que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;
- f) s'agissant du fabricant d'une partie composante, que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la partie composante a été incorporée ou aux instructions données par le fabricant du produit.

L'hypothèse formulée au paragraphe e) désigne ce que l'on appelle désormais « risque de développement ».

Il importe de souligner d'emblée, afin d'éviter toute incompréhension dans la suite de la discussion, que l'hypothèse du « risque de développement » ne formule pas un principe de responsabilité – le principe est celui de la responsabilité objective du producteur –, mais une cause éventuelle d'exonération<sup>2</sup>.

L'hypothèse du risque de développement vise des « dommages susceptibles d'être causés à autrui : par un produit après sa mise en circulation, du fait d'un défaut qui lui est inhérent, qui, au moment même de sa mise en circulation, était imprévisible, insoupçonné, indécélable, voire inévitable, car l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de cette mise en circulation ne permettait pas de l'identifier, et dont les conséquences dommageables vont se révéler, se développer après cette mise en circulation du produit ».

Par conséquent, « poser la question des risques de développement, c'est se demander :

- – s'il faut exiger du producteur qu'il prévienne, au moment de la mise en circulation de son produit, tous les risques ou potentialités dangereuses que ce dernier pourrait engendrer après sa mise en circulation ;
- – s'il faut le rendre ou non responsable de cette impossibilité de prévision ?<sup>3</sup>.

La directive du 25 juillet 1985 devait être introduite dans les différents droits des États membres de la Communauté européenne au plus tard le 30 juillet 1988. En fait, le Parlement français n'a été saisi de la question que lorsqu'un projet de loi a été déposé par Michel Rocard, alors Premier ministre, et Pierre Arpaillange, ministre de la Justice, le 23 mai 1990. Ce projet, à l'instar de l'ensemble des droits européens<sup>4</sup>, faisait du risque de développement une cause d'exonération

de responsabilité<sup>5</sup>, tout en introduisant à l'article 1386.13 une disposition visant à renforcer la protection du consommateur dès lors que le risque se serait révélé<sup>6</sup>.

Cette solution d'exonération sera adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 11 juin 1992, puis par le Sénat le 25 juin, puis à l'Assemblée nationale, en seconde lecture, le 19 octobre 1992. Mais, lors de la seconde lecture, à l'invitation du nouveau rapporteur du projet, Pierre Fauchon, le Sénat devait changer d'avis et retirer au producteur la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité de plein droit dans l'hypothèse du risque de développement. Le 15 décembre 1992, la commission mixte paritaire devait entériner cette solution. Et le gouvernement Bérégovoy retira finalement le projet de l'ordre du jour de l'Assemblée.

Le projet est à ce point de l'élaboration parlementaire sans que l'on sache bien si, en fonction du renouvellement récent de l'Assemblée nationale, les deux assemblées seront appelées à se prononcer sur le texte établi par la commission paritaire de la dernière session de la dernière législature ou sur un nouveau texte. Entre-temps, à raison de son retard, la France a été condamnée en manquement par la Cour de Luxembourg<sup>7</sup>.

L'historique des débats montre que l'argumentation de Pierre Fauchon, dernier rapporteur du projet au Sénat, fut déterminante. Il importe de la discuter, non pas par esprit polémique, mais parce qu'elle témoigne d'une interprétation très réductrice de la notion, interprétation qui n'en dégage pas la véritable portée ni les véritables enjeux, interprétation qui donne à l'hypothèse une définition qui n'est pas celle qui est impliquée par la directive et n'est donc pas celle sur laquelle ont réfléchi nos partenaires européens. Pierre Fauchon a eu l'occasion de développer sa thèse à plusieurs reprises, à la commission comme à la tribune du Sénat<sup>8</sup>.

Al'appui de sa thèse, Pierre Fauchon développe trois arguments principaux :

- la non-exonération de l'industriel pour risque de développement n'est pas une notion neuve en droit français ;
- les dispositifs de responsabilité et d'indemnisation existants ne seraient pas plus affectés à l'avenir, par la non-exonération de l'industriel pour risque de développement, qu'ils ne le sont aujourd'hui ;
- la protection du consommateur passe par l'institution de la responsabilité la plus stricte à l'encontre de l'industriel.

Ces trois arguments méritent d'être discutés<sup>9</sup>.

## **I. LE DROIT FRANÇAIS CONNAÎT-IL LE RISQUE DE DÉVELOPPEMENT ?**

Le principe de l'argumentation de Pierre Fauchon consiste à soutenir que le droit positif français exclut d'ores et déjà que le risque de développement puisse être une cause d'exonération de la responsabilité du producteur : « En matière de responsabilité contractuelle et de droit de la vente, donc de vices

cachés, comme en matière de responsabilité extracontractuelle, la jurisprudence française n'a jamais admis, ni formellement ni même d'une manière implicite, le risque de développement<sup>10</sup>.

L'argument consiste à soutenir que, si le Parlement reconnaissait un caractère exonératoire au risque de développement, il reviendrait sur des droits que les tribunaux garantissent au consommateur. Mais il ne serait convaincant que si le législateur ou les tribunaux avaient eu à se prononcer explicitement sur la question du risque de développement. Ce qui n'est justement pas le cas. La loi n'a pas pu le faire, puisque c'est précisément à l'occasion de l'introduction de la directive communautaire que la question est abordée, pour la première fois, par le législateur français. Et l'expression ne figure jamais, en tant que telle, dans les motifs des arrêts des tribunaux, qui, dans le droit de la vente et la jurisprudence du vice caché, ne connaissent comme possibilité exonératoire du producteur que la force majeure.

L'argument invite à répondre à deux questions :

- les juridictions civiles connaissent-elles le risque de développement sans le nommer ?
- dans la mesure où la seule possibilité exonératoire du producteur jusqu'alors reconnue est celle de la force majeure, quels sont les rapports du risque de développement avec la force majeure ?

### **1. Les tribunaux ont-ils eu à se prononcer sur l'hypothèse du risque de développement ?**

A l'évidence, non. La notion n'a fait vraiment son apparition dans le vocabulaire juridique français qu'avec l'élaboration de la directive communautaire de 1985. Et encore, comme une notion de la doctrine plus que du droit positif. En effet, la première véritable prise de conscience française du risque de développement est celle de la contamination des transfusés par le virus du sida ou de l'hépatite C. Elle date donc de la fin des années 80<sup>11</sup>.

C'est d'ailleurs ce que devaient souligner ministres, députés et sénateurs lors de la discussion parlementaire. • Aucun texte, en droit interne français, ne régit actuellement cette question. Les seules indications résultent de la jurisprudence. Or celle-ci est pour le moins incertaine, faute d'avoir pris expressément position sur ce point et sur la notion même de risque de développement, qu'elle ne connaît pas en tant que notion juridique particulière<sup>12</sup>.

La jurisprudence, en effet, paraît plutôt contradictoire. Quand elle a eu à se prononcer sur des hypothèses que nous qualifierions aujourd'hui de « risque de développement », en particulier dans la matière si sensible du médicament, elle en fait plutôt une cause d'exonération du producteur. C'est ainsi qu'un arrêt souvent commenté, et non démenti, de la Cour de cassation énonce que « la loi ne met pas à la charge du laboratoire l'obligation de prévoir tous les risques présentés par le médicament dans tous les cas<sup>13</sup> ». Mais, en sens inverse, la

jurisprudence du vice caché formule avec constance, depuis le début des années 70, que « tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée<sup>14</sup> ». Cette dernière formule ne dit pas pour autant que la jurisprudence se serait prononcée sur le fait de l'exonération éventuelle pour risque de développement. Elle en méconnaît plutôt l'hypothèse, puisque, à l'évidence, si la Cour de cassation l'avait prise en compte, elle n'aurait pas pu conclure sur la formule précitée, qui lui est directement antithétique : la notion du risque de développement suppose en effet qu'on ne peut pas toujours connaître « les vices affectant la chose fabriquée ».

Un bon commentaire de la jurisprudence a été donné par Marcel Charmant dans le rapport qu'il a rédigé au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale : « S'agissant du droit écrit français, aucun texte ne régit spécifiquement la responsabilité ou l'exclusion de responsabilité pour risque de développement. La jurisprudence, quant à elle, n'a pas pris position expressément sur ce point et n'a pas appréhendé le risque de développement en tant que concept juridique autonome ; elle a abordé le problème indirectement au travers d'autres notions et y a apporté des réponses divergentes, de telle sorte que la question ne peut être considérée comme d'ores et déjà tranchée en droit interne.

• La jurisprudence se caractérise, en effet, par un clivage. Un courant majoritaire retient la responsabilité du professionnel pour les défauts de ses produits, alors même qu'il ne peut les déceler, tant à l'égard de ses cocontractants que des tiers. S'agissant des cocontractants, une jurisprudence traditionnelle déclare le fabricant et le vendeur professionnel tenus à réparation sur le fondement de la garantie des vices cachés, sans qu'ils puissent se dégager au motif qu'ils ignoraient eux-mêmes le vice caché de la chose. Quant aux tiers, le gardien d'une chose peut s'exonérer de sa responsabilité à leur égard en invoquant la force majeure, à la condition que celle-ci présente un triple caractère d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité. En conséquence, si le dommage tient au caractère intrinsèque de la chose, l'exonération est impossible, quand bien même le défaut de la chose aurait été impossible à déceler.

• Mais, à l'inverse, la Cour de cassation considère que le producteur n'est pas responsable lorsque le dommage est imputable non à un vice de la chose, mais à un danger que celle-ci présente et dont il ne pouvait avoir connaissance, comme l'illustre l'arrêt de la chambre civile du 8 avril 1986. Il s'agissait en l'espèce d'une affection provoquée par la combinaison de deux médicaments : l'importance de cet arrêt au regard de l'industrie pharmaceutique a été alors amplement soulignée.

• Cette divergence jurisprudentielle est source d'insécurité juridique, tant pour les entreprises que pour les consommateurs, et la directive impose qu'un parti clair soit pris sur le sujet.<sup>15</sup>

Mais on peut proposer une autre intelligence de la jurisprudence, et de ses divergences. Si la Cour de cassation peut dire à la fois que « le fabricant n'a pas

l'obligation de prévoir tous les risques dans tous les cas - et, par ailleurs, que « tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée », c'est qu'elle se réfère à deux conceptions alternatives du « défaut du produit », notion en effet équivoque dans la mesure où elle peut s'apprécier absolument ou relativement, *in abstracto* ou *in concreto*<sup>16</sup>. Un produit peut-il être défectueux en lui-même, indépendamment de tout usage ? Ou ne le devient-il qu'en rapport avec l'attente, les besoins, la satisfaction de tel ou tel consommateur ? La notion de vice caché, telle qu'elle est utilisée par la jurisprudence depuis une vingtaine d'années, renvoie à une conception absolue du défaut ; elle consiste à supposer que le produit mis en circulation ne correspond pas à certaines normes qu'il aurait dû respecter. On suppose qu'il existe absolument de bons ou de mauvais produits, indépendamment de leur destination et de leur usage. La seconde conception, relative, suppose qu'un produit n'est bon ou mauvais qu'en fonction du besoin à satisfaire. En même temps qu'il présente de « bons » côtés eu égard à certaines attentes, il en présentera aussi de « mauvais » par rapport à d'autres attentes, d'autres consommateurs, dans d'autres circonstances. Dans ce dernier cas, l'appréciation du défaut du produit dépendra d'un bilan coûts-avantages qui passe nécessairement par une analyse concrète de la situation. C'est à l'évidence selon cette dernière règle de jugement que la Cour de cassation apprécie la responsabilité liée au médicament, en s'inspirant d'une pratique courante en matière d'actes thérapeutiques où l'évaluation de la responsabilité du médecin s'apprécie en fonction de la nécessité et de l'opportunité de l'accomplissement de tel ou tel acte<sup>17</sup>.

On notera d'abord que, de façon quelque peu contradictoire, la jurisprudence se trouve être ainsi pratiquement plus clémente – et la moins protectrice du consommateur –, pour apprécier la responsabilité du produit le plus dangereux (médicament), et plus rigoureuse dans d'autres circonstances présentant moins de dangers<sup>18</sup>. On notera encore que ces deux règles de jugement conduiront à des imputations de responsabilité fort différentes. Prenons le cas de la transfusion sanguine. La règle du bilan conduira à dire que la victime d'une contamination n'est habilitée à réclamer contre le producteur du sang que dans les cas où la transfusion lui a procuré plus d'inconvénients que d'avantages ou lui a fait courir des risques inutiles et disproportionnés. Ainsi, selon cette règle, une personne contaminée, par exemple par le virus de l'hépatite C, alors que, sans transfusion, elle aurait certainement dû mourir, n'aura rien à revendiquer contre le centre de transfusion. La jurisprudence américaine a particulièrement développé le caractère relatif du défaut du produit<sup>19</sup>. Si, au contraire, on juge du défaut d'une manière absolue, par référence à un idéal abstrait du sang sain, on fera de la présence d'un virus dans le sang une sorte de faute en soi que l'on pourra toujours reprocher au producteur, indépendamment de l'utilisation du produit et de ses effets plus ou moins bénéfiques en l'espèce<sup>20</sup>. L'un des enjeux de la directive produits et de son introduction en droit français est, comme le rappelle justement Marcel Charmant, de définir la règle commune de jugement,

absolue ou relative, selon laquelle il conviendra désormais d'apprécier le défaut du produit. Il semble que les termes mêmes de la directive invitent à adopter une conception relative du défaut, puisque dépendante de l'attente légitime du consommateur, appréciée en fonction des circonstances<sup>21</sup>.

En somme, on ne peut pas dire que la jurisprudence française exclurait que le risque de développement puisse constituer une cause d'exonération de responsabilité, d'abord parce que les formules qu'elle utilise témoignent à l'évidence qu'elle ne connaît pas la notion, ensuite parce qu'elle est contradictoire, divergente et hésitante quant à la règle de jugement selon laquelle il convient d'apprécier le défaut du produit.

## 2. Risque de développement et force majeure

C'est un principe traditionnel que, si « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (article 1134 du Code civil), le droit reconnaît au débiteur défaillant la possibilité de s'excuser dans deux hypothèses : si l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (article 1147 du Code civil), ou par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit (article 1148 du Code civil), deux hypothèses généralement réduites à une seule, celle de la « force majeure ».

La construction jurisprudentielle de la force majeure en fait un événement *extérieur, étranger* au débiteur défaillant, *imprévisible* et *irrésistible*. La question est de savoir si le risque de développement constitue pour le producteur un cas de force majeure et si, en particulier, on doit le considérer comme interne ou externe au produit.

Il convient ici d'éviter une confusion, à laquelle, il est vrai, il est difficile d'échapper. L'hypothèse du risque de développement ne désigne pas en effet le développement d'un défaut interne au produit. Le défaut spécifiquement visé est celui d'un défaut de la connaissance du défaut. Il faut distinguer les deux niveaux de la connaissance et de la réalité, du sujet et de l'objet, de l'idée et de ce dont elle est l'idée. Le défaut, au moment de la mise en circulation du produit, est déjà là quoique imperceptible et invisible. Le consommateur, et le producteur lui-même en tant que consommateur, en souffrira sans pouvoir, en raison de l'ignorance commune, l'attribuer au produit. L'hypothèse du risque de développement ne vise, en effet, que les cas où il y a un temps de latence entre la mise en circulation du produit, sa consommation et sinon la manifestation du dommage, du moins la prise de conscience qu'il relève d'un défaut du produit. C'est le cas des dommages causés par les médicaments comme la thalidomide ou le dystilbène ; c'est encore le cas de la contamination par le virus du sida ou de l'hépatite C par transfusion sanguine. S'il y a concomitance et contiguïté entre la mise en circulation du produit et la révélation du dommage et du défaut, on ne peut plus parler de risque de développement. En outre, le défaut ne se révélera comme un défaut du produit que dans un état futur des connaissances. Mais

encore faut-il préciser que ce décalage temporel ne concerne pas tant les effets du défaut sur la victime que le délai de la connaissance du défaut. En d'autres mots, il convient de bien distinguer entre le défaut du produit (qui lui appartient) et le risque de développement (qui est le « risque » sinon de la connaissance du défaut, du moins qu'un défaut se manifeste là où on ne pouvait pas le penser, et donc aussi un risque de l'imputation de la charge des conséquences dommageables du défaut). Si bien que, d'une manière quelque peu paradoxale, le risque de développement est plus un risque de l'industriel que du consommateur.

Le risque de développement est un risque de la connaissance, de la perception et des changements dans la perception. En deux sens : au sens, d'abord, où il correspond à la prise de conscience que, dans un certain état de la science, aucun producteur ne peut avoir une maîtrise totale de la qualité de son produit. Il y a, il y aura toujours des défauts celés. L'hypothèse du risque de développement désigne un événement d'un type tout à fait particulier, inconnu des catégories traditionnelles du droit de la vente, parce qu'il s'agit d'un vice caché d'un nouveau genre. Il faudrait distinguer deux types de vice caché : vice caché dans un certain état de la science, mais qui aurait pu être décelable dans cet état ; vice caché dans un certain état de la science, mais indécélable pour cet état de la science. Si bien que l'hypothèse du risque de développement, dès lors qu'elle est formulée, conduit à considérer comme une pure fiction la formule jurisprudentielle précitée selon laquelle « tout fabricant est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée ». Cela, c'est précisément l'impossible, et à l'impossible nul n'est tenu. Corrélativement, le risque de développement désigne la possibilité pour le producteur de se voir reprocher, *après coup*, dans un nouvel état de la science et des connaissances, les défauts jusqu'alors imprévisibles du produit.

Dès lors, en fonction de cette distinction entre le défaut (de l'objet) et le défaut de connaissance de l'objet (risque de développement), on peut raisonnablement s'interroger sur le fait de savoir si les caractères traditionnels de la force majeure ne sont pas attribuables au risque de développement :

- *extériorité* : le risque de la connaissance, qui est un risque de l'observateur postérieur, est par principe extérieur au produit et au producteur concerné. Il s'agit d'une « cause extérieure qui ne lui est pas imputable » au sens de l'article 1147 du Code civil ;
- *imprévisibilité* : par hypothèse, la connaissance du risque est imprévisible, car, si elle ne l'était pas, on ne se situerait plus dans la figure du risque de développement ;
- *irrésistibilité* : l'éventualité qu'une découverte scientifique va venir changer l'état des consciences et des évaluations ne peut pas être prévenue au moment de la fabrication du produit.

Aussi bien, envisagé rigoureusement, c'est-à-dire par rapport au producteur ou au fournisseur, le risque de développement peut être conçu, quoique

peut-être en un sens nouveau, selon une hypothèse inédite, comme un événement relevant de la force majeure. Toute la nouveauté est que jusqu'alors le droit ne pensait pas avoir à prendre en compte le développement des connaissances ; il considérait l'état des connaissances comme stable. C'est cette prise en compte du dynamisme de la connaissance qui renouvelle la question de la force majeure.

### **3. Le retour d'Œdipe**

L'hypothèse du risque de développement pose en fait une question inédite au regard de notre droit. On ne peut en effet parler de risque de développement qu'à certaines conditions : il faut 1) un produit, 2) affecté par un défaut indécidable et imprévisible, 3) dont la connaissance ne se manifesterait qu'après un certain délai dans le temps, et 4) dont l'imputation au produit ou au producteur ne pourra se faire que dans un autre état de la science que celui au sein duquel le produit a été mis en circulation, utilisé et consommé. Le caractère le plus neuf du risque de développement réside dans le fait d'avoir à prendre en considération une transformation dans la connaissance, dans la conscience, dans la perception qui transforme la réalité.

Aussi bien la question posée par l'hypothèse du risque de développement n'est pas de savoir si l'on va revenir sur les cas traditionnels d'exonération de la responsabilité du producteur pour mise en circulation de produits défectueux, ni si, en conséquence, on va diminuer la protection du consommateur. Au contraire, la question ne se pose qu'à partir de l'affirmation de la responsabilité objective du producteur<sup>22</sup>. L'hypothèse du risque de développement consiste à prendre en considération une hypothèse nouvelle que le droit n'avait pas encore eu à prendre, en tant que telle, en considération : elle est liée au fait du développement des connaissances scientifiques et des transformations de la connaissance. La question posée par l'hypothèse du risque de développement est celle du problème de l'intégration dans nos systèmes juridiques du fait du développement scientifique, à la fois parce qu'il permet de produire, de créer et d'innover, dans certaines limites des connaissances, mais aussi avec des transformations qui changent notre monde et son appréciation. Cette question-là est juridiquement inédite.

L'hypothèse du risque de développement est inédite, parce qu'elle suppose que nous entretenions une nouvelle relation avec la science et la technique. Nous vivions jusqu'alors dans l'illusion d'une maîtrise possible de la science par elle-même. Sans doute fallait-il de la prudence, mais toute avancée dans la connaissance réduisait l'incertitude. La technique, les sciences de l'ingénieur semblaient disposer d'une sorte de pouvoir d'autocontrôle infini. Au fur et à mesure que de nouveaux dangers étaient introduits, de nouvelles possibilités de les maîtriser et de les réduire étaient données. Nous vivions dans l'hypothèse d'une adéquation toujours possible entre savoir et pouvoir. L'hypothèse du risque de développement ne se formule que parce que nous avons désormais

conscience à la fois du dynamisme de la science et de la relativité essentielle des connaissances. C'est ainsi que les épistémologues contemporains nous enseignent que la science progresse moins par accumulation et approfondissement des connaissances que par changements de « paradigmes »<sup>23</sup>. Et encore passe-t-on d'un paradigme à l'autre par le jeu de controverses et de conflits nécessaires où il est moins question de substituer l'erreur à la vérité que de prendre le pouvoir dans la discipline<sup>24</sup>. De cette relativité des connaissances se déduit que, si le développement scientifique permet toujours la découverte de nouvelles substances ou de nouveaux procédés, ce ne peut être sans risques, parce que aucun état de la connaissance ne peut plus prétendre avoir une maîtrise assurée de lui-même. La science accroît nos pouvoirs et nos capacités sans réduire l'incertitude qu'elle génère. Il y a un risque nécessaire de l'imprévisible. Dans cette distance retrouvée entre pouvoir et savoir, connaissance et conscience, science et morale s'inscrivent la possibilité et la nécessité d'une éthique de la science et naissent des problèmes de responsabilité inédits dont nous prenons conscience aujourd'hui autour, par exemple, du thème du risque de développement et de la précaution.

En d'autres mots, vouloir priver l'industriel de la possibilité de s'exonérer pour risque de développement revient à reprocher à Aristote de n'avoir pas été Galilée, ni ce dernier Newton<sup>25</sup>. La discussion entre Einstein et Newton peut-elle prendre la forme d'un procès ? Et d'un procès en responsabilité ? En 1920, le descendant d'un contemporain de Newton peut-il intenter un procès à son lointain héritier au motif qu'il n'avait pas prévu et prévenu certaines conséquences techniques que ses théories avaient rendues possibles ? Faut-il que, dans une sorte de tribunal de Nuremberg organisé par l'Onu, l'humanité - condamne tous les fabricants de réfrigérateurs depuis l'origine à combler le trou de la couche d'ozone ? La question du risque de développement amène à s'interroger sur les conséquences juridiques éventuelles de ce qu'on appelle les « révolutions scientifiques ». Faut-il que, à l'instar des révolutions politiques, les tenants des nouveaux régimes dressent des échafauds pour exécuter les représentants d'anciens régimes scientifiques ? C'est ce à quoi reviendrait la non-exonération pour risque de développement.

En termes de responsabilité, la nouveauté de l'hypothèse du risque de développement apparaîtra avec évidence dans le fait que le risque de développement se révèle nécessairement après coup, *a posteriori*. Non pas sous la forme du développement objectif du risque – quand le risque est manifesté, on a déjà quitté l'hypothèse –, mais sous celle d'une prise de conscience que ce que l'on a cru d'une certaine nature est, en fait, d'une autre nature, étrangère, sinon même opposée. Ce caractère d'après-coup donne un caractère tragique ou « dramatique » à ces situations, dramatique au sens du drame de la transfusion sanguine, justement cité par Pierre Fauchon.

Or, précisément, notre tradition juridique, depuis les Lumières au moins, répugne à sanctionner ces situations d'après-coup. Le droit de la responsabilité

pénale est, depuis la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, fondé sur le principe de la non-rétroactivité de la loi. C'est le principe que formule l'article 8 de la Déclaration : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »<sup>26</sup>. Le même principe est rappelé par l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Le principe classique de la responsabilité civile, formulé par l'article 1382 du Code civil, qui faisait intervenir la faute, supposait que l'on ne pouvait être responsable que de ce que l'on pouvait savoir, que l'on ne pouvait pas se trouver responsable sans avoir pu avoir conscience de mal faire. Jusqu'alors, on était jugé et sanctionné pour ce que l'on devait savoir, ce que l'on aurait dû savoir, cela étant nécessairement défini dans le cadre d'un certain état de la science et des connaissances. La question qui est posée par l'hypothèse du risque de développement est neuve en ce sens qu'il s'agit de régler une sorte de conflits de lois dans le temps. Peut-on équitablement juger d'un acte autrement qu'en fonction des éléments qui en accompagnaient la conscience ? N'y a-t-il pas injustice à juger d'un acte en fonction d'un autre état de la conscience que celui selon lequel il a pu être effectué ? Est-il juste, même à des fins d'indemnisation, d'apprécier un acte en fonction de soupçons et de doutes que l'on n'est capable de formuler qu'après coup ?

Si l'hypothèse du risque de développement est si troublante, c'est parce qu'elle nous replace face à une problématique de la responsabilité et de la culpabilité dont nous pensions nous être affranchis : la figure antique, grecque. En effet, on peut soutenir que l'expérience d'un risque de développement a fait l'objet de la tragédie dont Freud soutenait qu'elle mettait en scène le drame le plus fondamental de l'humanité : celui d'Œdipe. Œdipe tue son père et couche avec sa mère non seulement sans le savoir, mais dans la conscience que toutes les précautions ont été prises pour qu'il ne puisse faire ce qui avait été prédit par l'oracle. On peut dire qu'avec la question du risque de développement nous redécouvrons la figure du destin, mais avec cette différence que, dans le monde antique, le destin ne renvoyait qu'aux dieux, alors que, pour nous, il est désormais toujours et nécessairement lié à une figure humaine. Notre figure du tragique appartient au monde de la technologie, c'est celle de ces situations où, en raison de transformations dans la conscience et dans la nature des choses, le consommateur va découvrir, dans une sorte de révélation rétroactive, le mal qui le frappe, sa déception, sa confiance déçue – « Ce n'était pas ce que je croyais, ce que j'attendais, ce qu'on m'avait promis », et de l'autre la conscience corrélative de l'industriel poursuivi pour quelque chose que non seulement il n'avait pas voulu, pu vouloir, mais qu'il avait tout fait pour éviter : « Je n'ai pas fait ça, je n'ai pas voulu ça, je n'ai pas pu vouloir ça »<sup>27</sup>.

On ne peut donc pas conclure du fait que la jurisprudence de la vente ne connaisse pas le risque de développement qu'il ne s'agit pas d'une notion neuve. Sans doute rien n'est-il jamais nouveau sous le soleil des juristes, qui peuvent

prétendre, puisqu'il n'y pas de lacune en droit, que le système juridique existant a prévu toutes les hypothèses, quand même elles seraient neuves. Ainsi peuvent-ils, au prix de toutes les injustices, traiter des situations nouvelles dans des catégories anciennes. Il n'empêche que la question du risque de développement est une question neuve que le droit ancien de la vente ne pouvait intégrer, puisqu'il ne prenait pas en considération la dynamique et la relativité des connaissances. La question ne se pose qu'en fonction d'une nouvelle conjoncture du rapport savoir-pouvoir et des problèmes de responsabilité qu'elle pose, qu'à partir de la prise de conscience que nos sociétés sont vulnérables à un nouveau type de risque, dans une nouvelle conscience du tragique. En un mot, la question du risque de développement n'est pas seulement une question économique ou sociale. Elle a d'abord une dimension philosophique et morale qui en atteste l'irréductible nouveauté.

## **II. LA NON-EXONÉRATION POUR RISQUE DE DÉVELOPPEMENT RESTERAIT-ELLE SANS CONSÉQUENCES ?**

Un deuxième argument développé par Pierre Fauchon à l'appui de sa thèse consiste à dire que le fait que la question du risque de développement n'ait pas fait jusqu'alors l'objet de stipulations contractuelles spécifiques, en particulier entre assureurs de responsabilité et industriels, permet de présumer que son rejet comme cause exonératoire restera sans effet pour l'avenir<sup>28</sup>.

On notera d'abord que l'argument est quelque peu sophistiqué : on ne peut pas, du fait qu'une question n'a pas encore été envisagée et fait l'objet de stipulations particulières, conclure qu'elle restera sans conséquences quand elle aura à être prise en compte. On notera en outre que Pierre Fauchon est mal informé, puisque les polices d'assurance couvrant les centres de transfusion sanguine excluent désormais l'hypothèse du risque de développement.

Mais l'argument n'est pas seulement contestable dans sa rhétorique et son information. Il est totalement invalidé par l'expérience.

### **1. La nature du risque**

Les exemples véritables de situations releposables de l'application de la notion de risque de développement sont heureusement rares, car, lorsque celui-ci se réalise, ses conséquences se révèlent si redoutables qu'elles appellent des mesures chaque fois inédites. Bien loin que la prise de conscience du risque de développement laisse les dispositifs de responsabilité et d'indemnisation intacts, il les bouleverse profondément. C'est ce qu'ont montré, par exemple, aux États-Unis, le problème de l'amiante<sup>29</sup>, en Allemagne et en Angleterre, celui de la thalidomide<sup>30</sup>, au Japon, le Smon<sup>31</sup>, en France, le drame de la contamination par le virus du sida à l'occasion d'une transfusion sanguine<sup>32</sup>.

De ces exemples – qui ne sont malheureusement pas les seuls<sup>33</sup> – se dégagent plusieurs caractéristiques du risque de développement :

- la première est qu'il s'agit de risques de masse, de risques sériels qui ont un caractère chaque fois *catastrophique* en raison à la fois du nombre des victimes concernées et de la nature des dommages causés. L'hypothèse du risque de développement nous confronte non pas au problème traditionnel d'*accidents* individualisés, mais à celui de *catastrophes* collectives<sup>34</sup>. Les 400 000 contaminés français par le virus de l'hépatite C en sont une illustration malheureusement plus qu'exemplaire. L'hypothèse du risque de développement est liée à la prise de conscience, caractéristique de notre actualité, du retour des catastrophes et d'une nouvelle forme de vulnérabilité des sociétés développées<sup>35</sup> ;

- une deuxième caractéristique du risque de développement est qu'il concerne des atteintes à la santé. Il ne s'agit pas de dire que le risque de développement se limite à ces seuls effets : le domaine de la construction, par exemple, atteste l'existence de risques de développement qui n'ont pas d'autre conséquence que de rendre un produit non conforme à sa destination et ne causent pas de dommages corporels. Il n'en reste pas moins que, s'il y a un problème du risque de développement, c'est en raison des menaces que certains produits peuvent faire peser sur la vie ou la santé des hommes ;

- une troisième caractéristique du risque de développement est qu'il se traduit par un changement d'évaluation dans le rapport coûts-bénéfices d'un produit. Aussi bien dans le cas de l'amiante que dans celui de médicaments ou de la transfusion sanguine, le produit a été mis en circulation en raison des avantages qu'il présentait : l'amiante pour ses qualités d'isolation, les médicaments pour leur qualité curative, quant au sang, sa transfusion ne cesse de sauver des vies humaines. L'hypothèse du risque de développement fait découvrir non pas que ces avantages ou ces utilités seraient irréels (cas d'un médicament qui resterait sans effet), mais qu'ils sont liés à des désavantages que l'on évalue, au regard d'un certain système de valeurs, comme supérieurs. Le risque de développement transforme non seulement le type de l'imputation, mais aussi l'évaluation jusqu'alors portée sur un produit : le bien devient un mal, et le mal trouve un responsable identifiable.

L'hypothèse du risque de développement nous confronte à un problème difficile : celui de l'équivoque des sciences et des techniques, de l'unité du bien et du mal que la technologie articule comme le verso et le recto de la feuille de papier, le pile et face de la pièce de monnaie. La science n'est pas seulement, comme on a pu le croire ou en rêver, l'instrument toujours efficace d'une séparation du bien et du mal, et d'une augmentation du premier au détriment du second. Comme en témoigne en particulier la « révolution thérapeutique » chère à Jean Hamburger, l'efficacité se gagne par l'introduction de risques et de dangers nouveaux. Le risque de développement nous confronte à cette forme moderne de la vulnérabilité que nous ne pouvons pas produire de bien sans introduire, en même temps, dans le même geste, la puissance du mal. Le

problème posé par la question du risque de développement est de savoir comment traiter socialement et économiquement cette vulnérabilité.

Mais, en tout cas, en raison même de cette ambiguïté, et du problème des échelles de valeur choisies pour référence (et de leur variation historique), il n'est pas possible de dire absolument que le retrait de produits utiles, quoique dangereux, procurerait plus d'avantages que n'en comporte leur mise en circulation. Tout dépend des cas, des circonstances, d'un bilan coûts-avantages qu'il faut répéter dans chaque situation. En effet, dans le cas de la transfusion par exemple, est-il si facile de dire qu'il aurait fallu, dans tous les cas, priver d'une transfusion telle ou telle personne dont la vie était en danger parce qu'on pouvait redouter un risque de contamination par tel ou tel virus ? Aussi bien, la réponse à l'hypothèse du risque de développement ne peut pas être seulement l'abstention, mais une problématique renouvelée de la décision, de la décision dans l'incertain.

La prise de conscience de la vulnérabilité technologique de nos sociétés, la solidarité constatée du bien et du mal changent et compliquent l'évaluation des techniques et des produits, le jugement que l'on porte sur eux. L'innovation technique est souhaitée comme productrice d'un bien (nouveau produit, nouvelle substance) ou réductrice d'un mal (nouvelle thérapeutique). Nous avons désormais conscience que cela s'accompagne aussi nécessairement du risque de l'introduction d'un mal. Aussi bien, l'innovation technologique ne peut plus s'apprécier absolument, en référence à ces normes abstraites en fonction desquelles le mal serait objectivé comme anormal, relevant d'une erreur ou d'une faute, mais en fonction d'une balance des coûts et des avantages qu'on ne peut pratiquement faire qu'après coup. Désormais, le problème de la responsabilité n'est plus tant de juger d'un acte par rapport à ce qu'il aurait pu ou dû être, que d'apprécier, en fonction de circonstances toujours déterminées et changeantes, la décision d'avoir pris tel ou tel risque.

## **2. Conséquences de la non-exonération pour risque de développement**

La non-exonération du producteur pour risque de développement a une double conséquence : quant au passé, il fait sauter les dispositifs de responsabilité existants ; quant à l'avenir, sa prise en compte pose d'énormes problèmes pour l'industriel en termes d'innovation et d'assurance de l'innovation. L'hypothèse du risque de développement transforme les conditions de la prise de décision.

– *Quant au passé*, les exemples précités de l'amiante, de la thalidomide ou de la transfusion témoignent que les besoins d'indemnisation ont abouti chaque fois à la mise en place de nouveaux dispositifs pour faire face à une situation, nécessairement imprévue, de catastrophe. Aux États-Unis, les procès liés à l'intoxication par l'amiante ont abouti en 1985 à la mise en place d'un dispositif transactionnel visant à y mettre un terme<sup>36</sup> ; en Allemagne, le précédent de la

thalidomide et du dystilbène a conduit le législateur à instituer un principe de responsabilité objective du pharmacien assorti d'une assurance obligatoire dans certaines limites, dispositif qui donnera naissance au Pharma-Pool<sup>37</sup>; en France, le législateur a dû, dans l'urgence, par la loi du 31 décembre 1991, créer un fonds spécial d'indemnisation (sans que soit vraiment posée la question de son alimentation)<sup>38</sup>. Et on ne sait pas comment traiter le problème des 400 000 victimes d'une contamination par le virus de l'hépatite C par transfusion.

Il est difficile de comprendre au bout de quel raisonnement le sénateur Pierre Fauchon peut conclure de l'exemple du sang contaminé, qu'il invoque justement pour illustrer la notion de risque de développement, au fait qu'il peut être pris en compte sans difficulté par les dispositifs existants.

Tous ces exemples montrent au contraire, et cela bien sûr en raison à la fois du caractère catastrophique du risque et de sa découverte *a posteriori*, que, dès lors qu'un risque de développement se découvre, la prise en compte de ses conséquences pose chaque fois des problèmes insolubles dans les catégories des droits de la responsabilité existants et des conventions d'assurance qui les accompagnent. La seule chose que l'on puisse dire est que nos sociétés réclament à la fois que les victimes de ces catastrophes soient indemnisées et que ces besoins d'indemnisation provoquent l'institution de dispositifs *ad hoc*.

– *Quant à l'avenir*, la non-exonération de l'industriel pour risque de développement a une conséquence expérimentalement incontournable : elle freine l'innovation.

Les exemples abondent. Il ne faut évidemment pas les chercher en Grande-Bretagne ou dans le reste de l'Europe, où tous les pays, à l'exception du Luxembourg, donnent à l'industriel la possibilité de s'exonérer pour risque de développement, mais aux États-Unis, où cette thèse a été soutenue par les tribunaux jusqu'à ce que la Cour suprême de Californie, pionnière en ce domaine, revienne, en 1988, sur sa jurisprudence<sup>39</sup>. Le droit américain de la responsabilité civile produits a conduit par exemple à la cessation de la production d'avions Cessna (le coût de l'assurance de la responsabilité civile dépassant le prix de l'appareil)<sup>40</sup>. Pour les mêmes raisons, plusieurs vaccins ont été retirés du marché<sup>41</sup>. Une enquête réalisée auprès de 500 dirigeants d'entreprise américains a révélé que, en raison des coûts de la responsabilité, 36 % d'entre eux ont cessé la fabrication de certains produits, 30 % ont pris la décision de ne pas en introduire de nouveaux, 21 %, d'arrêter la recherche et 15 % ont licencié du personnel en raison des coûts supplémentaires entraînés par la mise en cause de leur responsabilité<sup>42</sup>. Précisément, cette crise de l'innovation est une composante décisive de ce que les Américains désignent comme cette « crise de la responsabilité » à laquelle ils s'attachent à mettre un terme. A quoi il faut ajouter que ces problèmes de responsabilité conditionnent désormais aux États-Unis la valeur boursière de l'entreprise<sup>43</sup>.

En fait, la prise en compte de l'hypothèse du risque de développement crée

une nouvelle conjoncture : elle conduit à une nouvelle évaluation des risques, qui a une double conséquence concernant à la fois la prise de décision de l'industriel en matière d'innovation, mais aussi en matière de couverture d'assurance.

En effet, dès lors que l'on se situe dans l'hypothèse du risque de développement, on sait qu'aucun industriel ne peut prétendre fabriquer un produit exempt de défauts, puisque, précisément, on fait l'hypothèse que le développement scientifique risque de faire apparaître des défauts jusqu'alors imprévisibles<sup>44</sup>. C'est-à-dire que l'hypothèse du risque de développement a cette conséquence inattendue de ne pas pouvoir faire reposer sur l'industriel une obligation de qualité totale, puisqu'elle en prévoit la déception toujours possible à terme<sup>45</sup>. Paradoxalement, ce n'est que dans la mesure où on ne retient pas l'hypothèse du risque de développement que l'on peut exiger d'un industriel une qualité totale, qui, elle, place l'innovation sous le signe de la méfiance et du soupçon non seulement pour le consommateur, mais aussi pour l'industriel lui-même, toujours susceptible de se voir reprocher, après coup, d'avoir mis en circulation un produit longtemps plébiscité.

On comprend que, dans l'hypothèse du risque de développement, l'industriel ne pourra prendre la décision d'innover que dans la mesure où il sait pouvoir contracter une assurance qui le garantira contre les conséquences du risque pris. En effet, vu ses caractères éventuellement sériels et catastrophiques, le risque de développement, dans la mesure où il en concentre la responsabilité sur le patrimoine unique de l'industriel, met potentiellement toute entreprise innovante en faillite<sup>46</sup>. On peut d'ailleurs noter que, depuis 1975, où André Tunc, conformément à une doctrine d'indemnisation des victimes qui lui est chère, avait l'un des premiers plaidé pour la non-exonération de l'industriel pour risque de développement, jusqu'aux propos actuels du sénateur Pierre Fauchon, la thèse a toujours été liée au fait qu'elle était inconcevable sans assurance de responsabilité. Pour ces auteurs, c'est parce que la responsabilité de l'industriel est toujours assurable que le risque de développement peut être mis à sa charge.

André Tunc soulignait dans son article de 1975 que c'était parce que la responsabilité du fabricant était assurable « sans catastrophe<sup>47</sup> ». Là est le point. Ces auteurs raisonnent dans le modèle dépassé de l'accident, alors que l'on se trouve dans l'hypothèse de catastrophes que les dispositifs traditionnels d'assurance de responsabilité ne peuvent pas prendre en charge sans exploser. Ce passage du modèle de l'accident, même aggravé, à celui de la catastrophe marque la vraie prise de conscience de la nature du risque de développement. Le drame du sang contaminé l'a montré pour la responsabilité médicale, les problèmes de pollutions et de déchets le manifestent suffisamment en matière d'environnement, la question du risque de développement le pose en matière de produits. Ces situations appellent l'institution d'un schéma de la responsabilité et de l'indemnisation qui, parce qu'on est dans l'hypothèse de la catastrophe, ne

peut plus exactement être celui, désormais classique, des accidents du travail ou des accidents automobiles. Le problème est celui de l'assurance de la catastrophe, quelque chose qu'hier encore on pouvait penser être au-delà des limites de l'assurable.

Précisément, le risque de l'innovation, dès lors que le producteur ne pourrait se prévaloir d'une exonération pour risque de développement, étant à la fois inévaluable et de caractère potentiellement catastrophique, n'est pas assurable, à moins soit de demander des primes exorbitantes (qui peuvent aller jusqu'à équivaloir au coût du produit<sup>48</sup>), soit que le risque se trouve lui-même rigoureusement défini par un mécanisme de prescription et de plafonnement des indemnités<sup>49</sup>. Ce qui n'est pas envisagé par le projet français, qui vise la réparation intégrale des dommages subis. On sait par ailleurs que, après le drame de la transfusion, les polices d'assurance de la transfusion sanguine ont été réformées de manière à exclure de leur couverture toute hypothèse de responsabilité sans faute et de risque de développement. Et les déclarations les plus récentes des assureurs ne laissent guère de doute sur le fait que, dans le cas où le législateur français priverait l'industriel de la possibilité de se prévaloir du risque de développement, ils en excluraient explicitement la garantie.

Voilà qui suffit à anéantir la thèse selon laquelle la non-exonération du producteur pour risque de développement resterait sans effet quant à l'innovation industrielle et à son assurance. Le soutenir, alors même que la réflexion se trouve tant dominée par le drame de la transfusion sanguine, témoigne d'une véritable dénégation d'un problème qui, parce qu'il met en cause le principe même de l'innovation, constitue un enjeu de société mettant en question son avenir et les valeurs qui la fondent.

### III. PRÉCAUTION, INNOVATION ET SÉCURITÉ DU CONSOMMATEUR

Le troisième argument avancé par le sénateur Pierre Fauchon à l'appui de sa thèse tient dans l'invocation de la protection du consommateur. Il ne veut pas que les consommateurs servent de « cobayes<sup>50</sup> ». Et, puisqu'il a soutenu que la non-exonération du producteur pour risque de développement ne changerait rien à son statut actuel, il peut craindre qu'en faire un principe libérateur de responsabilité ne conduise à revenir sur le niveau de protection désormais garanti au consommateur : « Admettre le risque de développement serait ouvrir une brèche aux conséquences imprévisibles dans ce système et réduire le niveau de protection des victimes potentielles (qui ne sont pas nécessairement des « consommateurs » mais tout autant des tiers), réduction difficilement justifiable alors que tout développement économique doit tendre à une meilleure maîtrise des dangers de tous ordres et *a fortiori* de ceux qu'il génère<sup>51</sup> ».

L'argument est présenté comme ayant une double dimension : de fait et de principe. De fait : Pierre Fauchon s'inquiète des difficultés de procédure qui seraient faites au demandeur en cas d'exonération de la responsabilité du

fabricant pour risque de développement. Même si, en principe, il appartient au producteur de faire la preuve qu'il est en droit de bénéficier de l'exonération dont il se prévaut, la charge de la preuve ne retombera-t-elle pas finalement sur le consommateur victime ? Comment la victime fera-t-elle la preuve que le producteur pouvait savoir ? Comment aura-t-elle accès aux secrets industriels ? Quelle preuve lui demandera-t-on d'apporter dans des domaines où règnent par ailleurs nombre de controverses scientifiques et autres conflits d'experts<sup>52</sup> ? Du point de vue du principe, le sénateur Pierre Fauchon demande à la fois que la responsabilité de l'industriel soit aggravée afin de l'inciter à une plus grande prudence, que la sécurité du consommateur soit ainsi améliorée et que sa responsabilité soit garantie par un système d'assurance, éventuellement réformé sur le modèle des accidents du travail, des accidents de la circulation ou de l'assurance construction<sup>53</sup>.

*Pris en sa première branche, l'argument tiré des difficultés à l'administration de la preuve revient à poser la question des procès : l'indemnisation des victimes doit-elle passer par un procès ? Le problème évoqué ne tient pas tant à la question particulière du risque de développement qu'aux problèmes de procédure liés à tout procès. Il n'y a pas de procès sans problème de preuve. Mais on ne voit pas pourquoi, en matière de risque de développement, la question ne pourrait pas être aussi bien résolue par les tribunaux que dans d'autres domaines. Rigoureusement parlant, l'argument conduit à souhaiter l'institution d'un dispositif qui rende l'indemnisation de la victime indépendante d'un procès<sup>54</sup>.*

Mais, dans le cas où la réparation du dommage subi resterait liée à la procédure d'un procès, on ne voit pas pourquoi, non plus, le problème de l'incertitude des connaissances scientifiques et les conflits d'experts devraient retomber à la seule charge du producteur. Étant entendu que l'hypothèse du risque de développement nous situe dans la conjoncture d'une science incertaine, relative et controversée, d'une connaissance qui se découvre essentiellement limitée, rien ne justifie, *a priori*, que cette incertitude doive profiter au seul consommateur. D'autant que, s'il peut y avoir incertitude sur l'état des savoirs, il peut y avoir aussi controverse au sein des savoirs : certains découvriront une relation de causalité que d'autres pourront contester. Nous ne concevons pas de responsabilité qui ne s'appuie sur une relation de causalité. Si cette relation devient incertaine, il serait aussi injuste d'en faire reporter la présomption sur le seul producteur que sur le seul consommateur.

La question posée conduit à s'interroger sur la mise en place de dispositifs d'indemnisation indépendants d'une recherche de causalité. Il est vrai que les expériences américaine (amiante) et française (sida et hépatite C) incitent à imaginer des dispositifs d'indemnisation qui fassent l'économie des procès, dispositifs qui relèveraient nécessairement de l'assurance (sociale ou privée). La position du sénateur Pierre Fauchon trouverait alors sa cohérence : la - super - responsabilité objective du producteur qu'il appelle de ses vœux, indissociable d'un dispositif d'assurance, serait mise en œuvre indépendamment de

tout procès. Mais il faut bien constater que le débat parlementaire n'a pas abordé cette question de la procédure, essentielle pourtant dans la perspective soutenue par Pierre Fauchon de non-exonération de l'industriel pour risque de développement.

*Reste à examiner la seconde branche de l'argument, celle qui concerne le principe de la responsabilité du producteur et son assurance.* Le sénateur Pierre Fauchon prétend que la non-exonération du producteur pour risque de développement améliorera la sécurité (par accroissement de la responsabilité du producteur), tout en garantissant une meilleure protection pour le consommateur (par le biais de l'assurance).

Ce raisonnement n'est pas sans rappeler celui qui a présidé à l'édification de la jurisprudence américaine en matière de sécurité des produits, jurisprudence qui, comme on sait, a largement inspiré les rédacteurs de la directive communautaire de 1985. Les tribunaux américains avaient une double justification pour introduire les notions de *strict liability* et de *superstrict liability* : il s'agissait à la fois d'inciter les producteurs à la prévention et de compenser l'inexistence d'un système de protection sociale analogue au nôtre. Il s'agissait de créer un mécanisme économique d'incitation à la prévention et de pallier l'insuffisance d'assurance personnelle (*first party*) des consommateurs. Il s'agissait en quelque sorte de créer, par le biais de la responsabilité civile du producteur, une sorte d'assurance obligatoire au profit du consommateur pour les dommages causés par le produit. De ce point de vue, il apparaissait que le producteur était mieux placé que le consommateur pour effectuer la répartition de la charge de cette protection sur le produit en y intégrant le coût de l'assurance. Le droit de la responsabilité n'aurait ainsi, au niveau économique, qu'une fonction d'internalisation du coût réel du produit. Telle est la doctrine qui a présidé au développement de la jurisprudence américaine<sup>55</sup> : les juges américains, à partir du début des années 60, se sont donné le droit et le devoir de mettre en place une sorte de système de sécurité sociale du consommateur, relativement généreux parce que ne distinguant pas entre les fonctions d'indemnisation, de sanction et de prévention, et parce que ne limitant pas les indemnités.

Si ce raisonnement peut se comprendre dans la situation américaine, il n'est guère transposable en Europe, où la question de la responsabilité des fabricants pour défaut du produit se pose dans un contexte tout différent. D'abord, parce que nos dispositifs de responsabilité, qui sont pour l'essentiel des dispositifs d'assurance, distinguent entre les fonctions de sanction, de prévention et d'indemnisation. Nous nous honorons de ne plus connaître les *punitive damages*. Ensuite, parce que nous disposons de systèmes de sécurité sociale qui ne sont autres que des assurances *first party* obligatoires. En France, aucune personne victime d'un dommage causé par un produit n'est laissée seule, abandonnée à elle-même ; elle bénéficie en tout état de cause des prestations de la Sécurité sociale (santé et invalidité). Ces prestations ont beau rester invisibles parce que considérées comme naturelles ou insuffisantes, elles n'en existent

pas moins. Aussi bien, s'il faut penser indemnisation systématique du consommateur, convient-il de prendre le problème dans sa globalité : le problème est de savoir s'il faut ou non, et comment, compléter ou réformer la Sécurité sociale <sup>56</sup>.

L'argument du sénateur Pierre Fauchon conduit à répondre à deux questions : la non-exonération de l'industriel pour risque de développement conduira-t-elle à un surcroît de sécurité ? La responsabilité ainsi définie peut-elle trouver à s'assurer ?

Pour ce qui concerne la sécurité, il convient tout d'abord de noter que la formulation de l'hypothèse du risque du développement nous situe dans une conjoncture relativement inédite qui ne ressortit plus exactement aux deux grandes philosophies de la responsabilité que nous connaissons depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle : celle de la *prévoyance* et celle de la *prévention*. Il convient tout d'abord d'en prendre conscience.

La figure de la *prévoyance* supporte la formulation des articles 1382-1386 du Code civil tels qu'ils ont été interprétés jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La *prévoyance* est liée à la notion de faute : on ne peut reprocher à quelqu'un que ce qu'il aurait dû savoir. Comme en témoigne la jurisprudence de l'article 1382 du Code civil, on ne peut être tenu pour responsable qu'en fonction d'un certain savoir possible, variable selon les activités et les professions. Le doute ou l'incertitude, le soupçon ne peuvent rendre responsable. Ils sont plutôt imputés soit au cas fortuit, soit à la prudence que chacun se doit dans la conduite de sa vie. La *prévoyance* est la grande vertu du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est elle qui fonde la responsabilité au sens traditionnel du terme, c'est-à-dire l'interdiction de reporter sur un autre la charge de ce qui vous arrive (sauf au cas où cela serait dû à la faute d'un autre). Au XIX<sup>e</sup> siècle, en effet, quand le mot est inventé, « responsabilité » ne désigne pas, comme aujourd'hui, un principe général de report sur un autre de la charge des événements malheureux, mais exactement l'inverse. La *prévoyance* consiste à prendre conscience des risques auxquels on est soumis parce qu'on devra y faire face de sa propre initiative. Le monde de la *prévoyance* est un monde où chacun doit se savoir faible et fragile, soumis à d'incessants coups du sort et revers de fortune ; c'est un monde du cas fortuit et de la force majeure. C'est un monde déséquilibré où l'homme se sait trop souvent vaincu et ne pense guère pouvoir utiliser la science et la technique pour rééquilibrer son rapport à la nature. Il doit plutôt faire appel à la ruse, à son intelligence, au calcul (des probabilités) qui lui enseigne que les accidents n'arrivent pas sans lois et que ces lois sont fondatrices d'associations : l'assurance. Dans le monde de la *prévoyance*, l'homme n'a d'autre ressource que le calcul et la vertu. Face à des accidents qu'on ne sait guère pouvoir prévenir, la seule ressource disponible est d'apprendre à les compenser. Et l'assurance, qui le permet, ne saurait elle-même être rendue obligatoire, l'obligation annulant l'exercice de la vertu de *prévoyance*.

La fin du XIX<sup>e</sup>, le rêve scientifique et le développement de la société industrielle nous inscrivent dans un autre paysage, plus conquérant : celui de la *prévention*.

La prévention (dont le vocabulaire remplace celui de la prévoyance à partir du début du xx<sup>e</sup> siècle) suppose la science, la maîtrise technique, l'idée d'une connaissance possible et d'une mesure objective des risques. Dès lors, le problème n'est plus tant de compenser des pertes inéluctables que de réduire la probabilité de leurs occurrences. Le rêve sécuritaire du xx<sup>e</sup> siècle est lié à cette utopie d'une science capable de toujours mieux maîtriser les risques. Si on ne saurait parvenir à les éliminer, ils auront été suffisamment réduits pour être facilement pris en charge socialement : ces accidents individuels sont la part perdue, nécessaire quoique toujours plus marginalisée, du progrès scientifique et technique. Ce sont des risques spéciaux, anormaux dont il convient de répartir la charge sur la collectivité. Notre concept de la sécurité sociale passe par la prévention, le rêve d'une réduction toujours plus achevée du risque. Ce n'est pas, en tout cas dans son projet, un dispositif destiné à prendre en charge tous les malheurs des hommes. La prévention – qui consiste à réduire la probabilité d'un risque<sup>57</sup> – suppose sa connaissance : on ne peut pas prévenir ce que l'on ne connaît pas, encore moins ce que l'on ne peut pas connaître. La prévention est une attitude qui, en principe, s'appuie sur la confiance dans la science et l'expertise. Elle sous-entend une certaine adéquation du savoir et du pouvoir, l'idée qu'entre savoir et pouvoir il pourrait y avoir coïncidence.

Nous commençons à découvrir la *précaution*. Le terme et la notion ont fait leur apparition, en matière d'environnement, dans le contexte des problèmes de climat (couche d'ozone et effet de serre). La précaution est reconnue comme un principe devant guider la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement par le traité de Maastricht (article 130 R) et figure parmi les dix principes issus du récent sommet de Rio<sup>58</sup>. Le Conseil d'État en a fait une application récente dans l'affaire du sang contaminé<sup>59</sup>. Elle trouve un champ d'application dans le cadre des biotechnologies<sup>60</sup>.

A la différence de la prévention, qui suppose la confiance dans la science, la précaution introduit une certaine forme de défiance à son égard. La formulation récente du principe de précaution est sans doute liée à plusieurs facteurs. Il y a peut-être d'abord la prise de conscience du caractère utopique, relatif et limité de l'attitude de prévention. Nous faisons en effet l'épreuve que nos sociétés, et les individus dans nos sociétés, sont menacés par des risques, qui peuvent être de nature catastrophique, introduits dans l'acte même qui visait à les réduire. La question des accidents médicaux à l'âge de ce que Jean Hamburger a appelé la « révolution thérapeutique » est exemplaire de cette problématique. Quand nos sociétés se découvrent, selon le terme désormais consacré, « vulnérables », elles font l'expérience d'une certaine indissociabilité du bien et du mal, que, selon le paradigme de la prévention, on pensait pouvoir indéfiniment séparer. Nous avons par ailleurs conscience de la relativité des savoirs scientifiques et de la nécessité d'une éthique de la science, et finalement de l'excès de nos pouvoirs sur les savoirs qui pourtant les fondent. La science moderne ne propose plus qu'une connaissance toujours et nécessairement incertaine, comme en témoi-

gnent par exemple la naissance et la prolifération des comités d'éthique. Elle cherche sa propre législation. Elle ne cesse de redouter les effets de son propre développement. L'édification des centrales nucléaires demandait de rigoureuses mesures de prévention. C'était l'œuvre des ingénieurs. Le drame de la transfusion met en échec sinon les savoirs scientifiques, du moins certains modes de rapport que nous entretenons avec eux ; il fait regretter que les responsables aient pu prétendre n'avoir à décider que sur la base de certitudes scientifiques et n'aient pas adopté une attitude de précaution<sup>61</sup>. La précaution commence quand la décision (nécessaire) doit être prise en raison et dans le contexte d'une incertitude scientifique. Non pas donc dans un contexte de certitude, ni même de savoir disponible, mais de doute, de soupçon, de pressentiment, de suspicion, de défiance, de méfiance, de crainte, d'inquiétude<sup>62</sup>. Il y a un risque, il y a nécessairement un risque, on peut toujours le supposer, mais nous n'en avons pas, nous ne pouvons en avoir ni la connaissance ni la mesure. L'hypothèse du risque de développement s'inscrit très exactement dans cette nouvelle figure de la prudence. On a vu, en effet, que, dès lors que l'on prend conscience de l'existence du risque de développement, on ne peut plus plaider que l'industriel devrait mettre en circulation un produit offrant une qualité totale, puisque, par hypothèse, la notion atteste que cela n'est pas possible. La précaution trouve sa condition de possibilité dans une sorte d'hiatus et de décalage entre les exigences de l'action et la certitude des connaissances. Elle s'inscrit dans une nouvelle modalité du rapport du savoir et du pouvoir. L'âge de la précaution est un âge où se reformule l'exigence cartésienne de la nécessité d'un doute méthodique. La précaution relève d'une éthique de la décision nécessaire dans un contexte d'incertitude.

L'attitude de Pierre Fauchon, qui refuse l'exonération de l'industriel pour risque de développement, consiste, sans qu'il s'en rende compte, à faire de la précaution – devoir de prendre en compte les conséquences inconnues de ses actions – un nouveau principe de responsabilité. Tout en oubliant les conséquences éventuelles d'une trop grande précaution. Car la précaution exige sa régulation, exactement comme le Descartes du doute hyperbolique dut se donner une « morale par provision » en attendant de pouvoir asseoir sa conduite sur une certitude retrouvée<sup>63</sup>. En même temps que nous prenons conscience que certaines activités exigent une attitude de précaution, que la précaution se découvre comme un principe de responsabilité, se formule l'exigence d'une législation de la précaution. En effet, la précaution peut être le pire comme le meilleur des principes. L'adage dit : « Dans le doute, abstiens-toi ». Précisément, le risque de la précaution est de conduire à l'inaction. Comme le dit l'adage complémentaire : « Trop de précaution nuit ». Les précautions à prendre dans le cadre d'une société technologiquement développée sont sans doute nécessaires, mais elles doivent rester « raisonnables », à moins de conduire à un tarissement de l'innovation et donc à un changement de société dont personne, semble-t-il, ne veut<sup>64</sup>. Nous vivons dans une société qui se reconnaît les deux

exigences complémentaires de sécurité du consommateur mais aussi du devoir d'innover<sup>65</sup>. Le problème de l'exonération pour risque de développement, qui reste une hypothèse limite, décrit et définit le caractère raisonnable de la précaution exigée pour qu'elle reste compatible avec l'innovation. Plus exactement, la question posée par la notion de risque de développement est celle de la régulation nécessaire du principe de précaution, dès lors que l'on se situe dans le cadre d'une responsabilité objective du producteur<sup>66</sup>.

L'hypothèse du risque de développement, et en particulier le principe de son exonération, met la précaution à l'ordre du jour. Plus exactement, la question du risque de développement et celle de la précaution naissent en même temps, dans la conjoncture d'une société qui découvre les conditions de sa propre vulnérabilité et cherche à y faire face. Il s'agit de la mise à l'ordre du jour d'un nouveau paradigme de la responsabilité. C'est le principe d'innovation caractérisant notre société qui pose le problème du risque de développement. La position du sénateur Fauchon est contradictoire dans la mesure où, impliquant la disparition de l'innovation, elle annule l'hypothèse qui la fonde. La notion de précaution n'a de sens que dans le cadre d'un processus d'innovation. L'une doit aller avec l'autre, et non contre l'autre, de telle manière que l'une élimine l'autre. Elle impose aussi que le législateur lui fournisse le cadre de sa réglementation. On voit donc que les questions posées au législateur par l'introduction de la directive de 1985 sont des questions de principe : convient-il ou non de faire de la précaution un principe de responsabilité ? Et, dans ce cas, comment en réglementer la sanction de telle manière qu'elle reste compatible avec l'innovation ? C'est très précisément le problème posé par la question du risque de développement. Or il faut bien constater que le Parlement français n'en a pas été saisi lors de la discussion de l'automne 1992.

Le sénateur Pierre Fauchon admet lui-même que sa position n'est tenable qu'à condition qu'existe et que fonctionne une assurance de responsabilité des producteurs, et que les risques soient mutualisés. La non-exonération de l'industriel pour risque de développement ne se conçoit que dans la mesure où un dispositif d'assurance prendra en charge l'indemnisation des victimes, sans quoi la thèse conduit inéluctablement à la mise en faillite de l'industriel, et donc à la non-protection finale du consommateur. Devant le Sénat, il a même parlé de la nécessité de rendre l'assurance du risque de développement obligatoire<sup>67</sup>. En effet, il faudrait même parler d'une double obligation d'assurance : obligation pour l'industriel de s'assurer (loi allemande sur la pharmacie), obligation pour les assureurs d'assurer. Mais, précisément, cette obligation est techniquement difficile à réaliser dans la mesure où les assureurs, et leurs réassureurs, ne semblent guère prêts, bien au contraire, à prendre en charge un tel risque, en l'état, inassurable<sup>68</sup>. Ou alors il faudrait une définition légiférée qui en limite l'extension, ce que le projet actuellement en discussion exclut pratiquement. Ce qui, il faut le noter, n'est guère conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la directive communautaire, dont l'économie est ainsi construite qu'elle vise à rendre

praticables les responsabilités édictées : par la limitation à dix ans du délai d'extinction de la responsabilité du producteur (article 11) et la possibilité de fixer des plafonds d'indemnisation (article 16)<sup>69</sup>.

Comment penser la garantie du consommateur dans la mesure où la voie de l'assurance de responsabilité se trouve interdite ? Telle est la question. On peut imaginer deux types de solution : assurantielle et non assurantielle.

La solution non assurantielle passe par la loi et l'impôt. Elle consiste à réagir dès lors que l'état de catastrophe est constaté, selon une démarche comparable à ce qui a été fait par le législateur de décembre 1991 pour le drame de la contamination des hémophiles et des transfusés par le virus du sida. On fait jouer la solidarité nationale comme y invite la Constitution<sup>70</sup>. Cette solution rencontre une limite essentielle : que se passe-t-il dans le cas où le risque n'a pas suffisamment d'ampleur, où il n'émeut pas suffisamment l'opinion pour mériter la qualification de calamité nationale ? Quel sort est alors réservé aux victimes ?

A la différence de l'impôt, qui procède nécessairement par répartition de la charge du sinistre après sa déclaration, les dispositifs d'assurance viseraient, quant à eux, à faire en sorte que la charge du risque éventuel soit provisionnée dès la mise en circulation du produit. On peut en imaginer plusieurs sortes<sup>71</sup> :

- fonds de garantie, ou fonds catastrophe socialisé, alimenté par un impôt ou on ne sait quelles taxes parafiscales, qui viendrait prendre en charge ces situations dès lors qu'elles seraient constatées, avec possibilité de se retourner contre l'éventuel responsable (quant à lui, évidemment, exonéré pour risque de développement). A la différence du dispositif calamité nationale, celui-ci est institué dans la prévision de son éventualité. C'est une manière de socialiser l'activité industrielle, nécessairement mise sous le contrôle du fonds quant aux précautions à prendre ;

- une autre solution consisterait à favoriser la création de pools d'assurance selon les différents types de risques (pharmacie, médecine, biotechnologie, chimie) à l'image du Pharma-Pool allemand<sup>72</sup>. Cette solution passe par la limitation législative du risque à la fois dans le temps et dans son montant. Cela suppose que le législateur pose des règles déterminées de garanties dans le temps et de plafonds d'assurance. Dans cette hypothèse, on solidarise moins le corps social tout entier que les parties prenantes de certaines activités. La charge repose moins sur le consommateur en général que sur le producteur de tel ou tel produit ;

- la couverture du risque de développement pourrait, par ailleurs, s'appuyer sur le modèle de la couverture des catastrophes naturelles : gestion du dispositif par les assureurs, déclaration de l'état de catastrophe par l'État et réassurance par la Caisse centrale de réassurance. On peut penser en effet que l'hypothèse du risque de développement place face à des réalités où il n'y a guère de sens à vouloir opposer l'État et l'assurance, mais tout intérêt à viser la complémentarité des métiers ;

- une dernière solution consiste à encourager le développement d'assurances

indemnitaires personnelles, assurances susceptibles de prendre en charge, dans certaines limites, toutes les situations de catastrophes, définies alors comme « catastrophes individuelles »<sup>73</sup>. Cette solution correspond à la prise de conscience que, comme consommateurs, nous vivons dans une société risquée, dont nous ne pouvons prétendre tirer les avantages sans avoir à prendre en considération les charges (qui, dans le monde de vulnérabilité qui est devenu le nôtre, ne peuvent plus être considérées comme anormales).

L'hypothèse du risque de développement oblige à penser de nouveaux dispositifs d'assurance, à partir de l'hypothèse de la catastrophe et non de l'accident. Mais rien dans le débat parlementaire ne témoigne qu'on ait pris cette dimension du problème en considération. Il faut donc constater la caducité d'un débat parlementaire qui a créé de nouvelles responsabilités sans prendre en compte les conditions de leur praticabilité<sup>74</sup>.

La position du sénateur Pierre Fauchon a sa cohérence : s'il plaide pour le refus de l'exonération pour risque de développement, c'est qu'il rêve d'un dispositif de protection du consommateur qui fasse l'économie des procès et des problèmes de preuve, tout en offrant, par le biais de la responsabilité la plus stricte du producteur, une couverture automatique du consommateur. En fait, le sénateur Pierre Fauchon rêve d'une sorte de Sécurité sociale produits, d'une Sécurité sociale du consommateur, d'une Sécurité sociale qui ne serait plus liée au fait du travail, mais au fait de la consommation. Cela peut se soutenir. Mais il faut noter que, bien loin que cela laisse intacts les dispositifs de responsabilité et d'indemnisation existants, cela suppose au contraire une réforme de la procédure d'indemnisation, l'institution d'un nouveau principe de responsabilité et la création de nouveaux dispositifs d'assurance, à la limite la réforme de la Sécurité sociale. Aucune de ces questions n'a en fait été abordée par le législateur, et cela parce qu'en raison même d'une argumentation comme celle de Pierre Fauchon la question posée par le risque de développement a été pratiquement escamotée.

S'il y a un problème du risque de développement, et plus exactement de la définition de la responsabilité pour produits défectueux, ce n'est pas que les industriels cherchent à revenir sur les avantages acquis aux consommateurs, c'est que nos sociétés prennent conscience que l'innovation technologique et scientifique à laquelle elles confient leur bien-être les confronte à des risques nouveaux et graves. L'hypothèse du risque de développement correspond à la prise de conscience récente de l'ambiguïté de nos techniques et de la vulnérabilité de nos sociétés. Elle nous place face à l'hypothèse inédite d'une transformation dans le temps du bien en mal, à la potentialité d'être les auteurs innocents de catastrophes. Ou, plus exactement, elle repose la question de l'innocence et de la culpabilité. Ces catastrophes, ces « souffrances imméritées », quelquefois très lourdes, demandent à être secourues et indemnisées, et cela au-delà de ce que dispense la Sécurité sociale. Le problème est toujours difficile à résoudre quand la catastrophe est réalisée (cas de l'hépatite C). D'où l'idée de prévoir un

dispositif d'accompagnement de l'innovation dont on sait désormais, en raison de l'évolution des sciences, qu'il pourra toujours faire apparaître que là où tant d'espoirs avaient été placés se trouvaient les causes mêmes d'un malheur plus grand. Et le problème est d'imaginer un dispositif tel qu'il permette l'innovation, c'est-à-dire la prise de risque, évidemment rigoureusement contrôlée tout en garantissant les victimes éventuelles. Cette nouvelle réalité et les problèmes qu'elle pose placent dans une configuration nouvelle les problèmes de responsabilité et les problèmes d'indemnisation. La question du risque de développement témoigne d'une nouvelle conjoncture qui attend les principes de sa régulation. A travers la question du risque de développement, l'attitude de la société à l'égard de l'innovation technologique et scientifique est, à nouveau, posée. Le débat sur le risque de développement n'offre pas seulement un terrain favorable à l'affrontement des intérêts des industriels et des consommateurs, il pose aussi des questions philosophiques plus générales : la définition d'un schéma de la responsabilité pour le *xx<sup>e</sup>* siècle.

La position adoptée par le sénateur Pierre Fauchon n'aborde pas ces problèmes ; elle les évite. Il s'agit d'une attitude de dénégation. Pour Pierre Fauchon, la notion de risque de développement est une notion illusoire, dont il méconnaît la réalité. La société industrielle secrète, en permanence, ses ennemis. Ils ne sont pas, ils ne sont plus nécessairement là où on les attendait. La thèse de la non-exonération de l'industriel pour risque de développement n'est pas sans impliquer certains jugements de valeur quant à la société au sein de laquelle nous vivons. Elle a une portée « révolutionnaire » quant à sa légitimité, critique qui s'appuie sur la protection du consommateur. Mais, du même coup, au nom de sa sécurité, le consommateur se trouve privé des avantages de la société industrielle au sein de laquelle il vit. Finalement, la notion de risque de développement conduit à condamner le principe même de l'innovation et une société qui l'encourage, en raison des risques de l'innovation. De ce point de vue, la thèse de Pierre Fauchon n'est pas si éloignée des thèses de l'« écologie profonde » et de ceux qui voudraient revenir sur la décision « originale » qui nous a engagés dans une société de la science et de la technique. Il s'agit là d'une attaque latérale, qui, parce qu'elle se prévaut de la protection du consommateur, peut paraître plus légitime ou moins « révolutionnaire » que les critiques marxistes ; elle n'est pourtant pas de nature si différente, dans ses effets du moins. Pierre Fauchon peut vouloir entraîner les consommateurs dans le mouvement d'Antoine Waechter, mais leur a-t-il seulement demandé leur avis ? A travers la question du risque de développement se trouve à nouveau posée la question de notre acceptation d'une société industrielle. C'est une manière renouvelée de la mettre en accusation, et cela par une pénalisation incommensurable de l'industriel. Ce n'est pas la première fois que la société industrielle se trouve ainsi mise en question : au *xix<sup>e</sup>*, ce fut à travers les questions sociales, et, en particulier, celle des accidents du travail. Aujourd'hui, c'est à travers les problèmes d'environnement et de consommation.

Les termes de la difficulté sont clairs : protéger le consommateur en imposant une sécurité absolue au producteur revient à supprimer, pour le consommateur, l'avantage de l'innovation. En matière de santé, on préférera ne plus transfuser plutôt que de guérir ; on préférera ne pas mettre en circulation tel ou tel médicament, susceptible de procurer des gains de santé appréciables, au motif que des effets secondaires pourraient se révéler ultérieurement. La position du sénateur Pierre Fauchon conduit à sacrifier l'innovation à la sécurité. Faux avantage, marché de dupes qui, parce qu'il élimine le produit, élimine aussi le danger. Le sénateur Pierre Fauchon peut penser que la thèse qu'il défend concilie sécurité et innovation. En fait, elle sacrifie l'une à l'autre. Tel est précisément le problème posé au législateur français, après ses collègues européens : comment penser sécurité et innovation dans la société technologique qui est la nôtre ? La démonstration précédente montre que cela ne peut pas s'accompagner de l'extension de solutions toutes faites, mais qu'elles sont à imaginer. En d'autres mots, face à un problème neuf, dont nous commençons seulement à découvrir l'ampleur et la nature, face à un problème qui ne pouvait guère se poser au XIX<sup>e</sup> siècle, il appartient au législateur français de faire face dans l'inédit. Nous sommes à un tournant.

Les philosophes du contrat social expliquent que la vie en société commence quand les hommes préfèrent la sécurité à la liberté. Mais ils précisent – et c'est tout le problème – que cette préférence ne doit pas aller jusqu'au sacrifice de la liberté. Tout l'effort des Hobbes, Locke ou Rousseau fut de chercher à déterminer à quelles conditions sécurité et liberté restaient compatibles. Pour chaque société, en fonction de son économie, de son système de valeurs, de sa sociologie, un nouvel équilibre entre sécurité et liberté doit être trouvé.

Le droit social, les politiques sociales, qui ont dominé notre siècle, ont cherché à définir cet équilibre en fonction d'un certain état du développement de la société industrielle. Aussi bien, les risques essentiellement perçus étaient ceux du travail et de la suspension du travail : accident, maladie, vieillesse. Dans son aspect politique, l'industrie était considérée comme productrice de richesses, et le problème était d'organiser une répartition égalitaire de ces richesses. Nos systèmes de sécurité sociale ont su organiser cet équilibre. Aujourd'hui, c'est la sécurité du consommateur qui justifie ou tend à justifier le sacrifice de la liberté. Nous sommes sans doute moins soucieux des problèmes d'égalité et de répartition, et plus des problèmes de sécurité des produits. La question des dangers, des accidents, des catastrophes a pris la place dans nos préoccupations de celle des conditions d'existence.

Cette nouvelle perception des risques, ces nouveaux besoins appellent une redéfinition des termes du contrat social, des rapports entre sécurité (du consommateur) et liberté (d'entreprendre). Reste à définir les droits et les obligations de chacun dans cette société industrielle développée, dans cette société de la vulnérabilité, où chacun doit prendre conscience que les avantages qu'il en tire ne peuvent être dissociés de la prise de certains risques. Les

mécanismes juridiques de la responsabilité sont des mécanismes de transfert de risques : il n'est pas sûr qu'il soit juste que chacun puisse seulement tirer parti des avantages que lui offre la société moderne tout en ayant la possibilité de systématiquement rejeter sur un autre la charge des désavantages susceptibles d'être associés aux avantages consommés. Sans doute les obligations du producteur n'ont-elles cessé d'être mieux précisées et étendues. Mais quels sont, quels doivent être en échange les devoirs du consommateur ? Dans toutes ces situations où le consommateur va, dans sa détresse, faire appel au secours d'un autre, sait-il, sait-on toujours bien quel est son titre à lui demander son argent ? Si, dans la société contemporaine, les responsabilités du producteur demandent à être redéfinies, les devoirs et les charges du consommateur n'ont-ils pas, corrélativement, à être reformulés ?

La question du risque de développement est d'une redoutable gravité dans ses conséquences, mais aussi dans son principe : il ne s'agit de rien de moins que d'une nouvelle étape dans la prise de conscience de ce qu'est sinon une société industrielle, du moins une société technologique avancée. Mais, comme l'étape précédente a donné naissance, et cela en particulier dans l'enceinte parlementaire, à une philosophie inédite – la solidarité – et à des solutions techniques nouvelles – les assurances sociales –, on pourrait attendre que notre Parlement, fier de ses traditions, s'attache à élaborer le cadre général, ainsi que les dispositifs, de solutions qui décideront de l'avenir de notre société au... XXI<sup>e</sup> siècle ■

\*  
\* \*

## ANNEXES

1. Pierre Fauchon, Sénat, 9 décembre 1992, J.O., 10 décembre 1992, p. 3816-3818.

**M. Pierre Fauchon :** La question de la prise en compte des risques de développement est assez grave philosophiquement, sinon pratiquement. En effet, je ne suis pas sûr que, dans la pratique, elle ait toutes les conséquences que l'on croit.

L'idée, qui contient apparemment en soi sa propre justification, consiste à dire que, si le risque d'un produit vient d'une circonstance que les connaissances du producteur ne lui permettaient pas de connaître à l'époque où il a mis le produit sur le marché, cette ignorance de sa part constitue ce que l'on appelle le « risque de développement » et qu'il est, dès lors, raisonnable de l'exonérer des conséquences de ce risque.

Ainsi énoncé, il faut bien le reconnaître, le raisonnement paraît légitime. Cependant, après réflexion, on aboutit à une conclusion profondément différente.

J'observe tout d'abord qu'il s'agit bien, monsieur le Garde des Sceaux, d'un bouleversement dans notre système juridique.

Je maintiens en effet, jusqu'à preuve du contraire, que, en matière de responsabilité contractuelle et de droit de la vente – donc de vices cachés, comme en matière de responsabilité extracontractuelle –, il s'agit là, le plus souvent, de l'article 1384 et de l'analyse très fine à laquelle il a donné lieu – la jurisprudence française n'a jamais, à ma connaissance, admis, ni formellement ni même d'une manière implicite (et je suis prêt à prendre en considération toute jurisprudence qui me serait communiquée) le risque de développement.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, on admet depuis très longtemps – c'est fixé dans notre droit depuis très longtemps – que le producteur connaît son produit et qu'il en garantit les vices cachés même s'ils sont ignorés de lui ; c'est comme ça depuis les Romains !

Cette présomption de responsabilité, qui était une présomption simple il y a encore vingt-cinq ou trente ans, a été transformée par la Cour de cassation en présomption absolue, irréfragable. On ne peut pas renverser cette présomption. La question de savoir si le producteur pouvait ou ne pouvait pas connaître le vice de son produit est une question qui ne se pose pratiquement plus.

Il a été fait état d'une jurisprudence où, à propos de médicaments, la Cour de cassation a exonéré le producteur ; on a assimilé cette exonération à une circonstance de risque de développement.

Cette interprétation me paraît erronée, car, en l'espèce, c'était la combinaison de deux médicaments qui avait créé un risque : le risque tenait non à la constitution de chacun des médicaments, qui était normale, mais à leur association. Dans ces conditions, la responsabilité du producteur ne pouvait être en cause.

Nous le savons bien, il existe de nombreuses incompatibilités entre des médicaments. C'était donc, dans ce cas, la responsabilité du médecin qui, en raison d'une erreur de prescription, pouvait être invoquée, à moins que la combinaison des deux médicaments n'ait résulté d'une automédication, ce qui arrive fréquemment, hélas !

En tout cas, cette jurisprudence n'est pas probante. Elle ne tranche pas la question du risque de développement.

J'ai invité mes contradicteurs à m'opposer sur ce thème une jurisprudence qui soit convaincante. Elle ne m'est pas encore parvenue ! J'affirme donc que notre droit n'admet pas cette exonération et que son introduction non seulement bouleverserait notre système juridique, mais abaisserait incontestablement le niveau de protection des victimes.

De ce point de vue, il n'y a pas équivalence. En effet, il est évident que, si nous introduisons cette notion dans notre droit, quand ce ne serait que dans le cadre du présent type de responsabilité, se produiraient des effets de contagion.

En quoi un juriste serait-il empêché de dire qu'il y a dans le Code civil un article qui exonère pour risque de développement et qu'il n'existe pas de cloison étanche entre les dispositions du Code civil ? Autrement dit, que ce soit en application de l'article 1384 ou en application des articles 1641 et suivants, l'exonération pour risque de développement pourra être invoquée. On ouvrira ainsi un contentieux qui s'étalera, l'expérience l'a montré – je pense, notamment, à l'arrêt Jan-d'heur –, sur une trentaine d'années !

Cela n'est pas acceptable sur le plan de la protection.

J'ouvre ici une parenthèse. Il ne s'agit pas, dans cette affaire, de la protection des consommateurs ; nous ne nous situons pas au niveau du panier de la ménagère. Dans les cas que nous visons, les victimes peuvent être, certes, les acheteurs du produit, et nous pouvons alors recourir au vocabulaire traditionnel du consumérisme.

Mais les victimes peuvent aussi être n'importe quel tiers.

Si l'on consomme en famille ou avec des amis un produit alimentaire qui n'est pas sain et qui provoque des maladies – et, dans le domaine de la nutrition, on est loin d'avoir tout vu ! –, l'acheteur du produit n'est pas la seule victime.

De même, si des pneus mal fabriqués provoquent des accidents sur la route, la personne qui a acheté le pneu ne sera pas la seule victime : il y aura aussi, éventuellement, les personnes transportées, d'autres usagers de la route.

Il s'agit donc non d'un problème de consommateur mais d'une affaire de sécurité publique.

Nous disposons aujourd'hui d'un système qui fonctionne convenablement, qui n'est pas

véritablement critiqué, qui n'a pas, en lui-même, nui à la capacité d'innovation de nos entreprises ni au développement de nos compagnies d'assurances.

Nous recevons des courriers qui nous mettent en garde : - Si vous n'admettez pas ce risque de développement qui n'existait pas auparavant, l'innovation, en France, va être gênée, la concurrence des produits étrangers – cela me paraît d'ailleurs paradoxal – va devenir plus dangereuse et il y aura des problèmes en matière d'assurance. -

Vous avez bien voulu, monsieur le Garde des Sceaux, évoquer mon expérience de ce genre d'affaires. Voilà quinze ans, je participais déjà à des délibérations sur ce sujet. A l'époque, tant à Bruxelles que Place Vendôme, on me disait que le prix à payer pour n'avoir pas fait adopter cette exonération pour risque de développement serait le ralentissement de l'innovation en France. Or, depuis, autant que je sache, l'innovation s'est poursuivie. Notre pays innove même autant, voire plus et mieux que d'autres.

Il est un pays qui se prête à la comparaison, dans la mesure où il semble que l'exonération pour risque de développement y soit appliquée – encore que, en matière de comparaisons internationales, les jurisprudences causent parfois bien des surprises –, c'est la Grande-Bretagne. Qu'on me permette de poser cette question : dans les années qui viennent de s'écouler, apparaît-il que l'industrie britannique ait été plus ou moins innovante que l'industrie française ? Nous le savons, la Grande-Bretagne est, en fait, en voie de désindustrialisation.

**M. Emmanuel Hammel** : Pas dans tous les secteurs !

**M. Pierre Fauchon**, rapporteur : Mon cher collègue, je vous rappelle que le taux de croissance de la production britannique est inférieur à zéro depuis plusieurs années !

Les économistes s'accordent, du reste, à considérer que ce pays est en voie de désindustrialisation.

Il semble donc qu'on ne puisse établir aucune relation – et l'exemple de la Grande-Bretagne conduirait même à envisager plutôt l'existence d'une relation inverse – entre la prise en compte du risque de développement et l'innovation.

Je voudrais maintenant mettre l'accent sur les difficultés d'application pratique auxquelles se heurterait l'introduction de ce mécanisme dans notre droit. Ces difficultés seraient à la fois inextricables techniquement et insupportables moralement.

Tout d'abord, il convient de souligner que la connaissance scientifique n'est pas un processus simple. Dans ce domaine, on ne parvient jamais à un degré de certitude absolue.

Quand sont créés de nouveaux produits ou matériaux, on peut éventuellement pressentir un danger. Si des accidents surviennent, qui servent en quelque sorte d'avertisseurs, on procède à des vérifications, et le doute demeure quelque temps avant que l'on aboutisse finalement à une relative clarté.

La complexité apparaît encore plus grande si l'on veut bien considérer que la recherche n'est pas une sorte de domaine public auquel tout le monde aurait accès : ce n'est pas la Bibliothèque nationale, où chacun peut aller consulter les livres qui l'intéressent ! La recherche est généralement le fait de producteurs qui s'y livrent pour leur propre compte.

Les résultats sont donc couverts par le secret professionnel, de sorte qu'il est en réalité très difficile, sauf pour les bureaux d'études des firmes concernées, de savoir quel est le degré de connaissance qui a été atteint.

Dès lors se pose la question suivante : à quel degré de connaissance scientifique faut-il se référer ? Quel est, en l'occurrence, le niveau pertinent ? Est-ce celui de la firme ? Est-ce celui de la communauté scientifique nationale, voire internationale ? Est-ce tel congrès de savants, réuni à Bordeaux ou à Chicago, ayant traité de tel ou tel problème qui peut mettre fin à l'insécurité scientifique - ?

Mes chers collègues, je vous laisse imaginer le contentieux qui pourrait être ainsi ouvert !

Je le sais, monsieur le Garde des Sceaux, vous expliquez que c'est aux professionnels qu'il

appartient d'apporter la preuve. Mais il s'agit, en l'espèce, de faire la preuve d'un fait négatif : il faut prouver que les connaissances scientifiques ne permettaient pas de savoir. Or on ne peut faire la preuve d'un fait négatif ! Aucun d'entre nous ne peut prouver qu'il n'a pas fait, dans la journée d'hier, un chèque sans provision !

Les praticiens le savent bien, quand quelqu'un doit faire la preuve d'un fait négatif, cela signifie en réalité que l'autre partie se trouve obligée de faire la preuve contraire. Dans les cas ici visés, ce sera donc à la victime de prouver, par des moyens nécessairement très difficiles à obtenir pour elle, compte tenu de la confidentialité dont j'ai parlé tout à l'heure, que le producteur était en mesure de savoir.

J'en viens aux difficultés d'ordre moral que rencontrera l'application de cette disposition.

La Commission des lois a été très sensible à l'exemple de l'affaire du sang contaminé. Sur ce point, la jurisprudence est fixée : le sang contaminé est un produit dangereux.

Si ce texte avait été voté il y a deux ou trois ans – peut-être aurait-il dû en être ainsi, d'ailleurs –, comment aurions-nous réagi ? Aurions-nous estimé que le danger du sang contaminé n'était apparu que progressivement, dans les années 1983, 1984 et 1985, et que, dans ces conditions, les victimes contaminées avant 1983, quand le danger était inconnu, ne seraient pas indemnisées ? Aurions-nous dit : - Tant pis pour elles ! C'est un risque de développement - ? Aurait-il été acceptable que, dans le même temps, les personnes contaminées lorsque le risque était connu avec certitude soient indemnisées ? Et je ne vois quel sort aurait, en outre, été réservé aux victimes de la période intermédiaire !

Je constate que personne n'ose sérieusement proposer de telles solutions, qui ont quelque chose de barbare, c'est le moins que l'on puisse dire.

Autant que je sache, selon le texte relatif à l'indemnisation de ces victimes, qui a été voté alors que je ne siégeais pas dans cette assemblée, hélas pour moi !...

**M. Emmanuel Hammel** : Et pour nous, donc ! (*Sourires.*)

**M. Pierre Fauchon, rapporteur** : ... toutes les victimes sont indemnisées, celles de la première heure Dieu merci ! comme celles de la période plus récente.

Un tel exemple prouve que, pratiquement, on ne pourra appliquer les dispositions prévues, d'autant que, par ailleurs, elles sont moralement insupportables.

Il faut avoir présent à l'esprit que le risque de développement ne concerne pas un cas isolé – il ne s'agit pas d'un défaut de fabrication qui touche un produit ou une série fabriquée pendant une journée ou une demi-journée –, mais qu'il se trouve en germe dans la conception du produit. De ce fait, les sinistres seront répétés, ils interviendront un peu partout et l'on finira par découvrir l'ensemble du problème.

Moralement, je ne vois pas comment on pourrait répondre aux premières victimes : - Tant pis pour vous ! Vous avez servi de cobayes. -

Je conclurai mon propos sur cette question en disant que nous sommes pratiquement en présence d'un choix de société.

L'innovation n'a pas fini de nous causer des surprises. Pour l'instant, nous en sommes aux surprises médicales ; demain, c'est le domaine nutritionnel qui nous en réservera ; nous en aurons sûrement relativement aux jouets, qui sont de plus en plus sophistiqués et porteurs de dangers. Attendons-nous donc à de nouvelles surprises, car il est logique que notre économie progresse et innove.

Face à cette innovation et aux risques qu'elle comporte, deux possibilités s'offrent à nous.

La première consiste à exclure les premières victimes de l'indemnisation, à les considérer, en quelque sorte, comme des cobayes, des avertisseurs, grâce auxquels les victimes suivantes pourront être indemnisées, puisque l'on ne pourra plus invoquer les risques de développement, le danger étant alors connu. Cette conception me paraît relever d'un singulier cynisme !

La deuxième possibilité consiste à faire appel à un système qui existe depuis des dizaines

d'années, tant en France que dans le reste du monde. Il s'agit de l'assurance qui couvre les risques de développement.

On a beaucoup innové, en France, depuis la dernière guerre. L'innovation que nous connaissons actuellement est du même type que celle qui s'est développée pendant ce que l'on appelle les - trente glorieuses -. Pendant toute cette période et jusqu'à maintenant, on a innové, et les assurances ont couvert les risques.

Votre rapporteur a reçu des assureurs. Ils lui ont fait valoir la difficulté qu'il y aurait à couvrir ces risques. En fait, ils les couvrent déjà. Pourquoi, dès lors, cesseraient-ils de les couvrir demain ?

Si les risques devaient se multiplier dans les années à venir, comme cela s'est produit pour l'automobile, serait-il vraiment possible de dire : - Tant pis pour les premières victimes ! - Non ! Je pense que l'on en viendra à l'assurance obligatoire pour risques de développement.

Une telle solution est déjà ébauchée en Allemagne s'agissant des produits pharmaceutiques : un système à deux niveaux, fondé sur l'importance plus ou moins grande des sommes engagées et comprenant un mécanisme de réassurance, a été institué. Ainsi, le dispositif - Pharma-Pool - fonctionne et, que je sache, il n'entrave pas l'économie allemande, généralement citée comme l'une des plus performantes et des plus innovantes des économies !

Par ailleurs, ne dramatisons pas : il s'agit non de la responsabilité pénale du producteur, mais de sa responsabilité civile.

En tout état de cause, il me semblerait bon que tous les produits soient majorés de la somme nécessaire à l'acquittement des frais d'assurances – ils s'élèvent à 1 % ou à 2 % –, que la justice soit la même pour tous, et que toutes les victimes, quelle que soit l'époque où est intervenu le sinistre, soient indemnisées.

**M. le Président** : Mon cher collègue, le temps réglementaire attribué à un rapporteur est de vingt minutes. Comme c'est la première fois que vous prenez la parole, il m'a semblé normal de faire preuve d'une grande tolérance à votre égard.

Toutefois, puis-je vous demander maintenant de conclure ?

**M. Pierre Fauchon, rapporteur** : Je vais effectivement conclure, monsieur le président, en vous priant de m'excuser de m'être ainsi laissé quelque peu entraîner par le débat, mais le temps qui me sera nécessaire pour défendre les amendements de la commission au cours de la discussion des articles en sera réduit d'autant.

L'autre point qui nous oppose au gouvernement et à l'Assemblée nationale concerne, d'une part, le délai d'extinction de la responsabilité du producteur, fixé à dix ans à compter de la mise en circulation du produit, et, d'autre part, le délai de prescription de l'action en responsabilité, fixé à trois ans.

La Commission des lois estime que ces délais risquaient également de s'étendre par contagion aux autres formes de responsabilité. Elle s'est montrée particulièrement sensible au problème grave – beaucoup plus discret, certes, mais d'autant plus effrayant – que pose le médicament appelé dystilbène, dont les effets se font sentir sur la génération suivante parfois trente ans après l'absorption du médicament par la mère de la victime.

Compte tenu de ce risque et pour éviter une confusion entre les différents secteurs de notre système de responsabilité, la Commission des lois a cru devoir écarter purement et simplement les articles précisant ces délais de responsabilité et ces délais de prescription, préférant que l'on s'en tienne tout simplement aux dispositions actuelles de notre Code civil.

**M. Emmanuel Hammel** : Très bien !

**M. Pierre Fauchon, rapporteur** : Telles sont les raisons pour lesquelles la Commission des lois vous propose, mes chers collègues, d'adopter le projet de loi assorti des modifications qu'elle vous soumet. (*Applaudissements sur les travées de l'union centriste, du RPR, de l'UREI, ainsi que sur certaines travées du RDE.*)

\*  
\* \*

2. Pierre Fauchon, Sénat, Rapport au nom de la Commission des lois, 18 novembre 1992, p. 9-11 et 19-20.

Enfin, votre Commission des lois vous propose de nouvelles solutions pour deux dispositions essentielles, afin de ne pas remettre en cause le système jurisprudentiel actuel : l'exonération du producteur pour les risques de développement ; les délais d'extinction de la responsabilité du producteur et de prescription de l'action en responsabilité.

En premier lieu, elle vous suggère de supprimer l'exonération du producteur pour les risques de développement, que vous aviez acceptée lors de la première lecture et qui a fait l'objet d'un débat souvent passionné depuis l'élaboration de la directive.

Le rapporteur a fait valoir qu'une telle cause d'exonération, qui semble avoir été transposée, théoriquement du moins, par les autres États membres à l'exception du Luxembourg, n'était pas reconnue en droit français et que son examen méritait, en conséquence, une attention particulière.

D'une part, bien que le droit français actuel n'admette pas cette cause d'exonération, cette situation n'a pas semblé soulever de difficultés particulières et n'a, notamment, pas entravé la recherche et l'innovation ni empêché la couverture de leurs risques par l'assurance. Ce qui incite à dépassionner le débat.

L'Assemblée nationale, en prévoyant la superposition des régimes de responsabilité, a d'ailleurs permis que, pendant la période de dix ans qui suit la mise en circulation du produit, cette cause d'exonération ne joue pas sur le fondement des régimes de responsabilité autres que celui institué par la directive.

D'autre part, la transposition de la directive en droit interne ne doit pas avoir pour effet d'abaisser le niveau de protection des consommateurs.

C'est ce que précise expressément l'article 13 de la directive, qui préserve les droits de la victime au titre des régimes de responsabilité existants dans les États membres.

En outre, l'application de cette cause d'exonération soulèverait des difficultés d'application inextricables et insupportables moralement.

Sur le plan technique, il sera difficile de déterminer dans quelle mesure le producteur aura eu les connaissances suffisantes pour prévenir le défaut du produit alors que les recherches effectuées par lui relèvent du secret professionnel.

Une autre difficulté résidera dans la définition des connaissances auxquelles se référer : celles de la firme, de caractère confidentiel et donc difficiles à explorer ? Celles de la recherche publique nationale ? Ou internationale ?

Enfin, la détermination du degré de certitude scientifique à partir duquel l'exonération ne pourra plus jouer sera elle-même fort malaisée, comme l'affaire du sang contaminé l'atteste.

La pénible affaire de la contamination par des produits sanguins met en outre cruellement en évidence la difficulté d'exonérer le producteur, combien même sa connaissance scientifique et technique n'aurait pas été parfaite.

Personne n'a imaginé de traiter différemment les victimes selon la date de contamination, par rapport à la découverte scientifique du danger, elle-même progressive.

Enfin, si les craintes exprimées en ce qui concerne le caractère assurable du risque méritent d'être prises en considération, elles ne paraissent pas de nature à justifier cette cause d'exonération.

En effet, le système d'assurance dont le rôle est de couvrir la responsabilité civile du producteur pour les dommages occasionnés aux tiers par le produit défectueux prend en charge actuellement le risque de développement.

La comparaison avec les problèmes rencontrés dans certains pays étrangers, notamment les États-Unis, ne paraît pas significative en raison des très grandes différences séparant notre régime juridique du système américain.

Par ailleurs, dans certains secteurs, tels que la pharmacie ou la nutrition, l'enjeu touchant à la santé rend difficilement envisageable un système d'irresponsabilité.

La couverture des grands risques, s'il le faut, provoquera une adaptation des dispositifs - assurantiels -.

On relèvera à cet égard la mise en place, en Allemagne, du dispositif - Pharma-Pool -, à la suite d'une loi de 1976 sur la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques.

La loi allemande édicte une responsabilité sans faute plafonnée à 200 millions de deutsche Mark par produit et à 500 000 par victime ainsi qu'une obligation d'assurance.

Jusqu'à 10 millions de deutsche Mark, le risque est couvert par un assureur allemand. La tranche de 10 à 200 millions est prise en charge par Pharma-Pool, qui regroupe des assureurs européens et qui est intervenu dans le cadre des indemnisations liées au sida.

En second lieu, s'agissant du délai d'extinction de la responsabilité du producteur, fixé à dix ans à compter de la mise en circulation du produit, et du délai de prescription de l'action en responsabilité, fixé à trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur, votre commission considère que de tels délais constitueraient une dérogation injustifiée aux règles du droit commun français.

L'article 2270.1 du Code civil prévoit, en effet, que les actions en responsabilité civile extra-contractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

Votre commission, jugeant nécessaire de s'en tenir à cette règle de droit commun, vous propose, en conséquence, de supprimer les délais prévus par le projet de loi.

Elle vous demande d'adopter le projet de loi ainsi modifié.

Pour les raisons développées dans l'exposé général du présent rapport, votre commission vous propose, en outre, par un amendement, de supprimer la quatrième cause d'exonération (4<sup>o</sup>) prévue par le présent article, lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où le producteur a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler le défaut.

En admettant, à l'article 1386.17 ci-dessous, la superposition des régimes de responsabilité, l'Assemblée nationale a d'ailleurs admis que cette cause d'exonération ne s'appliquerait pas, dès lors que l'action serait fondée sur un régime de responsabilité autre que celui de la directive.

Cette exonération des risques de - développement - n'est, en effet, pas reconnue en droit français actuel, même si la jurisprudence a admis, en matière de médicaments, que le producteur n'était pas responsable au cas où le dommage n'était pas imputable à un vice de la chose mais à un danger dont il pouvait ne pas avoir connaissance, en l'espèce une contre-indication liée à la combinaison de deux médicaments (Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 8 avril 1986).

Son insertion dans le nouveau régime de responsabilité entraînerait donc une réduction des droits des victimes, contrairement à ce que prévoit expressément l'article 13 de la directive, et pourrait inciter la jurisprudence à étendre l'exonération aux régimes de responsabilité existants.

En outre, l'application de cette cause d'exonération soulèverait des difficultés techniques considérables.

Par ailleurs, il serait très contestable d'écarter la réparation des dommages subis, combien même les connaissances scientifiques et techniques du producteur n'auraient pas été parfaites.

Enfin, ce risque, déjà assuré dans le cadre du droit actuel, pourra continuer à l'être dans le cadre du nouveau régime de responsabilité.

L'exemple allemand du Pharma-Pool met en évidence que, si nécessaire, une adaptation des dispositifs assurantiels peut être réalisée.

Enfin, l'Assemblée nationale a précisé que le producteur pourrait également s'exonérer en prouvant que le défaut résulte de la conformité du produit avec des règles législatives ou réglementaires d'ordre public (5°).

Suivant ainsi l'article 7 de la directive, l'article 1386.9 du projet initial prévoyait l'exonération de la responsabilité du producteur lorsque le défaut serait dû au respect de règles impératives émanant des pouvoirs publics.

En première lecture, le Sénat avait suivi sa Commission des lois, qui lui avait suggéré de supprimer cette cause d'exonération à l'article 1386.9, mais il n'avait pas réintégré celle-ci à l'article 1387.10.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale répare donc cette lacune, mais il paraît plus restrictif que la directive dans la mesure où il existe des règles impératives qui n'ont pas un caractère d'ordre public.

Votre commission vous propose, par un amendement, de viser les règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

Votre commission vous demande d'adopter cet article ainsi modifié ■

#### Notes :

1. - *Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit. Notons que le principe de la responsabilité objective du producteur, désormais communément admis, ne va pas de soi. C'est une invention jurisprudentielle récente. Elle date du début des années 70. Nous n'en discuterons pas ici, dans la mesure où nous ne traitons que de la question du risque de développement, qui, elle, ne se pose que dans la juridiction de ce principe.*
2. *On verra d'ailleurs qu'il n'y a pas de sens à être responsable pour « risque de développement ».*
3. Yves Monmoton, Philippe Altmeyerbenzien, « Les risques de développement », *Scor notes, Responsabilité civile et innovation*, janvier 1991, p. 16-17.
4. *A l'exception du Luxembourg.*
5. *Article 1386.10, § 4.*
6. *Article 1386.13 : « la responsabilité du producteur est engagée dans les conditions du présent titre s'il n'est établi pas, en présence d'un défaut ou d'un danger qui s'est révélé dans le délai de dix ans après la mise en circulation du produit, qu'il a pris les dispositions propres à prévenir les conséquences dommageables, notamment par l'information ».*
7. *Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 janvier 1993.*
8. *A l'exception de Mme Muguette Jacquaint (communiste) à l'Assemblée nationale, Pierre Fauchon a été le seul parlementaire à véritablement argumenter contre l'exonération de l'industriel pour risque de développement. Cf Pierre Fauchon, « Rapport au nom de la Commission des lois », 18 novembre 1992, Sénat, n° 51, p. 9-11 et 18-20 ; Pierre Fauchon, Sénat, 9 décembre 1992, « Journal officiel », 10 décembre 1992, p. 3816-3818.*
9. *Cf, en annexe, les textes du « Journal officiel » et du rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat et reproduisant l'argumentation de Pierre Fauchon.*
10. *Pierre Fauchon, Sénat, 9 décembre 1992, « Journal officiel », 10 décembre 1992, p. 3816. Dans une note confidentielle intitulée « Le risque de développement et le droit français », Pierre Fauchon écrit (p. 1) : « La législation, non plus que la jurisprudence française, ne semble pas avoir jamais admis que le risque de développement puisse constituer une cause exonératoire de responsabilité pour le fournisseur du produit ».*
11. *Ce n'est pas pour rien si Pierre Fauchon ne cite comme seul exemple de risque de développement le drame de la transfusion. Il ne s'agit pas de dire qu'il a fallu attendre le drame de la transfusion pour qu'on découvre le problème (le souvenir des victimes de la thalidomide reste dans les mémoires) ; mais ce n'est qu'à cette occasion qu'on a vraiment pris conscience de la véritable nature de ce type de risque.*
12. *Michel Rocard, Pierre Arpaillange, projet de loi modifiant le Code civil et relatif à la responsabilité du fait du défaut de sécurité des produits, Assemblée nationale, n° 1395, 23 mai 1990, p. 5. Addenda, Michel Vauzelle, ministre de la Justice, Assemblée nationale, 11 juin 1992, « Journal officiel » 12 juin 1992, p. 2254 : « Le risque de développement est une notion inconnue en tant que telle dans le droit français, et les concepts qui pourraient être rapprochés, et non pas confondus – j'insiste sur le terme –, avec lui donnent lieu à une jurisprudence pour le moins nuancée ».*

13. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 avril 1986, Thorens, reproduit dans J. Huet, - *Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés*, Paris, 1987, p. 375 sq. Addenda, Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, confirmant un arrêt d'appel qui avait constaté que la corrosion ayant affecté des évaporateurs ne constituait pas un défaut du produit, mais un phénomène, à l'époque, inconnu et imprévisible ; cf. Jacques Ghestin et Bernard Desché, - *Traité des contrats. La Vente*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, n° 723, p. 766. On notera que, dans la matière si sensible des médicaments et du sang, la directive communautaire du 14 juin 1989 admet implicitement, à l'article 4, l'exonération pour vice de développement : - Les États membres prennent toutes dispositions utiles pour que les procédés de fabrication et de purification utilisés pour la préparation de médicaments dérivés du sang ou du plasma humains soient dûment validés et permettent d'assurer de façon continue conformité des lots et de garantir, dans la mesure où l'état technique le permet, l'absence de contamination virale spécifique. -
14. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1971, JCP, 1972, II, 17280, note Boitard et Rabut. Jurisprudence confirmée, en particulier en matière de construction. Cf. par exemple Geneviève Viney, - *L'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs en droit français*, Colloque sur la sécurité des consommateurs et la responsabilité civile produits, novembre 1986, t. I, p. 74.
15. Marcel Charmant, *Rapport au nom de la Commission des lois, Assemblée nationale*, n° 2136, 20 juin 1991, p. 26.
16. Sur l'ambiguïté de la notion de défaut, cf. par exemple J. Ghestin, B. Desché, - *La Vente*, op. cit., p. 764.
17. Cf. par exemple Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 73, JCP, 1975, n° 17955.
18. C'est le thème de la chronique de Jérôme Huet, - *Le Paradoxe des médicaments et les risques de développement*, chronique XIV, Dalloz, 1987, t. I, p. 73.
19. Cf. en particulier W. Zeller, - *Tendance de la RC produits en Europe et en Amérique*, 1981, *La Kölnische Rück* ; Perrine Marée, - *Nouveaux Développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain*, Paris, 1985.
20. C'est ainsi qu'un arrêt, parfaitement contestable, de la cour d'appel de Paris a pu déclarer que - le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas pour l'organisme fournisseur une cause qui lui est étrangère -, donc susceptible de l'exonérer de sa responsabilité (28 novembre 1991, Dalloz, 1992, p. 85). Cet arrêt, rendu dans un cas de contamination par le virus du sida, marque une inflexion profonde de la jurisprudence concernant des produits à destination thérapeutique dont on ne sait pas si elle sera confirmée par la Cour de cassation. Ce serait grave de conséquences, dans la mesure où cela signifierait que la Cour de cassation changerait sa règle de jugement en matière médicale. Il faut noter que les premiers jugements rendus en matière de contamination par le virus de l'hépatite C semblent attester une résistance des tribunaux à s'engager dans cette voie.
21. Article 6 : - 1. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment : a) de la présentation du produit ; b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu ; c) du moment de la mise en circulation du produit. 2. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis en circulation postérieurement à lui. - Sur la notion de défaut au sens de la directive du 25 juillet 1985, cf. Yuans Markovits, - *La Directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, 1990, p. 182 sq.
22. Dans le cas d'une responsabilité pour faute, le risque de développement est une cause exonératoire évidente, autant pour des raisons de fond que de procédure (charge de la preuve).
23. Cf. Thomas S. Kubm, - *La Structure des révolutions scientifiques*, Paris, 1983.
24. Cf. par exemple Bruno Latour, - *La Science en action*, Paris, 1989.
25. L'injustice de la non-exonération de l'industriel pour risque de développement est de le rendre seul responsable d'insuffisances de l'état de la science auquel il ne peut évidemment rien. Cela revient encore à lui reprocher d'appliquer les développements de la connaissance scientifique et d'en faire la source d'innovations technologiques.
26. Repris à l'article 10 du projet de Déclaration des droits figurant en préambule de la Constitution du 19 avril 1946 : - La loi ne peut avoir d'effet rétroactif. -
27. C'est exactement la situation d'Œdipe, qui va rencontrer son père au détour d'un chemin pour éviter de tomber sous le coup des prédictions de l'oracle.
28. - Votre rapporteur a reçu des assureurs. Ils lui ont fait valoir la difficulté qu'il y aurait à couvrir ces risques. En fait, ils les couvrent déjà. Pourquoi, dès lors, cesseraient-ils de les couvrir demain ? -, Sénat, 9 décembre 1992, - *Journal officiel*, 10 décembre 1992, p. 3818. Dans la note confidentielle précitée, Pierre Fauchon précisait (p. 4) : - La situation actuelle dans laquelle le risque de développement n'est pas exonératoire n'empêche pas, en fait, les assurances de fonctionner correctement. Il ne semble pas qu'il existe de police excluant ce risque. -
29. Il s'agit peut-être de la plus grande affaire judiciaire que les États-Unis aient connue. S'y trouvent impliqués tous les problèmes de la responsabilité du fait des produits. L'amiante (- asbestos - en anglais) fut beaucoup utilisé dans la construction, en raison, en particulier, de ses propriétés isolantes. Toutefois, il devait se révéler que son inhalation produisait des maladies graves du poumon, non seulement pour les ouvriers qui en assuraient l'extraction ou la manipulation, mais aussi pour ceux qui étaient seulement exposés à en respirer les poussières. On estime entre 200 000 et 450 000 le nombre des victimes américaines de l'amiante. En 1991, 275 000 plaintes avaient été déposées devant les tribunaux américains. De 1970 à 1982, 1 billion de dollars a été versé en réparation des préjudices subis, et on estimait, en 1985, que le montant des indemnités à venir s'éleverait à entre 4 et 87 billions de dollars. Cette affaire a donné lieu et continue à donner lieu à une littérature considérable. On pourra consulter : - *Asbestos-Related Claims in the USA*, Publications of the Cologne Re, n° 9, 1985 ; Deborah R. Hensler, William L. F. Felstiner, Molly Selvin, Patricia A. Ebener, - *Asbestos in the Courts, The Challenge of Mass Toxic Torts*, Rand, The Institute of Civil Justice, 1985 ; Catherine Blanfort, - *Compensating Victims of Asbestos Injuries in the United States*, mémoire de l'Institut des assurances de Lyon, 1988. Le drame - de l'-asbestos, qui a d'abord touché des ouvriers, suggère que l'une des formes primitives du risque de développement est donnée par les maladies professionnelles.

30. Tranquillisant mis en circulation en 1957 qui fut la cause de malformations graves chez 6 000 enfants. Il fut retiré du marché en 1961, mais semble toujours utilisé dans le traitement de la lèpre.
31. L'une des catastrophes les plus spectaculaires de l'histoire : ce médicament, produit au Japon à partir de 1953, dont la substance active était le quinoform, était utilisé contre l'indigestion. 10 000 personnes eurent de très graves troubles de santé, plusieurs centaines moururent.
32. Et que risque de bientôt confirmer le problème de l'indemnisation des personnes contaminées par le virus de l'hépatite C à l'occasion d'une transfusion.
33. On en trouvera la liste (en matière de médicaments) in - *Pharmaceutical Injuries, Risk, Liability, Insurance* -, Münchener Rück, p. 61-62.
34. Cf., à l'occasion du sida, la discussion des réassureurs autour de la notion d'événement, in - *Risques* -, n° 13, p. 171-192.
35. L'un des derniers exemples de ces catastrophes est donné par l'agent Orange, défoliant utilisé par l'armée américaine au Vietnam, et qui se révèle avoir gravement intoxiqué de très nombreux soldats. Le nombre de plaintes contre le producteur de l'agent Orange, Dow Chemical Company, s'élevait à 125 000 en 1991.
36. Convention dite - de Wellington -, du nom du professeur de droit qui en a présidé l'élaboration, passée en 1985 entre les producteurs d'amiante et leurs assureurs.
37. Loi de 1976 sur la responsabilité des fabricants de médicaments.
38. Dans les autres pays d'Europe ont été mises en place des procédures conventionnelles d'indemnisation.
39. Cf. Victor E. Schwartz, "The Death of - Super Strict Liability" : *Common Sense Returns to Tort Law* -, *Gonzaga Law Review* -, vol. 27, n° 2, 1991-1992, p. 179 sq.
40. L'association américaine des constructeurs d'avions a constaté qu'en raison des coûts de responsabilité la production des avions était passée de 17 048 en 1979 à 1 143 en 1988. Cf. George L. Priest, - *The Modern Expansion of Tort Liability : Its Sources, Its Effects, and Its Reforms* -, *Journal of Economic Perspectives* -, vol. 5, n° 3, Summer 1991, p. 44.
41. En particulier en matière de sida. Cf. Richard J. Maboney et Stephen E. Littlejohn, - *Innovation on Trial : Punitive Damages versus New Products* -, *Science* -, vol. 246, 15 décembre 1989, p. 8.
42. Kip Viscusi, - *Product and Occupational Liability* -, *Journal of Economic Perspectives* -, vol. 5, n° 3, Summer 1991, p. 88.
43. Cf. les exemples donnés par W. Kip Viscusi, *ibid.*, p. 88.
44. Encore une fois, cela suffit à prouver que la jurisprudence française, qui déclare que - le producteur est tenu de connaître les vices affectant la chose fabriquée -, méconnaît l'hypothèse même du risque de développement.
45. Hypothèse qui se rapproche de celle où un produit présentant un meilleur rapport coûts/bénéfices vient remplacer un plus ancien, hypothèse visée dans l'ancien article 1386.13 figurant dans le projet Rocard-Arpaillange.
46. Faillite à laquelle n'a pas pu échapper le plus grand fabricant américain de matériaux de construction, Johns Manville Corporation.
47. Cf. André Tunc, *Rapport de synthèse, colloque université de Paris I*, - *La Responsabilité civile des fabricants et des distributeurs* -, Paris, 1975 : - Un troisième problème est de savoir si l'on doit protéger les victimes de ce qu'on appelle parfois le risque de développement. Un produit est vendu qui, dans l'état actuel des connaissances scientifiques, est un produit sûr. L'expérience ou le progrès scientifique révèlent quelques années plus tard que le produit est dangereux. Le dommage qu'il a causé doit-il être couvert par le fabricant ? L'opinion publique attend cette couverture : rappelons ce qui s'est produit en Angleterre à l'égard des dommages causés par la thalidomide. On objecte que rien ne peut être reproché au fabricant, mais c'est un argument qui n'a de valeur que dans le cadre d'une responsabilité pour faute. Dans une philosophie du droit de l'accident, le risque de développement doit être couvert. C'est un risque qu'il est souhaitable de faire supporter non par la victime, mais par quelqu'un qui peut sans catastrophe l'assumer avec l'aide de l'assurance. -
48. C'est ainsi qu'on a pu évaluer que le coût de l'assurance de la transfusion sanguine française couvrant le risque de contamination par le VIH aurait équivalu au chiffre d'affaires de la transfusion sanguine : 3 milliards de francs.
49. Assurabilité rendue encore plus délicate par la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant les clauses de limitation de la garantie dans le temps (clauses dites - *claims made* -).
50. Pierre Fauchon, - *Journal officiel* -, *op. cit.*, p. 3817. *Addenda* : - *Le Risque de développement et le droit français* -, *op. cit.*, p. 5 : - Il semble que l'on n'ait pas pris conscience des conséquences pratiques de l'exonération demandée : elle signifie que les premières victimes serviraient de "révélateurs" - autant dire de "cobayes" -, ce qui est un malheur en soi, sans être indemnisées, ce qui est un surcroît de malheur. -
51. Pierre Fauchon, - *Le Risque de développement et le droit français* -, *op. cit.*, p. 5.
52. Pierre Fauchon, - *Journal officiel* -, *précité*, p. 3817.
53. Pierre Fauchon, *ibid.*, p. 3817.
54. Comme c'est le cas en matière d'accidents du travail ou des indemnisations obtenues du fonds d'indemnisation institué par la loi du 31 décembre 1991.
55. Cf. en particulier Frank J. Vandall, - *Strict Liability, Legal and Economic Analysis* -, New York, 1989 ; Perrine Marée, - *Nouveaux Développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain* -, Paris, 1985 ; Carl Shapiro, - *Symposium on the Economics of Liability* -, *Journal of Economic Perspectives* -, vol. 5, n° 3, Summer 1991, p. 6-7.
56. Le même problème se pose concernant la couverture de l'aléa thérapeutique.
57. On distingue traditionnellement entre prévention et protection : la prévention vise la réduction de la probabilité du risque, quand la protection cherche à en diminuer les conséquences.

58. Cf. - Risques -, n° 11, - Environnement : le temps de la précaution -.
59. CE, 9 avril 1993, trois arrêts : M. et Mme B., M. D., M. G., dont un des considérants reproche au gouvernement de ne pas avoir agi en présence - d'un risque sérieux - alors qu'il n'avait pas à - attendre d'avoir la certitude -. Addenda sur ce point l'argumentation très fine du commissaire du gouvernement Legal qui conclut : - En situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue, provisoirement, pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée. -
60. Il faudrait rapprocher de la notion de précaution celles de - vigilance - et d' - alerte - introduites par le décret n° 89.85 du 8 février 1989 portant création d'un Collège de la prévention des risques technologiques (article 1) et par la loi n° 93.5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments.
61. D'une certaine manière, on est fondé à dire que le procès pénal intenté contre les Drs Gartetta, Allain, Roux et Netter portent sur la sanction pénale du principe de précaution.
62. La précaution, bien entendu, n'exclut ni la prévoyance ni la prévention. Ces trois figures de la prudence se complètent. Elles s'appliquent à des hypothèses différentes. Il y a des situations où il convient d'être prévoyant, d'autres où la prévention s'impose, d'autres, enfin, où la précaution se justifie.
63. - Afin que je ne demeure point irrésolu en mes actions, pendant que la raison m'obligerait de l'être pour mes jugements, et que je ne laisse pas de vivre dès lors le plus heureusement que je pourrais, je me formai une morale par provision - (Descartes, - Discours de la méthode -, 3<sup>e</sup> partie).
64. Les documents de la Chambre de commerce internationale parlent d'une précaution - raisonnable -. Cf. Jan-Olaf Willums, Ulrich Gohlike, - From Ideas to Action, Business and Sustainable Development -, IIC, ad Natam, 1992, p. 203 sq. Adde les conclusions du commissaire du gouvernement Legal précitées.
65. Obligation d'innover reconnue par Michel Vauzelle lors du débat parlementaire : - Les professionnels doivent se tenir au fait du progrès : les connaissances scientifiques et techniques évoluent vite et il leur appartient de les assimiler. Se contenter d'appliquer au produit nouvellement mis sur le marché les normes habituelles ne saurait suffire - (Sénat, 25 juin 1992, - Journal officiel -, 26 juin 1992, p. 2051).
66. C'est très précisément ce qu'expose l'un des considérants de la directive communautaire de 1985 : - Une juste répartition des risques entre la victime et le producteur implique que ce dernier doit pouvoir se libérer de la responsabilité s'il prouve l'existence de certains faits qui le déchargent. -
67. - Je pense que l'on viendra à l'assurance obligatoire pour risques de développement -, (Pierre Fauchon, Sénat, 9 décembre 1992, - Journal officiel -, 10 décembre 1992, p. 3818).
68. On retrouve ici la distinction classique introduite par Frank H. Knight entre risque (assurable, parce que mesurable) et incertitude. Cf. Frank Knight, - Risk, Uncertainty and Profit -, 1921, New York, et la traduction du chapitre où cette distinction est tracée dans - Risques -, n° 3, p. 36 sq., sur l'assurabilité du risque de développement, cf. Claude Delpoux, - Le risque de développement -, - Risques -, n° 12, p. 169.
69. Il est clair que la réduction du délai de prescription fait disparaître la question du risque de développement.
70. - La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales -, Constitution du 27 octobre 1946, Préambule.
71. Les études d'économie juridique menées aux États-Unis font apparaître l'impossibilité de l'assurance du risque de développement dès lors qu'il prend la nature d'une catastrophe (cas où il affecte l'ensemble de la série d'un produit) et parce que, en raison du temps de latence, qui peut être long, entre la mise en circulation du produit et la révélation du défaut, il est illusoire de penser que l'assurance de responsabilité de l'industriel parviendra à faire porter sur le produit le coût de la sécurité du consommateur, le marché des primes d'assurance intégrant mal, en raison de la concurrence, le long terme. Un point essentiel que font apparaître les études américaines est que, pour couvrir un même préjudice, l'assurance de responsabilité (- third party -) ne produit pas des résultats équivalents à une assurance personnelle directe (- first party -), en particulier en termes de coûts. Cf. George L. Priest, - The Modern Expansion of Tort Liability -, op. cit., p. 47, et W. Kip Viscusi, - Product and Occupational Liability -, ibid., p. 73.
72. C'est la solution que semble vouloir privilégier le législateur espagnol à l'occasion de l'introduction de la directive communautaire dans son droit interne : il fait du risque de développement une cause d'exonération en général, sauf en matière de médicaments et en matière alimentaire.
73. C'est l'une des solutions préconisées pour la couverture de l'aléa thérapeutique. Elle est susceptible d'être étendue à toutes les situations de - catastrophe individuelle -.
74. On a peine à imaginer comment le Parlement français a pu, en cette fin de xx siècle, traiter de l'une des questions les plus cruciales de responsabilité sans même envisager la question de son assurance. Quelle régression eu égard à ces autres grands débats que furent, par exemple, ceux sur la responsabilité des accidents du travail à la fin du siècle dernier, et même sur la réforme de l'indemnisation des accidents automobiles de 1985.



# Le risque de développement EST-IL ASSURABLE ?

MOTS CLEFS : *assurance de responsabilité* • *risque de développement* •

Le risque de développement se différencie du risque - produit - par le fait que le premier est une incertitude non mesurable, tandis que le second est mesurable et contrôlable. De ce constat, on peut tirer plusieurs enseignements. Premièrement, le risque de développement n'est pas assurable par le canal des marchés concurrentiels. En conséquence, au vu du caractère catastrophique de cet aléa et de l'insolvabilité du producteur qui résulterait d'un sinistre, la question de l'indemnisation des victimes ne peut être résolue sans compléter la règle de stricte responsabilité par une intervention de l'État dans le processus d'assurance de ce risque. Deuxièmement, le risque de développement n'étant pas contrôlable par le producteur, l'argument classique en faveur de la responsabilité stricte du producteur en tant qu'incitation à la prévention ne peut s'appliquer comme dans le cas du risque - produit -.

Cette note a pour objet d'étudier les effets sur l'économie de la non-exonération de la responsabilité des producteurs pour risque de développement. Elle cherche à apporter des éléments d'analyse économique sur ce sujet controversé qui sera prochainement débattu par le législateur en France. Le risque de développement fait référence à un ensemble d'aléas dont l'existence même ne peut être prouvée, étant donné l'état de la science. La terminologie anglophone est sans doute plus parlante à ce sujet, puisqu'elle parle de *phantom risks*. De nombreux risques fantômes ont défrayé la chronique ces dernières années. Parmi ceux-ci, citons le drame de l'amiante et du sang contaminé, ainsi que celui de l'agent Orange, pour ne pas parler des catastrophes liées à l'utilisation de nouveaux médicaments.

Le risque de développement se démarque nettement de la notion de risque - produit -. Dans ce dernier cas, l'état de la science au moment de l'introduction du produit sur le marché permet de mesurer précisément le risque lié à l'utilisation standard de ce produit. Il existe une littérature économique abondante sur

\* Professeur d'économie associé, IDEI et Gremaq, université de Toulouse 1 et groupe HEC.

l'efficacité relative des différents mécanismes d'allocation des responsabilités dans la société. Dans l'état actuel de la théorie, il apparaît que la règle de responsabilité du producteur doit être privilégiée. Mais l'hypothèse retenue dans le cadre de cette littérature a systématiquement été de supposer l'existence de risques mesurables et contrôlables, excluant donc *a priori* la notion de risque de développement. Cette note a pour objectif premier de montrer qu'il serait faux de prétendre que la théorie économique soutient l'extension de la règle de responsabilité du producteur en cas de risque de développement.

## I. RISQUE, INCERTITUDE, PRÉVENTION ET PRÉCAUTION

Si la théorie économique ne s'est pas encore prononcée sur l'allocation du risque de développement, c'est probablement parce que, d'une part, ce concept est neuf et encore mal interprété et que, d'autre part, elle ne dispose pas encore d'outils d'analyse appropriés pour traiter ce problème. Étudions ces deux points plus en détail.

Pour reprendre la définition apparue dans Ewald<sup>1</sup>, - l'hypothèse de risque de développement vise des dommages susceptibles d'être causés à autrui : par un produit après sa mise en circulation, du fait d'un défaut qui lui est inhérent, qui, au moment de sa mise en circulation, était imprévisible, insoupçonné, indécouvrable, voire inévitable, car l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de cette mise en circulation ne permettait pas de l'identifier, et dont les conséquences dommageables vont se révéler, se développer après cette mise en circulation du produit -.

Il apparaît donc que le principe même sur lequel repose le risque de développement est l'impossibilité de sa mesure. En utilisant une distinction introduite par Knight<sup>2</sup>, on devrait donc parler plus d'incertitude de développement que de risque de développement. Un risque est caractérisé par - la précision de l'estimation de sa loi de probabilité et, donc, par la possibilité de le traiter comme un coût assurable -. Une incertitude, par contre, - doit être radicalement distinguée des risques calculables : ici, il n'existe pas de base scientifique de quelque sorte que ce soit qui permette sa mesure -. L'incertitude, au contraire du risque, ne peut être réduite d'une quelconque manière. Le risque de développement se différencie donc du risque - produit - par le fait que le premier est une incertitude, tandis que le second est un risque, au sens de Knight.

Cette différence est fondamentale sous plusieurs aspects. Premièrement, parce que le risque de développement n'est pas mesurable, il ne peut être ni contrôlable ni assurable. Nous nous concentrons dans cette section sur l'aspect contrôlable du risque de développement. La notion de contrôle d'un risque fait référence à l'idée de prévention. En augmentant la prévention, on obtient une réduction mesurable du risque. Il est d'ailleurs possible de définir un niveau

1. Ewald, F., - *La Véritable Nature du risque de développement et sa Garantie* -, ici-même supra.  
2. Knight, F.H., - *Risk, Uncertainty and Profit* -, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

socialement efficace de prévention. En effet, on dit qu'un niveau de prévention est efficace si toute augmentation des efforts de prévention accroît le coût de prévention d'une valeur supérieure à la réduction de l'espérance de coût du risque pour la victime potentielle. Dans le cas le plus simple, cette espérance s'exprime comme le produit de la probabilité d'accident par la valeur du dol de la victime. Dans le cas d'un niveau de prévention inférieur au niveau socialement efficace, on parle de « négligence ».

De la différence entre risque et incertitude définie ci-dessus on déduit que cette batterie de concepts liés à la notion de risque tels que « niveau de prévention efficace » et « négligence », tellement utiles pour le monde judiciaire, ne peut en aucun cas s'adapter à l'hypothèse de l'« incertitude » de développement. Pourtant, ces dernières années, on a vu se développer la notion de « précaution ». La précaution est à l'incertitude ce que la prévention est au risque. Étant donné l'impossibilité de mesurer les probabilités d'accident ainsi que le dol potentiel dans l'hypothèse d'incertitude de développement, comment définir la précaution ? Qu'est-ce qu'une « plus grande précaution » ? Dès lors que nos actions ont des effets non mesurables sur l'incertitude à laquelle nous faisons face, il est impossible de déterminer un niveau socialement efficace de précaution. Par exemple, la stratégie qui consiste à reporter la mise sur le marché d'un nouveau produit en espérant des développements futurs de la science est une attitude de précaution qui tend à réduire l'incertitude de développement. On peut mesurer le coût social d'une telle stratégie par le prix que les consommateurs seraient prêts à payer pour disposer du bien immédiatement. A partir du calcul (controversé) de la valeur de la vie humaine, on peut mesurer ce que coûte de reporter la mise sur le marché d'un produit pharmaceutique. Ce que l'on ne peut pas mesurer, par contre, c'est le bénéfice d'un délai de mise en circulation en termes de réduction d'incertitude, parce que les progrès de la science suivent un processus hautement incertain. Il n'existe donc pas de base scientifique pour définir un niveau socialement efficace de précaution.

De même, l'impossibilité de mesurer le degré d'incertitude de développement empêche les marchés d'assurance de fonctionner efficacement. En particulier, on peut se demander comment élaborer un système de tarification d'assurance pour les entreprises fabriquant de nouveaux produits. Ainsi, toute méthode de tarification en assurance repose sur la mesure du risque assuré. Cette base n'existe pas dans le cas du risque de développement. Les effets récents de la prise en compte de ce nouveau risque sur la formulation des contrats d'assurance sont de ce point de vue très éclairants. Nous reviendrons ultérieurement sur le caractère inassurable du risque de développement.

De tout cela nous concluons que, parce que l'hypothèse de risque de développement repose sur la notion d'incertitude, elle se démarque nettement des autres risques liés à la responsabilité du producteur. En particulier, on ne voit pas comment caractériser un comportement raisonnable pour ce dernier. On ne

voit pas non plus comment pourrait fonctionner un marché d'assurance de responsabilité du producteur dans cette hypothèse.

## II. RAPPEL DE THÉORIE ÉCONOMIQUE DE L'ALLOCATION DES RESPONSABILITÉS

Cette section a pour objectif de rappeler brièvement, et en dehors du contexte particulier du risque de développement, les fondements économiques de la responsabilité. Les sections III et IV reprendront cette analyse dans le cadre qui nous occupe plus spécifiquement.

L'analyse de l'effet du choix d'un système d'allocation des responsabilités dans une économie sur son fonctionnement a fait l'objet de nombreuses recherches. Le point de départ standard dans ce domaine est le théorème de Coase<sup>3</sup>. Prix Nobel d'économie 1960, Coase a démontré que, dans un monde où l'information circule parfaitement et où les coûts de transaction sont négligeables, l'allocation des responsabilités n'a pas d'effet réel sur l'efficacité économique. En d'autres termes, tous les systèmes de responsabilité généreront le même niveau de prévention par les producteurs.

Le problème de l'aléa thérapeutique illustre bien ce résultat. Supposons que les patients soient aussi bien informés que leurs médecins sur les risques relatifs de chaque traitement et sur les efforts de prévention du corps médical. Grâce à la concurrence entre les différents prestataires de services, les prix refléteront autant les coûts intrinsèques des services que les efforts de prévention et la capacité des prestataires à indemniser les victimes en cas d'accident. En conséquence, les médecins choisiront un niveau de prévention socialement efficace, car toute baisse de cet effort générerait automatiquement une baisse de la demande de services et, à l'équilibre, une baisse du prix de ces services. Cette baisse serait supérieure à la baisse des coûts de prévention qui l'a provoquée. Cet argument est indépendant de la règle de responsabilité utilisée. D'autre part, les marchés d'assurance couvriront à 100 % respectivement le médecin ou le patient, selon que la règle de responsabilité sera celle du producteur ou de l'utilisateur. Le coût total de chaque traitement potentiel sera indépendant de cette règle, puisque le prix payé par le patient contiendra la prime d'assurance supportée par le producteur dans l'hypothèse de sa stricte responsabilité. Dans ce monde idéalisé, la question de l'allocation des responsabilités est donc sans objet.

Dans la réalité, les choses ne sont pas si simples. D'une part, l'information ne circule qu'imparfaitement dans la population. Les patients sont rarement au courant des dangers respectifs de chaque traitement. Ils sont en tout cas moins informés que les médecins à ce sujet. L'hypothèse de risque de développement pose la question de savoir si ces derniers sont, eux, pleinement informés des

3. Coase, R., - *The Problem of Social Cost* -, *Journal of Law and Economics* , 3, 1960.

dangers. Les problèmes d'information sont précisément au centre de la problématique du risque de développement. D'autre part, les coûts de transaction, qu'ils proviennent du monde judiciaire autant que du monde de l'assurance, sont loin d'être négligeables. Le fait que le risque de développement se résolve par des catastrophes potentiellement dramatiques met la problématique des coûts des procès au centre du débat. Par ailleurs, le fait que ces risques soient non mesurables et non diversifiables rend les coûts d'assurance importants.

On en déduit que la règle de responsabilité utilisée a un impact réel sur l'économie. Elle influence l'allocation des risques, c'est-à-dire le degré d'adéquation de l'indemnisation des victimes et le degré de pénalisation des médecins ayant accompli un acte à la source d'un accident. Elle influence aussi l'allocation des ressources dans l'économie, et cela de trois manières. Premièrement, en choisissant une règle qui évite le recours à une procédure judiciaire, on réduit les coûts de transaction qui constituent une perte sèche pour l'économie. Deuxièmement, on s'attend à ce qu'une règle qui responsabilise plus la partie qui contrôle mieux le risque accroisse son effort de prévention, ce qui a évidemment un effet réel sur l'économie. Enfin, et ceci est en fait une déduction du point précédent, le choix d'une règle de responsabilité a nécessairement des effets macroéconomiques en influençant le taux de croissance de l'économie. Pour illustration, la crise de responsabilité aux États-Unis, au milieu des années 80, a incité beaucoup de producteurs à abandonner la production de certains produits et à réduire le rythme des innovations.

On retrouve ici les deux fondements indissociables des règles de responsabilité : indemnisation des victimes et prévention des risques. La règle de responsabilité stricte est traditionnellement mise en avant. Elle oblige les producteurs à indemniser les victimes. De ce fait, le producteur rationnel internalise les coûts du risque de son produit et se trouve donc incité à choisir un niveau de prévention socialement efficace. Dans les deux sections suivantes, ces deux arguments sont analysés plus en détail dans le cadre de l'hypothèse spécifique du risque de développement. Dans la section III, on montre comment, contrairement à l'argument classique, exonérer le producteur de sa responsabilité pour risque de développement améliore l'allocation des risques dans l'économie s'il est compensé par un système d'indemnisation directe des victimes de ce risque. Dans la section IV, on montre que l'argument de la responsabilité stricte pour inciter à la prévention (précaution) ne tient pas en ce qui concerne l'hypothèse de ce risque de développement.

### **III. EXONÉRER POUR AMÉLIORER L'ALLOCATION DES RISQUES**

Historiquement, nos systèmes législatifs sont passés de la règle de responsabilité par négligence à la règle de responsabilité stricte sur la base de l'argument selon lequel les entreprises sont mieux à même de supporter les risques liés aux produits qu'elles fabriquent. En effet, les détenteurs de capitaux sont en situa-

tion de pouvoir diversifier leurs risques en constituant des portefeuilles internationalement disséminés. Cela contraste nettement par rapport à la position du consommateur qui, lui, n'a pas la possibilité de diversifier l'utilisation de différents produits pour en réduire le risque total. Il y a donc une logique claire en faveur de la stricte responsabilité du producteur dans le cas du risque « produit ». Le risque « produit » se prête en effet très bien à une diversification dans les portefeuilles des actionnaires, parce que ce risque se révèle en général par des défauts isolés et indépendants, donc diversifiables sur les marchés financiers.

Mais peut-on étendre cet argument simple à l'hypothèse du risque de développement ? Non ! Parce que le risque de développement est une incertitude non mesurable, donc non diversifiable. Le risque de développement, lorsqu'il se réalise, touche l'entièreté de la ligne de produits affectée par le défaut. Le défaut n'est ni isolé ni indépendant. Au contraire, il est par nature catastrophique. Il met en cause la solvabilité du producteur. Ici, contrairement au cas du risque « produit », le défaut affectera le bien-être des actionnaires, même avec un portefeuille moyennement diversifié. Les faillites en cascade consécutives au drame de l'amiante démontrent combien les marchés financiers sont mal armés pour gérer ce risque.

Si les marchés financiers et les agents économiques qui y interagissent ne peuvent gérer directement ces risques, on peut se demander si un système d'assurance privé sera mieux à même d'organiser une allocation efficace de ceux-ci. Parce que l'incertitude de développement n'est pas maîtrisable et qu'elle est encore moins diversifiable, on doit s'attendre à ce que le monde de l'assurance refuse de couvrir cet aléa. Les développements récents l'ont à nouveau montré : aux États-Unis, les compagnies imposent dans la plupart de leurs contrats une clause *claims made* qui impose à l'assuré de déclarer les sinistres durant la période de couverture, sous peine de non-indemnisation. Parce que le risque de développement, par définition, se révèle longtemps après l'utilisation du produit<sup>4</sup>, cette clause exclut implicitement le risque de développement. De même, en France, les centres de transfusion ne sont plus couverts depuis la catastrophe du sang contaminé. En conclusion, c'est le fait même que le risque de développement soit une incertitude non mesurable qui rend son transfert par voie d'assurance ou de diversification difficilement imaginable.

On peut donc sérieusement s'interroger sur la manière dont les victimes seront indemnisées dans l'hypothèse de responsabilité du producteur pour risque de développement, avec une couverture d'assurance du producteur insuffisante. L'apparition d'un défaut mettra automatiquement la firme en faillite, empêchant l'indemnisation désirable des victimes.

Même dans le cas où un marché d'assurance pour risque de développement serait institué, on pourrait s'interroger sur sa pérennité. L'argument est que

4. Les délais d'observation des sinistres se chiffrent parfois en dizaines d'années, comme dans le cas des cancers de l'utérus des jeunes femmes dont la mère avait été mise sous traitement médical durant sa grossesse.

• l'assurance de responsabilité attire la responsabilité •: les juges ayant pour objectif premier d'indemniser les victimes chercheront parmi les producteurs ceux qui sont les plus solvables, c'est-à-dire, dans le cas de catastrophes dans lesquelles la solvabilité des entreprises est mise en cause, celles qui sont (les mieux) assurées. Les entreprises non assurées jouent le rôle de « passagers clandestins ». A ce jeu, les primes d'assurance devront à terme refléter ce comportement par des hausses sensibles. Il en résulte une désincitation toujours plus forte à s'assurer, augmentant le nombre de passagers clandestins. A terme, la demande d'assurance tombera à zéro.

De plus, on peut montrer que, parce que la responsabilité des entreprises est limitée à leurs fonds propres, imposer la responsabilité super-stricte des producteurs peut avoir pour effet de réduire leur couverture d'assurance de responsabilité<sup>5</sup>. L'idée est que cette imposition augmente la probabilité de faillite des producteurs, quelle que soit leur couverture d'assurance. La stratégie du « tout pour le tout » en devient d'autant plus naturelle. Elle consiste notamment en la réduction du coût de l'assurance par la diminution de la couverture. Cet argument est une autre version de Priest<sup>6</sup> montrant une relation négative entre l'expansion de la responsabilité des producteurs et l'étendue de leur couverture d'assurance en responsabilité.

Par ailleurs, la non-exonération pour risque de développement aura des effets pervers sur la structure capitalistique des firmes innovantes. Celles-ci auront tendance à sous-traiter les innovations dans des petites unités sous-capitalisées. Par cette stratégie, elles réduiront le risque de leur mise en cause. Cela réduira d'autant la capacité des victimes à obtenir une indemnisation à la hauteur du sinistre subit, suite à l'insolvabilité d'autant plus probable du sous-traitant. Néanmoins, différentes doctrines juridiques, telle que la règle de *deep pocket*, permettent d'atténuer les effets néfastes d'une telle stratégie des entreprises sur l'adéquation des niveaux d'indemnisation.

Il est donc illusoire d'imaginer que la responsabilité du producteur pour risque de développement améliorera l'adéquation du niveau d'indemnisation des victimes. D'une part, les marchés de transferts de risque sont mal adaptés pour transférer des incertitudes de ce type. D'autre part, la règle de responsabilité limitée des producteurs et leur liberté de manœuvre empêchent que ceux-ci indemnisent les victimes efficacement de leur propre chef. Constatons que la non-exonération doit donc nécessairement s'accompagner de l'instauration d'une règle d'assurance obligatoire. Cette assurance de responsabilité pour risque de développement devra probablement être fortement régulée par l'État, puisque les marchés concurrentiels excluent ce risque des couvertures. La gestion publique de cette assurance et la vérification des niveaux de couverture

5. *Sous certaines conditions peu restrictives, un individu averse au risque qui est sujet à la responsabilité limitée réduit sa demande d'assurance lorsque le risque auquel il fait face augmente. Ce résultat est démontré in Gollier, Kcelb et Rochet, « Limited Liability and the Regulation of Financial Intermediation », université en sciences sociales de Toulouse, manuscrit, 1993.*

6. Priest, G. L., « Modern Tort Law and the Current Insurability Crisis », *Yale Law Journal*, June, 1987.

des entreprises n'est certainement pas un problème qui est à négliger. Ainsi s'accumulent les inconvénients de la non-exonération.

Si l'objectif d'une règle de responsabilité se limite à permettre un niveau adéquat de compensation des victimes, nombreuses sont les alternatives à la règle de responsabilité super-stricte du producteur. Une exonération du producteur combinée à la création d'un fonds de solidarité national financé par une taxe, par exemple, permettrait de mieux contrôler et de mieux garantir les indemnités versées. Elle permet une dissémination la plus large possible du risque de développement dans la population.

#### **IV. EXONÉRER POUR AMÉLIORER L'ALLOCATION DES RESSOURCES**

L'argument incontournable en faveur de la responsabilité stricte du producteur pour le risque - produit - est celui de l'internalisation du coût du risque par le producteur. Il incite à choisir un niveau efficace de prévention. A l'équilibre, le prix du produit intègrera le coût de prévention. Seuls seront mis sur le marché les produits socialement désirables, c'est-à-dire ceux dont le surplus généré par leur consommation excède le coût du risque. Si l'on fait abstraction de l'absence d'incitation du consommateur à utiliser ces produits au moindre risque, il en résulte une allocation optimale des ressources. Parce que le niveau de prévention est efficace à l'équilibre, il n'y a jamais négligence de la part du producteur. En conséquence, les procès de responsabilité du producteur et les coûts de transaction qui y sont inhérents seront limités au strict minimum.

Notons que cet argument n'est valable qu'à la condition que les indemnités imposées par les juges correspondent avec une précision suffisante à la perte de bien-être subie par les victimes. Une sous-évaluation du dol générerait un niveau de prévention de la part du producteur, tandis qu'une exagération des indemnités conduirait à une attitude trop frileuse des producteurs de biens et services. Par ailleurs, cet argument suppose soit l'absence d'assurance de responsabilité, soit l'existence d'un marché d'assurance de responsabilité sans faille. L'assurance de responsabilité du producteur élimine en effet les incitations de celui-ci en faveur de la prévention, sauf si l'assureur est en position de contrôler les choix de prévention des assurés et de pénaliser ceux qui prendraient trop de risques. L'assurance, c'est bien connu, crée le risque moral. Mais, comme indiqué à la section précédente, l'assurance de responsabilité est indispensable pour atteindre l'objectif d'une allocation efficace des risques dans l'économie. Pour réduire au mieux le risque - produit -, il est indispensable d'imposer la responsabilité stricte du producteur, mais en l'accompagnant d'une clause de non-assurance du risque correspondant, ce qui va à l'encontre de l'objectif de compensation des victimes.

Cet argument en faveur de la responsabilité du producteur peut-il s'appliquer à l'hypothèse de risque de développement ? Évidemment, non. Parce que le risque de développement est une incertitude non mesurable, donc non contrô-

lable par le producteur. Le choix d'une structure particulière n'influence pas le niveau de précaution. Sauf par une abstention complète des producteurs inhibant les processus innovatifs, au pire des cas.

En reprenant un argument déjà discuté, l'assurance pour risque de développement serait très coûteuse, fondée sur une règle de calcul arbitraire contenant une prime de risque élevée. Ce coût devra d'une façon ou d'une autre être répercuté dans le prix des produits. Il en résultera une internalisation de coût excessive des producteurs. En conséquence, on peut s'attendre à ce qu'un certain nombre de firmes abandonnent la production de produits dont la fabrication est pourtant socialement désirable, étant donné l'état de nos connaissances. Il s'agit d'un phénomène de prévention (précaution) excessive des risques déjà observé aux États-Unis lors de la crise de responsabilité du milieu des années 80. Par exemple, les médecins se sont lancés dans des stratégies de médecine • défensive • en multipliant les analyses préambulaires. Pour minimiser à tout prix les risques, ne pratique-t-on pas proportionnellement deux fois plus d'accouchements par césarienne aux États-Unis qu'en France ? Dans ce cas, autant que dans le cas du risque de développement, la • sur-précaution • provient d'une prime d'assurance excessive. Cette surprime est due aux bénéfices excessifs des indemnités allouées par les tribunaux dans le cas de l'aléa thérapeutique aux États-Unis, tandis qu'elle devrait provenir de l'existence d'une prime de risque importante pour cause de non-assurabilité dans le cas du risque de développement.

Puisqu'un niveau de précaution socialement acceptable ne peut être défini, la question qui se pose est de savoir comment réguler l'introduction des innovations sur les marchés. Comment déterminer sur une base économique solide les produits nouveaux dont le risque de développement est trop important, alors même que les connaissances scientifiques qui permettraient ce tri n'existent pas ? Les entreprises sont mal placées pour déterminer si l'amélioration de bien-être générée par un nouveau produit compense le coût induit par le risque de développement qui lui est associé. On en a rappelé antérieurement les raisons. Devant cette impossibilité de classification des incertitudes, on risque bien de se trouver dans une situation dans laquelle la seule alternative possible soit l'abstention des innovations, avec son lot associé de stagnation. C'est le risque encouru dans le cas de la non-exonération du risque de développement.

Parce que l'existence d'un risque de développement non maîtrisable est aujourd'hui connue de tous, ne vaudrait-il pas mieux laisser chaque consommateur choisir librement de consommer, ou de ne pas consommer, tel ou tel nouveau produit ? Par quel principe économique ou philosophique interdirait-on, intentionnellement ou non (par exemple, en imposant la responsabilité super-strictes générant l'abstention du producteur pour cause de non-assurabilité), à un consommateur d'essayer un nouveau produit dont l'état actuel de la science indique une qualité exemplaire ? En imposant la responsabilité du producteur dans l'hypothèse du risque de développement, on donnera trop de

poinds à l'assureur dans les décisions d'introduction d'innovations sur le marché. Par ses décisions nécessairement arbitraires sur la tarification de couverture de ces nouveaux produits, l'assureur sera en position d'arbitrer ces choix stratégiques. Reconnaissons que l'assureur n'est pas nécessairement l'agent économique le mieux placé pour déterminer si une innovation améliore le bien-être global.

Néanmoins, un avantage de la non-exonération du producteur pour risque de développement est de réduire la complexité des procédures judiciaires permettant l'indemnisation des victimes. Dans cette hypothèse, la procédure se limite en effet à démontrer le lien de causalité entre le produit et le sinistre, alors que dans l'hypothèse d'exonération s'ajoute la recherche de la preuve que l'état de la science ne permettait pas de connaître l'existence du risque au moment de la fabrication. Toute réduction de la complexité de la procédure induit, toutes choses égales par ailleurs, une amélioration du bien-être dans la société. Est-il nécessaire de rappeler ici la faible productivité d'un système d'indemnisation des victimes par voie judiciaire par rapport à une procédure d'assurance ? Danzon<sup>7</sup> indique que, dans les cas du *tort* américain, 1 franc d'indemnisation de victimes d'un aléa médical coûte en réalité plus de 3 francs, suite aux frais de procédure, alors qu'il ne coûterait que plus ou moins 1,30 franc dans l'hypothèse d'un système d'indemnisation par assurance *first party*.

## CONCLUSION

La théorie économique de la responsabilité indique sans ambiguïté qu'un système de responsabilité du producteur dans le cadre du risque - produit -, associé à une assurance partielle prise par le producteur, constitue un meilleur compromis entre l'objectif d'incitation à la prévention et l'objectif d'indemnisation des victimes.

Il serait cependant pour le moins excessif de prétendre qu'un tel résultat s'étend à la notion de risque de développement. C'est ce que nous avons cherché à démontrer ici. L'incertitude de développement se démarque du risque - produit - par le fait que le premier, contrairement au second, est non mesurable, que ce soit par le producteur, le consommateur, le juge ou l'assureur. Cela conduit à deux propriétés : premièrement, l'incertitude de développement n'est pas assurable par le canal normal des marchés concurrentiels d'assurance. Cela rend un système de responsabilité du producteur pour risque de développement peu crédible en ce qui concerne l'efficacité de l'indemnisation des victimes. Deuxièmement, l'incertitude de développement n'est pas contrôlable par le producteur. Cette seconde propriété annule l'argument classique en faveur de la responsabilité du producteur pour induire la prévention ■

7. Danzon, P. M., - *Liability of Medical Malpractice* -, *Journal of Economic Perspectives* , 5, 1991, p. 51-69.

# ASSURANCE RC ET APPLICATION

## de la garantie dans le temps

**MOTS CLEFS :** *assurance de responsabilité • fait générateur • juge • information • liberté contractuelle • opération d'assurance • période de garantie • réclamation • sinistre • survenance du dommage •*

Est-il possible de faire coïncider exactement la garantie due par l'assureur et la responsabilité encourue par l'assuré ? Cette question renvoie à une problématique complexe intégrant l'aspect économique de l'opération d'assurance. Interpellés par les arrêts du 19 décembre 1990 qui suppriment en la matière la liberté contractuelle jusque-là de règle, les assureurs ont amorcé une réflexion sur l'ensemble des éléments du problème. La critique juridique et économique de la solution imposée par la Cour de cassation doit être accompagnée d'actions tendant à l'amélioration des contrats d'assurance et à une meilleure information du juge. Élaborée en septembre 1991, cette note avait pour ambition de donner quelques pistes de réflexion qui restent d'actualité deux ans plus tard.

Par les arrêts du 19 décembre 1990, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui avait quelques mois plus tôt prohibé la clause d'exclusion du coût de la réparation ou du remplacement de produits défectueux, décrète non écrite la clause subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation de la victime pendant la durée du contrat. Il en résulte une grave déstabilisation de l'assurance responsabilité civile après livraison ou après travaux. Une analyse des différents aspects du problème s'imposait donc pour déboucher sur des propositions de solution. Tel est l'objet de la présente note :

\* Directeur de la direction responsabilité civile FFSA/Apsad.

## **I. ANALYSE JURIDIQUE DU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DU 19 DÉCEMBRE 1990**

### **1. La définition du sinistre**

Le sinistre défini habituellement comme « la réalisation du risque prévu au contrat de nature à entraîner la garantie de l'assureur » (A. Besson) présente en assurance de responsabilité trois caractéristiques :

- le risque assuré réside dans les conséquences pécuniaires de la responsabilité vis-à-vis d'une victime : il est de nature juridique (la mise en œuvre d'une règle de droit) et ne consiste pas en un événement factuel (à la différence d'un incendie ou d'un vol en assurance de choses). Ce caractère est souligné par l'article L 124.1 du Code des assurances : « Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé. » En d'autres termes, c'est la recherche par le lésé de la responsabilité de l'assuré (recherche concrétisée par une réclamation) qui constitue le sinistre ;
- le dommage affecte une victime, tiers au contrat d'assurance, mais bénéficiant, aux termes de l'article L 124.3 du Code des assurances (d'ordre public), d'une action directe contre l'assureur de responsabilité ;
- le risque de responsabilité civile se réalise progressivement par la succession d'événements plus ou moins étalés dans le temps : le fait dommageable (cause originelle du dommage), la survenance du dommage, la révélation du dommage à la victime, la réclamation de la victime.

Pour ajouter à la complexité du problème, on soulignera que la chronologie de la prise de connaissance de chacun de ces événements par le responsable et la victime ne correspond pas forcément à la succession nécessaire fait/ dommage/réclamation : en effet, le responsable peut savoir que tel de ses faits va avoir un caractère inévitablement dommageable avant même que le dommage ne soit survenu. Le dommage peut se manifester au responsable avant que la victime elle-même soit au courant. Or la connaissance, soit du fait dommageable, soit du dommage réalisé par l'assuré responsable, implique des conséquences contractuelles dans la relation assureur/assuré. Il résulte de l'article L 124.1 du Code des assurances que, en assurance de responsabilité, c'est la réclamation de la victime qui réalise le sinistre, sauf si le contrat d'assurance en dispose autrement, l'article L 124.1 n'étant pas d'ordre public.

### **2. La date du sinistre au regard de la période de garantie**

Les décisions du 19 décembre 1990 doivent être replacées dans la logique jurisprudentielle qui les a précédées... logique en parfaite contradiction avec les textes. Il faut distinguer dans ces décisions ce qui constitue un revirement (le refus de la liberté contractuelle quant à l'application de la garantie dans le

temps) de ce qui est dans le plus ou moins droit fil des options jurisprudentielles antérieures.

■ *Le fait dommageable*

En l'absence de clause particulière dans la police, la jurisprudence estimait déjà que l'assureur est tenu de garantir le sinistre lorsque le fait dommageable s'est produit pendant la période de garantie du contrat (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1970).

- Si, selon l'article 50 de la loi du 13 juillet 1930 (actuellement article L 121.4 du Code des assurances), l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé, la garantie joue cependant pour tout fait entraînant la responsabilité de l'assuré commis au cours de la période où le contrat d'assurance est en cours. -

La jurisprudence a marqué quelques hésitations sur la définition du fait dommageable parfois assimilé à la survenance du dommage, mais plus généralement au fait générateur cause d'origine du dommage : par exemple, la première chambre civile a jugé, le 20 mars 1990, que la date du fait dommageable imputable à l'exploitant d'une cuve de carburant devait être fixée au jour de la fuite et non au jour de la pollution du puits de la victime.

Dans l'hypothèse où il est impossible d'établir la date du fait dommageable ou lorsque celui-ci s'étend dans le temps, c'est la police d'assurance en vigueur au moment de la survenance du dommage qui est appelée à jouer (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 1982/24 mars 1987).

La solution que la jurisprudence retenait à titre supplétif ne correspond pas à la solution supplétive de l'article L 124.1, la jurisprudence faisant jouer la garantie de l'assureur du moment du fait dommageable (et subsidiairement la garantie de l'assureur du moment de la survenance du dommage) alors que le sinistre n'est réalisé que lorsque le tiers lésé présente sa réclamation.

La date du sinistre n'est donc pas la date de réalisation de celui-ci (celle de la réclamation), mais la date où le fait dommageable a été commis... En d'autres termes, le sinistre prend date... avant d'être juridiquement réalisé.

■ *La liberté des parties*

La jurisprudence reconnaissait aux parties du contrat d'assurance la possibilité de déterminer par des clauses de la police les règles d'application de la garantie dans le temps (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1979).

- En matière d'assurance de responsabilité, si, en principe, la garantie joue pour tout fait entraînant la responsabilité de l'assuré survenu pendant la période où le contrat d'assurance est en cours, même si la réclamation amiable ou judiciaire du tiers est postérieure à cette période, c'est à la condition que les parties n'en aient pas autrement décidé, les dispositions de l'article 15 de la loi

du 13 juillet 1930, devenu l'article L 113.2 du Code des assurances, ne faisant pas obstacle à la libre détermination par les parties dans le contrat d'assurance de la période pour laquelle l'assureur accorde sa garantie. »

La clause subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation de la victime pendant la période d'assurance était donc valide (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 mars 1976/4 décembre 1984 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 1978).

■ *L'inopposabilité aux victimes de la clause subordonnant la garantie à la présentation de la réclamation de la victime pendant la durée du contrat*

Toutefois, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la première chambre civile de la Cour de cassation décidait les 22 et 23 janvier 1985 que cette clause est inopposable aux victimes qui disposent, dès l'apparition du dommage, d'une créance d'indemnité contre l'assureur. Cette jurisprudence, sur laquelle la troisième chambre civile, après quelques hésitations, devait s'aligner le 8 avril 1987, dissocie, en vertu de l'action directe, le droit à indemnisation de la victime par l'assureur du droit à garantie de l'assuré. Or il faut souligner que cette action directe ne peut naître qu'au moment de la survenance du dommage qui peut être très postérieur à celui où le fait générateur a été commis.

La critique, constante depuis 1985, des assureurs à l'égard d'une jurisprudence les amenant à prendre à charge, à l'égard de la victime, des dommages non garantis vis-à-vis de l'assuré a fini par porter des fruits... amers, puisque, à la contestable inopposabilité aux victimes, la Cour de cassation a substitué, le 19 décembre 1990, la nullité pure et simple.

■ *La prohibition de la clause limitant la garantie aux réclamations présentées pendant la période de validité du contrat*

Les sept arrêts rendus par la première chambre civile du 19 décembre 1990 réputent non écrite la clause d'application de la garantie dans le temps : - Le versement de primes, pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration, a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période ; que la stipulation de la police, selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat, aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite, comme dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui aurait alors perçu les primes sans contrepartie ; que cette stipulation doit, en conséquence, être réputée non écrite. »

Il faut souligner trois points dans cette motivation :

– la réclamation conditionne la mise en œuvre de l'assurance de responsabilité, mais non l'application de la garantie dans le temps ;

- l'assurance couvre nécessairement les conséquences de faits commis pendant la durée du contrat ;
- toute clause contraire est nulle, car elle confère à l'assureur un avantage dépourvu de cause.

La solution supplétive devient désormais la solution obligatoire.

Malgré les critiques de la doctrine, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, par l'arrêt 756 du 17 avril 1991, a adopté la solution de la première chambre, alors même que, dans l'arrêt 738 du même jour et dans un arrêt du 20 février 1991, elle en était restée au principe de l'inopposabilité.

On soulignera que, dans le rapport de la Cour de cassation pour 1990, les décisions du 19 décembre 1990 sont soulignées comme une « étape supplémentaire » de l'œuvre prétéorique de la première chambre civile (rapport pages 372 et 373).

### **3. Critique de la solution retenue par la Cour de cassation**

#### ■ *Le non-respect de la liberté contractuelle*

Le contrat d'assurance garantit un aléa dont les parties définissent librement les contours. Le respect de cette liberté s'impose au juge sous réserve de l'interprétation des clauses obscures, ambiguës ou contradictoires, et le juge n'a pas le pouvoir d'annuler les clauses qu'il estime abusives.

L'objet de l'assurance de responsabilité civile est de protéger l'assuré contre la survenance d'un événement aléatoire pouvant affecter son patrimoine du fait de l'action en responsabilité civile engagée par la victime d'un fait dommageable imputable à l'assuré.

La réclamation est bien un événement aléatoire ; le législateur ne s'y était pas trompé en la choisissant comme l'élément de réalisation du sinistre de responsabilité civile.

Comment le juge peut-il imposer une règle à la fois contraire à la volonté des parties contractuelles et à la solution supplétive du législateur ?

#### ■ *Le faux argument de la cause*

Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de l'un des cocontractants est l'objet de l'obligation de l'autre : ainsi, dans un contrat d'assurance, l'assureur s'oblige (à donner une garantie) pour obtenir des primes et l'assuré s'oblige (à payer des primes) pour obtenir une garantie.

De plus, le contrat d'assurance étant par essence aléatoire, il est nécessaire que la garantie soit subordonnée à la survenance d'un événement aléatoire.

En se fondant sur l'article 1131 du Code civil (« l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet »), le juge pouvait-il sanctionner :

- l'inexistence d'un aléa ? Au moment de la prise d'effet du contrat, l'assureur

et l'assuré ignorent si des réclamations seront ou non présentées pendant la durée du contrat soit pour des faits survenus pendant la durée du contrat, soit même pour des faits antérieurs à la prise d'effet du contrat, dès lors que l'assuré ne connaît pas le caractère dommageable de ces faits. Le caractère aléatoire d'un contrat d'assurance couvrant les réclamations présentées pendant la durée du contrat n'est donc pas contestable ;

– l'absence de contrepartie ? Le versement des primes pour une période considérée a pour contrepartie la prise en charge des sinistres constituée par les réclamations présentées pendant la même période de paiement des primes.

Le risque pour l'assuré de voir son patrimoine amputé à la suite des réclamations dont il peut faire l'objet après la prise d'effet du contrat – risque plus évident et plus actuel pour lui au moment où il souscrit le contrat d'assurance que celui d'être dans un futur lointain éventuellement mis en cause pour des faits qu'il n'a pas encore commis – peut être valablement celui pour lequel la garantie de l'assureur est achetée par le paiement de la prime. Il y a bien réciprocité des engagements lors de la conclusion du contrat.

Certes, la clause base réclamation conduit à priver l'assuré de la garantie pour les réclamations présentées après la cessation du contrat. Ce constat interpelle les assureurs, qui doivent s'efforcer de donner la continuité de l'assurance dans la succession des contrats. Mais il s'agit d'un tout autre problème que celui de la cause.

Soulignons enfin que la motivation sur l'article 1131, à la supposer fondée, conduirait à l'annulation du contrat d'assurance et à la restitution des primes versées par l'assuré : l'article 1131 rend sans effet l'obligation sans cause, il ne dit pas de créer une cause lorsqu'il n'y en a pas afin de maintenir l'obligation.

En réalité, le juge a cherché à sanctionner une clause qu'il estimait abusive : mais c'est au pouvoir réglementaire, et non au juge, que la loi du 10 janvier 1978 donne la possibilité de réputer non écrites les clauses abusives.

■ *La solution de la Cour de cassation contredit certains textes d'assurances obligatoires qui se fondent sur la réclamation*

- Agences de voyages (décret 77.363 du 28 mars 1977) ;
- Administrateurs judiciaires (décret 85.1389 du 27 décembre 1985) ;
- Experts-comptables (décret 81.445 du 7 mai 1981 modifié par le décret 89.937 du 22 décembre 1989) ;
- Courtiers d'assurance (décret 90.243 du 24 septembre 1990).

Tous ces textes prévoient que la garantie s'applique aux réclamations présentées pendant la période d'assurance avec parfois une garantie subséquente limitée dans le temps en cas de décès de l'assuré ou de cessation d'activité.

La pratique de la base réclamation connaît donc une consécration réglementaire, et nul jusqu'ici n'a soulevé l'illicéité des décrets précités.

■ *Les inconvénients de la solution du fait dommageable*

- La définition même du fait dommageable présente des difficultés.
- La détermination du fait dommageable à l'origine d'un sinistre peut être techniquement difficile.
- Il en résulte qu'il est souvent difficile, parfois impossible, de dater précisément le fait dommageable.
- La victime ne peut pas exercer son action directe tant que le moment du fait dommageable n'aura pas été déterminé.
- Au moment où elle présente sa réclamation, la victime ne bénéficie que du plafond de garantie de l'année où le fait dommageable a été commis, dans la limite laissée disponible par les sinistres antérieurs.

En conclusion, la solution de la garantie en vigueur à l'époque du fait dommageable n'est vraisemblablement pas la plus favorable à la victime.

## **II. LA PRATIQUE ACTUELLE DES ASSURANCES**

### **1. Le modèle de clause de l'Agsaa et son application**

Pour pallier les difficultés liées à la diversité des clauses relatives à l'application de la garantie dans le temps, l'Agsaa a, par la circulaire n° 13/1988 du 24 octobre 1988, proposé un modèle de clause élaboré par un groupe de travail issu de la commission générale responsabilité civile.

La garantie couvre :

- les réclamations portées à la connaissance de l'assureur pendant la durée du contrat ;
- les réclamations portées à la connaissance de l'assureur postérieurement à la cessation d'effet du contrat, si elles se rattachent à des faits déclarés pendant la durée du contrat.

Ces réclamations doivent être déclarées à l'assureur dans un certain délai, que la circulaire préconise de ne pas prévoir inférieur à quatre ou cinq ans.

Est également prévue une garantie subséquente limitée dans le temps en cas de cessation définitive d'activité.

Cette clause a été préconisée pour tous les risques d'entreprise (exploitation et après travaux ou après livraison). Elle n'a pas été recommandée pour les prestataires de service ou les professions libérales.

Aujourd'hui, au moins pour le risque après travaux ou après livraison, les clauses relatives à la durée de la garantie s'inspirent du modèle précité. Le marché français de l'assurance des entreprises pratique généralement la base réclamation.

On observera ici que la pratique de la déclaration des sinistres ne coïncide pas exactement avec l'assimilation du sinistre à la réclamation : en effet, l'assuré n'attend pas la réclamation pour déclarer le sinistre mettant en cause sa respon-

sabilité ; généralement, le contrat l'oblige à déclarer « tout fait susceptible d'engager sa responsabilité » ; dès qu'il a connaissance de l'événement dommageable pouvant le mettre en cause, avant même que la victime n'ait présenté sa réclamation, l'assuré fait une déclaration de sinistre que l'assureur va aussitôt enregistrer et gérer.

Le modèle de clause préconisé en 1988 par l'Agsaa généralise et étend cette pratique : la déclaration de faits susceptibles de faire jouer les garanties (faits non spécifiés pouvant être soit un événement dommageable, soit même un fait générateur d'un dommage qui ne s'est pas encore produit, mais qui va advenir très probablement) permet d'ouvrir un sinistre au moment de la déclaration desdits faits, au titre duquel seront prises en charge les éventuelles réclamations futures, même postérieures à la cessation d'effet du contrat.

Le système proposé par l'Agsaa est donc en fait un panachage base réclamation/base fait générateur, mais il s'agit du fait générateur déclaré à l'assureur pour ordre pendant la durée du contrat, et non du fait générateur établi après sinistre et remontant à l'époque d'effet du contrat.

La clause proposée par l'Agsaa présente des avantages et encourt quelques critiques.

**Avantages :**

- elle maintient le principe de la base réclamation ;
- elle retient la même règle d'application de la garantie dans le temps en responsabilité civile exploitation et en responsabilité civile après travaux ou après livraison ;
- elle permet la reprise du passé (faits et dommages inconnus de l'assuré au moment de la souscription et donnant lieu à réclamation pendant la durée du contrat) ;
- elle comporte une solution de prise en charge pour les dommages consécutifs à un fait générateur survenu pendant la durée du contrat de l'assureur, mais donnant lieu à réclamation après la cessation d'effet de ce contrat ;
- elle permet de régler le problème de l'affectation du sinistre entre assureurs successifs.

**Inconvénients :**

- elle repose sur la connaissance par l'assureur de la réclamation, alors que la non-déclaration du sinistre par l'assuré à l'assureur est inopposable aux victimes ;
- elle est imprécise sur les faits à déclarer et sur les effets de la déclaration de précaution ;
- le délai de déclaration des réclamations ne peut être opposé aux victimes

dont le dommage est survenu pendant la durée du contrat (arrêts des 22/23 janvier 1985) ;

– la couverture prévue en cas de cessation d'activité n'est que partielle (la garantie subséquente pour les réclamations portées à la connaissance de l'assureur après la résiliation du contrat est limitée dans le temps).

## **2. L'absence de règle précise quant à l'affectation des sinistres et à la constitution de provisions**

En théorie, la logique du sinistre - réclamation - voudrait que l'on n'enregistre et n'évalue le sinistre que lorsque la première victime présente sa réclamation :

- comptablement, le sinistre est affecté à l'exercice au cours duquel est présentée la réclamation ;
- les garanties, plafonds et franchises applicables sont ceux en vigueur au jour de la réclamation.

En pratique, le sinistre est daté et affecté en fonction du moment et du contenu de la déclaration de l'assuré. Est retenu tantôt l'exercice de survenance du dommage, tantôt celui de la réclamation de la victime à l'assuré. En principe, lorsque l'assuré déclare par précaution un fait qui n'a pas encore causé un dommage, le dossier est ouvert pour ordre, sans provision substantielle. Le provisionnement adéquat et le choix de l'exercice d'affectation seront faits ultérieurement au moment de la réalisation du dommage ou de la présentation de la réclamation.

### **III. LES CONSÉQUENCES PRATIQUES DES ARRÊTS DU 19 DÉCEMBRE 1990**

La Cour de cassation estime que l'assurance doit couvrir les dommages consécutifs aux faits générateurs commis pendant la durée du contrat. Si, au vu de l'expression « [...] dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit à cette époque », certains pouvaient estimer que la première chambre civile n'avait pas clairement tranché entre la base survenance du dommage et la base fait générateur, l'arrêt de la troisième chambre civile du 17 avril 1991 sanctionnant une cour d'appel qui n'avait pas recherché si « le fait dommageable consistant dans l'exécution défectueuse des travaux par l'assuré ne se situait pas à une époque antérieure à la résiliation » est parfaitement clair.

Le juge interdit toute clause contraire : toutes les précautions quant à la durée de la garantie que les assureurs ont mises ou vont mettre dans les contrats ne seront pas appliquées par le juge. La quasi-totalité des clauses du marché traitant de l'application de la garantie dans le temps sont réputées non écrites selon le juge.

La constitution des provisions pour sinistre dans le cadre de la nouvelle jurisprudence pose aux assureurs d'insolubles problèmes en l'état actuel de la législation régissant ces provisions : si les primes perçues dans l'exercice x

doivent désormais servir à payer les conséquences dommageables qui apparaîtraient dans un futur plus ou moins lointain des faits générateurs commis dans le même exercice  $x$ , il est nécessaire de les capitaliser, ce qui ne les rend plus disponibles pour payer les réclamations, pour faits générateurs commis dans le passé, reçues dans l'exercice  $x$ . Nul n'a pensé jusqu'ici que la nullité de la clause base réclamation était absolue et que l'assureur du moment de la réclamation pouvait lui-même invoquer la nullité de la clause pour refuser de faire face à ses engagements contractuels. D'ailleurs, le juge n'estimerait-il pas alors que la reprise du passé dont est assortie toute clause base réclamation reste parfaitement valable ?

La nouvelle jurisprudence introduit les germes d'un contentieux entre assureurs sur la répartition des sinistres : l'assureur base réclamation d'aujourd'hui peut se fonder sur elle pour rechercher un cumul d'assurances.

Commence à se développer une sinistralité qui ne prend sa source que dans la jurisprudence du 19 décembre 1990 : chaque fois qu'un problème de garantie (exclusion, insuffisance) est invoqué sur la police en vigueur au moment du sinistre, l'assuré et ses conseils mettent en jeu la police base *claims made* en vigueur au moment du fait à l'origine du dommage, bien que celle-ci soit résiliée depuis plusieurs années.

La nouvelle jurisprudence va poser des problèmes pour l'application des plafonds de garantie (pour l'ensemble des réclamations présentées dans l'année d'assurance). Apparaît ainsi le risque d'une nouvelle étape dans la déstabilisation de l'assurance responsabilité civile après livraison ou après travaux.

#### **IV. POINT SUR LES TRAVAUX MENÉS AU SEIN DE L'APSAD**

Après les arrêts refusant d'appliquer l'exclusion du produit défectueux (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai et 3 juillet 1990), les décisions du 19 décembre 1990 ont été ressenties par les assureurs, au niveau du principe, comme un nouveau coup porté par la haute juridiction à la liberté contractuelle et, au niveau des effets, comme une déstabilisation extrêmement préoccupante de l'assurance responsabilité civile. Plutôt que de vaines protestations, il est apparu qu'une étude approfondie et objective de l'ensemble du problème devait être menée pour compléter la critique spécifiquement juridique des décisions par des propositions constructives qui mettraient en relief la volonté des assureurs d'éviter les « trous » de la garantie dans le temps.

##### **1. Circulaire Apsad 7/1991 du 27 mars 1991**

Elle a recommandé quelques mesures d'application immédiate approuvées par le comité directeur :

- 1. Mise au point d'une défense concertée.

- 2. Interdiction aux assureurs de se prévaloir entre eux de la nouvelle jurisprudence.
- 3. Concertation entre assureurs pour résoudre à l'amiable les litiges lorsque, malgré la continuité de l'assurance, la succession d'assureurs provoque, du fait des clauses de chacun des contrats, un trou de la garantie.
- 4. Non-remise en cause de l'inopposabilité aux victimes de la résiliation du contrat entre la survenance du dommage et la réclamation ;
- 5. Constitution d'une cellule *ad hoc* pour donner un avis dans les cas où l'opportunité d'un procès sur l'application de la clause *claims made* est discutable (notamment en cas de résiliation par l'assureur pour un motif autre que le non-paiement de la prime).
- 6. Recensement des affaires en cours.

La mesure 1 est étudiée à l'occasion d'un procès actuellement au stade de la Cour de cassation intéressant l'une de nos sociétés membres. Le mémoire préparé par l'avocat servira de base à l'argumentaire qui sera examiné par la commission des affaires juridiques.

La mesure 2 a donné lieu à l'élaboration d'un projet de convention (voir § 2 ci-après).

Nous n'avons pas à ce jour d'élément permettant de mesurer l'application des mesures 3 et 4.

Les sociétés n'ont pas sollicité l'avis de la cellule *ad hoc* prévue dans la mesure 5 ; elle ne s'est donc pas réunie à ce jour.

La commission des affaires juridiques a élaboré un questionnaire précis sur les affaires intéressant les sociétés représentées dans cette commission. Une consultation auprès de tout le marché, en l'absence de réponse spontanée à la demande figurant dans la circulaire 7/1991, pourra être envisagée. Chaque membre de la sous-commission des sinistres responsabilité civile doit par ailleurs nous adresser une note de synthèse sur les difficultés rencontrées par sa société en la matière.

## **2. Le projet de convention sur les clauses relatives à l'application de la garantie dans le temps**

Le projet a été élaboré par la sous-commission des sinistres responsabilité civile et approuvé par la commission des sinistres non auto. Il a été également examiné par la commission des affaires juridiques et la commission assurance obligatoire de l'Afac.

En sa forme actuelle, il ne vise qu'à interdire aux assureurs de se prévaloir de la jurisprudence du 19 décembre 1990, soit pour rechercher des assurances cumulatives, soit pour obtenir le paiement de recours subrogatoires.

Il s'agit en fait d'une question de cohérence, car il paraît paradoxal et maladroit que les assureurs se prévalent de solutions jurisprudentielles dont ils contestent le bien-fondé et déplorent les conséquences.

Le projet ne vise que les conflits directs entre assureurs et ne traite pas les cas qui intéressent en droit et en fait la relation assureur/assuré ou assureur/victime, mais dans lesquels le refus de garantie de l'assureur X provoque par ricochet la mise en cause de l'assureur Y, fondée sur la jurisprudence du 19 décembre 1990.

Il faut souligner que les conflits entre assureurs sont envisageables dans des situations très différentes.

- 1. Deux assureurs successifs refusent la prise en charge du sinistre du fait de l'application indiscutable de leurs clauses, le trou dans la garantie dans le temps venant d'une mauvaise coordination entre les contrats. En régime de liberté contractuelle quant à l'application de la garantie dans le temps, aucune garantie ne peut être accordée, sauf à voir les questions de responsabilité professionnelle pouvant résulter du trou de garantie.
- 2. Deux assureurs successifs refusent la garantie parce que la date de réalisation du risque (quel que soit le critère du sinistre) est discutée. C'est une question de fait.
- 3. Deux assureurs *claims made* refusent la garantie, le premier parce que la réclamation est postérieure à la cessation de son contrat, le second parce que les faits donnant lieu à réclamation étaient connus de l'assuré avant la souscription de la police.
- 4. L'assureur *claims made* dont la police est en vigueur au moment de la réclamation appelle en cumul d'assurance l'assureur *claims made* du moment du fait générateur, en s'appuyant sur la nouvelle jurisprudence.
- 5. Un assureur « dommages » subrogé exerce son recours contre l'assureur *claims made* du moment du fait générateur, en s'appuyant sur la nouvelle jurisprudence (il y a intérêt en cas d'absence d'autre assureur ou d'insuffisance de garantie).

Une convention entre assureurs peut régler les cas 4 et 5 et l'arbitrage trancher la question de fait du cas 2. Poser une règle de principe pour régler les cas 1 et 3 impliquerait une hiérarchisation par la profession des clauses contractuelles en cause :

- pour le cas 1 : quel critère d'application de la garantie dans le temps doit l'emporter ?
- pour le cas 3 : l'obligation de déclarer les faits doit-elle prévaloir sur la base réclamation ?

La commission des affaires juridiques a relevé la portée réduite du projet de convention et son incapacité à traiter les cas les plus nombreux (trou de garantie malgré l'ininteruption de l'assurance responsabilité civile donnée par des contrats successifs). Reste à déterminer s'il est possible d'aller plus loin tout en sauvegardant le principe de la liberté des clauses relatives à l'application de la garantie dans le temps.

La commission jurisprudence de l'Afac s'est penchée sur le projet de convention ; en effet, les assureurs construction sont concernés par la nouvelle juris-

prudence pour les chefs de préjudice qui ne rentrent pas dans le cadre de l'assurance obligatoire prévue par l'article L 241.1 du Code des assurances. Il semble que la majorité des sociétés membres de l'Afac approuve le projet de convention dans la mesure où cette dernière aura un caractère temporaire.

Le projet de convention, qui ne constitue qu'une approche très partielle du problème (seule possible en l'état), sera soumis au prochain comité entreprises et au comité directeur et, s'il a été approuvé par ces instances, à l'assemblée générale de l'Apsad en décembre 1991.

### **3. Réflexions du groupe de travail responsabilité civile sur l'évolution des clauses relatives à l'application de la garantie dans le temps**

Les membres de ce groupe de travail issu de la commission responsabilité civile entreprise se sont réunis à quatre reprises et ont participé, le 27 juin, à une rencontre avec les représentants des réassureurs. Le groupe devait répondre aux questions suivantes :

- les arrêts du 19 décembre 1990 doivent-ils conduire le marché à changer le système d'application de la garantie dans le temps en matière de responsabilité civile après travaux ou après livraison, préconisé par l'Agsaa en 1988 ?
- si oui, par quel système le remplacer et comment gérer le changement ?

Les travaux et conclusions du groupe peuvent être résumés comme suit :

- Les décisions de la première chambre civile (ralliée le 17 avril par la troisième) tiennent à la constatation par les magistrats de l'existence de clauses d'assurances qui créent des trous de garantie.
- Ces décisions concernent des espèces relevant du domaine de la construction mais ont une portée générale, compte tenu de leur rédaction.
- L'exemple des pays étrangers confirme qu'il est irréaliste de retenir un critère unique pour les risques après livraison et après travaux, les pays voisins pratiquent conjointement la base survenance (à l'exception du Danemark) et la base réclamation (sauf l'Autriche). Un seul pays pratique aussi le fait générateur (la Suisse).

Dans aucun, le fait générateur n'est le seul critère d'application de la garantie dans le temps.

Généralement, les risques courants sont traités en survenance et les risques importants en base réclamation.

- La base - fait générateur - ne peut être généralisée ; dans le cadre du marché européen, un plus grand usage de la base survenance, à l'instar des pays voisins, peut être envisagé. Cela suppose :
  - de définir précisément la survenance ;
  - de proposer une subséquente en cas de cessation d'activité pour les dommages survenus postérieurement à la résiliation du contrat ;
  - de voir si un délai de présentation de la réclamation après la cessation du contrat est envisageable.

- Le *claims made* reste la base la plus appropriée pour :
  - certains cas de responsabilité civile professionnelle ;
  - les produits à développement long ;
  - les produits vendus aux États-Unis et au Canada ;
  - les risques particulièrement lourds.

## V. COMPARAISON DES SYSTÈMES POSSIBLES

### 1. Fait générateur (ou fait dommageable)

C'est le fait à l'origine du dommage : c'est un fait ponctuel qu'il faut retrouver dans le processus de fabrication d'un produit ou dans la durée des travaux.

#### Avantages :

- la simplicité du contrat : inutile de prévoir une reprise du passé pour les faits antérieurs à la souscription et une subséquente pour les dommages et réclamations postérieurs à la cessation du contrat ;
- la prime est perçue dans l'exercice où court le risque (conçu comme le fait de commettre des actes générateurs de dommage).

#### Inconvénients :

La difficulté de déterminer le fait générateur : *stricto sensu*, c'est un acte bien déterminé (exemples : une erreur de calcul d'un ingénieur, l'adjonction d'un composant inadéquat, etc.). En pratique, c'est souvent un ensemble de faits défectueux accomplis dans une certaine durée qui conduit au dommage, ou bien le même fait répété jusqu'au moment où l'on s'aperçoit de son caractère dommageable. S'il y a eu changement d'assureur pendant le processus de fabrication ou la durée des travaux, comment déterminer le fait générateur à retenir et lui donner une date qui permettra de désigner l'assureur qui doit en garantir les conséquences ?

Le choix du critère fait générateur pour l'application dans le temps complique le problème, car, à la difficulté de l'inévitable étendue dans le temps de la séquence fait générateur/survenance du dommage/réclamation de la victime, on ajoute la problématique (que l'expertise technique ne permettra pas toujours de résoudre) de la durée même du ou des fait(s) générateur(s).

Il en résulte :

- une insécurité pour l'assuré, qui, au stade de l'instruction du sinistre, ne sait pas lequel de ses assureurs successifs est concerné ;
- l'impossibilité pour la victime de faire jouer l'action directe tant que l'assureur contre lequel elle peut être exercée n'est pas déterminé.

La jurisprudence, face à cette difficulté, substitue le critère survenance au

critère fait dommageable (voir p. 61), voire confond le « fait dommageable » avec la survenance, alors que l'expression « fait dommageable » est généralement réservée au fait initial à l'origine du dommage (voir, par exemple, l'arrêt rendu le 12 mai 1981 par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui retient comme fait dommageable la rupture d'une canalisation et non la malfaçon à l'origine de cette rupture).

On peut en conclure que le critère du fait générateur, qui n'est pas exempt d'ambiguïté dans sa définition, est une source de difficultés quant à son application, bref, qu'il est surtout... générateur d'insécurité pour l'assuré, la victime et l'assureur.

La garantie applicable est celle du moment où le fait générateur a été commis, donc généralement inférieure dans son étendue et son montant à celle qui est en vigueur au moment de la survenance du dommage ou de la réclamation, lorsque le décalage de temps est important. Les contrats d'assurance responsabilité civile évoluent en effet dans un sens extensif, et l'intérêt même de leurs bénéficiaires directs ou indirects est bien de profiter de cette évolution.

L'absence de limite dans le temps à l'intervention de l'assureur pose d'insolubles problèmes de provisionnement des sinistres.

## **2. Survenance du dommage occurrence basis**

La garantie s'applique aux dommages survenus pendant la durée du contrat d'assurance. Encore faut-il s'entendre sur une définition de la survenance : est-ce le moment où le dommage se réalise matériellement, ou celui où il se manifeste à la victime ? Le critère de la manifestation semble plus réaliste : tant qu'il ne s'est pas manifesté, le dommage ne peut ouvrir droit à réparation. Le Pharmapool allemand a adopté cette définition : le sinistre est constitué par la première manifestation constatée par un médecin des conséquences pathologiques du produit pharmaceutique.

### **Avantages :**

- la garantie mise en jeu est celle du moment où naît le droit à réparation de la victime (et son action directe contre l'assureur de responsabilité civile) ;
- sont applicables les garanties en vigueur au moment de la survenance du dommage (plus actuelles que celles qui sont en vigueur au moment du fait générateur) ;
- la durée de la garantie concorde avec la durée de la responsabilité.

### **Inconvénient :**

La garantie dans le temps n'est limitée que par la prescription, soit, en droit commun, trente ans pour les actions en responsabilité contractuelle et dix ans pour les actions en responsabilité extra-contractuelle. La longueur de ces délais

pose problème. En matière de défaut de sécurité des produits, la prescription de l'action (à distinguer de la durée de la responsabilité) sera réduite à trois ans (directive CEE du 25 juillet 1985 et projet d'incorporation dans le droit français).

### **3. Base réclamation claims made basis**

La garantie s'applique aux réclamations adressées à l'assuré pendant la période de validité du contrat (variante réclamations présentées à l'assureur ; voir p. 65 la clause préconisée par l'Agsaa).

#### **Avantages :**

- c'est la garantie en vigueur au moment où le sinistre responsabilité civile est pleinement réalisé qui est appelée à jouer (correspond à la réalité juridique du risque RC) ;
- l'assureur gestionnaire des sinistres est l'assureur présent de l'assuré (meilleur partenariat) ;
- les garanties les plus récentes sont mises en jeu ;
- l'assureur connaît les limites de sa garantie dans le temps.

#### **Inconvénients :**

- la garantie est subordonnée à un fait qui ne dépend que de la victime (présentation de la réclamation) ;
- il peut se produire un trou de garantie malgré la succession d'assureurs base réclamation pour des faits commis ou des dommages survenus connus de l'assuré avant le changement d'assureur (rappel : solution pratique mais insuffisante de la clause Agsaa sur cette difficulté, voir p. 65) ;
- les réclamations postérieures à la cessation du contrat ne sont pas garanties : la difficulté est en principe réglée s'il y a succession d'assureurs base réclamation, mais tel n'est pas le cas si l'assuré cesse son activité ;
- le système est incompatible avec l'action directe de la victime contre l'assureur acquise dès la survenance du dommage (action récursoire de l'assureur contre son assuré après paiement de la victime).

En conclusion, on peut souligner qu'aucun des trois systèmes ne doit être exclusivement choisi :

- la base fait générateur présente beaucoup d'inconvénients pratiques, sauf si le fait est concomitant du dommage (mais alors la base survenance suffit). Concevable dans le cas de responsabilité pour faute prouvée (exemple : les médecins), elle paraît difficile à mettre en œuvre dans les responsabilités pour risque où c'est une activité étalée dans le temps qui peut être en cause (exemple : la fabrication d'un produit) ;
- la base survenance présente plus d'attraits, dès lors qu'elle fait exactement

concorde la durée de la garantie et la durée de la responsabilité. Son inconvénient, lié à la longue durée des prescriptions en droit français, ne peut que conduire les assureurs à limiter leurs engagements en montant, pour contrebalancer les risques liés à des engagements quasi illimités dans le temps ;

– la base réclamation génère par elle-même des trous de garantie inacceptables, mais elle seule permet à l'assureur des engagements importants en montant, puisque le facteur temps est bien délimité.

## **VI. L'APPLICATION DE LA GARANTIE DANS LE TEMPS ET LE CALCUL DES PROVISIONS**

### **1. Les règles**

L'assurance responsabilité civile (hors décennale) est actuellement une assurance de répartition. Les primes de l'année N permettent de régler les sinistres de la même année N. La définition du sinistre liée à l'application de la garantie dans le temps a donc une influence sur le calcul des provisions.

Les provisions pour sinistres à payer (Code des assurances, articles R 331.6, paragraphe 4<sup>e</sup>, et R 331.15) concernent :

– les sinistres réglés mais restant à payer (pour le montant de la somme à payer) ;

– les sinistres non réglés : il s'agit de sinistres connus de l'assureur en cours d'instruction ; l'évaluation approximative est corrigée et affinée en fonction de l'évaluation du dossier.

L'article R 331.15 oblige à calculer la provision « exercice par exercice et dossier par dossier ». Il est toutefois admis par l'administration que l'assureur provisionne une somme forfaitaire pour les sinistres tardifs survenus, mais inconnus de l'assureur à la date de l'inventaire.

Rappelons enfin la taxe sur les bonus de liquidation, instaurée en 1983.

### **2. Les conséquences de la nouvelle jurisprudence**

Pour l'application de ces dispositions d'ordre public, il est impossible de ne pas relier la définition du sinistre et l'application de la garantie dans le temps. Or la proportion des sinistres inconnus de l'assureur dans l'exercice de survenance est d'autant plus grande que le délai écoulé entre l'évènement mettant en jeu la garantie donnée par le contrat d'assurance pour l'exercice considéré et la connaissance qu'en a l'assureur est plus long : minime en base réclamation (il ne s'agit que des déclarés tardifs), cette proportion s'accroît en base survenance (la victime ne met pas forcément en cause dès la manifestation du dommage l'assuré, qui, généralement, ignore qu'un dommage est survenu tant que la victime ne s'est pas manifestée à lui) ; elle devient très importante en base fait générateur, surtout pour les risques après livraison ou après travaux, puisque,

en la matière, il est rare que le dommage survienne et soit connu de l'assureur aussitôt après que le fait générateur a été commis. C'est donc à une modification totale du calcul des provisions qu'aboutirait le respect du principe posé par la Cour de cassation.

Pour l'année 1991, tout assureur devrait mettre en provision :

1. Les sommes correspondant aux sinistres déclarés du fait de la nouvelle jurisprudence et affectant des polices résiliées.
2. Les sommes correspondant aux réclamations présentées en 1991.
3. Les sommes correspondant à l'estimation des conséquences des faits générateurs commis en 1991 et qui donneront lieu à des dommages et à des réclamations au cours des exercices suivants.

C'est donc un doublement au moins des provisions habituelles pour sinistre après livraison ou après travaux qui s'imposerait, étant précisé que :

- une partie des sommes prévues à la deuxième rubrique ci-dessus pourrait être récupérée sur l'assureur *claims made* de l'époque des faits (sauf application de la convention prévue sur les clauses relatives à l'application de la garantie dans le temps ; voir p. 69) ;
- les sinistres à venir pourraient être couverts par l'assureur *claims made* du futur... si le marché ne modifie pas sa pratique.

On voit donc que les arrêts de la Cour de cassation conduisent à un imbroglio comptable et qu'à l'insécurité juridique s'ajoute l'insécurité financière.

### **3. Vers une assurance responsabilité civile en capitalisation ?**

Mais il faut pousser la réflexion : la base fait générateur appelle une assurance en capitalisation, à l'instar de ce qui fut décidé en 1983 en assurance construction pour accorder la gestion comptable avec le principe de la durée de la garantie équivalente à la durée de la responsabilité.

La prise en compte généralisée de la jurisprudence de la Cour de cassation supposerait donc la mise au point d'une assurance en capitalisation pour l'avenir... et, pour le passé, la constitution d'un fonds de compensation.

En l'état de nos réflexions, un tel scénario a été écarté pour les raisons suivantes :

- la responsabilité civile décennale est assortie d'une obligation d'assurance à la différence de la plupart des autres cas de responsabilité civile après livraison ;
- la responsabilité décennale est limitée à dix ans alors que la responsabilité civile de droit commun est en fait illimitée, la prescription partant de la survenance du dommage et non de la livraison des travaux ou du produit (sauf directive CEE du 25 juillet 1985) ;
- les responsables de production responsabilité civile estiment qu'il faut conserver la pluralité des systèmes d'application de la garantie dans le temps (voir p. 72) ;

– la légitime protection des victimes et des assurés peut être obtenue par d'autres voies.

## **VII. LES ACTIONS PROPOSÉES**

Les arrêts de principe rendus par la première, puis par la troisième chambre civile de la Cour de cassation déstabilisent gravement l'économie de l'assurance responsabilité civile. La sécurité juridique conditionne la sécurité économique de l'opération d'assurance, et un système fondé pour l'un de ses éléments essentiels, l'application de la garantie dans le temps, sur des clauses que le juge répute non écrites, va générer des situations chaotiques au détriment, en fin de compte, des assurés et des victimes.

La liberté contractuelle qui a été jusqu'ici de règle a permis le développement des garanties accordées dans les contrats d'assurance responsabilité civile : le remplacement de la notion restrictive d'accident par celle, extensive, de dommage, la garantie des dommages immatériels non consécutifs, l'augmentation des plafonds de garantie n'ont été possibles que dans un cadre permettant à l'assureur de mesurer les conséquences de ces extensions de la garantie sur les résultats. A cet égard, la base réclamation pour l'application de la garantie dans le temps constitue le meilleur outil de gestion de la mutualité des assurés, puisqu'elle permet de cerner les résultats d'un exercice dès la fin de celui-ci. Il est apparu qu'il fallait la conserver – sans la généraliser – nonobstant la position actuelle de la Cour de cassation.

On pourrait penser à l'intervention législative pour régler la question. Mais cela reviendrait à fixer une règle unique, alors que la coexistence de plusieurs systèmes d'application de la garantie dans le temps reste souhaitable. Reste la persuasion à l'égard des magistrats... qui implique que nos positions soient crédibles.

Il faut prendre acte en effet que les décisions de la Cour de cassation résultent de la conjugaison de deux facteurs :

- le juge manque d'information sur les mécanismes de l'assurance justifiant les clauses qui limitent la garantie (entre autres garanties dans le temps) ;
- le juge n'accepte pas les trous de la garantie dans le temps résultant d'une discontinuité de l'assurance qui n'est pas imputable à l'assuré.

Les assureurs doivent donc agir sur ces deux facteurs.

### **1. L'amélioration des polices**

#### ■ *Le maintien de la base réclamation*

La base réclamation pourrait être maintenue si des correctifs permettent d'aboutir à la continuité de l'assurance dans le temps.

Pour le problème des faits connus de l'assuré avant le changement d'assureur

mais donnant lieu à réclamation après, le conflit négatif entre assureurs peut être réglé conventionnellement par le recours à l'arbitrage.

La continuité de la garantie après la cessation d'activité peut être réglée par une subséquente prenant en charge les réclamations postérieures à la cessation du contrat dans la limite du plafond de garantie de la dernière période d'assurance.

Cette subséquente pourrait être accordée systématiquement et sans limitation de durée pour les contrats comportant une garantie n'excédant pas 5 millions de francs. Son coût devrait alors être incorporé dans la prime de base annuelle. Pour les contrats comportant une garantie plus importante, un avenant avec surprime pourrait être proposé avec des modalités (plafond de garantie, durée) à étudier au cas par cas.

■ *La substitution progressive de la base survenance à la base réclamation*

Elle pourrait être réalisée lors du renouvellement des contrats imprimés des sociétés.

La survenance serait définie comme la manifestation du dommage à la victime.

Aucun délai ne serait exigé pour la prise en charge des réclamations consécutives à un dommage survenu pendant la durée du contrat et présentées après son expiration. Elles seraient couvertes dans la limite du plafond de garantie stipulé pour la dernière période d'assurance précédant la cessation du contrat.

En cas de cessation d'activité, les dommages qui se manifesteraient après la résiliation du contrat d'assurance seraient pris en charge dans la limite du plafond de garantie stipulé pour la dernière période d'assurance. Cette garantie subséquente serait accordée automatiquement et son coût pris en compte dans la prime de base annuelle.

Ce système serait réservé aux polices dont le plafond de garantie du risque après travaux ou après livraison n'excède pas 5 millions de francs.

Le passage de la base réclamation à la base occurrence provoque la non-garantie des réclamations consécutives à un dommage manifesté avant la prise d'effet du contrat. Il faudrait donc prévoir une reprise du passé pour assurer la continuité de l'assurance.

## **2. Le règlement conventionnel des conflits entre assureurs**

Il faut éviter autant que possible de porter devant la justice des problèmes de garantie qui démontrent aux magistrats que les assureurs ne parviennent pas à établir la continuité de la garantie.

L'interdiction de se prévaloir entre assureurs des arrêts du 19 décembre 1990 devrait être maintenue et confirmée par une convention (voir p. 69).

Lorsque l'assuré se heurte à un double refus de garantie, le premier assureur refusant parce que la réclamation a été présentée postérieurement à la déclaration, le second parce que la réclamation est consécutive à des faits connus de

l'assuré avant la souscription, le conflit pourrait être réglé de la façon suivante : si les faits connus ont été déclarés au premier assureur ou auraient dû l'être en raison de la grande probabilité d'une réclamation, le sinistre est pris en charge par le premier assureur. Dans le cas contraire, c'est le second qui devrait intervenir. La commission consultative et d'arbitrage trancherait les affaires que les assureurs n'auraient pu régler à l'amiable.

### **3. L'action auprès des magistrats**

#### ■ *Ses objectifs*

Elle viserait à les persuader de la nécessité de conserver la liberté contractuelle en matière d'application de la garantie dans le temps et à leur démontrer que nos clauses procèdent de contraintes financières et comptables inhérentes à l'opération d'assurance et du souci de l'adaptation des contrats aux besoins du marché.

Les mesures envisagées par la profession pour éviter les trous de garantie dans le temps leur seraient exposées.

#### ■ *Sa mise en œuvre*

Cette action devrait être replacée dans une « politique du contentieux » sur laquelle l'ensemble des assureurs devrait s'accorder. En effet, la question de l'application de la garantie dans le temps n'est qu'une facette du problème général de l'application des clauses des contrats d'assurances par le juge.

- Devrait être développée la concertation préalable entre assureurs pour les affaires contentieuses posant un problème de principe. L'instruction du 23 mai 1979 sur la consultation de la commission des affaires juridiques préalablement à tout pourvoi en cassation devrait être actualisée et son domaine d'application éventuellement étendu à des dossiers qui ne sont pas encore au stade du pourvoi.

- Les avocats devraient dans leurs conclusions et leurs plaidoiries s'attacher à expliquer les raisons d'être des clauses du contrat d'assurance plutôt que d'argumenter sur la lettre. Ce message devrait passer au travers des lettres d'instructions adressées par les services contentieux des sociétés, voire faire l'objet d'une action générale par le biais de l'association des avocats de sociétés d'assurances.

Des rencontres périodiques assureurs/magistrats devraient permettre de réfléchir sur les enseignements à tirer des contentieux et des décisions de justice ■

\*  
\* \*

## Postface

La longue note qui précède proposait plusieurs pistes pour construire une solution réaliste face aux problèmes de l'application de la garantie dans le temps avec deux pôles essentiels : une meilleure compréhension générale des contraintes inhérentes aux opérations d'assurance ; l'amélioration des polices actuelles dans toute la mesure du possible.

Le bilan en juin 1993 s'établit comme suit :

La Cour de cassation persiste dans sa jurisprudence et en généralise l'application, sauf lorsque la clause d'application de la garantie dans le temps est conforme aux exigences d'un texte réglementaire (arrêt, 1<sup>re</sup> Ch. civ. du 23 juin 1993). Les hauts magistrats voient dans le critère de « fait à l'origine du dommage » le seul moyen de protéger l'assuré contre le risque de non coïncidence de la durée de la garantie et de la durée de la responsabilité. Selon eux, ce souci doit prévaloir sur toute autre considération et permet de balayer les critiques que suscite la nouvelle jurisprudence.

L'espoir de voir la portée de celle-ci réduite au domaine de l'assurance construction (cf. M. Jouhaud dans *Risques* n° 10, p. 64 à 67) a disparu depuis un arrêt rendu par la première chambre civile le 3 février 1993 (JCP 93, 22.048, note Bigot) ; les assureurs ne sont point entendus lorsqu'ils expliquent que la solution de la Cour de cassation est incompatible avec les contraintes financières de l'assurance RC, et ils sont invités à revoir avec l'administration les mécanismes propres à l'assurance RC pour les adapter à la jurisprudence. Mais il y a un préalable qui semble difficilement acceptable dans notre culture juridique : la limitation stricte de la durée de la responsabilité à partir du fait générateur.

Droit à la responsabilité, application jurisprudentielle du droit de l'assurance et technique de l'opération d'assurance sont devenus incompatibles...

Faute d'une cohérence vite retrouvée, l'inassurabilité – ou la très faible capacité à assurer – sanctionnera une situation qui ne peut se pérenniser.

Des améliorations de la durée de la garantie ont été étudiées sous forme de subséquentes systématisées en cas de cessation d'activité. Mais elles se greffent sur des systèmes base réclamation ou base manifestation des dommages, et il paraît difficile en l'état actuel de la jurisprudence de proposer l'amélioration de systèmes prohibés.

Le marché s'est donc figé devant l'impossibilité technique d'adapter le texte de ses polices à la nouvelle jurisprudence, étant précisé que les entreprises assurées elles-mêmes ne souhaitent pas cette adaptation...

A l'étranger, l'assurance allemande a adopté le critère de la première manifestation du dommage pour les polices couvrant les atteintes à l'environnement comme elle l'avait déjà fait pour l'assurance responsabilité civile des produits pharmaceutiques. Les assurés et assureurs belges sont confrontés à des difficultés dont leur législateur n'avait pas prévu l'ampleur lorsqu'il édicta dans la

nouvelle loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre que • l'obligation de l'assureur (de responsabilité) s'étend aux réclamations introduites après l'expiration du contrat lorsque l'événement dommageable s'est produit en cours de contrat • (voir à ce sujet les commentaires de M. Bigot dans la note précitée).

Comparer la notion • d'événement dommageable • et celle de • fait à l'origine du dommage • n'éclairerait pas le débat, l'une et l'autre expression permettant des interprétations variées qui amènent à remonter plus ou moins loin dans la chaîne des événements qui ont conduit au dommage.

Les réassureurs envisagent de ne plus partager le sort des cédantes lorsque les clauses des contrats d'assurance ne seront pas respectées par le juge.

Lors de l'assemblée générale de l'Apsad du 18 décembre 1991 a été adoptée une convention interdisant aux assureurs de se prévaloir entre eux de la jurisprudence du 19 décembre 1990. Cette convention a permis d'éviter un contentieux entre assureurs sur les nombreux cas d'assurances cumulatives que créait indirectement la position de la Cour de cassation. Etroitement liée à la conjoncture jurisprudentielle, cette convention a été conclue pour deux ans et la question de son renouvellement va prochainement se poser.

Ainsi, le dossier relatif à l'application de la garantie dans le temps des contrats d'assurance responsabilité civile se transforme-t-il au fil des mois en une sorte de nœud gordien que la pression d'exigences contradictoires resserre inextricablement et qu'il faudra bien prochainement trancher ■



L'assurance de personne  
AU SECOURS DU DROIT  
de la responsabilité civile

**MOTS CLEFS :** assurance de chose • assurance de personne • assurance de responsabilité • bien de causalité • responsabilité • risque • subrogation •

Le droit de la responsabilité est en plein déclin en raison de sa démesure et du souci des juges de trouver à tout prix un responsable lorsqu'une personne se plaint d'un dommage. On juge le défendeur responsable parce qu'il est garanti par une assurance de responsabilité. La solution consiste à supprimer cette envie de déceler un responsable pour trouver un payeur qui soit assureur de responsabilité. Le payeur sera un assureur de chose ou de personne. Si l'on part de l'idée qu'il est légitime, dans la civilisation actuelle de créer des risques, le risque, mal nécessaire de la société, doit être géré par celui qui l'éprouve. Une promotion de l'assurance de personne et de l'assurance de chose, liée au phénomène de plus en plus répandu de la subrogation de l'assurance, conduira le procès à ne plus guère opposer que deux assureurs, l'un de personne ou de chose, l'autre de responsabilité. Le juge, dès lors, sera enclin à plus d'orthodoxie dans le maniement des concepts, et l'on reviendra peut-être ainsi à un vrai droit de la responsabilité.

Dans un ouvrage devenu classique<sup>1</sup>, Melle Viney mettait en lumière, il y a quelque trente ans, le déclin de la responsabilité individuelle. De nos jours, il faut le craindre, c'est la discipline tout entière de la responsabilité civile qui se meurt<sup>2</sup>. Elle trouve chez des auteurs modernes ses véritables Dubuffet juridiques, qui prônent le retour au primitivisme le plus sauvage. C'est que le droit de la responsabilité civile ne sait plus ni où il va ni qui il est, rongé qu'il est par des maux intérieurs qui le déforment et le dérèglent.

La responsabilité civile est le fait de devoir supporter les conséquences

\* Professeur agrégé à la faculté de droit de l'université Paris XII.

1. G. Viney, « Le déclin de la responsabilité individuelle », LGDJ, 1965, préface A. Tunc.

2. On consultera avec grand profit les remarquables études publiées dans la revue « Risques », avril-juin 1992, n° 10.

pécuniaires des dommages que l'on a causés par son fait illicite. Qu'en reste-t-il ? Cette dérive est due à une crise du droit de la responsabilité lui-même, dont nous voudrions exposer quelques causes, avant de proposer un remède.

## I. LA CRISE DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

a) La crise du droit de la responsabilité a pour première cause sa démesure. Tels les diplodocus qui se sont éteints pour être trop gros, le droit de la responsabilité civile, bouffi et déformé, n'a plus de ligne. Sa charpente ne peut plus le soutenir. N'est-elle pas, elle-même, rongée ? Deux éléments caractérisent cette obésité. La démesure de la responsabilité vient d'abord de ce que les chefs de préjudice réparables et les prétextes à responsabilité se sont accrus. Ainsi, le gonflement du concept de dommage moral, non seulement parce que les indemnités qui le réparent échappent au recours de la Sécurité sociale, mais aussi parce que la société actuelle monnaie tout, attache quelquefois plus d'importance à la mort d'un animal qu'à celle d'un homme.

Le phénomène d'inflation des demandes est d'ailleurs des plus complexes. Le goût du lucre n'explique pas tout. On peut y voir aussi la disparition de la crainte révérencielle à l'égard de certaines professions nobles (médecins, notaires), la manifestation d'une confiance exagérée dans la science<sup>3</sup>, censée apte à prévenir ou à guérir tous les maux de la société ; et aussi un obscur besoin de savoir (qui n'exclut pas celui de se venger). On veut connaître le responsable, et c'est ce qui fait l'essor actuel de la constitution de partie civile à fins vindicatives<sup>4</sup>, où la victime, pourtant privée, dans ces cas, par la loi, du droit d'obtenir réparation du responsable, se constitue partie civile à seule fin de corroborer l'action publique.

Dans le même temps, les conditions de la responsabilité civile s'amenuisent, s'évanouissent. Nous ne retiendrons que l'exemple le plus flagrant : celui du lien de causalité. Il est banal de relever que la loi du 5 juillet 1985, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, crée une obligation de réparer (on appelait cela, autrefois, une responsabilité) à la charge de qui peut seulement avoir causé le dommage. Mais cette approximation n'est-elle pas aussi le fait de bien des constructions jurisprudentielles ?

Ainsi en est-il de deux situations où le lien de causalité est en quelque sorte circonscrit sans être déterminé : le cas de la garde en commun (où, dans la réalité, l'acte émane le plus souvent d'une personne, sans que l'on sache laquelle, et l'on retient comme cogardiennes toutes celles qui ont pu agir) ; le cas de l'obligation *in solidum*-prétexte (où l'acte provient à coup sûr d'un [seul] membre d'un groupe, mais comme on ne peut le déterminer, on condamne tout le groupe *in solidum* en se fondant sur le simple fait de l'action commune).

Ainsi en est-il d'hypothèses où le lien de causalité n'est que probable, voire

3. Voir F. Ewald, « Responsabilité-solidarité-sécurité », *Risques*, avril-juin 1992, p. 9 sq.

4. Titre de la thèse de Jacques Leroy, Paris XII, dactyl., 1990.

simplement possible : dans la fausse théorie de la perte d'une chance<sup>5</sup> ; dans la jurisprudence récente sur la contamination par le sida (où une personne, auteur d'un accident au cours duquel un hémophile avait été blessé, a été jugée responsable de la contamination de la victime par le sida, au motif que les transfusions avaient été beaucoup plus massives après l'accident : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1993, inédit).

La démesure de la responsabilité civile vient en second lieu de ce qu'un certain nombre de concepts qui auraient pu servir à canaliser le flot se sont déformés au point de perdre toute consistance fiable. Mais il ne faut pas croire que le mouvement soit linéaire. Dans un véritable cha-cha-cha juridique (deux pas en avant, trois pas en arrière), la Cour de cassation lance une idée, puis recule devant ses conséquences.

Ainsi pour le recours entre coïmpliqués (dans le droit des accidents de la circulation), qui change trois fois de fondement en quatre ans ; ainsi, pour la notion d'implication, qui en vient à se dédoubler par une distinction entre les véhicules en stationnement et les autres (ce qui conduit à dire que le seul véhicule [en stationnement] que la victime a heurté n'est pas impliqué dans l'accident !). Et puis, tout d'un coup, on applique à un véhicule à l'arrêt la jurisprudence relative aux véhicules en stationnement<sup>6</sup>. Mais le besoin de relever une responsabilité reprend son empire, et l'on déclare non coupable d'une faute d'une exceptionnelle gravité l'ivrogne qui essaie de prendre en marche un autobus qui démarre et dont les portières automatiques viennent de se refermer<sup>7</sup>.

b) Pourquoi les juges se comportent-ils ainsi ? La réponse est devenue un lieu commun : en grande partie parce que, fréquemment, derrière le défendeur se trouve un assureur de responsabilité. Dès lors, la démarche normale est inversée. La présence d'une assurance devient la cause de la condamnation ; la responsabilité n'est plus que la conséquence qu'il faut trouver à tout prix.

Le phénomène ne choquerait pas outre mesure si, effectivement, ne se trouvaient jamais en cause que la victime et l'assureur du responsable. En somme, il s'agirait de faire supporter à la collectivité des assurés (ou, mieux, des souscripteurs payeurs de primes), et non à la société tout entière, la charge d'une aide sociale.

Mais le précédent jurisprudentiel établi dans de telles conditions est un *précédent de droit de la responsabilité*. Il vaudra si un jour le défendeur n'est pas garanti. Alors se produira quelque chose d'inadmissible. Car faire supporter le poids de la solidarité sociale à des individus choisis arbitrairement, et qui ne sont pas véritablement responsables, heurte le sentiment du juste. C'est de l'injustice distributive.

C'est contre cela que nous nous élevons. Comment peut-on y remédier ?

5. Dans la vraie théorie, les principes restent saufs, à la condition de constater un préjudice spécifique (différent de la perte de l'enjeu) : la perte d'un potentiel de chances de ne pas subir le mal en question. Voir F. Chabas, « La perte d'une chance en droit français », in « Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile », Zurich, Schulthess édit, 1991.

6. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 juin 1990, D. 1990 IR 177, Gaz. Pal. 1991, somm. ann. 258, obs. FC.

7. Civ. 2<sup>e</sup>, 11 juillet 1988, Gaz. Pal. 1989, somm. ann. 369, obs. FC.

## II. RECHERCHE D'UN REMÈDE

Le mal contre lequel il faut lutter est donc aisé à déterminer : c'est la décadence du droit de la responsabilité civile, due au bâclage de décisions qu'il faut rendre à la chaîne ; due surtout à la déformation des concepts pour relever à tout prix une responsabilité afin que puisse jouer l'assurance de responsabilité.

En un mot, il faut revenir à l'idée que l'on ne doit pas faire supporter le poids de la réparation à celui qui n'a pas causé le dommage par un fait illicite<sup>8</sup>. Mais, paradoxalement, il faut aussi concilier cette règle avec une idée fortement implantée de nos jours, à savoir que celui qui souffre d'un dommage dû en tout ou en partie à sa faute, ne doit pas forcément subir les conséquences de son comportement.

Un certain nombre de réponses nous semblent simplement éluder la question. Une autre nous paraît pouvoir être suggérée.

### 1. Les fausses solutions

La première « solution » consisterait à attendre que la machine se dérègle complètement, pour proposer alors aux juges le retour au classicisme. Car il n'est pas douteux que, si elle continue sur cette lancée, la galaxie responsabilité tend vers un point oméga sur le chemin duquel elle doit forcément éclater.

Quel est ce point oméga ? Faire en sorte que toutes les victimes, même fautives, obtiennent réparation intégrale de tous les dommages, même de nature moralement douteuse, et cela, quelle que soit la source (fait illicite ou non d'un tiers) de ces dommages. On a vu comment bien de ces objectifs sont déjà atteints.

Or il va de soi que la nation ne peut pas supporter cette charge, et pour une raison banalement économique : elle dispose d'une « enveloppe » qui est une fraction du produit national, susceptible d'être consacrée à la réparation des préjudices. Et cette enveloppe ne peut être dépassée. On s'en rend compte avec le phénomène de l'assurance automobile : le coût en devient si élevé que le nombre de conducteurs non assurés devient des plus inquiétants.

Le système va donc éclater, à moins qu'on ne joue sur l'un des facteurs énoncés plus haut. On peut toujours suggérer aux juges ou au législateur de revenir à un système de réparation conditionnée par la faute d'un homme auteur du dommage. Ils ne nous écouteront pas, eux qui ont consacré des systèmes où le lien de causalité lui-même entre le dommage et l'action du défendeur n'est plus requis.

On peut essayer de conseiller de réduire le droit à réparation des victimes fautives. Cela peut avoir plus d'effet, car il est clair que l'opinion publique est attachée à cette idée. Mais on sait que la règle, même si elle revient parfois en force, est souvent écartée au bénéfice de critères souvent absurdes, telle la

<sup>8</sup>. *Quitte à prendre le mot illicite dans un sens large, incluant la violation d'une obligation contractuelle ou délictuelle de résultat.*

qualité de conducteur de la victime (idée, il est vrai, elle-même couplée avec celle de faute : nous songeons ici à l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985).

Mais il nous paraît bien que la politique actuelle est de réserver à certaines catégories de citoyens (salariés dans la législation sur les accidents du travail ; superprivilégiés et privilégiés dans la loi sur la circulation automobile) un droit à réparation largement indépendant de leur faute.

Dès lors, il ne reste plus qu'un poste sur lequel faire les « économies » nécessaires, c'est celui de la réparation : soit en supprimant certains chefs de préjudices réparables, soit en instaurant forfaits et plafonds. L'exemple nous en est donné par la législation sur les accidents du travail, la loi uniforme des États africains francophones<sup>9</sup>, le projet Tunc.

On ne nous empêchera jamais de penser que le sentiment élémentaire de la justice est heurté par le fait que, pour indemniser des coupables, on répare moins les préjudices subis par des innocents.

La deuxième fausse solution a pour résultat de supprimer en réalité la responsabilité : c'est le système de l'assurance directe pour le compte des victimes potentielles. Il existe dans divers pays étrangers ; il correspond également en gros au projet Tunc et à la lecture que Mlle Viney<sup>10</sup> voudrait voir faire de la loi du 5 juillet 1985. Ce système est très critiquable. Il a en effet pour résultat de laisser dans la clandestinité, dans l'ombre, la détermination des responsabilités (sauf, à la rigueur et exceptionnellement, celle de la victime).

Pour les mêmes raisons, nous nous montrons des plus méfiants à l'égard des projets d'indemnisation des risques thérapeutique ou autres. Où ira le sens des responsabilités et quel souci des normes pourra-t-on avoir si la sanction est la même, que l'on soit ou non à l'origine du dommage, que l'on ait eu ou non un comportement illicite ? La solution n'est pas là.

## **2. Proposition de solution**

L'attitude de la société face au risque créé doit changer radicalement. Il était logique, lorsque la machine était rare, nouvelle et toujours génératrice de profit, de mettre la charge des dommages qu'elle causait sur le créateur du risque.

Désormais, la machine est partout. C'est un risque de société dont la contrepartie bénéfique est immense. Et c'est ainsi que l'homme a non seulement le droit de créer des risques pour autrui, mais aussi parfois le devoir. Ne sombrons pas dans le sentimentalisme de l'exemple du médecin qui se rend en voiture au domicile du malade. Mais les transports, l'industrie, la production de denrées et

9. *Traité du 10 juillet 1992 - instituant une organisation intégrée de l'industrie des assurances - entre douze États de l'Afrique francophone et portant loi uniforme sur la responsabilité en matière d'accidents de la circulation.*

10. *Et elle n'a pas tous les torts, car, dans la mesure où la loi de 1985, telle qu'elle est interprétée par la 2<sup>e</sup> Chambre civile, impose une obligation de réparer pour qui ne voit son véhicule qu'impliqué dans l'accident, l'idée même de responsabilité devient contestable. Seulement, la vraie assurance directe passe par-dessus l'auteur de l'accident, et la loi de 1985, pour sa part, ne concerne, au contraire, dans ses articles 1 à 6, que l'automobiliste, non son assureur.*

d'énergie sont des nécessités vitales dont la contrepartie est le risque créé par celui qui s'y livre.

Il n'y a donc plus de raison sur un plan global de mettre à la charge des créateurs de risque les dommages qui en résultent. L'homme vit baigné dans le risque qu'il crée pour lui-même et que les autres créent pour lui.

Dans le même temps où l'on parvient, dans une proportion non négligeable, à juguler les catastrophes naturelles, la société et non plus, comme autrefois, la nature seule, nous expose à des sinistres. Nous nous prémunissions contre les conséquences pécuniaires des premières par l'assurance de chose et de personne. Il nous appartient *en première ligne* de nous garantir contre les seconds.

On oblige le citoyen à s'assurer contre les conséquences de cas de plus en plus nombreux de responsabilité ; le *bonus paterfamilias* va au-devant de l'ordre de la loi en s'assurant pour tous les dommages que lui et les siens peuvent causer à autrui. Le *bonus paterfamilias* doit franchir un nouveau cap dans la prévention : il ne doit pas seulement gérer les conséquences de sa propre responsabilité, mais aussi l'éventualité de dommages qui le frappent. Pourquoi le *bonus paterfamilias* ne comprendrait-il pas que, de même qu'il s'assure, sur un autre plan, contre l'incendie, la grêle ou le vol, il doit s'assurer pour les dommages corporels qu'il peut subir ?

Notre suggestion est donc sans ambiguïté : promouvoir au maximum l'« auto-assurance », c'est-à-dire l'assurance de chose et surtout l'assurance de personne.

Déjà, dans le domaine de la construction, un tel système a, pour l'assurance de chose, été imposé par la loi. Et, même si l'objectif était aussi de garantir l'éventuel sous-acquéreur, il nous semble qu'une des raisons majeures de cette création était celle qui, avant tout, justifie notre suggestion : reporter la recherche des responsabilités au stade *des recours*, notamment entre assureur de chose et assureur de responsabilité.

Dès lors qu'elle s'accompagne d'une subrogation de l'assureur<sup>11</sup>, c'est-à-dire dès lors qu'on lui assigne une finalité de réparation, l'assurance va supprimer la cause essentielle de la dérive du droit de la responsabilité : la recherche forcée d'un payeur. Celui-ci étant trouvé sous la forme d'un assureur de chose ou de personne et ne devant plus l'être sous celle de l'assureur de responsabilité, il est presque inéluctable que le juge, appelé désormais à statuer par un assureur contre un autre, ou contre un particulier taxé de responsabilité, sera ramené à plus d'orthodoxie dans le maniement des concepts.

Sans doute ne faudra-t-il pas exclure des actions de victimes dans le cas d'insuffisance de l'auto-assurance ; sans doute aussi ne faut-il pas sous-estimer la résistance du juge au phénomène de la subrogation. L'exemple de la « création » de multiples préjudices moraux pour faire échec au recours des caisses de Sécurité sociale est là pour nous le rappeler. Mais le principal sera fait. Dissuadé

11. *Ce que nous développerons plus loin.*

pour l'essentiel de toute considération humanitaire – les assureurs ne doivent pas s'y attendre ! –, le juge raisonnera enfin en termes de « responsabilité d'abord » et sa sentence *fera jurisprudence* pour les cas de non-subrogation.

Mais, pour que tout cela fonctionne harmonieusement, il faut que se multiplient les cas de subrogation et, par conséquent, que l'assurance de chose et de personne se voie reconnaître une fonction d'indemnisation.

Le principe est déjà acquis pour les assurances de chose. L'habile assurance « avance sur recours » (consacrée expressément par la loi du 5 juillet 1985) avait bien fait progresser la question. Le pas est désormais franchi avec la loi du 6 juillet 1992<sup>12</sup> dont l'article 22-II permet la subrogation de l'assureur dans les assurances de personne qui garantissent l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne (article L.131-2, alinéa 2, C. ass.).

On objectera que, si l'assurance de personne produit l'effet escompté de « rectification » du droit de la responsabilité, seuls en profiteront les riches, qui, bénéficiaires de telles couvertures, seront à l'abri, alors que les pauvres, non assurés, subiront de plein fouet les effets du retour au classicisme.

Cela n'est pas certain. D'abord, parce que si la subrogation devient de droit (ce qui est loin d'être le cas dans la loi de 1992), le coût de l'assurance diminuera de manière spectaculaire. Ensuite, parce que si la pratique se massifie, le même effet réducteur des primes se manifesterá. Mais il faut surtout ajouter que, sur un plan macro-économique, les effets du caractère indemnitaire de ces assurances profiteront à la collectivité tout entière et, par conséquent, aux classes défavorisées. Tous les organismes de socialisation du risque qui ont pour règle de n'intervenir qu'à titre subsidiaire devraient pouvoir refuser leur garantie à ceux qui voient leurs dommages réparés par leur propre assureur. La charge pour la collectivité, qui alimente ces organismes, s'en trouverait d'autant allégée.

Au demeurant, il ne faut pas croire que le jeu systématique de la néo-responsabilité ne frappe que les assureurs – et, par le phénomène de la socialisation du risque, ceux qui les alimentent par leurs primes. Le nouveau mécanisme est aveugle, et quant aux victimes et quant aux « responsables ». Telle loi dont on nous dit qu'elle a été conçue en fonction de l'assurance des véhicules terrestres à moteur peut entraîner la responsabilité d'un non-assuré (ne serait-ce que par le recours du fonds de garantie) ; telle jurisprudence établie parce que l'« assureur paiera » vaut précédent pour l'« auteur » non assuré.

\*  
\* \*

Au terme de cette étude, son auteur est bien conscient du caractère optimiste, pour ne pas dire utopique, de ses suggestions. L'opinion publique n'est pas mûre pour se voir imposer une assurance obligatoire de personne. Mais il faut souhaiter que, par une promotion inlassable, elle y soit de plus en plus incitée.

12. Cf. J.-P. Moreau, « Les apports de la loi assurance et crédit du 16 juillet 1992 dans le domaine des assurances de personnes », *Risques* n° 10, avril-juin 1992, p. 129 sq, spéc. II<sup>e</sup> partie.

C'est une pompe à amorcer. Le droit de la responsabilité – nous l'avons laissé entendre à plusieurs reprises – est fait de précédents. Plus les juges auront affaire à un simple combat entre assureur de personne ou de chose et assureur de responsabilité, et plus nombreuses seront les décisions orthodoxes. Et, à la longue, nous retrouverons peut-être un droit de la responsabilité ■

# L'indemnisation de l'aléa thérapeutique POURQUOI? COMMENT?

A propos de la décision Bianchi

MOTS CLEFS : *aléa thérapeutique* • *hôpital public* • *responsabilité* • *risque* •

Par sa décision d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993, le Conseil d'État, faisant application des principes propres au droit public, a jugé qu'il était possible, sans faute, d'engager la responsabilité de l'hôpital public, lorsqu'un acte médical, présentant un risque exceptionnel dont l'existence est connue, provoque des dommages d'une extrême gravité. Il s'agit d'une innovation considérable, mais qui n'est pas transposable à la médecine exercée dans un cadre privé. Elle montre, paradoxalement, que dans ce domaine on est arrivé au bout de solutions purement jurisprudentielles. Le législateur doit maintenant prendre le relais et bâtir sur de toutes autres bases : l'assurance de personne offre une solution adéquate.

La question de l'aléa thérapeutique est née d'un contraste choquant pour l'opinion. Contraste entre une science médicale admirée, une confiance sans limites dans le progrès technique et des résultats qui, parfois, bien loin d'être à la hauteur de cette attente, se révèlent carrément catastrophiques. Comme François Ewald le démontre avec clairvoyance dans son étude sur le risque de développement, il y a là une ligne de tension interne des sociétés post-industrielles. Au fur et à mesure de l'avancée du progrès technique, de sa plus large diffusion, ceux qui en bénéficient exercent une pesée plus exigeante sur la fameuse balance coût-avantage. Les coûts du progrès, qui, jusqu'à la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, étaient acceptés comme inconvénients marginaux et d'ailleurs provisoires, puisqu'ils étaient censés trouver inévitablement leur solution dans de nouvelles avancées de la connaissance, ne sont plus acceptés aussi aisément.

Ils sont perçus comme le signe d'un désordre insupportable dans un univers que l'homme prétend maîtriser, mais en même temps comme une incitation à la

\* Directeur central des affaires juridiques et fiscales de l'UAP.

prudence, voire à l'abstention en cas d'incertitude. Pour ceux qui en sont victimes et pour l'opinion, il s'agit d'une injustice qui appelle réparation.

C'est sans doute dans le domaine thérapeutique que ce phénomène est le plus net. C'est là aussi que la demande sociale s'est exprimée le plus tôt et le plus fortement. Les réponses, lorsqu'il y en a, ont été partielles, parfois expédientes pour répondre à un problème aigu, mais jamais insérées dans une conception d'ensemble. Le législateur, en dépit de multiples projets de philosophie très différente, reste encore largement absent, sauf en cas de crise (l'exemple typique en est l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 instituant un fonds d'indemnisation pour les victimes du sida). Le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, confronté à des cas où l'équité se fait pressante et l'incite à faire progresser la jurisprudence, est alors porté à pallier la carence du législateur. Mais, lorsqu'il saute le pas, il le fait dans le cadre qui est le sien, avec les concepts qu'il est accoutumé à manier, et à partir d'un contentieux bien délimité qu'il doit régler. Telle est la grandeur, mais aussi la servitude de l'acte de juger, qui oblige parfois à trancher, sans pouvoir se dérober, et avec un outillage toujours insuffisant ou au moins partiel, les problèmes dont le législateur lui-même appréhende de se saisir.

La décision Bianchi de l'Assemblée du Conseil d'État du 9 avril 1993, qui introduit la responsabilité pour risque de l'hôpital public dans un cas d'aléa thérapeutique, est un exemple particulièrement topique de cette démarche de nos hautes juridictions en matière de droit de la responsabilité, avec ses lumières et ses ombres. Démarche toujours volontariste, audacieuse souvent, même si elle est longuement et prudemment réfléchie, mais qui trouve vite ses limites et ne peut suffire à tout.

Un système de responsabilité uniquement ou principalement jurisprudentiel présente certes de multiples avantages : souplesse, adaptabilité, progressivité. En outre, en France et en Europe continentale, la sagesse des juridictions suprêmes a permis jusqu'ici d'éviter pour l'essentiel les dérapages d'une évolution à l'américaine des règles de la responsabilité. Cela dit, il n'en reste pas moins que la voie purement contentieuse, en la matière, reste très imparfaite, et à plusieurs titres.

Il y a tout d'abord le fait qu'à l'inverse du législateur le clavier sur lequel le juge peut jouer est limité. Pour assurer la réparation des dommages, il ne dispose en fait que du droit de la responsabilité. Or celui-ci, dans sa conception classique, est insuffisant pour permettre la réparation adéquate du dommage. Dans certaines hypothèses, particulièrement choquantes en équité, le juge est alors porté naturellement, pour remplir son office, à élargir les conditions habituelles de mise en œuvre de la responsabilité.

Une telle démarche n'est pas critiquable en elle-même, mais elle le devient lorsqu'elle aboutit à d'excessives distorsions des règles classiques du droit de la responsabilité, où celui-ci finit par devenir un simple droit de la réparation, purement instrumental, et entièrement polarisé par la nécessité de trouver un *solvend*. A trop forcer l'instrument on risque de le fausser.

L'inconvénient ne serait pas très grave (sauf tout de même pour les juristes !), s'il en résultait un avantage décisif pour les victimes et pour la société. Or, au-delà des apparences, la voie purement jurisprudentielle de réparation des dommages n'est peut-être pas la meilleure manière de résoudre au moindre coût social ce type de conflits. Pour les victimes tout d'abord, qui n'obtiendront par cette voie satisfaction qu'après avoir soutenu l'épreuve d'un procès, avec ses incertitudes, ses coûts et ses délais. Pour la société dans son ensemble, ensuite, qui n'a rien à gagner à un système de réparation fondé sur la recherche contentieuse généralisée de la responsabilité. Une telle généralisation de la relation contentieuse, outre ses conséquences négatives sur l'image que le corps social donne de lui-même, peut conduire, en diluant à l'excès les principes traditionnels du droit de la responsabilité, à des effets pervers.

Traditionnellement, les partisans du développement d'un système de réparation fondé sur le développement et l'élargissement du droit de la responsabilité voyaient le moyen d'atteindre un triple objectif<sup>1</sup> :

- l'amélioration du sort des victimes ;
- l'internalisation des coûts dans les comptes des personnes déclarées responsables ;
- et donc, en fin de compte, une pression économique en faveur du développement de la prévention.

Mais, paradoxalement, plus l'instrument juridique de la responsabilité s'étend et se généralise, plus les effets régulateurs escomptés, notamment en termes de prévention, se diluent. A quoi bon, par exemple, chercher à développer une politique du zéro défaut si, devant le juge, il vous est interdit d'évoquer, pour vous exonérer de votre responsabilité, le fait qu'il était impossible, en l'état des connaissances, de déceler le défaut qui a provoqué le dommage ? Et si, en conséquence, il n'y a pas de différence sur ce plan entre un producteur qui se borne à exploiter un processus de fabrication suffisant commercialement, mais routinier, et celui qui fait de gros efforts (et d'importants investissements) pour atteindre le meilleur niveau techniquement disponible ?

C'est à la lumière de ces réflexions générales qu'il convient d'examiner la décision Bianchi rendue par l'Assemblée du Conseil d'État.

### **LA RESPONSABILITÉ DE L'HÔPITAL PUBLIC : UNE JURISPRUDENCE PROGRESSIVEMENT RENFORCÉE ET QUI UTILISE TOUTES LES VIRTUALITÉS DU DROIT PUBLIC**

On rappellera brièvement que le régime de droit commun de responsabilité des établissements publics hospitaliers est et reste fondé sur la faute prouvée.

Longtemps, le Conseil d'État a distingué deux régimes de fautes. La faute lourde, nécessaire pour engager la responsabilité de l'hôpital lorsque des actes médicaux étaient à l'origine du dommage, et la faute simple, lorsque le dom-

1. Cette approche a surtout fait l'objet de développements théoriques aux États-Unis

mage était imputable à un mauvais fonctionnement ou à une mauvaise organisation hospitalière.

Cette distinction a été abolie en 1992 (CE Assemblée, M. et Mme V., 10 avril 1992), et la faute prouvée de « nature à engager » la responsabilité est désormais suffisante.

Mais, depuis longtemps, le Conseil d'État s'est trouvé confronté à des hypothèses où l'application du régime de responsabilité pour faute prouvée aboutissait à des solutions peu satisfaisantes.

Ces hypothèses étaient de deux natures :

- difficulté matérielle de prouver la faute, mais certitude, au vu des dommages subis par la victime, qu'une dysfonction s'est produite quelque part ;
- traitement ou soins bénins provoquant un effet très différent de celui que l'on escomptait.

Dans de telles hypothèses, le Conseil d'État a toujours refusé de quitter le terrain de principe de la faute. Mais il a contourné la difficulté en utilisant de façon assez large la technique de la présomption.

Caractéristique à cet égard a été son attitude en matière de vaccinations obligatoires à la fin des années 50. A l'époque, le commissaire du gouvernement Jouvin avait proposé à ses collègues, en l'absence de faute prouvée, de se placer sur le terrain du risque créé par le législateur, lorsque celui-ci avait rendu certaines vaccinations obligatoires.

Le Conseil d'État s'y était refusé et avait préféré constater que l'accident de vaccination « révélait » un fonctionnement défectueux du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration (CE Assemblée, Secrétaire d'État à la santé publique c/Sieur Dejous Rec. p. 153). Le terrain restait donc bien la faute, même si celle-ci n'était plus prouvée mais présumée.

Et il a fallu, en matière de vaccinations obligatoires, l'intervention du législateur pour instituer un régime de responsabilité sans faute de l'État (article L 10.1 du Code de la santé publique issu de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1964).

Cette approche en termes de présomption de faute a été utilisée par le Conseil d'État dans d'autres circonstances. La plus proche des vaccinations est celle où des actes de soins bénins ont des conséquences dommageables inattendues (23 février 1962, Meier Rec., p. 122, pour une intraveineuse).

La présomption joue aussi dans les cas où le fonctionnement, voire l'organisation du service sont en cause : accidents (chutes, brûlures) sans rapport avec les soins, mais aussi et surtout infection due à un défaut d'asepsie (9 décembre 1988, Cohen Rec., p. 430). Dans ce dernier cas, d'ailleurs, il s'agit pratiquement d'une obligation de résultat, l'hôpital devant « fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles ».

Le maniement judicieux de la présomption de faute a longtemps paru suffisant au Conseil d'État pour concilier la protection des victimes et les principes d'une responsabilité hospitalière fondée sur la faute.

Mais, au fur et à mesure que la jurisprudence s'affinait, se dessinait, de plus en

plus nettement, un noyau résistant de cas où la faute ne pouvait être présumée par induction à partir du dommage. Dans ces hypothèses irréductibles, le juge constatait :

- qu'il s'agissait d'un acte médical (la présomption de faute dans le fonctionnement du service était donc exclue) ;
- que cet acte médical n'était pas bénin ;
- que l'absence de faute médicale était prouvée aussi bien dans le diagnostic, dans l'indication thérapeutique que dans l'exécution de l'acte ;
- que, pourtant, le résultat était catastrophique et sans lien avec l'état antérieur de l'intéressé.

Dans de telles affaires, le juge administratif, comme d'ailleurs le juge judiciaire, ne trouvait pas dans les mécanismes de la responsabilité pour faute, même perfectionnés par l'usage étendu de la présomption, de solution satisfaisante sur le plan de l'équité.

Les premiers signes d'un mouvement prudent en dehors du terrain de la faute ont été donnés (faut-il y voir un signe de l'audace des jeunes juridictions ?) au niveau des cours administratives d'appel nouvellement créées par la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif. C'est le célèbre arrêt Consorts Gomez rendu par la cour administrative d'appel de Lyon le 21 décembre 1990 (Rec., p. 498), qui a reconnu la responsabilité sans faute des Hospices civils de Lyon, mais dans un cadre bien délimité, celui de l'utilisation d'une technique thérapeutique nouvelle alors qu'un pronostic vital n'était pas en jeu. Manquait cependant une confirmation par le Conseil d'État, les Hospices civils de Lyon n'ayant, à l'époque, pas introduit de recours en cassation.

Le cas de M. Bianchi devait fournir à la Haute Assemblée l'occasion de se prononcer. Il s'agissait effectivement d'un cas d'aléa thérapeutique, si l'on ose cette expression, à l'état pur. Les faits sont les suivants : hospitalisé au CHU La Timone, dépendant des Hospices civils de Marseille, pour divers troubles neurologiques, M. Bianchi, âgé de 42 ans, subit plusieurs examens (électroencéphalogramme, scanner). Ceux-ci se révélant négatifs, on décide de pratiquer une artériographie vertébrale. Après cet acte médical, on constate que M. Bianchi est tétraplégique.

Les expertises faites au niveau des premiers juges et à nouveau devant le Conseil d'État sont nettes :

- l'artériographie, examen non bénin, était parfaitement justifiée compte tenu des troubles présentés par l'intéressé ;
- elle a été conduite dans les règles de l'art ;
- le lien de causalité avec la tétraplégie est établi. Celle-ci ne peut être rattachée à l'état antérieur du malade.

M. Bianchi est la victime d'un aléa répertorié dans la littérature médicale : sur 10 000 artériographies vertébrales, 3 ou 4 provoquent des accidents. On voit qu'ici la présomption de faute n'est d'aucun secours. L'acte n'est pas bénin et il

est prouvé qu'il n'y a pas eu de faute médicale ou de service. La jurisprudence antérieure conduisait donc au rejet.

Le Conseil d'État l'a renversée par le considérant de principe suivant : « Considérant [...] que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de son état et présentant un caractère d'extrême gravité [...] Considérant que le risque inhérent aux artériographies vertébrales et les conséquences de cet acte pratiqué sur M. Bianchi répondent à ces conditions ... »

On le voit, la définition de la responsabilité pour risque de l'hôpital est stricte. Ce ne sont pas moins de sept conditions cumulatives qui doivent être réunies pour la mettre en jeu !

L'acte médical doit tout d'abord être nécessaire. Cette condition paraît aller de soi. Si l'acte ou le traitement était superflu et présentait un risque, si minime soit-il, il y aurait faute à l'avoir pratiqué. Se rattache à la même idée la condition d'absence de contre-indication. Comme le dit le Conseil, aucune raison ne doit permettre de penser que le patient soit particulièrement exposé aux risques du traitement.

Troisième condition, le risque doit être connu. Il s'agit là d'un point très important. Le risque inconnu en l'état de la technique médicale n'ouvre pas droit à réparation sur le fondement du droit de la responsabilité. Le risque de développement, pour parler comme en matière de produits défectueux, n'est pas couvert. On notera ici que l'Assemblée du Conseil d'État n'a pas suivi sur ce point son commissaire du gouvernement. Dans ses remarquables conclusions, Serge Dael avait en effet estimé que cette exclusion du risque inconnu servirait simplement à retarder le moment des premières indemnisations, le risque inconnu cessant de l'être lorsqu'il se réalise. Le débat est évidemment plus complexe en matière médicale, où connaissance du risque et causalité sont étroitement mêlées, que dans le domaine de la responsabilité du fait des produits. Mais le Conseil d'État s'est prononcé : le risque de développement est écarté.

Sont également écartés, par la quatrième condition, les sinistres sériels. La réalisation du risque doit être « exceptionnelle », c'est-à-dire que son occurrence doit être faible (on l'a vu, 3 à 4 pour 10 000 pour l'artériographie vertébrale). Cette distinction n'est pas nouvelle en jurisprudence. Elle a déjà été utilisée à propos de l'obligation d'information du patient, le médecin n'étant pas tenu d'informer le malade des risques qui ne se réalisent qu'exceptionnellement (CE, 9 avril 1986, Ciesla Rec., p. 85 ; 1<sup>er</sup> mars 1989, Gelineau, p. 65).

Cette condition est aussi la simple application au domaine médical de la nécessité d'un dommage « spécial », traditionnelle en matière de responsabilité

pour risque des personnes publiques, dont il faut rappeler que le fondement premier se trouve dans la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Si le risque n'est pas de réalisation exceptionnelle, si le préjudice subi par les victimes se multiplie au point d'en perdre sa spécialité, alors de deux choses l'une, ou l'on est dans le domaine de la faute (parce qu'un traitement comportant d'importants effets secondaires reconnus aura été utilisé alors qu'il n'était pas strictement indispensable), ou le droit de la responsabilité n'est plus l'instrument adéquat, et c'est la solidarité nationale qui doit s'exprimer. Comme le dit fort bien Serge Dael, « franchir un pas supplémentaire en renonçant à l'exigence de spécialité du préjudice reviendrait à confondre responsabilité et solidarité, et cette fois à empiéter sur la compétence du législateur, qui est d'ailleurs intervenu en faveur des victimes du sida par transfusion sanguine par la loi du 31 décembre 1991 ».

Restent trois conditions supplémentaires : le caractère direct, l'absence de lien avec l'état du patient et son évolution prévisible, le caractère d'extrême gravité du dommage. Ces trois conditions peuvent se rassembler en une seule, elle aussi classique dans la construction jurisprudentielle de la responsabilité sans faute de la puissance publique. Celle du caractère « anormal » du dommage.

Cette « anormalité » constitue un critère de déclenchement de la responsabilité pour risque à deux points de vue. Du point de vue de l'égalité devant les charges publiques, tout d'abord : le dommage dépasse celui que tout usager de l'hôpital doit supporter seul parce qu'il est conscient que le bénéfice de l'acte de soin qu'il sollicite a pour contrepartie un risque normalement accepté. La gravité exceptionnelle est le signe de cette « catastrophe individuelle », suivant l'expression de François Ewald, de la rupture d'égalité devant les charges d'intérêt général. Mais c'est aussi la preuve du lien de causalité. Le dommage est « anormal », car il constitue aussi une sorte de rupture de trajectoire par rapport au résultat escompté de l'acte de soin et de traitement. Non pas que le traitement s'avère sans effet sur l'état du patient, antérieur ou prévisible, cela c'est le lot commun d'une médecine encore imparfaite. Non, il provoque un accident autonome, inattendu et d'une extrême gravité.

Au travers de ces conditions, le Conseil d'État donne une définition de l'aléa thérapeutique indemnisable. Cette définition est marquée du sceau d'une audace soigneusement mesurée.

La Haute Assemblée a pu d'autant plus aisément franchir ce pas décisif que celui-ci se situait dans la continuité d'une démarche familière au juge administratif. On a vu qu'il a suffi, en fin de compte, aux juges du Palais-Royal de puiser dans l'outillage jurisprudentiel qu'ils ont développé, depuis l'arrêt Blanco, en matière de responsabilité de la puissance publique, et notamment de responsabilité pour risque, pour trouver une solution à ce problème difficile de l'aléa thérapeutique.

On le sait, la responsabilité publique « a ses règles spéciales qui varient suivant

les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés -.

Ces règles spécifiques sont finalement, après cent cinquante ans de jurisprudence, protectrices des victimes. Ne serait-ce que parce que la responsabilité publique pèse sur des personnes morales, qu'elle ne s'adresse pas, sauf faute détachable, aux agents, personnes physiques, employés du service, qu'elle est donc plus souple, psychologiquement et financièrement mieux tolérée.

Mais cette spécificité en marque en même temps les limites. Les règles qu'elle fixe, notamment en matière de responsabilité pour risque de la puissance publique, sont difficilement transposables en droit commun.

La décision Bianchi en donne un exemple frappant. Le Conseil d'État n'apporte qu'une solution partielle au problème de l'aléa thérapeutique. Celui-ci reste en effet entier dans le secteur de la médecine privée ou de ville.

#### **L'APRÈS-BIANCHI. LA NÉCESSAIRE INTERVENTION DU LÉGISLATEUR**

Le commissaire du gouvernement Dael avait bien vu dans ses conclusions les difficultés de la décision Bianchi, non point tant au regard des principes du droit public qu'au regard de ses conséquences sur une solution d'ensemble du problème de l'aléa thérapeutique.

Faire avancer la jurisprudence vers la responsabilité pour risque, n'était-ce pas hasardeux ? N'était-ce pas empiéter sur la compétence du législateur ? Comment allait-on résoudre le problème pour le système de soins privé ?

Ces questions ont été examinées de façon approfondie et scrupuleuse. Mais, apparemment, le Conseil d'État a estimé qu'il ne lui était plus possible d'attendre encore une intervention sans cesse reportée du Parlement et qu'il devait agir pour ce qui relevait de lui.

L'arrêt Bianchi est indéniablement un grand arrêt, qui met en œuvre toutes les virtualités du droit public. Mais il l'est aussi, tout comme l'était l'arrêt Desmares, en ce qu'il rend désormais inévitable une loi sur l'indemnisation de l'aléa thérapeutique. Et cela de plusieurs manières.

Tout d'abord, le pas en avant du Conseil d'État crée une situation intenable. Comme l'a fortement marqué F. Thiriez dans une note aux *Petites Affiches* publiée peu après l'arrêt, il y a désormais deux catégories de victimes de l'aléa thérapeutique. Celles qui ont été atteintes à l'hôpital public, qui seront indemnisées sur la base du risque dans les conditions définies par le Conseil d'État, et celles qui ont été soignées dans un cadre privé (clinique ou médecine de ville), où, en l'absence, par définition, de faute contractuelle, il n'y aura pas d'indemnisation. Or il n'y a pas de remède jurisprudentiel accessible à cette situation choquante (et c'est là, d'ailleurs, un exemple de plus des limites de cette méthode).

Autant le Conseil d'État pouvait, on l'a vu, se servir du concept de responsabilité pour risque en matière médicale sans bousculer les colonnes du temple du

droit public, autant la Cour de cassation ne pourrait faire un pas semblable qu'au prix de bouleversements considérables.

Depuis l'arrêt Mercier (Cass. civ. 20 mai 1936, DP 1936-1-88), la responsabilité médicale dans le cadre privé est fondée avant tout sur la responsabilité individuelle du médecin pour faute dans l'exécution du contrat de soin. Comme le souligne justement Serge Dael dans ses conclusions, il n'y a aucune raison que la praticien libéral soit responsable sur son patrimoine des conséquences d'un aléa thérapeutique étranger à toute faute de sa part. Le voudrait-on néanmoins qu'on ne saurait comment procéder.

Quelle base trouver dans le Code civil ? Comment recréer, entre personnes privées, les conditions d'indemnisation de l'aléa puisées dans les principes de droit public ? Comment retrouver en droit commun les critères de spécialité et d'anormalité du préjudice ?

Certes, la Cour de cassation sait faire preuve d'audace, et elle l'a montré à bien des reprises, et encore récemment dans le fameux arrêt Blicck (assemblée plénière, 29 mars 1991, JC 1991.II. 21673, concl. Dontenville et note J. Ghestin ; D. 1991, 324, note C. Larroumet ; Gaz-Pal 1992, 2, 5-6 août 1992, p. 12, note F. Chabas), en élargissant de façon prétorienne la catégorie des personnes dont on doit répondre au sens de l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

Elle a pu, dans ce cas, réaliser, pour les dommages causés par des personnes potentiellement dangereuses soignées en milieu ouvert, un quasi-alignement de régime de responsabilité des établissements privés avec ceux qui relèvent du service public, pour lesquels le Conseil d'État avait bâti une responsabilité pour risque anormal et spécial créé à l'égard des tiers (Conseil d'État, Thouzelier, 3 février 1956, RDP 1956, p. 854, note Waline).

Mais l'analogie ne peut aller plus loin, et une démarche du type Blicck est ici inconcevable. C'est en effet le fondement contractuel de la relation médecin/malade, auquel la Cour de cassation reste profondément attachée, qui s'en trouverait remis en cause (sans parler de la relation entre les médecins et les cliniques où ils exercent !).

Alors que l'arrêt Blicck a déjà provoqué un certain émoi, chez quelques commentateurs éminents, quant à ses conséquences potentielles sur la généralisation d'une responsabilité pour risque du fait d'autrui (cf. notamment la note précitée de François Chabas), on peut imaginer le véritable séisme juridique que constituerait la mise à la charge des praticiens privés d'une indemnisation de l'aléa thérapeutique fondée sur le risque.

Et même si l'on supposait franchi cet obstacle, le sort des victimes en serait-il amélioré ? Là encore, la voie jurisprudentielle et l'instrument de la responsabilité civile montrent leur inadéquation. La définition, nécessairement complexe, de l'aléa thérapeutique, les conditions multiples mises à l'indemnisation par la décision Bianchi (et qui sont effectivement nécessaires si l'on veut éviter tout dérapage ultérieur) seront fatalement la source d'innombrables contentieux. L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, comme c'est d'ailleurs souvent le cas

en matière de responsabilité médicale, risque de se transformer en véritable course d'obstacle contentieuse avec les délais, les frais, la frustration et les tensions qu'engendrent de telles procédures.

En réalité, comme on l'a dit au début de cet exposé, on est arrivé, avec la décision Bianchi, aux limites de ce qu'il est possible au juge de faire en matière d'aléa thérapeutique. On se trouve, si l'on ose cette comparaison, dans une sorte d'impasse juridique comme il a pu se trouver, dans d'autres domaines, des impasses technologiques. Il appartient maintenant au législateur d'intervenir en changeant radicalement d'approche et de terrain. Ce changement d'approche est désormais, depuis le rapport Ewald sur les accidents thérapeutiques, bien balisé.

Il apparaît clairement que la voie d'une solution doit être recherchée à partir de l'assurance de personne. L'accord sur ce point est globalement acquis, même s'il reste des divergences sur les mécanismes à mettre en place. Ce qui est certain, c'est qu'une assurance personnelle couvrant les accidents médicaux permettrait à la fois une indemnisation immédiate des victimes et la prise en charge de tout le contentieux par des règlements entre assureurs de personne et assureurs de responsabilité dans le cas de faute. Enfin, point ne serait besoin de distordre le droit de la responsabilité médicale pour faire supporter au dispensateur de soins la charge d'un aléa qui n'est pas de son fait et sur lequel il n'a eu et n'aura jamais aucune prise.

Puisse la décision Bianchi constituer ce moment où le juge, son devoir accompli, passe le témoin à la loi pour la mise en place d'un système nouveau ■

*Les opinions ici émises n'engagent que leur auteur  
et non l'institution à laquelle il appartient.*

# DISSEMINATIONS VOLONTAIRES

## d'organismes génétiquement modifiés

**MOTS CLEFS :** *directive européenne • dissémination volontaire • information du public • organismes génétiquement modifiés (OGM) • perception du risque • principe de précaution • responsabilité pénale, civile et administrative • système d'autorisation préalable •*

Après avoir exposé le système de prévention mis en place par la loi du 13 juillet 1992 (autorisation préalable dès la phase d'expérimentation, caractère européen de l'autorisation de mise sur le marché), l'article indique en premier lieu les types de dommages qui pourraient être causés par les OGM. Il examine ensuite les différentes responsabilités qui pourraient être invoquées : responsabilité pénale des chercheurs et industriels qui disséminent sans autorisation, responsabilité pénale des fonctionnaires qui ont le pouvoir d'autoriser la dissémination, responsabilité civile du fait des produits, responsabilité administrative de l'État pour faute d'abstention.

Le droit s'est saisi des biotechnologies à la fin des années 70, lorsque les premiers brevets sur des organismes génétiquement modifiés ont été acceptés par les instituts de la propriété industrielle et que le traité de Budapest, signé le 28 avril 1977, organisa le dépôt international des micro-organismes. En l'absence de réflexion environmentaliste sur ce thème, les autorités scientifiques, industrielles et politiques souhaitèrent que ces encouragements soient complétés d'un système de prévention des risques. Dès le milieu des années 80, on mit en place dans quelques pays développés, à l'OCDE et dans la CEE, des groupes de réflexion destinés à concevoir des réglementations qui puissent assurer en même temps une fonction de prévention et une fonction d'harmonisation de la concurrence et de régulation des échanges. Ce deuxième objectif paraissait d'autant plus nécessaire que les populations d'États pourtant proches semblaient avoir des perceptions des risques très diverses. La libre circulation de ces « marchandises » un peu spéciales risquait d'en être profondément affectée.

\* Directeur de recherche au CNRS, sciences du droit.

Cet article est une partie d'une étude en cours pour la division santé-environnement du ministère de l'Environnement.

C'est ainsi qu'en 1986 la Commission des Communautés européennes élabore une communication sur « Un cadre communautaire pour la réglementation de la biotechnologie<sup>1</sup> », où elle annonçait son intention de présenter des propositions concernant deux types de risques, l'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés dans un processus industriel classique (fermentations, fabrications de médicaments...) et la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement (culture de plantes transgéniques). Ces deux directives furent adoptées le 23 avril 1990<sup>2</sup>. Elles ont été transcrites en droit français par la loi du 13 juillet 1992<sup>3</sup>. Il ne sera question ici que de la seconde, celle qui a trait à la dissémination volontaire dans l'environnement.

Elle impose une autorisation préalable, tant pour une dissémination expérimentale en petites quantités que pour une dissémination commerciale correspondant à la mise sur le marché. On n'est donc pas dans un système de libre entreprise. Elle impose aussi à l'État qui autorise la dissémination d'assurer une certaine information du public et des autres États membres, qui peuvent, au moment de la mise sur le marché, s'opposer à la dissémination sur le territoire de l'État d'origine, conflit arbitré par la Commission des Communautés européennes. Ce système lourd et contraignant concerne toutes les disséminations volontaires (mais seulement elles) de tous les organismes génétiquement modifiés et tous les produits en contenant, quelle que soit leur dangerosité prévisible. Cette position de principe a été vécue par le milieu scientifique comme une manière non légitime de stigmatiser une technique qui n'a jamais causé d'accident. Comme le dit A. Deshayes, représentatif de la majeure partie du milieu scientifique : « Le génie génétique correspond à une rupture technologique évidente, mais se situe dans un continuum de risques<sup>4</sup>. » Dans cette optique du continuum de risques par rapport aux biotechnologies traditionnelles, il est irrationnel d'imposer un système exorbitant du droit commun.

Il convient donc de comprendre la motivation de ce qui a été un choix politique qui pourrait bien constituer la première application du « principe de précaution » non pas à un produit déterminé, à un problème déterminé comme l'effet de serre, mais à un nouveau mode de production. Jusqu'à maintenant, les nouveaux modes de production, la chimie par exemple, se sont développés spontanément, sans réflexion préalable sur les risques et les effets pervers. Ce n'est qu'après leur réalisation, et donc après qu'ils ont été empiriquement prouvés, que l'on a tenté de réparer et de prévenir : le progrès répare les dégâts causés par le progrès, après que les dégâts ont été scientifiquement prouvés. Le principe de précaution repose sur l'idée selon laquelle, même en présence

1. COM (86) 573 final.

2. JOCE du 8 mai 1990, L 117.

3. Loi n° 92 654, JO du 13 juillet 1992, p. 9523.

4. Expertise effectuée pour le rapport de D. Chevallier sur « Les applications des biotechnologies à l'agriculture et à l'industrie agro-alimentaire », Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 12 décembre 1990, n° 1827, Assemblée nationale, et 148, Sénat, t. II.

d'une incertitude scientifique, il convient d'agir de manière à préserver au mieux l'avenir, à ne pas créer d'irréversibilités. Cette idée est séduisante, mais on est en général incapable d'en proposer les modalités de mise en œuvre ; il est difficile de dire comment agir pour éviter l'irréversibilité.

La réponse des Communautés européennes est révolutionnaire dans son principe – elle affirme clairement se fonder sur le principe de l'action préventive avant tout accident, relativement originale dans ses modalités de mise en œuvre – autorisation préalable et contrôle réciproque des États. Mais elle pêche par une absence totale de réflexion sur les problèmes de responsabilité. Il convient donc, après avoir exposé le système de prévention et les types de préjudices qui peuvent résulter des disséminations, de s'interroger sur les responsabilités diverses qui pourraient résulter de ces activités.

## **I. EXPOSÉ DU SYSTÈME DE PRÉVENTION DU RISQUE LIÉ AUX DISSÉMINATIONS VOLONTAIRES**

Directive et loi nationale ont le même champ d'application. Elles sont limitées aux disséminations volontaires, nécessaires pour effectuer des expérimentations contrôlées et assurer la mise sur le marché du produit fini. Elles ne visent pas l'étape du transport, qui devrait faire l'objet d'une réglementation particulière. Elles ne concernent que les organismes génétiquement modifiés, les organismes étant définis de manière très large comme toute entité biologique capable de se reproduire ou de transférer du matériel génétique. A l'inverse, la notion de modification génétique est interprétée de manière stricte ; cela exclut, selon la définition de la loi française (article 2), « les organismes génétiquement modifiés obtenus par des techniques qui ne sont pas considérées, de par leur caractère naturel, comme entraînant une modification génétique ou par celles qui ont fait l'objet d'une utilisation traditionnelle sans inconvénient avéré pour la santé publique ou l'environnement ». Mais toutes les étapes du processus de production et de commercialisation sont concernées, y compris le stockage des produits, la destruction et l'élimination des déchets (ce qui peut représenter autant d'écosystèmes différents, donc autant d'autorisations différentes, point qui ne semble pas avoir été bien vu jusqu'à présent).

### **1. Les fondements de la compétence communautaire**

#### **■ *Un risque transnational et irréversible***

L'analyse des considérants de la directive montre que le risque de dissémination est perçu au regard de la spécificité des organismes vivants, qui peuvent se reproduire hors du contrôle de l'homme, même à partir de très petites quantités disséminées à titre expérimental, et franchir les frontières de leur propre chef, rejoignant ainsi la catégorie des pollutions transfrontières. Le principe de

subsidiarité commande donc l'approche communautaire. Toute dissémination dans un État membre peut - affecter - un autre État membre, et cela de manière irréversible.

Cette constatation impose deux solutions originales : faire circuler un certain nombre d'informations entre les États membres, malgré des risques de fuites préjudiciables au secret des affaires, d'une part ; et, d'autre part, permettre à un État membre de s'opposer non seulement à l'importation sur son territoire d'un organisme génétiquement modifié qu'il estimerait dangereux, solution classique quoique de plus en plus rarement admise, mais aussi à la dissémination sur le territoire de l'État d'origine, solution extrême normalement étrangère au droit européen.

■ *Des marchandises devant circuler*

A côté de cet objectif premier de protection de la santé humaine et de l'environnement, on trouve l'objectif économique. Les OGM sont des marchandises au sens du droit communautaire, donc soumis au principe général de libre circulation des marchandises. Il est alors nécessaire d'éviter que ne se perpétuent les disparités réglementaires qui commençaient déjà à apparaître, constitutives de conditions inégales de concurrence et d'entraves aux échanges de produits. Le Conseil affirme prendre pour base un niveau de protection élevé dans toute la Communauté, et se fixe pour objectif d'assurer une mise au point sans risque de produits industriels comportant des OGM. Dès que l'autorisation de mise sur le marché a été obtenue selon la procédure indiquée, les marchandises doivent circuler sans contrainte liée à une réglementation nationale.

Aujourd'hui, la libre circulation repose sur des procédures harmonisées - au moins en principe. Demain, celles-ci devraient comprendre des normes communes qui compléteront le dispositif.

## **2. Un système d'autorisations préalables**

Le principe est celui d'une évaluation cas par cas des risques potentiels, avant toute dissémination, l'autorisation n'étant valable que pour un organisme précis dans un écosystème précis. Faite une première fois pour la dissémination expérimentale, l'évaluation est refaite au moment de la mise sur le marché, l'introduction devant être réalisée - selon le principe d'une progression par étapes -, le confinement étant progressivement réduit et les quantités progressivement augmentées.

■ *La dissémination expérimentale*

La dissémination expérimentale est autorisée par l'autorité nationale compétente, conseillée en France par la Commission de génie génétique (CGG), composée exclusivement de scientifiques et d'un membre de l'Office parlemen-

taire des choix technologiques (OPCT). Celle-là peut faire appel à des experts extérieurs. Elle a spécialement pour tâche d'étudier la structure génétique de l'organisme, sa construction et de définir les mesures de confinement souhaitables pour éviter les atteintes à la santé du personnel et probablement les disséminations involontaires.

L'autorisation, indispensable sous peine de sanctions pénales, peut être assortie de prescriptions diverses et ne vaut que pour l'opération pour laquelle elle a été sollicitée.

Alors que la directive laisse les États libres de décider si le public doit être informé et de quoi (article 7), la loi française prévoit un droit à l'information sur les effets que la dissémination volontaire peut avoir sur la santé publique et l'environnement. Le contenu de ce droit à l'information n'est pas défini par la loi, mais renvoyé à un décret en Conseil d'État. Si l'on en croit les débats parlementaires qui confirment les termes clairs de la loi, il est réduit à peu de chose, puisqu'il porte sur les effets attendus, et non sur les données du problème (organisme, écosystème). Le public n'a donc pas les moyens de demander à ses propres experts de vérifier que les effets déclarés sont conformes à ce que l'on peut attendre de la structure de l'organisme.

A ce stade, des corps de police judiciaire et des fonctionnaires des corps techniques peuvent rechercher et constater des infractions éventuelles.

A l'inverse de la loi, qui a renvoyé ces éléments au pouvoir réglementaire, la directive prévoit de manière détaillée ce qui doit être notifié par le demandeur à l'autorité administrative. Il s'agit tout d'abord d'informations : sur l'OGM et l'écosystème cible, sur le suivi, le traitement des déchets, les plans d'intervention d'urgence. Il s'agit ensuite de l'évaluation des risques faite par le demandeur.

Ayant reçu ces renseignements, la Commission de génie génétique envoie un résumé de chaque notification à la Commission des Communautés européennes, qui transmet aux 11 États membres ; ceux-ci disposent de trente jours pour demander des informations complémentaires et présenter des observations, mais ne peuvent s'opposer à la décision de l'autorité nationale.

La CGG procède pendant ce temps à sa propre évaluation du risque et consigne ses conclusions par écrit. La loi a prévu la possibilité pour chacun de ses membres de faire valoir une opinion différente de celle de la majorité (rien n'est dit des exigences de quorum et de majorité).

Des procédures simplifiées sont envisageables au fur et à mesure que l'on acquiert de l'expérience (article 6.5 de la directive).

Le notifiant est tenu de porter à la connaissance de la CGG tous les éléments nouveaux dont il peut disposer.

■ *La mise sur le marché*

La mise sur le marché ne peut être faite qu'après avoir obtenu l'autorisation de l'autorité nationale compétente conseillée par la Commission du génie biomoléculaire (CGBM), composée pour au moins la moitié de ses membres de personnes compétentes en matière scientifique et d'un membre de l'Office parlementaire des choix technologiques. Mais, à l'inverse de la CGG, la CGBM comprend des représentants des associations de protection de l'environnement, des consommateurs, représentants de salariés et des milieux industriels. Tout le reste est renvoyé à un décret ultérieur.

Le régime est différent de la dissémination expérimentale. Le notifiant fait un nouveau dossier, plus tourné vers les liens entre la structure de l'organisme et les particularités des écosystèmes cibles. A la réception de ce dossier, la CGBM doit en transmettre un résumé à la Commission des Communautés européennes, qui transmet aux 11 États membres, lesquels ont, cette fois, un droit d'opposition (motivée) à la dissémination. Après un dialogue entre les États défendant des positions différentes, c'est à la Commission de trancher le différend, ce qui représente une atteinte importante à la souveraineté nationale. Dès que l'organisme a reçu son autorisation, il doit circuler librement dans toute la Communauté.

### **3. La circulation des informations et les contrôles réciproques**

Des informations confidentielles circulent donc, à destination des membres des commissions, du public, de la Commission des Communautés européennes, elle-même chargée de les répercuter aux autorités compétentes des États membres.

■ *La définition de la confidentialité des informations*

La directive, dans sa partie D, affirme d'abord que la Commission et les autorités compétentes sont tenues au secret.

Elle pose ensuite le principe selon lequel c'est au notifiant d'indiquer quelles sont les informations dont la divulgation pourrait nuire à sa position concurrentielle, solution reprise par la loi française malgré une tentative de D. Chevallier d'imposer une solution plus contraignante. Ce choix doit être motivé, mais il reste tout de même libre en principe, ce qui pourrait être une source de responsabilité s'il cachait des éléments utiles pour l'appréciation du risque.

La directive prévoit toutefois que certaines informations ne peuvent en aucun cas rester secrètes : description de l'OGM, nom du notifiant, lieu de la dissémination, méthodes du suivi et de l'intervention d'urgence, évaluation des effets prévisibles.

■ *Le public*

Il apparaît de deux manières différentes. Il est d'abord représenté, que ce soit par le membre de l'OPCT ou par les associations qui participent à la CGBM. Dans ce cadre, les représentants d'une association sont tenus au secret professionnel. Leur position risque d'être difficile si l'association décide de plaider contre la décision de dissémination en faisant valoir un préjudice direct ou indirect, comme le lui permet l'article 32 de la loi française. Vont-ils pouvoir dans le cadre du procès oublier ce qu'ils ont su ? Quels documents pourront-ils utiliser ?

Mais il s'agit aussi du public au sens de la population concernée par le lieu de la dissémination, qui ne peut être tenu secret. Dans ce cadre, l'information donnée, peu compromettante d'ailleurs, n'est évidemment pas secrète. On ne révélera là rien qui touche au secret industriel. En fait, ce que l'on craint surtout de cette information, c'est qu'elle ne provoque les fameuses peurs irrationnelles contre lesquelles la loi s'est donné pour objectif de lutter.

■ *Les États membres*

Les États membres reçoivent de la Commission un certain nombre d'informations sur les demandes de dissémination, et cela dès le stade de la dissémination expérimentale. Elles sont assorties de la définition de la confidentialité, et tous les partenaires sont tenus au secret. Ce sont pourtant ces dispositions qui ont fortement choqué le Sénat français, lequel y voit une atteinte intolérable aux intérêts de l'industrie française et des industries étrangères qui disséminent en France. P. Laffitte, rapporteur au Sénat, après avoir longuement exposé les difficultés d'une action en justice en la matière, voulait même imposer une responsabilité sans faute de l'État français pour toute fuite d'information. L'amendement a été rejeté, le gouvernement s'étant curieusement « engagé » à aider les chercheurs ou les industriels français dans leur demande de réparation. Deux risques ont été évoqués, l'un qui paraît imaginaire, l'autre plus imprécis mais sans doute réel. Le premier serait que la description de l'organisme contenue dans la demande d'autorisation soit divulguée et détruisse ainsi la nouveauté du produit au regard du droit des brevets. Mais il a déjà été jugé qu'une divulgation sous condition de confidentialité dans le cadre d'une expérimentation médicale ne pouvait pas constituer une atteinte à la condition de nouveauté<sup>5</sup> ; d'autre part, on voit mal que le demandeur effectue une demande de dissémination d'un organisme réalisé, achevé, sans avoir en même temps et probablement préalablement déposé sa demande de brevet. Le problème ne se poserait donc que pour des organismes que l'on souhaite garder secrets, mais il est alors peu probable qu'on cherche à les disséminer. Un danger plus réel concerne la divulgation des stratégies de recherche qui peut éventuellement

5. Paris, 18 janvier 1990, PIBD, 1990, III, 252.

résulter de l'observation de la logique de l'ensemble des demandes de dissémination faites par une même entreprise.

Le Sénat avait beaucoup insisté sur la difficulté de la preuve en cas de « vol » de l'organisme ; mais il est probable que les renseignements qu'il est nécessaire de fournir pour la demande d'autorisation pourront servir de preuves (historique de la fabrication, généalogie de l'organisme). Les difficultés paraissent donc avoir été exagérées.

Nul ne s'est posé la question, à l'inverse, de savoir ce qui se passerait en cas d'accident majeur, si une information connue mais gardée secrète se révélait avoir été importante pour l'appréciation du risque. Il y a là un germe de conflit entre les obligations liées à la protection du secret industriel et celles qui sont liées à la protection de la santé et de l'environnement.

## II. LES TYPES DE PRÉJUDICES

De manière tout à fait classique, on est susceptible d'imaginer des dommages aux personnes, aux biens et à l'environnement.

### 1. Dommage aux personnes

Le dommage aux personnes qui vient le premier à l'esprit concerne la manipulation d'un micro-organisme disséminé dans l'environnement à des fins agronomiques, et qui se révélerait pathogène, ou muterait et deviendrait pathogène, ou encore qui, tout en étant inoffensif par lui-même, pourrait, en association avec autre chose, devenir pathogène.

Deux autres cas de figure, qui devraient en principe comprendre l'essentiel des dommages aux personnes, ont toutes les chances d'échapper dans un avenir proche au système de la directive. Il s'agit des médicaments, d'une part, et des produits alimentaires, d'autre part. Si, en principe, la logique initiale de la directive oblige à compter ces produits dans son champ d'application, sa logique d'évolution conduit à penser que les médicaments dépendront du système général de mise sur le marché institué par le ministère de la Santé (article R 5140.1 pour les médicaments issus des biotechnologies, directive du 22 décembre 1986, JOCE du 17 janvier 1987, n° L15/38, qui sera sans doute complétée dans les années à venir). De même, une directive, dite *novel food*, est en préparation pour les produits alimentaires. Mais quid des thérapies géniques somatiques<sup>6</sup> ?

Les modalités de l'éclatement du système d'autorisation ne sont pas encore parfaitement claires. Les industriels y tiennent beaucoup, souhaitant, quelle que soit leur branche d'activité, un système d'évaluation plus sectoriel. La directive et la loi française prévoient cette possibilité, à la condition que le système sectoriel

6. Actuellement, la pratique française consiste à les soumettre à la procédure. Il est difficile de savoir à quel moment les cellules modifiées sont disséminées et, plus encore, à quel moment ces cellules propres à chaque malade sont mises sur le marché.

permette de réaliser une évaluation analogue à celle qui est prévue dans la directive. Si l'obligation ne porte que sur l'évaluation, le système original de contrôle réciproque des États les uns par les autres s'effondre. Cette possibilité serait réservée aux produits « relevant d'une réglementation communautaire », ce qui impliquerait probablement l'élaboration de normes techniques minimales ; mais la possibilité reste très floue.

## **2. Dommage aux biens**

Le dommage aux biens est simple à imaginer. On cite fréquemment l'hypothèse de la transmission d'un gène de résistance à un herbicide d'une plante transgénique cultivée vers ses parents sauvages ou vers ses adventices, qui deviendraient incontrôlables par cet herbicide. Des pertes de rendement pourraient être enregistrées. On peut encore penser à des populations de poissons transgéniques prédateurs qui s'échapperaient de lieux où est pratiquée l'aquaculture et feraient baisser les stocks d'autres espèces. Généralement, les scientifiques considèrent que ces risques sont très faibles, car, plus les organismes sont manipulés, moins ils sont adaptés à la vie sauvage. De plus, les généticiens s'entraînent à introduire des systèmes génétiques permettant la mort des organismes manipulés dès qu'ils ne sont plus dans la situation pour laquelle ils ont été créés. Mais aucun système n'est totalement fiable ; les affirmations sont donc valables, jusqu'au jour où...

## **3. Dommage écologique**

Le dommage écologique, plus difficile à mettre en évidence scientifiquement, est celui dont la réparation est le plus incertaine, socialement et juridiquement<sup>7</sup>. Un exemple parfois donné est celui de l'introduction d'un gène d'apomixie dans une plante cultivée. Cette forme de stérilité, qui permet des sélections intéressantes, pourrait se transmettre aux espèces sauvages apparentées. Mais si l'apomixie est intéressante pour l'amélioration de l'espèce cultivée, elle conduit dans les populations sauvages à une perte progressive de diversité génétique. Cette perte est un préjudice direct pour l'espèce sauvage qui se fragilise, et un préjudice indirect pour l'espèce cultivée ; en effet, les sélectionneurs disposeront d'un réservoir de gènes sauvages moins important, moins divers que par le passé. Il en résulte indirectement une perte de diversité génétique de l'espèce cultivée. On est ici à la rencontre du dommage aux biens et du dommage purement écologique.

Le dommage écologique pur serait l'envahissement d'un écosystème par une plante ou un animal devenant dominant, ou la diffusion d'un organisme pathogène s'attaquant aux plantes ou aux animaux sauvages. On retrouve ici toutes les difficultés inhérentes au dommage écologique, difficultés de preuve du lien de

<sup>7</sup>. « Le Dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé », « *Economica* », 1992.

causalité, difficultés pour chiffrer le préjudice, problèmes liés au délai de recours, puisqu'il est à craindre que les perturbations ne se fassent sentir que bien longtemps après la dissémination, difficultés même pour établir le préjudice, les écologues soutenant souvent qu'il n'y a pas de hiérarchie à établir entre les écosystèmes, aucun n'étant meilleur que l'autre. Difficultés, enfin, pour faire reconnaître l'intérêt à agir des associations, sauf probablement dans les hypothèses où l'écosystème perturbé est un lieu protégé ou contient une plante ou un animal protégés, qui seraient menacés de disparition du fait de la dissémination.

### III. LES RESPONSABILITÉS

On a pu le constater, le système est extrêmement complexe et fait intervenir de nombreux organismes, tous susceptibles d'encourir une part de responsabilité, qu'il s'agisse des chercheurs, des fabricants, des autorités nationales et communautaires donnant ou bloquant les autorisations de dissémination, voire des utilisateurs s'ils ne suivent pas les consignes d'utilisation.

Pour autant, ni la directive ni la loi française ne se sont intéressées à la responsabilité. Le Parlement européen avait bien incité, par un amendement, la Commission à intégrer une disposition sur la responsabilité et l'obligation d'assurance, ce qui paraissait être une sage précaution<sup>8</sup>. Mais l'amendement ne fut pas retenu. Le législateur français s'est focalisé sur la responsabilité pénale, ignorant tout de la responsabilité civile, ce qui renvoie au droit commun, purement et simplement, pénalisant une fois de plus des activités qui ne relèvent pas forcément du droit pénal. Il faut bien, pourtant, se poser la question de la responsabilité des industriels, d'une part, et de celle des autorités administratives, d'autre part.

#### 1. La responsabilité pénale

##### ■ *Les dispositions pénales applicables aux responsables des disséminations*

Les dispositions pénales insérées dans le chapitre IV de la loi s'adressent aux responsables juridiques des disséminations, chercheurs et industriels ; elles ont pour objet d'assurer le respect des seules obligations prévues par la loi. Elles ne sanctionnent donc que les infractions au système d'autorisation, quelles que soient les conséquences qu'elles aient pu entraîner au regard de la santé humaine et de l'environnement. Aucune différence n'est faite, dans le texte de la loi, entre la dissémination sans aucune conséquence dommageable et celle qui entraînerait une catastrophe. Seule, au fond, la désobéissance est prise en compte.

<sup>8</sup> Amendement n° 21, article 3, - *En matière de dissémination d'organismes génétiquement modifiés, les États membres introduisent la responsabilité pour le danger causé et prévoient en conséquence une obligation d'assurance* -. JOCE, n° C 158/122, du 26 juin 1989.

Quatre types d'obligation sont sanctionnés :

- la dissémination expérimentale ou commerciale sans autorisation (de deux mois à un an d'emprisonnement, et/ou de 10 000 à 500 000 francs d'amende, peines doublées en cas de récidive) ; on se rend compte de la sévérité d'une telle disposition applicable aux disséminations expérimentales réalisées au cours du processus de recherche. Beaucoup de chercheurs n'ont pas du tout réalisé l'obligation qui leur était faite. Mais on se demande qui poursuivra, en l'absence d'accident et d'information sur la dissémination ;
- le non-respect d'une mesure de suspension, retrait, interdiction ou consignation des OGM décidée par l'autorité administrative, soit pour obtenir des compléments de dossier, soit pour protéger la santé publique ou l'environnement (de deux mois à deux ans, et/ou de 20 000 à 1 million de francs) ;
- le non-respect d'une décision de mise en demeure (de dix jours à six mois, et/ou amende de 2 000 à 500 000 francs) ;
- l'obstacle opposé aux contrôles (de dix jours à un an, et/ou de 2 000 à 100 000 francs).

Il est également prévu que le tribunal puisse ordonner, aux frais du condamné, la publication intégrale ou par extraits de sa décision et, éventuellement, la diffusion d'un message dont il fixe explicitement les termes, « informant le public des motifs et du contenu de sa décision, dans un ou plusieurs journaux qu'il désigne ». Cette disposition a un double but : réparer autant que faire se peut le défaut d'information qui a probablement affecté la légalité de la dissémination, rassurer les populations concernées sur les mesures qui ont été prises pour en contrôler les effets.

On pourrait penser que ces dispositions joueraient, concernant les industriels responsables de disséminations, à peu près le rôle qu'a joué la loi de 1905 dans l'affaire de la transfusion sanguine. Elles sont pourtant de nature différente : en effet, elles ne concernent pas les peines prévues pour les atteintes causées à la santé publique ou à l'environnement en tant que telles, mais seulement celles qui sanctionnent la désobéissance aux différentes règles de procédure posées par la loi. La question de la responsabilité pénale des disséminateurs n'est donc pas vraiment résolue. Si les conséquences de la dissémination entraînent des atteintes effectives à la santé publique ou à l'environnement, on retrouvera alors la multiplicité des règles de droit commun, depuis l'homicide involontaire, la loi de 1905, qui pourrait être adaptée à un assez grand nombre de situations, ou la peine de six mois prévue à l'article 215.1 du Code rural en cas de mutilation ou de destruction d'espèces non domestiques protégées au titre de la préservation du patrimoine biologique<sup>9</sup>, etc.

Pour fixer un peu les idées, signalons l'application que le tribunal de Paris a faite le 25 octobre 1992 de la loi de 1905 dans l'affaire de la contamination de la

*9. La possibilité d'hybridation, peu probable, entre un porc transgénique génétiquement cancéreux et une espèce protégée de sangliers pourrait relever d'une telle disposition au titre de la mutilation ; l'avantage sélectif imprévu octroyé à une espèce qui, du coup, en éliminerait une autre relèverait de la destruction.*

transfusion sanguine par le virus du sida, dans une situation qui pourrait être assez proche, à bien des égards, de celles qui nous intéressent. Contre le Dr Garretta, responsable de l'industrie des dérivés sanguins, il a retenu que les dérivés sanguins étaient des marchandises au sens de la loi de 1905, ce qui serait le cas des OGM de toute nature. La tromperie résulte du fait qu'un produit thérapeutique (ce sera ici un produit thérapeutique, ou alimentaire, ou agricole...) ne répond pas à ses qualités substantielles lorsqu'il est éventuellement mortel, et remplaçable. L'application aurait donc été peut-être différente pour un médicament nouveau irremplaçable, ce qui pourrait parfois être le cas dans nos domaines, mais assez rarement tout de même. Il fallait encore que le responsable soit conscient d'un risque qu'il assume sciemment – mais le juge ne se prononce pas sur l'occurrence du risque qui pourrait déclencher la responsabilité pénale. Le Dr Garretta fut encore reconnu coupable d'avoir « refusé d'écouter, éliminé ou court-circuité les opposants à sa politique [et ainsi] amplifié par son action une tragédie qui n'avait pas besoin de l'être ». Ce raisonnement pourrait convenir à toute catastrophe qui trouve sa source pour partie dans des circonstances naturelles (ici, le sida), pour partie dans l'action ou l'abstention humaine (ici, la conduite industrielle). Un tel mélange risquera de se retrouver au cœur des risques de dissémination.

■ *La responsabilité pénale des membres des autorités compétentes*

Rien n'est dit, dans la loi, de l'éventuelle responsabilité pénale des représentants des autorités, étatiques et éventuellement communautaires, impliquées dans la décision de dissémination. Or l'affaire de la transfusion sanguine éclaire cette question d'un jour nouveau, sachant qu'il n'est sans doute pas illégitime d'imaginer que la dissémination d'un gène délétère pourrait être pensée sur le même mode que la contamination par le virus du sida. Il faut attendre les décrets d'application de la loi pour savoir qui prendra effectivement les décisions de dissémination. Apparemment, le gouvernement se dirige vers une décision prise par les différents ministères de tutelle des OGM<sup>10</sup>, sur avis de la CGG, puis de la CGBM. Dans cette hypothèse, les autorités consultatives seraient plus ou moins dans la position du Laboratoire national de la santé et du Dr Netter, tandis que les ministères de tutelle seraient assez exactement dans la position de Jacques Roux à la DGS<sup>11</sup>.

La charge retenue contre Jacques Roux concernait la non-assistance à personne en danger. Il lui fut donc reproché de s'être abstenu d'user de ses pouvoirs pour empêcher l'industriel de continuer à distribuer ses produits. Sans examiner exactement les pouvoirs dont il disposait à cet égard, le tribunal retint que son refus d'agir résultait clairement « de la conjonction entre, d'une part, la

10. Il s'agit d'une notion curieuse qui vise l'Agriculture pour les plantes transgéniques, l'Industrie pour les produits chimiques fabriqués par des cellules ou des micro-organismes.

11. Mais dans un cas comme dans l'autre, la loi du 13 juillet 1992 donne plus de moyens et des pouvoirs plus clairement établis que la loi sur la transfusion sanguine.

précocité et la précision des informations dont disposait le Pr Roux et, d'autre part, l'étendue, la diversité des actions qui s'offraient à lui. Savoir, même si l'on ne connaît pas parfaitement l'étendue du risque, et ne rien faire est donc constitutif de l'infraction.

Le Dr Netter, au contraire, informa correctement la tutelle des risques, et fut reconnu n'avoir aucun autre pouvoir, donc aucune autre obligation.

L'infraction concernait le non-retrait d'un produit dont la première mise sur le marché n'est pas contestée par le tribunal (alors que c'était envisageable ; l'erreur principale du Dr Garretta fut de commencer la production du facteur VIII à une époque où les produits poolés étaient par hypothèse dangereux).

Il est donc probable qu'une autorisation de dissémination puisse engager la responsabilité personnelle d'un fonctionnaire du ministère de l'Agriculture ou de l'Industrie s'il ne tient pas compte d'informations précises. De la même manière, il pourrait être reproché aux membres des autorités de conseil d'avoir caché ou mal transmis des informations.

Dans tous les cas, la responsabilité pénale des auteurs de la décision de dissémination serait fondée sur la connaissance d'un risque dont ils n'auraient pas tiré les justes conséquences. On mesurera la difficulté de la position de ces fonctionnaires, dont la responsabilité pénale peut être engagée, d'un côté, par la divulgation d'un secret industriel qui sera généralement défini très largement et, de l'autre, par la nécessité de tirer les conséquences des informations dont ils disposent. Il faudrait même aller plus loin, au moins pour ce qui concerne la CGG et la CGBM, dont l'obligation est non pas de tenir compte des connaissances acquises, mais de construire les connaissances nécessaires à la conduite d'une dissémination sans risque : quel sera le degré de sérieux, voire d'imagination qui sera exigé dans la construction de cette connaissance, voilà ce que l'on a du mal à prévoir. On ne voit pas très bien non plus comment penser leur ligne de conduite à l'égard de risques dont l'occurrence sera généralement très faible, mais dont les conséquences prévisibles pourraient être très importantes.

## **2. La responsabilité civile et administrative**

Rien n'étant dit dans la loi, on se retrouve devant une responsabilité de droit commun, responsabilité lourde comme chacun sait, puisque l'on sera sans aucun doute dans le cadre général – français et communautaire – de la responsabilité du fait des produits. Mais avec ces objets, tout de même particuliers, il n'est pas facile de donner un pronostic certain de la jurisprudence. En l'état actuel des choses, avant tout accident connu, on ne peut que réfléchir de manière totalement abstraite, et les idées avancées ici ne sont que des pistes de réflexion. On va sans doute retrouver, comme en droit pénal, les deux types de responsabilité, celle de l'industriel et du chercheur qui expérimentent ou mettent sur le marché un organisme génétiquement modifié provoquant un préjudice, et celle des autorités administratives qui autorisent une dissémina-

tion dangereuse ou ne prennent pas les mesures nécessaires pour en limiter les dégâts.

■ *La responsabilité des industriels et des chercheurs*

Quels qu'ils soient, micro-organismes, plantes, animaux, les OGM sont des marchandises, des produits fabriqués qui ressortissent à la responsabilité du fait des produits. Cela a pour effet de provoquer une première gêne chez le juriste, lié par le rattachement à l'article 1384, qui vise en principe les choses inanimées. Le paradoxe est particulièrement visible pour les animaux. Sont-ils des animaux justiciables du droit commun de la responsabilité du fait des animaux (article 1385 conduisant à reconnaître la responsabilité du propriétaire de l'animal, même si celui-ci n'est plus sous sa garde), ou des animaux-produits, assimilables sur ce plan au moins à des choses inanimées, la responsabilité étant alors celle du gardien de la chose ? Une réponse de bon sens permet de donner des pistes de réflexion qui contribueraient à penser à des solutions qui pourraient éclairer l'ensemble de la question.

On sera sans doute obligé de dissocier les régimes juridiques applicables à l'animal génétiquement modifié, le considérant dans certaines circonstances comme un animal « normal », dans d'autres circonstances comme déterminé par la modification génétique. Ainsi, le chien transgénique qui mord le facteur restera généralement justiciable de l'article 1385, à moins que l'on puisse prouver qu'une agressivité « anormale » a été provoquée par le transfert génétique, s'agissant d'un gène du comportement<sup>12</sup>. Le porc transgénique qui introduit des gènes défavorables dans une population de sangliers mettra le juge dans une position délicate : d'un côté, l'éleveur l'a laissé échapper et devrait en rester le gardien selon les termes de l'article 1385 ; de l'autre, le dommage est créé par le particularisme génétique de cette lignée, et, dans cette limite, c'est l'auteur de ce particularisme qui devrait être responsable, incitant à reconnaître une responsabilité *in solidum*. Mais cette conclusion n'est pas envisageable, puisque la solution renvoie alors à la distinction entre la garde de la structure et celle du comportement qui pourrait se trouver à la base des solutions en la matière, et cela qu'il s'agisse de micro-organismes, de plantes ou d'animaux, alors que la garde a un caractère alternatif qui s'oppose à la condamnation *in solidum* du gardien de la structure et du gardien du comportement<sup>13</sup>.

Autrement dit, les fabricants de la structure génétique – qui est d'ailleurs, prise en tant que telle, une chose mobilière inanimée – seraient responsables des effets délétères de cette structure, même lorsque l'OGM est entre les mains de l'agriculteur ou de l'éleveur ; on pourrait alors rester dans le cadre traditionnel des dommages causés par les choses inanimées, les gènes, sachant qu'elles

12. *L'hypothèse n'est pas absurde si l'on pense à cette race de chiens désormais interdite en Grande-Bretagne en raison du trop grand nombre d'accidents qu'elle provoquait, ayant volontairement été sélectionnée pour son agressivité.*

13. B. Goldman, « *Garde de la structure et Garde du comportement* », *Mélanges Roublieu*, t. II, p. 51 sq. ; P. Dupichot, « *La Garde de la structure et la Garde du comportement* », thèse dactylographiée, Paris, 1983 ; certains auteurs pensent toutefois que le caractère alternatif de la garde n'est pas indépassable.

ont un effet sur l'être vivant dans lequel elles se trouvent, et sur le lieu de dissémination, personnes humaines ou écosystèmes. Quant aux éleveurs et agriculteurs, quelle serait leur responsabilité pour l'utilisation qu'ils font de l'OGM, particulièrement s'il y a des précautions à prendre (distances de plantation, confinement des bêtes, méthodes de reproduction, etc.) ?

L'idée de garde de la structure s'applique particulièrement bien à la structure génétique. En effet, si l'on a du mal, au sein des choses inanimées, à trouver des exemples de choses ayant un dynamisme propre (bouteilles de gaz, tubes de métal ayant une faille, branches d'arbre tombant du fait de la pourriture et n'engageant pas la responsabilité de l'élagueur pourtant responsable à ce moment de toutes les autres chutes), on est, avec les gènes, au cœur même des choses ayant un dynamisme propre. L'arrêt récent de la Cour de cassation, dans l'affaire des Houillères du Nord<sup>14</sup>, parle de manière particulièrement frappante des forces internes que le terril recelait dans sa structure, leur garde étant restée entre les mains des propriétaires de la mine sans passer entre celles de l'exploitant qui y faisait des travaux de terrassement, lorsqu'un incendie s'est déclaré, causant des dommages, tant corporels que matériels. Il est certain que l'utilisateur, l'agriculteur, n'aura généralement pas le pouvoir de surveiller et contrôler la structure génétique de l'OGM, ce qui renvoie effectivement à l'industriel comme gardien de la construction génétique.

Mais exigera-t-on que l'industriel ait commis une faute dans la réalisation de cette construction, au regard des connaissances scientifiques, ou estimera-t-on que toute construction se révélant dangereuse entraîne la responsabilité de son auteur, même s'il était impossible, en l'état de la technique, de le supposer ? On sait que les choses ne sont pas tranchées en droit européen, puisque la directive sur la responsabilité du fait des produits, qui sera sans doute applicable à ces hypothèses, laisse les États libres de décider s'ils imposent à l'industriel la prise en charge du risque de développement, et que la réponse à cette question n'est pas claire en droit français<sup>15</sup>. On ne peut que signaler, sans prétendre affirmer que la même rigueur s'appliquerait aux constructions génétiques, que la majeure partie des juridictions du fond ont retenu la responsabilité des centres de transfusion sanguine en l'absence de toute possibilité scientifique ou technique de détecter le vice affectant le don. Cette solution a été appliquée aussi bien aux transfusions réalisées avant la mise au point des tests indiquant la séropositivité des dons qu'aux transfusions réalisées à partir de sang prélevé pendant la « période muette », c'est-à-dire à un moment où le sang est déjà contaminant sans qu'aucun moyen technique ne permette de le diagnostiquer comme tel ; à cet égard, un jugement du tribunal de grande instance de Limoges est particulièrement intéressant, concernant l'incertitude scientifique. En effet, il décide que le centre de transfusion est responsable d'une contamination provenant d'un

14. 15 décembre 1986, D. 1987, 221, note Larroumet.

15. J. Huet, « Le Paradoxe des médicaments et les Risques de développement », Dalloz, 1987, chr. p. 73 ; M. Rémond-Gouilloud, « Le problème juridique des terres contaminées », *Études foncières*, n° 55, juin 1992.

don de la période muette, à une époque où l'on connaissait l'existence de ce risque, sans disposer de moyens pour l'éliminer. Mais il est difficile de savoir si le centre aurait pu échapper à sa responsabilité en adoptant un autre comportement. C'est en tout cas ce que suggère le tribunal de Limoges, contrairement à d'autres juridictions du fond, en retenant qu'il n'a pas informé les médecins de la nécessité de transfuser au minimum ni proposé aux patients un protocole d'autotransfusion chaque fois que c'était possible<sup>16</sup>. Il en résulte que, en présence d'une incertitude scientifique sur un risque grave, il faut se passer du produit potentiellement dangereux chaque fois que possible, proposer des solutions de repli lorsqu'elles existent, et informer.

Concernant plus particulièrement les espèces faisant appel à la distinction entre structure et comportement, les auteurs signalent la tendance de la Cour de cassation à « présumer le vice structurel » et à traiter le gardien de la structure comme responsable du dommage, dès l'instant que l'on ne peut reconnaître la responsabilité de l'utilisateur<sup>17</sup>.

Cette tendance va dans le sens général des évolutions jurisprudentielles concernant les expérimentations, ou même les produits ou procédés simplement nouveaux, le juge montrant de plus en plus de rigueur à l'égard de ceux qui fabriquent et utilisent des produits dont le risque n'est pas encore correctement apprécié. Toute la recherche biomédicale est désormais rattachée, depuis la loi de 1988, au régime de la responsabilité objective. Mais, même en dehors du champ d'application de cette loi, le juge a tendance à condamner celui qui essaie un procédé encore mal maîtrisé, créateur de risques pour la santé. C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Lyon a condamné un médecin sans s'arrêter à la traditionnelle obligation de moyens : « L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier<sup>18</sup>. »

Ce qui est intéressant dans cette affaire est le renversement des valeurs, dans un domaine particulièrement sensible, celui de la médecine. Alors que le juge estimait traditionnellement que le médecin n'était responsable que de ce qu'il pouvait maîtriser ou savoir « en l'état des connaissances scientifiques », ce qui faisait de l'incertitude une cause d'exonération de responsabilité, on invoque ici cette même incertitude pour affirmer sa responsabilité. L'idée de base, nouvelle sous cette forme au moins, est que l'on doit réparer les risques que fait courir le système d'expérimentation généralisée dans lequel nous vivons. On se doute que cette mentalité, de plus en plus exigeante, serait probablement celle du juge

16. TGI Toulouse, 16 juillet 1992, JCP, 9 décembre 1992, II, 21965, note X. Labbé, et TGI Limoges, 31 juillet 1991, Jurisdata, 048666.

17. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Litec*, 4<sup>e</sup> édition, p. 263.

18. Cour d'appel de Lyon, 21 décembre 1990, Gomez, JCP 1991, éd. G n° 26, 21 698.

dans l'hypothèse de dommages causés par la dissémination d'un OGM. On risque donc bien de reconnaître en la matière une responsabilité sans faute qui couvrirait peut-être même le risque de développement (cela semble être le cas, au civil, dans les affaires de contamination par le virus du sida, au moins en l'absence d'un arrêt contraire de la Cour de cassation). C'est la raison pour laquelle le législateur français a été bien imprudent de ne pas envisager la question et d'imposer une obligation d'assurance.

Il faut encore signaler que la jurisprudence sur la garde de la structure et du comportement montre que la dissociation entre les deux notions est toujours temporaire, le fabricant cessant un jour d'être responsable d'une structure qu'il a fabriquée longtemps avant. Mais il est difficile de savoir combien de temps il reste tenu<sup>19</sup> : moins de vingt ans pour le fabricant d'une bouteille de chlore, plus de sept ans pour le fabricant d'un poste de télévision. Alors, combien de temps pour le fabricant d'un OGM ?

La question sera sans doute particulièrement délicate à résoudre pour le juge. En effet, la particularité du vivant étant de muter, d'échanger des gènes, même avec des organismes avec lesquels la reproduction est en principe impossible, de coloniser des espaces inattendus, bref, de surprendre, faut-il considérer que le comportement reproductif de l'organisme dépend toujours de sa structure originare ? En théorie, oui ; mais faudra-t-il l'admettre en droit, et pendant combien de temps, au bout de combien de mutations, si la dixième devient pathogène ? Quelle sera la part – juridique – du facteur environnemental ? En principe, il ne peut être assimilé à la force majeure, au fait imprévisible, puisque l'objectif de prévention consiste précisément à évaluer le risque de la structure génétique dans l'environnement précis dans lequel il est disséminé.

La responsabilité de l'industriel paraît donc pouvoir être très lourde.

■ *La responsabilité des autorités administratives*

Les autorités administratives impliquées dans le processus d'autorisation et de contrôle de l'urgence sont nombreuses : commissions consultatives et ministères de tutelle pour l'État français, Commission des Communautés européennes aussi, puisque rien n'empêche d'imaginer la plainte d'un État contre une dissémination préjudiciable qui aurait reçu l'aval de la Commission, malgré son opposition. On constatera, dans ce domaine encore, une évolution des mentalités. Car l'importance que les victimes ont attachée à obtenir la condamnation de l'État dans l'affaire de la contamination par le virus du sida n'est pas un phénomène isolé. Non seulement les victimes souhaitent une réparation financière, mais elles veulent aussi montrer publiquement la faute, voire la légèreté de « ceux qui nous gouvernent ». Ce sentiment très fort, dont l'expression passait autrefois par la libre critique et, d'une certaine manière, par le café du commerce, cherche aujourd'hui à se frayer un tout autre chemin par le droit. Il sera

19. Starck, *op.cit.*, p. 263.

suffisant, après avoir rappelé la responsabilité de l'État en matière d'autorisation de mise sur le marché des médicaments<sup>20</sup>, de donner trois exemples montrant comment la responsabilité des autorités peut être engagée par une action ou le plus souvent une abstention venant enrayer la juste marche du processus décisionnel.

En l'État actuel du droit positif, la responsabilité de l'État n'est engagée que si l'on peut prouver une faute lourde<sup>21</sup>, ce qui renvoie à l'état des connaissances scientifiques. La plupart du temps, le risque de dissémination fera l'objet d'incertitudes, et l'on peut penser que l'État et la Commission échapperont à toute condamnation s'ils se sont rangés à l'avis majoritaire. Cette impression est confirmée par l'affaire de la transfusion sanguine, puisque les juridictions n'ont reconnu la responsabilité de l'État qu'à partir du 12 mars 1985, date à laquelle les autorités de tutelle ont eu connaissance d'un consensus de la communauté scientifique pour penser que tous les dérivés sanguins étaient éventuellement contaminés<sup>22</sup>. Il semble en résulter l'idée que les avis scientifiques marginaux, qui dénonçaient le risque de sida transfusionnel depuis 1982, ne produisent pas d'effet juridique. Pourtant, les choses ne sont pas aussi simples. En effet, si, à partir du 12 mars, on était sûr de la contamination des lots, une incertitude scientifique importante régnait sur les conséquences de cette contamination sur la santé des personnes. On pensait encore de manière majoritaire que toutes les personnes contaminées ne développeraient pas de sida. Il faudrait donc déduire de la décision du juge que la responsabilité de l'État n'est engagée qu'à partir d'un consensus scientifique sur l'existence d'un risque, mais qu'il n'est pas nécessaire de connaître l'ampleur des conséquences de ce risque.

Autrement dit, dans une logique scientifique et économique, le consensus sur un risque dont la réalisation est infiniment peu probable, mais dont les conséquences sont importantes, devrait conduire à une décision d'autorisation de dissémination, alors que le juge pourrait retenir la responsabilité de l'État pour le risque (d'ampleur inconnue) qu'il a fait courir en toute connaissance de cause, sous prétexte que son occurrence était faible. A l'inverse, les incertitudes scientifiques, voire l'absence de connaissance du risque devraient décharger l'État de toute responsabilité.

Signalons simplement que l'affaire de la transfusion n'est qu'un exemple parmi d'autres : un maire peut être condamné dans des circonstances où l'incertitude est pourtant très grande, par exemple pour n'avoir pas ordonné la fermeture d'une piste de ski devenue dangereuse à la suite de conditions météorologiques laissant craindre des risques d'avalanche<sup>23</sup> ; ou encore en cas de fièvre typhoïde imputable à l'eau distribuée par le réseau communal<sup>24</sup> ; de la

20. Et le fait qu'elle n'exonère pas le fabricant de sa propre responsabilité, article L 601 du Code de la santé publique.

21. Conseil d'État, 28 juin 1968, *soc. mut. d'assur. contre les accidents pharmaceutiques*, JCP 1969, II, 1557 ; J.-P. Macbelon, « La mise sur le marché du médicament en droit français, aspects de droit administratif », *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1980.

22. *Cour administrative d'appel de Paris*, 16 juin 1992, non encore publié.

23. *Grenoble, cb. corr.* 5 août 1992, JCP, 2 déc. 1992, II, 21959, note P. Sarraz-Bournet.

24. *Cour administrative d'appel de Lyon*, 22 juin 1989, *Lanfranchi*, Req. n° 890101.

même manière, la carence du Bureau d'hygiène en matière de salubrité des immeubles peut engager la responsabilité de la commune<sup>25</sup> ; le retard apporté à l'envoi d'un vétérinaire pour vérifier la réalité d'un début d'épizootie engage la responsabilité du Service de l'élevage outre-mer<sup>26</sup> ; et même les sorties d'essai qui sont autorisées pour les pensionnaires de maisons d'éducation surveillée ou d'établissements psychiatriques pratiquant des méthodes de surveillance libérale peuvent être citées ici<sup>27</sup>.

Il est donc difficile, pour ne pas dire impossible, de savoir où s'arrêtera la jurisprudence dans sa reconnaissance de la faute d'abstention de la puissance publique<sup>28</sup>. Il est déjà certain que le traumatisme de l'affaire de la contamination a produit des effets préventifs, au moins dans les domaines proches. On pouvait remarquer, par exemple, dans *Le Monde* des 28-29 juin 1992, le retrait du marché de 32 médicaments à base de tissus bovins dans la crainte d'une transmission de la maladie de la vache folle à l'homme. Pourtant, le communiqué du ministère de la Santé rappelait qu'« il n'existe actuellement aucune preuve scientifique qu'il y ait eu ou qu'il puisse y avoir transmission de la maladie à l'homme ». Cette décision a donc été prise sans le moindre indice empirique, uniquement sur la base de la transmission précédente, à partir des carcasses de mouton entrant dans la composition des aliments destinés aux bovins. Ce premier déplacement d'une espèce à l'autre (confirmé par un déplacement du même genre vers quelques autruches du zoo de Munich) a suffi pour faire suspecter sans preuve la possibilité de passage à l'espèce humaine. C'est probablement cet effort de prudence, au moins lorsque les produits suspectés ne sont pas indispensables – ce qui est le plus souvent le cas –, qui est recherché par le juge à la demande des plaideurs ■

25. *TA de Nice*, 9 avril 1975, *Liotaud*, *Rec.* p. 901.

26. *CE*, 15 février 1977, *Recueil*.

27. *La doctrine signale cette responsabilité de la puissance publique, en la reliant à la théorie des « choses dangereuses et du risque exceptionnel »*, A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia, Y. Gaudement, - *Traité de droit administratif*, 10e éd., LGDJ, t. I, p. 510 sq.

28. A. de Laubadère et al., *op.cit.*



# RUBRIQUES

## Social

### **1<sup>er</sup> anniversaire d'une nouvelle convention collective**

Il y a un peu plus d'un an, la FFSA et le GEMA, la CFDT et la CGC, bientôt rejoints par la CFTC, signaient la convention collective nationale de travail des employés et cadres des sociétés d'assurances du 27 mai 1992. Cette signature marque, à n'en pas douter, une date décisive dans l'histoire de la profession d'assurance. Se substituant à la vingtaine de textes qui existaient auparavant elle ouvre sur un avenir dont employeurs et salariés savent combien il va être marqué par le changement. *Risques* a souhaité célébrer cet anniversaire en consacrant à la nouvelle convention collective l'ensemble de la partie « rubriques » du présent numéro.

#### **Jacques Monier**

rappelle d'abord dans quel esprit et selon quelles méthodes s'est poursuivie une longue négociation qui aura duré 7 ans.

#### **Jacques Campora**

expose l'analyse des employeurs et montre comment la nouvelle convention fournit un cadre adéquat pour préparer l'avenir.

#### **François Maxence**

illustre la nécessité de l'innovation sociale dans l'assurance.

#### **Gérard Lobjeols et Élie Lazarevitch**

exposent la vision syndicale quant à la nécessité du changement : les syndicats doivent avoir une attitude prospective qui en fait davantage des partenaires dans l'entreprise.

#### **Jean-Claude Javilliers**

élargit la perspective : il résitue la nouvelle convention collective dans les transformations qui affectent le droit du travail et les relations sociales aussi bien en France qu'à l'étranger.



# UN LONG CHEMIN

## avant de conclure

**MOTS CLEFS :** *commissions paritaires • conventions collectives • corps intermédiaires • gestion des ressources humaines • modernisation sociale • négociation collective (domaine, méthode, niveau) • rigidités sociales • syndicats •*

La convention collective nationale de travail du 27 mai 1992 concerne 95 000 des 120 000 salariés des sociétés d'assurance. Elle s'est substituée le 20 juin 1992 à plus de 20 conventions régionales ou locales datant des années 50. Jacques Monier expose les principaux aspects méthodologiques de la négociation et en retrace ainsi l'histoire<sup>1</sup>.

Un an après la signature de la convention collective du 27 mai 1992, que faut-il retenir de cette négociation ? Est-ce la réalisation des objectifs que l'on s'était assignés ? Est-ce l'effort de modernisation culturelle des relations sociales qui en constitue la toile de fond ? Est-ce le paradoxe d'avoir entrepris et mené à bien, dans cette époque de forces centrifuges et d'effondrement des frontières traditionnelles entre les professions financières, de nouvelles conventions collectives pour l'assurance ? Est-ce une expérience pratique du rôle que peuvent encore jouer les « corps intermédiaires » ? Pour répondre – ou tenter de le faire – à toutes ces interrogations ou à d'autres, le recul me paraît encore insuffisant. Aussi mon choix sera-t-il de braquer ici et là le projecteur sur la méthode de la négociation et donc sur son histoire. Car, en ce domaine, plus que dans d'autres encore sans doute, la « manière de faire » joue un rôle déterminant.

### I. DIAGNOSTIC

À l'automne de 1985, un diagnostic des conventions collectives des employés, agents de maîtrise et cadres était proposé aux instances décisionnelles de la profession. Élaboré avec quelques membres de la commission sociale de la FFSA, et approuvé par celle-ci, que mettait-il en relief ?

\* Directeur des affaires sociales de la FFSA

1. Une autre négociation concernant l'inspection d'assurances s'est déroulée parallèlement. Achevée le 27 juillet 1992 par la signature d'une autre convention, elle n'est pas évoquée ici.

– Qu'inspirées par les valeurs dominantes au sortir de la Seconde Guerre mondiale (avec son cortège de traumatismes et de privations), les conventions collectives des années 1954-1955 étaient devenues, à bien des égards, en total déphasage avec l'environnement économique et social de l'assurance des années 1980-1990.

– Que ces conventions avaient fortement subi l'érosion du temps. C'est le lot naturel de toute expression écrite d'une idée ou d'une norme par rapport au vécu, qui, lui, ne cesse d'évoluer. Érosion d'autant plus forte que les transformations s'accéléraient davantage.

– Que de nombreuses dispositions de ces conventions n'avaient pas suivi l'évolution de la législation sociale – voire étaient en complet décalage avec certains accords professionnels récents (par exemple, en matière de temps de travail annuel).

– Que le langage dans lequel elles avaient été écrites demandait à être fortement modernisé.

– Que l'existence de conventions collectives uniquement régionales ou locales (dans les régions ou villes d'implantation ancienne de l'assurance) n'était plus adaptée à la décentralisation progressive des entreprises sur l'ensemble du territoire national.

– Que le contenu des anciennes conventions, dans des domaines importants tels que : classification, salaires (primes d'ancienneté et de technicité), était générateur, pour les entreprises, de rigidités préjudiciables à une gestion moderne de leurs ressources humaines.

Au total, un diagnostic de déphasage très important des conventions collectives par rapport aux réalités du vécu de l'organisation et du fonctionnement des entreprises. Ces conventions n'exprimaient plus, sur beaucoup de points, les solutions communes à la profession et adaptées à notre époque, susceptibles de répondre aux préoccupations économiques et sociales du présent et de l'avenir.

En conclusion, elles risquaient fort de devenir, jour après jour, année après année, un « code oublié écrit dans une langue morte », comme nous l'avions écrit à l'époque.

## II. PARADOXE

Essayer de construire de nouvelles conventions collectives à une époque où individualisme, autonomie, déréglementation étaient devenus de maîtres mots, quel paradoxe !

A l'automne de 1985, le bureau de la FFSA, devant le diagnostic qui lui était présenté, avait le choix entre deux attitudes : ou bien ne rien faire, laisser les anciennes conventions se dissoudre lentement sous les assauts répétés du temps, ou bien chercher à leur substituer une construction nouvelle.

La première « solution » présentait, de toute évidence, moins de difficultés. On pouvait faire le pari que les rigidités critiquées dans les anciennes conventions

céderaient d'elles-mêmes sous l'action conjuguée de l'usure « naturelle » et du développement des négociations d'entreprise. Fallait-il prendre le risque d'engager un débat à l'issue incertaine et porteur d'incontestables risques de crise, c'est-à-dire d'agitation sociale ?

C'est cependant l'autre choix, celui de chercher à « reconstruire », qui l'a emporté alors, comme le proposait la commission sociale. Plus de recul sera nécessaire pour analyser toutes les raisons de ce choix, que le contexte ne rendait pas évident. La volonté de porter sur la place publique de la profession la nécessité d'adapter nos pratiques de relations sociales à notre temps n'y est certes pas étrangère. C'était surtout opter en faveur de modes de relations et de régulations sociales encore fondés sur la recherche d'un dispositif collectif de branche. Plus en amont, il faut y voir aussi l'intention de contribuer à dépoussiérer l'image encore vivace d'une profession dont le portrait s'habillait encore des fameuses « manches de lustrine » du rédacteur d'assurances.

Or, sans qu'on le perçoive clairement, l'assurance était de longue date engagée dans un processus profond de réforme des concepts qui avaient inspiré les négociateurs des années 50. Comment oublier que, dès les années 60, devant la diversité des modes de paiement des salaires pratiqués par les entreprises, la FFSA recommandait une « rémunération annuelle garantie » (Rag), reprise, beaucoup plus tard, par tant d'autres professions ? Et que, dès 1974, un accord sur un barème de rémunérations annuelles minimales était signé pour les cadres avec la CGC et la CFTC ?

Comment ne pas se souvenir que c'est dans l'assurance, au milieu des années 70, que la pratique des horaires mobiles a connu l'un de ses plus grands succès ? Il me souvient de débats nationaux où un syndicaliste connu s'y opposait pour « protéger les salariés contre eux-mêmes ». Les horaires mobiles ont constitué, à l'époque, un très fort révélateur de l'inadéquation de certains concepts centralisateurs aux besoins réels et quotidiens des entreprises et de leurs salariés.

Plus près de nous, héritier direct de ces évolutions, l'accord professionnel national de novembre 1981 sur la durée annuelle du travail était salué comme particulièrement innovant. Repris pour l'essentiel dans la convention du 27 mai 1992, il le demeure.

Enfin, au cours des quinze dernières années, quelques entreprises avaient manifesté, par des accords conclus à leur niveau et largement médiatisés, la possibilité de traiter autrement que selon les concepts de 1936 la relation complexe entre les entreprises et leurs collaborateurs.

Si l'on observe les faits, la profession était, en réalité, mûre pour opérer un *aggiornamento* social collectif, malgré le paradoxe que peut constituer, aux yeux de certains, la décision initiale d'engager cette « aventure ».

### III. OBJECTIFS

Élaborer un diagnostic, critiquer avec lucidité l'état des lieux, proposer le changement n'aurait pas suffi pour engager clairement une décision si lourde de conséquences possibles. Il fallait impérativement rassembler les dirigeants de la profession autour d'un projet volontairement adopté, c'est-à-dire définir des objectifs. Quels étaient-ils, pour l'essentiel ?

Ces objectifs s'articulaient autour de trois principes généraux :

- les conventions nouvelles devraient être des « lois-cadres » redistribuant les domaines de négociation entre la profession et les entreprises pour laisser plus de liberté à ces dernières ;
- ce serait, pour les salariés et les entreprises, l'expression équilibrée non seulement de leurs droits, mais aussi de leurs devoirs respectifs (volonté de revenir à la notion initiale de « contrat ») ;
- ce serait un dispositif qui, pour concourir à l'efficacité et à la vitalité des entreprises, devrait notamment favoriser la mobilité professionnelle et le brassage des compétences.

Quant aux objectifs eux-mêmes, ils étaient exprimés dans quatre domaines principaux :

- *Classification* : adopter un système de classification susceptible de prendre en compte, à tout moment, dans leur diversité et leurs évolutions, toutes les fonctions nécessaires à la vie de l'entreprise. Instrument indispensable d'une gestion modernisée et suffisamment homogène des ressources humaines, la classification nouvelle devrait avoir en perspective :
  - la redéfinition du rôle de l'encadrement ;
  - le développement de la mobilité géographique et fonctionnelle ;
  - la réponse aux besoins d'évolution de carrière manifestés par le personnel ;
  - le décroisement entre « administratifs » et « commerciaux » pour qu'ils s'enrichissent davantage mutuellement, en développant une culture commune axée sur la qualité du service rendu et la rigueur de la gestion.
- *Rémunérations* : permettre aux entreprises de mettre en œuvre des politiques de salaires réels, stimulantes et attractives, qui répondent à leurs objectifs de développement. C'était :
  - doter la profession d'un système de salaires minimaux cohérent avec l'image d'une profession moderne et avec le « couple » salaire annuel/temps annuel ;
  - faire disparaître ou atténuer les effets non maîtrisables de la prime d'ancienneté sur la gestion des rémunérations, donc réformer le système de prime d'ancienneté ;
  - valoriser d'autres formations que les seuls enseignements d'assurances en substituant aux primes de technicité récurrentes un dispositif différent et plus ouvert.
- *Mobilité* : il fallait inscrire dans les conventions que la mobilité, tant fonctionnelle que géographique, constituait un élément important :

- du fonctionnement normal d'une entreprise ;
- de la préservation de l'emploi ;
- des possibilités d'évolution de carrière.

Ce concept de mobilité s'appuierait à la fois sur la formation affirmée comme un investissement pour l'entreprise et le personnel, et sur le nouveau système de classification dont la conception « universaliste » devrait en favoriser le développement.

• *Organisation du temps de travail* : en confortant, par son introduction dans la convention collective, le dispositif des accords professionnels de 1981 sur la durée annuelle du travail, la nouvelle convention devrait faciliter, pour les entreprises, l'adaptation de leur système d'organisation aux évolutions des techniques et des marchés.

Tels sont, en résumé, les objectifs principaux, clairement énoncés, au vu desquels un consensus se réalisa en 1985 pour engager la négociation. Bien entendu, au fur et à mesure de celle-ci, de nouvelles dimensions apparurent. La réflexion sur la classification, sur la formation, en particulier, a apporté, en plus de six années de travaux préparatoires et de négociation, des compléments ou des inflexions aux objectifs initiaux. Mais, dès le départ, les axes ont été définis et adoptés pour donner à la conduite de l'opération sa cohérence et son dynamisme propres, sans lesquels elle ne pouvait aboutir.

#### IV. DÉMARCHE

La méthode de négociation constitue toujours un élément déterminant de réussite ou d'échec. En l'occurrence, le choix de la démarche a été dicté par l'étendue même du débat proposé aux organisations syndicales de salariés. Il ne s'agissait pas, en effet, de revoir tel ou tel chapitre des conventions existantes. Quelles auraient été les chances d'aboutir dans une négociation qui aurait eu pour seul objet de réformer la prime d'ancienneté par exemple ? Dans ce cas, toutes les difficultés auraient été focalisées sur un point unique, ce qui ne donnait que fort peu de chances aux parties de pouvoir passer entre elles un marché équilibré.

L'enjeu que se donnaient consciemment les négociateurs était beaucoup plus large et ambitieux. Il s'agissait, comme l'ont souligné d'emblée les employeurs, de « bâtir » une convention nationale qui n'existait pas. Eu égard à la conception française des conventions collectives, qui consiste à rassembler, en un recueil unique, l'ensemble des « règles du jeu social » communes aux entreprises et aux salariés d'un même secteur d'activité économique, il fallait donc passer au crible de la discussion la totalité des composantes de la future convention. Au demeurant, le Code du travail l'imposait pour que cette convention puisse être « étendue », c'est-à-dire rendue obligatoire ensuite à toutes les entreprises du secteur.

Le premier élément clef de la méthode de négociation fut donc de dégager un consensus sur la façon de travailler ensemble. Il eût été concevable de procéder

comme dans les années 50, c'est-à-dire de négocier et de conclure chapitre par chapitre, article par article, en cherchant chaque fois à se mettre d'accord et à enregistrer cet accord sur l'article ou le chapitre considéré avant de passer au suivant. Cette façon de travailler revient à bâtir et à vendre les appartements de l'immeuble l'un après l'autre, l'édifice ne progressant que si chaque appartement construit et entièrement installé est lui-même vendu. Dans cette formule, l'équilibre nécessaire à l'accord est à trouver entre les parties sur chaque chapitre, voire sur chaque article. A l'époque, celle des années 50, où la négociation était celle du « donnant-prenant », on pouvait procéder de la sorte.

Au milieu des années 1980, après trente ans de vécu des conventions collectives antérieures, la négociation ne pouvait plus avoir ce caractère, du fait que les employeurs allaient eux-mêmes « poser des revendications » fortes. On était désormais dans la période du « donnant-donnant » ou du « gagnant-gagnant », pour reprendre des formules déjà utilisées. Il fut donc convenu, d'emblée, qu'un accord ne pourrait intervenir qu'au terme du processus de négociation et au vu de l'ensemble des résultats sur l'ensemble des éléments. On ne vendrait pas l'immeuble avant qu'il ait été entièrement construit et installé dans le détail. Chacun le voulait voir entièrement « fini » et même « figolé » avant de répondre « oui » ou « non » !

Inutile de dire que, le champ du débat étant vaste, c'était une gageure. Mais il n'y avait pas, en effet, pour aboutir, de moyen de faire autrement. La démarche devait être, et elle a été, globale.

## V. DOMAINE

Dans les années 50, le rôle dévolu aux conventions collectives de travail était conceptuellement assez simple. Il s'agissait de compléter, dans le cadre d'une branche, les garanties et les avantages sociaux accordés aux salariés par la législation sociale générale. La négociation d'entreprise n'existe alors pas. Le Code du travail, bien que fortement marqué par les considérables évolutions de l'après-guerre (les comités d'entreprise, notamment), n'a pas – et de loin – les dimensions d'aujourd'hui. La fameuse loi du 11 février 1950 a rendu aux partenaires sociaux la liberté de négocier et de contracter dont les années de guerre et de l'immédiat après-guerre les avaient privés. C'est au niveau de la branche que s'opère alors, tout naturellement, le processus de déconcentration du pouvoir d'édicter, par convention, les règles qui constitueront le « statut social » commun aux salariés des sociétés d'assurance. A la fin des années 80, la situation est tout autre. La législation sociale est devenue hypertrophiée. Les législateurs successifs se sont ingéniés à édicter, session parlementaire après session parlementaire, le dispositif « social » le plus complet et le plus détaillé possible.

Les lois Auroux de 1982 ont encore donné une dimension nouvelle à cet imposant édifice législatif et réglementaire. Dimension des textes nouveaux,

certes, mais aussi et surtout (loi du 13 novembre 1982) obligation désormais de négocier chaque année salaires et temps de travail dans les entreprises.

Au cours des années qui suivent, la négociation d'entreprise, jusqu'alors limitée à quelques sociétés d'assurance, en très petit nombre, prend son essor. Elle fait la démonstration que, confrontés au réel, les partenaires sociaux de l'entreprise sont, dans beaucoup de cas, mieux placés que ceux de la branche pour régler ensemble les problèmes du « terrain ». Les fortes réticences que suscitait la négociation d'entreprise chez les employeurs – et aussi certains syndicats – s'estompent peu à peu par la pratique. Les accords professionnels de 1981 sur le temps de travail contribuent d'ailleurs à cette évolution en renvoyant aux entreprises la négociation sur la programmation annuelle du temps de travail.

Entre un Code du travail hypertrophié et le développement de la politique contractuelle dans les entreprises, quel serait, à la fin des années 80, le domaine des conventions collectives de branche ? Deux écueils principaux étaient à éviter :

- celui de « recopier » dans la convention collective le Code du travail, ce qui ne comportait aucune « valeur ajoutée » et aurait créé un élément de rigidité supplémentaire ;
- celui de prétendre traiter, par des règles collectives uniformes, des questions qui, de toute évidence, n'appellent pas de solution commune à des entreprises de plus en plus diverses, et jalouses, à juste titre, de leur liberté de management.

C'est pourquoi les nouveaux textes proposés aux syndicats de l'assurance, tout en saluant la primauté du Code du travail dans l'ordre hiérarchique des sources du droit social, cherchent à exprimer à la fois un consensus sur un certain nombre de « valeurs » reconnues comme communes à la collectivité professionnelle et un « cadre » collectif renvoyant, pour application, aux négociations ou décisions au niveau de l'entreprise.

Le contenu de la nouvelle convention est donc voulu moins « normatif » pour laisser à chaque entreprise le choix des solutions « de terrain » les plus appropriées à ses caractéristiques et à sa culture. Classification, salaires, organisation du temps de travail sont des exemples particulièrement significatifs de cette démarche, que l'on retrouve dans bien d'autres chapitres ou articles de la convention signée le 27 mai 1992.

Le titre de la convention relatif aux « relations collectives » aux niveaux tant professionnel que de l'entreprise est, quant à lui, essentiellement consacré à l'exposé – fort peu normatif – de valeurs publiquement reconnues désormais, comme le rôle des syndicats parmi les acteurs de l'entreprise ou bien les concepts d'information, de consultation, de concertation et de négociation.

Sans vouloir ici approfondir ce point qui nous entraînerait longuement au-delà des questions méthodologiques, il est clair que le texte du 27 mai 1992

répond ainsi à une volonté délibérée de redéfinir le rôle des conventions collectives dans un contexte profondément modifié.

## **VI. PHASES**

Ce mot clef va nous conduire à faire un rapide historique. Une démarche globale imposait, en effet, une progression du débat en plusieurs phases, elles-mêmes conçues globalement. Le processus devait, en outre, générer peu à peu les conditions de sa propre irréversibilité, clef essentielle de son succès.

Une négociation de cette taille dans laquelle les employeurs seraient venus avec un texte entièrement préparé, en disant aux syndicats : « Vous n'avez plus qu'à signer », aurait été une caricature d'entrée en négociation qui n'aurait sans doute pas eu de lendemain. Même en poussant jusqu'au bout, au préalable, l'inventaire de toutes les revendications syndicales et en ayant, par avance, satisfait toutes celles-ci...

Il était impératif que la discussion soit conduite de façon à faire progresser, avec des concessions successives de part et d'autre, la compréhension réciproque sur la nature et la portée des termes de l'échange, eux-mêmes exprimés publiquement par l'écriture de projets plusieurs fois amendés.

Dans le cas présent, je distinguerai, pour simplifier, cinq phases dans la négociation : préparation, ouverture, élaboration, dramatisation, conclusion.

### **1. Préparation**

Pendant plusieurs mois (de février 1986 à septembre 1987), en deux étapes antérieures à l'ouverture officielle de la négociation, les représentants des employeurs et des syndicats ont passé en revue, en groupe de travail « technique », ce que pourrait être le contenu de la future convention.

Les règles de ce travail exploratoire étaient les suivantes :

- examiner, les uns après les autres, à la lumière du vécu des conventions antérieures, tous les thèmes que le Code du travail impose comme contenu obligatoire des conventions collectives nationales susceptibles d'extension ;
- exprimer, de part et d'autre, les points de vue sans que ceux-ci puissent être considérés comme engageant en quoi que ce soit les organisations elles-mêmes ; de façon que chacun conserve autant que possible sa liberté et d'expression immédiate et de décision future.

Ce furent 24 réunions de ce groupe de travail paritaire dont les échanges ont été consignés dans deux rapports (7 octobre 1986 et 18 septembre 1987), adoptés tous deux à l'unanimité, puisqu'ils reproduisaient aussi fidèlement et objectivement que possible les opinions exprimées.

Inutile de dire que, du côté de la FFSA (le Gema n'a pas participé à cette phase), il avait fallu se préparer à cet échange. J'en profite pour rendre ici un hommage particulier aux membres de la commission sociale qui ont accepté,

pendant si longtemps et avec tant d'opiniâtreté, de consacrer beaucoup de leur temps à cet effort de réflexion critique et constructive.

## **2. Ouverture**

A la phase de préparation succède, au mois de juin 1988 (le Gema rejoint alors la FFSA dans la délégation des employeurs), l'ouverture de la négociation proprement dite. Cette seconde phase se caractérise par trois traits méthodologiques principaux :

- la confirmation formelle par les employeurs de la volonté de construire une convention collective nouvelle adaptée aux besoins actuels et futurs de la profession ; c'est-à-dire une convention autre que celles qui existaient alors ;
- la discussion des modalités d'organisation pratique de la négociation : nombre des représentants des syndicats par délégation, maintien du salaire pendant les commissions paritaires, temps de préparation de celles-ci, remboursement des frais de déplacement et d'hébergement, comptes rendus établis par les employeurs, mais non soumis à approbation, etc. Cette discussion débouche sur un accord formel ou tacite de la majorité des syndicats en octobre 1988 ;
- le lancement, dans la profession, au mois d'octobre 1988 également, d'un journal d'information sur la négociation, édité par la FFSA et le Gema à l'intention des salariés des sociétés d'assurance. Distribué par routage dans les entreprises dès le lendemain de certaines commissions paritaires (75 000 exemplaires), il devait, en 17 numéros, jusqu'en mai 1992, communiquer directement au personnel les informations et les messages des employeurs sur l'objet et le déroulement de la négociation. Sous le titre *Assurons l'avenir*, c'est la première fois, dans la profession, que les organisations professionnelles s'adressent directement aux salariés eux-mêmes. Au-delà de son contenu, cette initiative, bien accueillie d'ailleurs, était essentielle dans le processus, car elle traduisait la volonté déterminée des employeurs de conduire cette opération jusqu'à son terme. Prenant publiquement à témoin l'ensemble de la profession, elle constituait un facteur important d'irréversibilité du processus.

## **3. Élaboration**

Le caractère global de la démarche évoqué plus haut devait se traduire dans l'organisation pratique de la négociation. Il fallait pouvoir avancer au plus loin sur chacun des éléments du contenu de la future convention, sans perdre de vue que la décision finale ne pourrait intervenir que sur le tout. Il fallait aussi que, concrètement, l'on progresse sans prétendre imposer un « produit » entièrement ficelé. C'est pourquoi, à la mi-novembre 1988, la discussion sur le fond commence par la remise, aux syndicats, de 12 « dossiers de travail » consacrés chacun à l'un des thèmes à traiter.

La liste de ces dossiers, ci-dessous, illustre bien la nature et le champ du débat.

1. Objet de la convention, champ d'application et principes généraux.
2. Les relations entre les organisations signataires :
  - dialogue sur le plan professionnel ;
  - activités syndicales extérieures à l'entreprise.
3. Les relations collectives de travail dans l'entreprise :
  - exercice de fonctions électives ou syndicales ;
  - négociation collective ;
  - sécurité, hygiène et conditions matérielles de travail.
4. Classement des fonctions et rémunérations minimales.
5. Organisation du temps de travail et durée maximale du travail.
6. Formation professionnelle.
7. Retraite et prévoyance.
8. Embauchage et contenu du contrat de travail.
9. Vie du contrat de travail :
  - évolution du contrat ;
  - entretiens périodiques.
10. Suspension du contrat de travail :
  - maladie et accidents, cures thermales ;
  - maternité, adoption ;
  - obligations militaires ;
  - autres absences.
11. Cessation du contrat de travail :
  - licenciement et démission ;
  - départ et mise à la retraite.
12. Dispositions spécifiques aux fonctions d'encadrement.

Comment, et dans quel ordre, aborder ces dossiers ? Il est décidé, d'un commun accord, de commencer par les plus - difficiles -. Chacun est conscient, dès alors, que le dossier - central - et le plus complexe est celui de l'élaboration d'une nouvelle classification. Il est donc placé en tête, suivi de celui des rémunérations, qui conduisait à traiter, en particulier, de la politique salariale sur le plan professionnel, de la conception des rémunérations minimales et de la prime d'ancienneté.

Ainsi, peu à peu, de la fin 1988 à janvier 1990, à partir des dossiers de travail et de premières propositions de textes des employeurs, la discussion, séance après séance, permet de cerner beaucoup plus précisément les enjeux de la négociation et de prendre en compte, dans l'élaboration des propositions des employeurs, selon un processus itératif, les positions et les observations des syndicats.

Cette première partie du processus d'élaboration (20 réunions) est marquée, notamment, en mars 1989, par un exposé technique du directeur de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail sur les systèmes de

classification et, en octobre 1989, par le départ définitif<sup>2</sup> de la délégation FO, pour des raisons d'opposition - philosophique - aux conceptions développées par les employeurs.

Puis, à la fin de janvier 1990, c'est une - deuxième lecture - qui débute à partir de propositions de textes révisées, en reprenant successivement les mêmes thèmes, mais dans l'ordre inverse de celui de la - première lecture -. Ainsi, peu à peu, de janvier à juillet 1990 (10 réunions), la discussion progresse sur de nouvelles versions de textes pour chacun des chapitres.

Elle est marquée, en mai 1990, par la signature entre la FFSA et le Gema, d'une part, et, d'autre part, la CFDT, la CFTC et la CGC, d'un - relevé de discussion - exprimant la volonté de recourir à un - contrat d'études prévisionnelles - avec l'État pour créer un - observatoire de l'évolution des métiers - sur le plan professionnel.

Une troisième étape de cette phase d'élaboration débute enfin en septembre 1990. Employeurs et syndicats conviennent d'un programme très précis destiné à - resserrer - la négociation et à - l'acheminer vers la rédaction finale des textes -. Des commissions paritaires - moins fréquentes mais plus denses - faciliteront cette démarche, comme l'indique le n° 14 d'*Assurons l'avenir*, en octobre 1990.

Il est alors dit et écrit que l'on a ouvert la - phase décisive et ultime - de la négociation. Les employeurs affirment ne pas vouloir la prolonger - au-delà du début de l'année 1991 -.

Au début d'octobre, les syndicats ont reçu un document complet qui, pour la première fois, regroupe l'ensemble des propositions de textes de la FFSA et du Gema. Le programme de travail d'alors prévoit 5 réunions d'octobre 1990 à janvier 1991, à l'issue desquelles les délégations seront appelées à faire une - pesée globale - des propositions faites au regard de leurs propres attentes. Ce programme se déroule comme prévu. Puis un nouveau projet complet de convention collective nationale est remis aux syndicats au début de 1991.

Des propositions précises sont alors faites concernant la transition, c'est-à-dire le passage des anciennes conventions à la nouvelle. Le 8 février 1991, il est convenu de - réfléchir - de part et d'autre aux positions respectives. En ce début d'année 1991, l'enlisement de la négociation est patent. Qui peut encore croire que l'on arrivera, d'une manière ou d'une autre, à conclure ?

#### 4. Dramatisation

Quelques semaines s'écoulent. La convention collective des employés et des agents de maîtrise des sociétés d'assurance de la région parisienne, - mère - des conventions de la branche, avait été signée le 15 juillet 1954. Le préavis de trois mois à respecter en cas de dénonciation situait donc au 15 avril 1991 la date limite pour une dénonciation. Sinon, il faudrait attendre un an de plus pour

2. La délégation FO ne devait se manifester à nouveau en commission paritaire qu'en mai 1992.

lancer une telle procédure. En outre, une convention dénoncée conserve ses pleins effets pendant un an (plus les trois mois de préavis), sauf conclusion, entre-temps, d'une convention nouvelle se substituant à la précédente. Dans son n° 2 d'octobre 1988, *Assurons l'avenir* avait déjà évoqué - l'hypothèse où l'échec des négociations conduirait à envisager la dénonciation des conventions collectives actuelles -.

En ce mois d'avril 1991, près de deux ans de travaux préparatoires, prolongés par deux ans et demi de négociation proprement dite, s'étaient déjà écoulés (près de 50 commissions paritaires). Il fallait, pour donner au processus une nouvelle crédibilité génératrice d'une nouvelle dynamique, créer les conditions d'une certaine - dramatisation - du débat. Cela supposait cependant que, pour en limiter une perception trop négative, les employeurs apportent à la négociation, à ce moment précis, des propositions nouvelles ou fortement améliorées, au moment même où la décision de dénoncer serait annoncée et mise à exécution.

La commission paritaire du 15 avril 1991 s'est donc ouverte sur une cinquième version complète du projet de convention, fortement modifiée pour tenir compte des critiques et des contre-propositions des syndicats. A deux reprises au cours de cette séance du 15 avril 1991, les employeurs - FFSA et Gema - apportèrent des améliorations supplémentaires à leurs propositions sur des points importants. C'est au cours de cette même réunion que la FFSA (seule signataire, du côté des employeurs, des anciennes conventions) informe les organisations syndicales de sa décision de dénoncer, le soir même, les conventions collectives en vigueur, tout en réaffirmant sa volonté de continuer à négocier. Une nouvelle commission paritaire est d'ailleurs programmée, dès le 15 avril, pour le 13 mai.

Le 15 avril 1991, peu avant minuit, les lettres de dénonciation sont déposées à la poste, rue du Louvre. Les récépissés en font foi. Dès le 17 avril, tous les salariés de la profession sont informés de cette dénonciation par *Assurons l'avenir*, de ses conséquences pratiques et de la poursuite de la négociation.

Juridiquement et politiquement, l'enjeu pour les syndicats n'est plus désormais celui d'un arbitrage entre le maintien des anciennes conventions et la signature d'une convention nouvelle. Il s'agit dorénavant de savoir si l'on pourra réellement bâtir une convention nouvelle ou si - sous réserve, bien entendu, du maintien des droits individuels acquis conformément au Code du travail - les employés et cadres des sociétés d'assurance verront à l'avenir leurs garanties sociales collectives ramenées au niveau de la législation du travail.

C'est pourquoi, même si un front intersyndical semble se reconstituer, même si un mouvement de pétitions, d'arrêts de travail et de manifestations dans la rue est organisé le 30 mai 1991 (10 000 participants à Paris, selon les syndicats, et 2 000, selon la police), la négociation est maintenue. Tous les syndicats, sauf FO, continuent à s'y rendre et à discuter.

Les réunions paritaires des 13 mai et 18 septembre 1991 confirment que la négociation se poursuit, même si elles ne permettent pas encore de faire suffisamment avancer les choses. Chacun sait désormais que l'intérêt bien compris des salariés est de voir les négociations aboutir avant le 15 juillet 1992, date à partir de laquelle la dénonciation entraînerait tous ses effets.

## 5. Conclusion

Mais, pour aboutir, c'est-à-dire pour que les négociateurs soient en mesure de donner leur accord global à l'ensemble des propositions de textes, encore fallait-il que le contenu soit de part et d'autre jugé suffisamment équilibré entre « concessions » et « avancées ».

Pendant la fin de l'année 1991 et le début de 1992, la discussion est en quelque sorte « gelée » par un problème qui n'était pas directement placé dans le champ de la négociation : celui de l'avenir des retraites (régime professionnel).

Une fois levé cet obstacle par un engagement réciproque d'en étudier tous les aspects sans *a priori*, les employeurs étaient en mesure de proposer, sur d'autres sujets, à leurs interlocuteurs, des propositions ou des précisions susceptibles de vaincre les réticences ou les appréhensions de certains.

Les garanties complémentaires apportées sur la classification, le guide pratique pour sa mise en œuvre, la création du capital de temps-formation de 400 heures, le maintien de la prime d'ancienneté jusqu'en l'an 2000 pour tous les salariés ayant au moins un an de présence dans l'entreprise au 15 juillet 1991 furent notamment les éléments décisifs apportés par les employeurs dans la phase finale de la négociation et qui emportèrent, pour la CFDT, la CFTC et la CGC, leur décision de donner leur accord sur le tout.

Le 18 mai 1992, FFSA et Gema, CFDT et CGC annonceront, au cours d'une conférence de presse commune, leur accord sur le texte de la convention collective nationale. La CFTC les rejoindra quelques jours plus tard pour la signature officielle du 27 mai 1992.

Pour la première fois, l'un des grands secteurs d'activité concrétisait ainsi une révision approfondie du dispositif conventionnel collectif applicable à la grande majorité de ses salariés (95 000 sur 120 000).

\*  
\* \*

Le « pari » engagé, en octobre 1985, près de sept ans plus tôt, était tenu. L'avenir nous dira si les résultats seront à la hauteur des ambitions placées dans ce projet par ses initiateurs et par tous les dirigeants d'entreprise ou de l'organisation professionnelle ainsi que les responsables syndicaux qui, à leur honneur, en assument la responsabilité.

Mon objectif, ici, n'était pas d'aborder, au fond, le débat sur le contenu du nouveau dispositif conventionnel comparé au précédent, ou par rapport à

l'évolution de notre législation sociale ou de nos pratiques de relations sociales en général (il y a beaucoup à écrire à ce sujet, me semble-t-il). Il s'agissait seulement de retracer un processus complet de négociation de branche où, en cette fin du xx<sup>e</sup> siècle, l'on a cherché à intégrer les contraintes et les opportunités d'un contexte déterminé, pour faire de la négociation collective un outil de contribution au changement (certains disent « une révolution culturelle ») ■

# PREPARER L'AVENIR

Jacques Campora est le responsable des relations sociales et services généraux du groupe des assurances générales de France. Il fut, du côté patronal, un des principaux négociateurs de la nouvelle convention collective, un de ceux grâce auquel le long processus de négociation amorcé en 1985 a pu aboutir. Il explique ici les enjeux de la nouvelle convention collective et en rappelle la philosophie générale.

■ **Risques : A quelle préoccupation obéissait, chez les assureurs, l'élaboration d'une nouvelle convention collective nationale ? Répondait-elle à des nécessités conjoncturelles ou plutôt structurelles ?**

■ **Jacques Campora :** Il s'agissait de beaucoup plus que de répondre à une nécessité conjoncturelle. Les assureurs avaient deux objectifs majeurs. Il s'agissait d'abord de s'affranchir, par la négociation, d'un certain nombre de rigidités, d'automatismes, voire de pesanteurs, afin de mettre en place des règles plus adaptées à la situation actuelle et future. Il s'agissait ensuite de mettre en place les moyens d'une gestion prévisionnelle des ressources humaines permettant, dans la mesure du possible, de mieux adapter le personnel des entreprises aux emplois de demain. Nous avons donc négocié la suppression de certains droits qui appartenaient aux anciennes conventions et n'apparaissaient plus justifiés. C'est ainsi que le personnel démissionnaire disposait pendant son préavis de deux heures pour rechercher un emploi. Dans la mesure où l'on sait que, aujourd'hui, une personne ne démissionne que parce qu'elle a déjà reçu une nouvelle proposition d'emploi, cette mesure ne nous paraissait plus justifiée. Cet exemple peut paraître banal, il est révélateur de l'inadaptation des anciens textes à la situation actuelle. La suppression de ces avantages, inscrits dans les anciennes conventions, a été négociée en échange de contreparties qui n'étaient pas immédiatement quantifiables et mesurables : développement d'actions de formation, dispositions prévoyant l'évolution des métiers, plus grande souplesse dans l'organisation du temps de travail. Cela explique que les organisations syndicales aient été, dans un premier temps, perplexes : la négociation mettait en cause des droits existants en échange d'avancées sociales que leur caractère un peu abstrait rendait moins facilement explicable au corps social. Tout cela a donc demandé du temps. Ce fut d'ailleurs une des grandes caractéristiques de cette négociation : aucun des partenaires n'a voulu brusquer les

\* Responsable des relations sociales et services généraux du groupe des assurances générales de France.

choses. Les profondes transformations opérées dans les droits des salariés nécessitaient une période de transition pour, d'une part, ne pas supprimer brutalement les droits anciens du personnel en place et, d'autre part, mettre en place dans les entreprises le nouveau système de classification .

■ **Quelle était l'analyse que faisaient les assureurs quant à ce que devaient être les relations sociales dans leurs entreprises ?**

■ Les assureurs étaient partagés. Certains estimaient que le maintien d'un corps de règles sociales professionnelles communes n'était plus nécessaire. C'était la position d'entreprises qui, étant devenues des groupes d'une certaine taille, pensaient pouvoir négocier les droits sociaux chacune pour leur propre compte. D'autres pensaient que, même si les règles sociales devaient être moins pesantes pour les entreprises que par le passé, même si, par exemple, négocier sur les salaires réels pour l'ensemble de la profession n'avait plus de sens, il fallait maintenir une cohérence professionnelle minimale dans le domaine social. Finalement, la majorité des assureurs a considéré que la nouvelle convention collective devait avoir une certaine ampleur.

Une deuxième préoccupation concernait le rôle et les relations avec les partenaires sociaux au niveau de la profession. Même s'ils sont légalement incontournables, ils n'ont plus toujours aujourd'hui l'audience qu'ils avaient dans le passé. Fallait-il donc les aider et notamment faciliter leur fonctionnement ? La majorité des employeurs a considéré qu'ils restaient de vrais partenaires et qu'il était donc légitime qu'un chapitre de la convention collective soit consacré à l'aide au fonctionnement des organisations syndicales.

■ **Cette convention introduit un processus de redéfinition de l'ensemble des fonctions.**

■ Selon un système que l'on souhaite relativement pérenne dans le temps. Notre intention était d'abandonner un système d'évaluation des fonctions construit par référence à des emplois existants – rédacteur de sinistre, employé comptable... –, pour passer à un système de classement des fonctions valable aussi bien pour aujourd'hui que pour demain. Cela s'est traduit par la mise en place d'un système multi-critères, multiclassant, compatible avec l'évolution des métiers et leurs transformations dans les entreprises. La convention collective ne donne pas de règles absolues pour définir les fonctions, mais une méthodologie générale qui laisse chaque entreprise libre de son organisation et de leur description. Il s'agit de redéfinir les fonctions exercées par chacun en essayant de trouver un équilibre entre une définition trop précise, qui nécessiterait une mise à jour permanente, et une définition trop frustrante qui ne permettrait pas de les caractériser suffisamment et de les discriminer les unes par rapport aux autres. L'idée fondamentale est de laisser les entreprises libres de définir, en leur

sein, les fonctions et la valeur qu'elles leurs associent, tout en introduisant un dispositif commun de comparaison et de cotation relative. La grille de cotation des fonctions, elle-même, n'est pas imposée au niveau professionnel : la convention laisse aux entreprises la liberté de l'appréciation relative de chacune des fonctions et de leur position dans la hiérarchie des sept classes prévues.

■ **Où en est-on d'un processus qui conduit à redéfinir l'identité de chacun ?**

■ A ma connaissance, aucune société n'est, à ce jour, au terme du processus de redéfinition des classifications. Aux AGF, nous avons dénombré les fonctions et commençons leur description. Nous présenterons bientôt le résultat de ce travail aux partenaires sociaux dans le cadre de la commission de classification. Je ne pense pas que nous puissions parvenir au terme de l'ensemble du processus cotation/classification avant la date prévue par la convention, c'est-à-dire le milieu de l'année 94.

■ **Le personnel est-il associé à ce travail de redéfinition ?**

■ Nous ne pouvons pas demander à chaque employé de décrire lui-même sa fonction, dans la mesure où cette description demande à être normalisée pour avoir une certaine homogénéité. Néanmoins, elle ne peut pas non plus se faire « en chambre », car il faut que chacun se reconnaisse dans la description des fonctions. Cela suppose une mobilisation du personnel, mais, là encore, chaque entreprise est libre d'organiser les choses comme elle l'entend. Une des méthodes consiste en un entretien entre le supérieur hiérarchique direct et le salarié dont on décrit la fonction. Une autre méthode consiste à renforcer la hiérarchie par des spécialistes de la direction des ressources humaines. Peu importe, l'essentiel est que le personnel soit associé à ce processus et qu'il puisse, par le relais de ses représentants à la commission de classification, avoir connaissance de la description de son poste avec ses caractéristiques dominantes.

■ **En dehors de cet aspect fondamental qu'est la refonte des classifications, quelles sont, à votre avis, les autres points dominants de cette convention ?**

■ Ceux qui concernent la modulation du temps de travail. La nouvelle convention contient un grand nombre de dispositions visant à faciliter le choix du salarié quant à l'organisation de son temps de travail et à permettre à l'entreprise de demander à ses salariés, en fonction des besoins, d'être plus présents à certains moments et moins à d'autres.

Est-ce à dire que la nouvelle convention collective intégrerait déjà la dimension du partage du travail dont on parle tant aujourd'hui ? Je mentirais en disant qu'en négociant la convention collective nous avons déjà cette problématique en tête. Il y a plus d'un an, nous n'étions pas encore dans ce schéma de pensée. Cela dit, il est vrai que le système de gestion souple du temps de travail, institué par la nouvelle convention, non seulement ne s'oppose pas à certaines formes de partage du travail, mais peut même le faciliter dans certaines conditions. Peut-être avons-nous su anticiper cette nouvelle problématique.

■ **Pensez-vous que, dans la période de récession actuelle, cette convention soit, pour les entreprises, un instrument social adapté ?**

■ Son but n'a jamais été de donner aux entreprises des facilités particulières pour réaliser un plan social. Elle permet, par contre, une meilleure gestion prévisionnelle des ressources humaines en termes de besoins et de nature d'emplois, et donc de préparer le personnel d'aujourd'hui à exercer les emplois demain. Une des caractéristiques des sociétés d'assurance, comme des banques, est de disposer actuellement d'un personnel de bonne qualité, mais rodé à un travail à fort contenu administratif. Or, l'installation dans les agences de systèmes informatiques directement connectés aux ordinateurs centraux, les micro-ordinateurs portables que les vendeurs salariés emportent avec eux chez le client, offrent, dès maintenant, la possibilité de faire à l'agence ou chez le client ce qui, dans le passé, ne pouvait être réalisé que par des services technico-administratifs. De ce fait, les commerciaux, qui sont en contact avec la clientèle, ont moins besoin d'un soutien technico-administratif que d'une aide à l'organisation, à la vente et au marketing. Aussi bien, une reconversion profonde, au vrai sens du terme, est nécessaire aussi bien pour le personnel des sociétés d'assurance que pour celui des banques.

■ **Est-ce qu'on ne pourrait pas dire que l'esprit de cette convention collective est tout entier marqué par les idées d'évolution et de mobilité et que, de ce point de vue, elle tourne le dos à la philosophie des - avantages acquis - ?**

■ Ne soyons pas trop manichéens. Si la nouvelle convention modifie certains droits inadaptés aux nouvelles circonstances, elle maintient les droits acquis des salariés. Si la prime d'ancienneté, qui avait un sens à une époque où les métiers ne changeaient guère, était devenue désuète (un salarié ayant dix ans d'expérience dans un métier en voie de disparition n'a pas plus d'expérience d'un métier nouveau qu'un salarié entré dans la société depuis six mois), aucun droit acquis n'a été supprimé : les rémunérations, les jours de congé ont été maintenus ainsi que le titre de cadre même si la fonction exercée n'est plus une fonction de cadre. Il n'en reste pas moins vrai que là où les anciennes conven-

tions cadres, agents de maîtrise et employés ne consacraient que quelques lignes à la mobilité, la nouvelle convention y consacre des pages entières. L'esprit de la nouvelle convention est en effet qu'il n'y a pas d'acquis stables et définitifs, et que, ce qui est acquis à un salarié lui restera acquis mais ne continuera pas à se développer demain, en tant que droit potentiel définitivement attaché à une fonction.

■ **Cette nouvelle convention collective correspond à une philosophie des relations sociales où les syndicats sont conçus, et se conçoivent eux-mêmes, comme des partenaires dans l'entreprise plutôt que comme des contestataires systématiques.**

■ C'est un point très important. Il est certain qu'on n'aurait pas pu opérer des changements culturels et sociologiques aussi importants avec des organisations syndicales qui n'auraient pas compris leur rôle comme celui de partenaires et qui n'auraient pas ressenti la nécessité d'une évolution raisonnable. Celles qui ont bien voulu nous accompagner ont accompli un travail d'explication vis-à-vis de leur propres militants, du corps social ensuite, qui n'était pas facile à faire. Cela nous a permis de trouver les équilibres raisonnables entre un bouleversement total et le maintien indéfini, à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, de droits qui n'étaient manifestement plus adaptés.

■ **Comment expliquez-vous le caractère traditionnellement pionnier de l'assurance en matière sociale ?**

■ Les produits proposés par les sociétés d'assurances nécessitent beaucoup d'explications, que ce soit pour le vendre ou pour effectuer le service après-vente au moment des sinistres. Les assureurs doivent donc entretenir de bonnes qualités relationnelles avec leurs clients. Peut-être est-ce cette culture que l'on retrouve à l'intérieur des entreprises d'assurance ? Elles témoignent de la volonté d'établir et de maintenir un certain dialogue, une certaine qualité relationnelle avec leur personnel, à l'image de ce qu'elles essaient de faire avec leurs clients. Je ne suis pas sûr que cette explication soit la bonne, mais elle me paraît plausible.

■ **Comment résumeriez-vous la philosophie de cette nouvelle convention collective ?**

■ Elle traduit une volonté d'aider le corps social des sociétés à mieux se préparer aux évolutions inéluctables des métiers auxquelles il va avoir à faire face. Elle facilite l'organisation négociée, consensuelle du travail, grâce à différentes méthodes de modulation du temps. Elle met en place des systèmes de

droits modernes moins sensibles au vieillissement et à l'obsolescence que les droits passés. Elle assure le meilleur partenariat social possible avec ceux qui ont bien voulu nous accompagner sur des points parfois difficiles pour eux. Elle maintient enfin un substrat social, un certain nombre de règles qui assurent la cohérence sociale de la profession ■

*Propos recueillis par François Ewald.*

# Assurance et INNOVATION SOCIALE

MOTS CLEFS : *compétitivité • compétence et employabilité • culture • économique et humain • formation • management • modernisation • stratégie •*

Dans un contexte de changement rapide et d'incertitude où l'adaptabilité est plus que jamais nécessaire, les assureurs, conscients de leur responsabilité pour l'avenir, se sont engagés dans des processus de modernisation économique, technologique et sociale. L'objet de cet article est d'analyser le chemin parcouru et celui qui reste à parcourir.

Printemps 1993 : cette année est celle de l'ouverture du grand marché, et la réflexion des sociétés d'assurance devra être, plus que jamais, résolument tournée vers l'avenir ; alors même que ces sociétés devront poursuivre leurs efforts pour être, sur le plan managérial, tout à fait contemporaines. En effet, dans le secteur de l'assurance, 1993 intervient au cœur d'une mutation entamée voilà assez peu d'années pour qu'on la remarque encore. Certains de ses clients, et plus particulièrement les industriels, avaient, dès le début des années 80, commencé à ajuster à l'évolution de leur marché l'évolution – et la maîtrise – des principales ressources de l'entreprise : les produits, l'argent, la technologie et, enfin, les hommes. Au cours des dernières années, les services du tertiaire financier ont dû eux aussi réagir, repenser l'organisation du travail et parfois, à la manière des industriels, repenser des modes de fonctionnement hérités de décennies de certitudes. Il était ainsi communément admis que ce secteur d'activité mettait en œuvre, cinq ans après la banque, ce que la banque avait fait cinq ans après l'industrie ! Serions-nous donc les derniers de la classe ? Si tel est le cas, n'est-ce pas la meilleure façon de profiter des erreurs des autres ou de tirer les leçons de leurs expériences réussies ?

De fait, de nombreux observateurs constatent que l'assurance – publique, privée, mutualiste – est en train de rattraper avec discernement le peloton du management contemporain, voire de le dépasser.

Ne serions-nous donc pas tout simplement différents – et alors sur quels

\* Directeur des ressources humaines du Groupe des assurances nationales.

plans ? – et en cela responsables d'un cheminement spécifique en matière de modernisation et d'innovation à la fois économique, financière, technologique et sociale ?

## I. D'UN MARCHÉ - SOCIAL - À LA GESTION DE L'HUMAIN

Social, voilà le mot lâché, car il est essentiel à l'activité d'assurance, qui - surfe - sur la crête et l'interface de l'économique, du financier et du social.

Certains, plus experts que l'auteur de ces lignes en matière d'assurance, débattent souvent : de quoi s'agit-il ? d'économie, d'économie sociale ou d'économie financière ? Certes, l'assurance est bien une activité de distribution de services, concevant des produits, gérant des segments de marché, assurant un service après-vente ; certes, l'assurance s'est fait un métier de - transporter l'argent dans le temps - et d'imaginer des scénarios susceptibles d'en pérenniser la valeur sur le long terme. Mais, au-delà de ces réalités, elle s'est surtout préoccupée d'assumer son rôle premier et fondamental : sécuriser les personnes et les groupes, répondant en cela au premier des besoins humains selon Maslow.

Il n'est de ce fait pas surprenant aujourd'hui que l'assurance paraisse motrice en matière d'innovation sociale, de modernisation humaine et managériale<sup>1</sup>. Il est davantage surprenant qu'elle ne l'ait pas été autant par le passé.

## II. UN PASSÉ STABLE

Le fait est que les entreprises d'assurance, soucieuses de répondre à leur objectif social externe, n'ont pas, au cours des décennies antérieures, brillé en matière d'innovation sociale interne. Le souci de ces entreprises tant privées que nationales semble avoir été davantage de pérenniser, d'accumuler, de stabiliser, de - garantir - – ce dont peu songeraient à se plaindre, au fond. Comment s'étonner alors que les caractéristiques du métier aient autant imprégné la gestion humaine des entreprises d'assurance ? Cela s'appelle culture, et les ethnologues le savent bien.

Il s'est donc installé, et tous étaient consentants (encadrement, direction, partenaires sociaux, personnel), une culture de la stabilité fondée sur la prise en compte du temps, au sens biologique du terme. Il fallait attendre son tour pour, à force d'expérience technique, espérer un emploi de responsable. Il fallait rester très longtemps dans un poste avant d'en changer, ne serait-ce que pour ne pas insécuriser le client par des changements d'interlocuteurs trop fréquents. Bref, le changement n'était pas à l'ordre du jour.

Tout s'est passé comme si les entreprises d'assurance, socialement et économiquement chargées de satisfaire ce besoin de protection, de sécurité, de pérennité, avaient de la même manière - materné - leur personnel, dans le cadre de leur fonctionnement encore fortement taylorien.

1. Voir l'ouvrage de René Dessal - *L'Assurance et le Management* - Argus.

### III. UN FUTUR À INVENTER

Plusieurs facteurs obligent aujourd'hui à envisager l'avenir différemment du passé. En premier lieu, la pression de la concurrence sur un marché dont on peut penser qu'il restera porteur, notamment dans le domaine de l'assurance des personnes. Banquiers, grands distributeurs, constructeurs automobiles, pétroliers demain peut-être, assureurs étrangers certainement, tous s'intéressent à notre secteur traditionnellement protégé, intervenant avec leurs cultures, leurs méthodes de travail, leurs modes de distribution.

En second lieu, les salariés de l'assurance, dont il ne faut pas oublier qu'ils sont aussi, comme les autres, des citoyens et des consommateurs. Sans doute n'accepteront-ils plus très longtemps d'être schizophrènes : partagés entre leurs besoins de sécurité et leurs besoins d'accomplissement, tiraillés entre un passé stable – l'ancienneté moyenne est souvent de quinze à vingt ans –, mais souvent peu motivant, et un avenir plus mobile, plus incertain, mais sans doute plus divers, plus excitant, plus porteur de sens.

Enfin, la technologie. Nos entreprises sont sans doute à la veille de mutations importantes sur le plan de leur organisation et des systèmes informatiques. Le développement des terminaux portables, dont sont déjà équipés, au Gan, des centaines de commerciaux, les évolutions des systèmes de saisie et de traitement dans le domaine de la santé publique, et donc des remboursements complémentaires, le passage progressif à des stations de travail interactives et intelligentes seront autant de changements profonds, qu'il faudra assumer.

Le fonctionnement des organisations d'assurance évoluera sensiblement d'ici à la fin de la décennie, et les salariés devront, comme les directions, se préoccuper d'adapter, d'élargir, de diversifier des compétences qui ne sont pas aujourd'hui suffisamment polyvalentes, à ne pas confondre avec la polyvalence, sorte de panacée managériale qui voudrait que chacun sache tout faire, partout, tout le temps.

Forte d'une culture dont il ne faut garder que ce qui a contribué à faire la réussite du passé, la stabilité, sans en conserver le mauvais côté, un certain immobilisme, la profession est en train de moderniser la gestion de l'une de ses principales ressources : les femmes et les hommes qui en font partie et qui la rejoignent.

Et cela est peut-être d'autant plus visible et spectaculaire que cette modernisation fait suite à une longue période de gestion confortable<sup>2</sup> et aborde de manière innovante quatre des principaux domaines du management de l'entreprise : la communication, les structures, les relations sociales et la gestion des ressources humaines.

2. René Dessal, *op. cit.*

#### IV. ACTUALISATION DE LA MODERNISATION SOCIALE

La Fédération française des sociétés d'assurance et le Gema, au sortir d'un long tunnel où ils n'étaient pas seuls, puisque les partenaires sociaux les accompagnaient dans la quête d'un nouvel équilibre entre l'économique et le social, ont entériné les démarches entreprises par les sociétés d'assurance ces récentes années : chèque syndical, université d'entreprise, accords emploi-formation, projet d'entreprise, accord partenaires, accord d'intéressement, communication, flexibilité du temps de travail, baromètres sociaux, cursus managériaux internes, autant de réalisations que les partenaires sociaux ont souvent accompagnées avec pertinence, réalisme et responsabilité, parfois avec regret.

La nouvelle convention collective est enfin née, mélangeant, amalgamant loi, convention proprement dite, accord d'entreprise, dispositions managériales de référence ; qu'importe, l'instrument est de progrès pour notre activité, pour les salariés, les partenaires, les entreprises : il est une sorte de synthèse prospective des progrès réalisés et attendus par l'assurance, c'est-à-dire par les entreprises d'assurance.

Car, enfin, le IX<sup>e</sup> arrondissement de Paris n'est pas, n'est plus, s'il l'a jamais été, l'assurance ; il y a les clients de tel ou tel, à Paris ou à Angoulême, à Lisbonne ou à Bruxelles, libres de choisir demain un fournisseur italien ou néerlandais, libres d'aller - sonner - chez un courtier, un banquier, un agent, bien sûr, ou de recevoir un commercial compétent. Comment avons-nous donc prévu, ensemble, de gérer cette bousculade, évoquée dès le début de ces lignes ?

#### V. COMMUNICATION

Tout d'abord, par la communication externe et interne, l'une et l'autre étant indissociables. Les compagnies, tant dehors que dedans, sont en train de passer de la réduction/réparation du malheur à la facilitation du bonheur. Pour sortir de cette sorte de culpabilité attachée au métier, les thèmes : - l'énergie de tous les projets - et - n° 1 oblige - se révèlent cathartiques en interne.

Ainsi, le discours externe renvoie à la réalité interne et appelle à sa nécessaire clarification. Le raccourcissement des lignes hiérarchiques, fluidifiant la communication, fait partie des grands chantiers des entreprises d'assurance, corollaire indispensable de la transparence externe. Chantier difficile, il remet en question les conceptions tayloriennes du travail selon lesquelles il y a - ceux qui pensent et ceux qui exécutent -, tout en permettant de différencier expertise et animation.

Chantier difficile pour ceux auxquels l'entreprise avait parfois permis de confondre savoir technique et pouvoir sur les hommes ; mais n'est-il pas urgent de repenser notre discours – et nos attitudes – sur le pouvoir ? Le débat est large

et actuel. Il mérite l'attention de tous, sous peine de dérapage incontrôlable, à une époque où, par chance, l'éthique est de retour.

La convention collective nouvelle devrait permettre d'y voir plus clair, obligeant les partenaires, au sens large, à clarifier les rôles et les responsabilités, donc les structures hiérarchiques, donc la communication. Cela ne se fera pas sans remise en question individuelle et demandera courage et responsabilité aux dirigeants ; ne sont-ils pas là pour ça ?

## VI. RELATIONS SOCIALES

Cela vaut aussi pour les organisations syndicales, contre-pouvoir social institutionnel dont l'audience nationale décroît au fil des jours, alors que les entreprises ont besoin, comme toutes les organisations, d'être interpellées pour ne pas oublier parfois d'être à l'écoute de leurs salariés, de leurs problèmes.

Dans un secteur où le couple produit/service est de première nécessité sociale, le rôle des partenaires sociaux est d'une importance primordiale, les contraignant au réalisme économique, puisque le social l'est ; contrairement à d'autres secteurs, le terrain est propice pour marier économique et social ou, plutôt, économique et humain.

La modernisation de la gestion sociale dans l'assurance passe par le réalisme, l'authenticité des partenaires ; c'est fréquemment le cas de nos interlocuteurs à la fois soucieux de protection et de progrès, hésitant souvent entre l'un et l'autre, presque toujours conscients de leur responsabilité sociale.

De fait, la protection de l'emploi, le maintien des rémunérations n'ont de sens que si on les projette sur les moyen et long termes ; les salariés ne sont plus consommateurs de propos préfabriqués, déconnectés de leur rôle économique, de leur contribution personnalisée, de leur propre vision du monde économique, social, politique, de leur vécu personnel. Ils sont adultes et responsables, et de ce fait indifférents aux paroles de ceux qui prétendent penser pour eux, à défaut de penser avec eux.

Et, même si le chemin n'est encore parfois qu'entrouvert, il n'en demeure pas moins que les entreprises d'assurance innovent en matière de relations sociales et modernisent la négociation en la rendant plus transparente et plus consciente.

L'accord Axa ainsi que l'accord Gan l'attestent, comme si ces entreprises étaient l'équivalent de Casino ou de Pechiney : retour au siècle d'une activité que les Anglo-Saxons nomment industrie. Ces accords novateurs ne reconnaissent-ils pas tout simplement, comme je l'évoquais plus haut, le fait que toute organisation a besoin d'être auditée puis interpellée pour progresser ?

N'y a-t-il pas là pour les partenaires une voie nouvelle de repositionnement dans un pays où le taux de syndicalisation est le plus bas d'Europe ? L'assurance, signant des accords, le souhaite et le montre, forte de sa tradition sociale et de sa volonté de passer des années 80 aux années 2000, sautant peut-être en cela la décennie actuelle.

## VII. GESTION PRÉVENTIVE DE L'EMPLOI

Celle-ci traduit une décennie d'enjeux en matière de gestion des ressources humaines et de responsabilité à l'égard de la collectivité.

En effet, compte tenu à la fois d'un faible taux de *turn over*, de niveaux de formation initiale peu élevés, d'une ancienneté moyenne importante et d'un âge moyen de type *mi-carrière*, il est temps, pour permettre les réelles adaptations que commande l'avenir, de développer une gestion prévisionnelle et préventive de l'emploi, de développer les concepts de compétence et d'employabilité.

La remise à niveau, l'élévation des compétences et leur diversification sont d'ores et déjà à l'ordre du jour, sauf à imaginer que des salariés, enfermés dans une expérience professionnelle trop monolithique, ne soient un jour disqualifiés par l'évolution, faute d'y avoir été et de s'y être préparés ; c'est le sens notamment du dispositif capital temps formation que prévoit la nouvelle convention collective.

Anticiper les difficultés futures équivaut à commencer en partie à les traiter. C'est le sens de certains accords emploi, mobilité, formation conclus ces dernières années ; à condition, bien sûr, que sur le plan économique la poursuite du développement soit au rendez-vous.

Ainsi, si certains ont pu écrire que l'assurance de demain se ferait avec les salariés d'aujourd'hui, elle ne se fera pas, néanmoins, sans que chacun consente, à un effort d'adaptation, de mobilité très important. Tant il est vrai qu'on ne peut prétendre à un minimum de sécurité sans prendre quelques risques ni fournir quelques contreparties.

## VIII. PASSÉ ET FUTUR

Si l'assurance peut paraître aujourd'hui pionnière en matière sociale, cela tient sans doute, au terme de cette rapide analyse, à deux causes :

– tout d'abord, au fait qu'elle est une industrie au service des individus, pris isolément ou en groupe, faite par des femmes et des hommes dont il faut souhaiter qu'ils soient nombreux à être combatifs pour imposer leur ardeur dans des compagnies souvent centenaires et qui portent le poids de leur passé<sup>3</sup> ;

– puis au fait que, longtemps protégée, l'assurance redécouvre mieux, dans les difficultés du temps, sa réalité et sa spécificité. Composantes qui, pour peu que l'on s'en soucie, la conduisent mieux que d'autres à anticiper et à innover, même si chacun doit s'habituer à vivre avec de l'incertitude en vendant de la sécurité ■

3. René Dessal, *op. cit.*

# POUR UN NOUVEAU SYNDICALISME

Il y a environ un an était signée la convention collective du 27 mai 1992. Gérard Lobjeois pour la CFDT et Élie Lazarévitch pour la CGC ont accepté d'analyser quelques points importants de ce texte, notamment la place de la formation, la nouvelle classification et le rôle des syndicats. Ces analyses se situent dans une réflexion d'ensemble sur l'évolution de l'assurance et sur sa capacité d'innovation sociale.

## ■ **Risques : Quelle est votre analyse de la profession et de sa transformation ?**

■ **Gérard Lobjeois :** Sur le problème de la convention collective nationale, il est bien évident que, dans notre réflexion pour la signature, nous sommes partis d'une vision prospective de l'évolution de la profession et d'un diagnostic que l'on pouvait considérer comme partagé en partie avec les employeurs. Une partie des règles issues des anciennes conventions collectives était devenue obsolète parce qu'un peu figée à une situation reflétant notre profession dans les années 50. Une profession qui, antérieurement, était protégée, dans laquelle la concurrence internationale était quasiment inexistante, s'exerçant sur un marché national où régnait presque une forme d'entente. Il faut savoir que pendant longtemps la tarification des risques de masse a été administrée, c'est-à-dire que les tarifs étaient identiques, soumis à des directives des pouvoirs de tutelle, et que la véritable différence entre les compagnies privées et nationalisées n'était pas réellement significative. Une partie du marché n'était pas forcément concurrentielle, par exemple l'assurance maladie : trois ou quatre sociétés tout au plus se partageaient près de 90 % du marché, 80 % du personnel alors travaillait à Paris, les mutuelles sans intermédiaire n'existaient pas jusqu'aux années 70.

Nous étions pour une convention collective nationale unique, multicatégorielle, regroupant l'ensemble de la profession. Pourquoi garder trois, quatre ou cinq conventions collectives, alors que le but est justement d'unifier la profession pour permettre la mobilité fonctionnelle et géographique, de permettre cette fluidité, car de plus en plus les évolutions technologiques, les évolutions

\* Gérard Lobjeois, président CFDT du personnel des organismes d'assurance de la région parisienne, secrétaire du comité central de la CFDT, membre du Conseil économique et social, membre du Conseil national des assurances.

\* Élie Lazarévitch, président CFE-CGC du Syndicat national des cadres de l'assurance, de la prévoyance et de l'assistance, secrétaire général CFE-CGC de la Fédération des cadres, employés, agents de maîtrise, inspecteurs de l'assurance.

des produits, les évolutions de la demande des besoins des assurés feront qu'on ne pourra plus être figés, cloisonnés ? L'avantage du concept de classification multicritère est justement de permettre une adaptation des fonctions et non plus de s'intégrer dans des notions de grades de type hiérarchico-militaire. Les activités complémentaires de la profession que sont l'immobilier, l'informatique et même le financier se retrouvaient dans certaines entreprises, sous la forme de GIE, donc échappaient juridiquement aux conventions collectives, voire aux caisses de retraite. Intégrer ces éléments qui concourent à l'unité économique et sociale du fonctionnement d'une entreprise et de la profession est un progrès important.

Notre idée était d'unifier la profession en respectant les spécificités des catégories et des entreprises, tout en donnant un dynamisme global à son développement, une unité qui respecte les particularismes, mais qui permette de bien montrer aussi un élément auquel nous sommes attachés, à savoir que le métier de l'assurance est un métier qui a des spécificités. En particulier, nous considérons que nous avons des spécificités qui ne sont pas celles des banques. C'est cela que nous voulons montrer, en mettant à l'intérieur d'un même champ tous les acteurs qui concourent à notre activité directe et indirecte.

La profession se devait de répondre aussi à la déréglementation qui vient de l'évolution de l'Europe : passer d'un marché franco-français à un marché ouvert à la concurrence dans lequel les assureurs français sont devenus extrêmement dynamiques. Le grand principe de la FFSA, pendant des années, a été : pour vivre heureux, vivons cachés, « planquons nos trésors de guerre ». On avait des systèmes de communication poussiéreux, surtout il ne fallait pas parler de nous. On avait d'ailleurs mauvaise presse, mais cela n'était pas un problème, de toute façon on était riches ! On a vendu en vie, jusqu'aux années 80, des produits dans lesquels la préoccupation de l'assuré dans sa couverture n'était pas forcément l'unique objet de notre vente, si je peux me permettre cette expression. Devant l'organisation des consommateurs, la transparence est venue à travers des textes législatifs, soit intra-français, soit issus de la réglementation européenne, et l'on est passé d'une profession cachée à une profession médiatisée.

Par ailleurs, il est plus ou moins admis que la déréglementation va accélérer la concentration du nombre de sociétés, et que, de 487 sociétés encore agréées, on finira à une quinzaine de groupes de dimension européenne. Il y aura deux concepts : des entreprises, à notre sens, généralistes, de dimension, de taille au moins européenne, sinon de taille mondiale, et qui auront ce qu'on appelle le client complet, qui seront capables de proposer tout, et il y aura la place pour de petites sociétés sur des créneaux spécialisés. On aura l'assurance généraliste et l'assurance d'un spécialiste comme le monde médical, par exemple. Notre convention collective, c'est aussi d'avoir une garantie minimale commune pour tous les salariés, aussi bien du généraliste que du spécialiste.

■ **Élie Lazarévitch** : Mon syndicat avait lancé en 1976 une revendication en 35 points auprès de la FFSA parce que nous sentions déjà, à cette époque, la profession bouger et surtout que les textes conventionnels, notamment en matière de classification – textes qui dataient de 1954 et 1955 –, n'étaient plus adaptés à l'évolution des métiers de notre profession. Ajoutons que la convention de 1955 était une convention région parisienne, suivie à l'époque d'un certain nombre de conventions départementales, voire locales. C'est ainsi qu'il nous a été permis d'aboutir pour une part importante au protocole de 1978, qui prédisposait à l'élaboration d'une convention collective nationale. Car c'est à partir des années 70 que l'informatisation a commencé à véritablement produire ses effets en modifiant les tâches, en les recentralisant dans un premier temps, ce qui n'est pas sans influence sur les fonctions. Et c'est alors que les classifications des salariés, prises dans leurs appellations, leurs libellés, énonçant plutôt des titres, des grades, n'ont plus correspondu aux réalités du terrain. J'englobe ici les réformes de structure, d'organisation, mais aussi l'évolution des mentalités. Et cela va s'accroître avec l'interprétation européenne. Que veut dire maintenant sous-chef ? Quelle signification professionnelle donner à chef-adjoint ?

Un autre phénomène est venu s'ajouter, c'est l'écourtement des filières hiérarchiques. Dans toutes les sociétés, moyennes ou importantes, il n'y a plus, sous la direction, qu'un fondé de pouvoir avec un ou deux niveaux de commandement. C'est tout. Cela se conjugue avec le fait de compacter les tâches avec des moyens informatiques, eux-mêmes décentralisés vers les agences, vers les intermédiaires. Car c'est aussi, pour les sociétés, une façon de fidéliser les apporteurs. En résultat, les grandes unités de production et de sinistres sont maintenant réduites à la part congrue dans les sièges de société.

Tout cela a commencé dans les années 60 et 70, où l'on a d'abord récupéré, sous prétexte de l'informatique, ce que les agents, dans les années 50, exécutaient sur la machine à écrire, ou sur le duplicateur à alcool. Ils avaient à cette époque une délégation permanente pour établir les pièces. On a donc rapatrié cette fonction sur les sièges. Pour, ensuite, dans les périodes récentes, la réexporter vers l'extérieur grâce au télétraitement. Mais plus spécialement dans son aspect tâches à effectuer, avec l'alibi d'éviter les doublons administratifs, car, sur le plan des décisions, celles-ci sont désormais mieux encadrées par des normes de souscription ou de gestion, traduites en applications informatiques, et le pouvoir demeure donc central.

Je ne le critique pas. Je fais un constat. C'est un processus, uniquement de décentralisation des tâches, et non pas de déconcentration des pouvoirs. A mon sens, le siège, avec ses dirigeants, restera le lieu privilégié du pouvoir décisionnaire ; on ne voit pas les entreprises sans dirigeant, mais avec tout de suite en dessous – cela existe déjà, et ne pourra d'ailleurs que s'amplifier – des laboratoires, donc des techniciens pointus, créateurs de produits, après étude des marchés. Le pouvoir décisionnaire technico-commercial peut ainsi s'exercer en

connaissance de cause, avec des résultats fournis au jour le jour par une informatique, dont, selon moi, le développement est loin d'être arrivé à son point culminant.

Quant aux conséquences du marché unique de l'assurance à l'endroit des personnels ? Je ne sais pas. Je ne me sens pas en mesure de présumer ce que pourrait être l'interpénétration des entreprises. Les sociétés européennes vont-elles travailler en France à distance ? Ou multiplieront-elles leurs implantations ? Là est tout le problème. Si elles s'implantent sur notre sol, importeront-elles en même temps leurs méthodes de travail et de gestion ? Pour avoir visité l'étranger, je crains que nous ayons à souffrir, avec certains pays, de la comparaison pour nos sociétés.

■ **La nouvelle convention collective répond-elle à vos attentes ?**

■ **Gérard Lobjeois** : Vous voyez à peu près la prospective dans laquelle on est : concentration, bouleversement. Donc, quelle réponse va apporter la convention collective ? Premièrement, un champ plus unifié. Deuxièmement, des mécanismes de prospective des évolutions sur les besoins quantitatifs et qualitatifs de main-d'œuvre ; c'est le problème de l'emploi. Et qui dit emploi dit formation. C'est pour nous l'un des axes fondamentaux : l'anticipation. Il y a une chose dont on est certain, c'est que les emplois d'aujourd'hui ne seront plus les emplois de demain. De plus en plus, des métiers très administratifs-contrôleurs on va aller vers des métiers plus technico-commerciaux. On va arriver à un stade où il y aura une - commercialisation - des administratifs ou une certaine - administration - des commerciaux. Il y aura de moins en moins de frontières nettes. D'où une volonté de ne pas cloisonner les conventions collectives entre commerciaux et administratifs, de créer des ponts. Une chose est certaine, il faudra aussi une évolution du niveau qualitatif. Les progrès de la productivité, et en particulier les potentialités de l'informatique, n'en sont que les prémisses.

Donc, notre position est de dire : il va y avoir évolution qualitative des emplois. On doit l'anticiper le plus possible pour que les salariés d'aujourd'hui soient les salariés de demain.

■ **Élie Lazarévitch** : Par rapport à la transformation de nos métiers, qu'il est indispensable de prendre en compte, la convention apporte déjà une meilleure adaptation, même si elle n'est pas parfaite. Dans les approches de la profession faites en amorce de la négociation, j'apporte une première critique : malgré toute la volonté, l'acharnement que l'on a témoigné avec les employeurs, nous n'avons pas pu faire une véritable prospective de la profession. Alors, est-ce qu'il y a défaut de volonté des employeurs ? Est-ce qu'il y a une volonté de ne pas y perdre trop de temps ? Ou tout simplement n'a-t-on pas les moyens de faire de la

prospective ? Personne ne s'est engagé, lors de cette négociation de convention collective, à dire quels seront les métiers de l'assurance en 1995 ou en 2000.

Autre remarque : nous n'étions pas forcément partis pour une convention collective unique. Par contre, toutes les autres organisations revendiquaient une convention collective nationale et unique avec le but inavoué mais pas inapparent de banaliser les cadres. Il ne s'agit pas de défendre le cadre, la caste d'en haut, c'est simplement que, s'il y a une aspiration, il faut forcément qu'il y ait un haut pour que le bas puisse monter. Nous nous devons de procurer au salarié de base le droit à l'ambition et le moyen de la satisfaire.

Nous avons donc accepté d'aboutir à une convention collective unique à partir du moment où nous avons été assurés qu'il y aurait un volet, je ne veux pas dire catégoriel, parce que sinon on va encore nous taxer d'affreux Jojo, mais un volet spécificités cadre. Et pour ceux qui ne comprendraient pas le sens de notre engagement, je rappellerais les mots d'un travailleur dont la réussite est devenue légendaire : - La démocratie dont je suis partisan est celle qui donne à tous les mêmes chances de réussite. Celle que je repousse, c'est la démocratie qui prétend remettre au nombre ce qui revient au mérite. -

#### ■ Quelle place à la formation ?

■ **Gérard Lobjeois** : Le volet emploi-formation de la convention collective est déterminant. C'est la mise en place de la gestion prévisionnelle des emplois, la création du capital temps formation de 400 heures, c'est le volant prospective dans les entreprises d'observatoire des emplois. Le problème, c'est d'avoir les moyens d'une gestion prévisionnelle des emplois et des métiers qui permette d'anticiper les évolutions de la profession. Il ne faut pas faire de l'assurance la sidérurgie de demain, avec des sureffectifs non maîtrisés et des conversions internes et externes non réalisées à temps.

Même des métiers qui, avant, étaient considérés comme des métiers secondaires, les services généraux, par exemple, le courrier, qui, avant, étaient les emplois les moins qualifiés, la classe A, seront peut-être demain des secteurs stratégiques, car bientôt, derrière les services généraux, ce ne sera plus le mot courrier, ce sera le mot « communication », ce sera la télématique, le fax, un certain nombre de moyens qu'on ne connaît d'ailleurs pas tous aujourd'hui, et qui demanderont sûrement des créneaux de spécialités.

■ **Élie Lazarévitch** : Pour ce volet particulier, ce ne sont pas des contrats types, ce sont des outils que nous avons négociés, c'est-à-dire que les entreprises s'engagent à garantir l'information de l'encadrement, la formation de l'encadrement, par exemple.

Un autre exemple, vous avez également des dispositions qui vont organiser la mobilité en cas de détachement, d'expatriation de l'encadrement.

Donc tout cela, ce sont des moyens qu'une entreprise mettra à la disposition de son encadrement en formation, information, et aussi des garanties de... carrière. Mais il n'y a rien d'automatiquement garanti, il y a des possibilités de garantie. Et tout cela fait que le cadre qui a envie de bouger, qui aura envie d'aller quérir, d'obtenir et de traiter l'information qu'on va lui dispenser, qui aura envie de s'investir dans différentes réunions que les chefs d'entreprise vont organiser, aura les moyens d'investigation et de contribution aux prises de décision qui sont tout à fait importantes. Ceux qui ne le voudront pas resteront tranquilles. Ceux qui le voudront auront des outils garantis pour être partie prenante. Ce n'est pas de la cogestion, c'est un droit à la formation plus important, à l'information plus spécifique...

■ **La classification, un point capital ?**

■ **Gérard Lobjeois** : Oui et non. La classification n'est qu'un moyen méthodologique. La classification dégage des critères objectifs qui permettent d'avoir une vision des métiers. Donc elle est bien liée à la prévision et elle est bien liée à la formation. Lorsque nous aurons déterminé des fonctions, il faudra déterminer quelle adaptation est nécessaire à ces métiers. D'où la formation, d'où l'entretien individuel. Tout le système formation, emploi, gestion prévisionnelle, classification est dans la même logique : anticiper, former, adapter. Il doit y avoir une rencontre permanente entre l'organisation de l'entreprise, qui évolue en fonction des besoins de la clientèle, du marché, des produits, et l'adaptation des hommes. Ce que l'on veut faire, c'est essayer qu'il y ait une adéquation. C'est pour cela qu'on dit toujours « observatoire des métiers » et « observatoire des emplois ». Il y a l'observation de l'organisation du travail et des hommes, et l'adaptation permanente des deux. C'est en même temps avoir une dimension plus psychologique, ergonomique et scientifique de l'adaptation en prenant en compte les aspirations individuelles des salariés, en formation, en promotion.

■ **Élie Lazarévitch** : Chaque entreprise, mutuelles comprises, va être obligée de faire son répertoire des métiers, de faire un énoncé absolument exhaustif de tous les postes de travail qui sont dans l'entreprise, depuis le balayeur jusqu'au président. Pour chacune des fonctions, chacun des postes, il va falloir qu'elle fasse un recensement des tâches. A partir du moment où chaque poste est entièrement décrit, la personne qui remplit la fonction aura son descriptif de poste, ce qui n'est pas toujours le cas actuellement. Car ce qu'on appelle communément le job description, 90 % des salariés ne l'ont pas en poche. En contrepartie, l'entreprise s'est dotée d'un outil pour peser les fonctions ; c'est une procédure dans la convention collective qui laisse à l'entreprise une très grande liberté qui va permettre à celle-ci de gérer ses ressources humaines et de

préparer une gestion prévisionnelle qu'on n'a pas dans la profession. Mais cela suppose, et nous y insistons beaucoup, que maintenant chaque entreprise, quelle que soit sa dimension, fasse un effort d'analyse stratégique : que peut-elle faire demain ? Avec quels moyens ? Quels marchés peut-elle convoiter ? Qu'elle essaie de faire une approche conjoncturelle de sa gestion, mais qu'elle ait une politique stratégique, à moyen et à long terme, parce qu'on ne pourra pas poser une fonction si on ne l'incorpore pas dans le temps. Certes, aujourd'hui, on va peser un poste, mais on ne va pas recommencer tous les jours. Et cela va supposer que l'entreprise fasse des priorités. Donnera-t-elle la priorité à certains critères d'autonomie ? Veut-elle des collaborateurs autonomes ? Veut-elle des collaborateurs formés ? Que veut-elle vraiment demain ? Comment conjugue-t-elle son avenir avec les attentes des salariés ?

■ **Et l'ancienneté, vieux cheval de bataille ?**

■ **Gérard Lobjeois** : L'économie véritable de la CCN est dans le mécanisme modifiant, à terme, l'ancienneté, elle n'est pas dans le mécanisme de la classification. Elle est dans la disparition d'un mécanisme récurrent et systématique. L'ancienneté était parfois un cache-misère des bas salaires (surtout à l'embauche), mais elle était une garantie pour les plus faibles d'une certaine évolution de leur rémunération. L'accord prévu jusqu'à l'an 2000 des droits acquis pour le personnel en place. Pour les nouvelles embauches, le nouveau mécanisme prend en compte le niveau hiérarchique.

■ **Élie Lazarévitch** : Je voudrais préciser une chose à propos de la prime d'ancienneté. Elle n'a pas été supprimée. Lorsque la période de transition se sera écoulée, la prime d'ancienneté, dans son montant, la valeur qu'elle aura atteinte à ce moment-là, sera intégrée dans le revenu du salarié. Avant de passer au nouveau mécanisme, c'est-à-dire abandon pour le cadre et nouveau système prime d'expérience pour les non-cadres, il y aura intégration du montant atteint.

Cette évolution entre dans le cadre du redéploiement des acquis sociaux avec, en parallèle, une tendance à l'individualisation des rémunérations.

■ **Les syndicats, partie prenante ?**

■ **Gérard Lobjeois** : Il ne s'agit pas de dire les syndicats sont beaux, les employeurs sont beaux, et réciproquement. Ni les uns ni les autres ne le sont. Le conflit fait d'ailleurs partie de la vie de l'entreprise. Le problème est de ne pas nier les conflits et d'avoir un lieu d'écoute, un lieu de rencontre pour régler ces conflits. Pour nous, le problème est de trouver un mécanisme de compromis, qu'une rencontre soit possible. Les commissions paritaires permettent de confronter des points de vue pour essayer d'arriver à un diagnostic commun à

partir duquel on essaiera de trouver des solutions communes qui préservent les intérêts de l'économique et du social, de l'entreprise et des salariés. Il n'y a pas un perdant et un gagnant, il doit y avoir deux gagnants, les deux parties.

Nous devons nous-mêmes nous interroger sur notre pouvoir d'adaptation : nos propositions sont-elles bonnes, tenons-nous compte des évolutions des mentalités ? Le syndicalisme voulait faire la révolution et faire une société idéale. Mais la réalité est autre. Les gens attendent de nous que l'on prenne nos responsabilités, ils attendent de nous un certain nombre de suggestions, ils attendent qu'on les défende. Le syndicat doit être un contre-pouvoir intelligent, critique mais constructeur, c'est-à-dire qu'il n'est pas question, pour nous CFDT, de dire « y a qu'à », « il faut que ». Le syndicalisme n'est pas révolutionnaire, il est réformiste. La plus grande révolution sociale, c'est l'addition des réformes.

■ **Élie Lazarévitch** : Je peux déjà vous apporter une réponse technique, c'est-à-dire que, dans cette convention, on a négocié des outils qui permettront aux syndicats, au niveau national et au niveau de l'entreprise, d'avoir un échange fructueux, d'être vraiment partie prenante dans les évolutions. C'est donc déjà une reconnaissance. Cette convention collective a un aspect non négligeable : elle contient tout un mécanisme de dialogue social beaucoup plus riche et formalisé que ce qu'on a connu jusqu'à présent.

Notre démarche syndicale doit être un accompagnement de toutes ces évolutions, permettre une négociation d'entreprise de toute une série de mécanismes. Mais, au-delà de cette approche globale et collective, notre syndicat a déjà pris en compte une aspiration des salariés qui est très individualisée. Nous faisons tout pour que chaque salarié, dans la convention et dans le syndicalisme, trouve également des réponses individuelles. On cherche à obtenir que chaque salarié bénéficie, s'il le désire, d'un outil de gestion individuel de sa carrière. Le syndicalisme d'aujourd'hui, c'est, au niveau de la branche, définir un cadre intelligent, qui ménage les intérêts des uns et des autres, entreprise et salariés.

#### ■ **L'assurance est-elle inventive en matière sociale ?**

■ **Élie Lazarévitch** : La convention contient une définition sociale assez riche, au niveau de la branche, et au niveau de l'entreprise. Nous avons obtenu des cas de négociation obligatoire dans l'entreprise, là où le national n'apporte que des définitions ou des cadrages. On trouve ici un renouvellement, une actualisation de la négociation syndicale dans l'entreprise, en prolongement des lois Auroux. C'est donc la mise en place, pour les délégués en entreprise, de nouveaux espaces d'intervention, à la fois plus grands et plus denses, qu'il conviendra d'exploiter dans une concertation active.

■ **Gérard Lobjeois** : La convention collective a un caractère d'innovation dans ce domaine, je vous disais auparavant que, dans l'histoire de la profession, tout était centralisé, que tout était entre les mains du pouvoir fédéral, qu'il fût patronal ou qu'il fût syndical. La dynamique de la convention collective est qu'elle ménage des champs de négociation au niveau des entreprises, c'est-à-dire que le rôle des directeurs des ressources humaines, le rôle des syndicalistes d'entreprise s'en trouve valorisé. Tous les éléments, tous les niveaux de la négociation sont revalorisés. Il y aura du professionnel, de l'entreprise, de l'établissement, voire du bureau, à ce niveau-là. C'est un point important. Et je pense que c'est très bon pour la dynamique sociale. Cela veut dire aussi qu'il faut, à partir de là, reconnaître le fait syndical si l'on veut des gens compétents, et non des individus qui marchent à l'aveuglement idéologique, au nom d'un modèle du - y a qu'à -. Bref, on a besoin d'élus compétents et admis. Il n'y a pas de syndicalisme intelligent sans patrons intelligents et réciproquement... ■

*Propos recueillis par François Ewald.*



# Changements professionnels et DIALOGUE SOCIAL

**MOTS CLEFS :** *classification • convention collective • dialogue social • droits acquis • formation • indemnisation • temps de travail •*

Jean-Claude Javillier, professeur de droit du travail à l'université de Paris II, analyse, au regard des évolutions globales qui affectent le droit du travail et les relations sociales, le texte de la convention collective du 27 mai 1992. Il en fait ressortir, à partir d'une étude de son esprit et de sa lettre, les aspects les plus novateurs : la modernisation, l'organisation du dialogue social, la classification, la gestion du temps de travail et la formation. Ce faisant Jean-Claude Javillier montre que, dans un monde qui a fait du changement sa règle, les assureurs, au rebours de l'image qui leur est souvent faite, ont su être, en matière sociale en particulier, parmi les premiers à le comprendre et le diriger.

Nul n'oubliera le remarquable rapport présenté par le directeur général du Bureau international du travail, pour la 72<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail. Son titre pourrait en effet figurer en exergue de la nouvelle convention collective nationale des sociétés d'assurance : *Le monde du travail change : les problèmes de demain*. Il n'est, en cette fin de siècle, de textes, notamment juridiques, qui ne doivent prendre en compte les changements et, autant que faire se peut, les intégrer de façon permanente. Le droit (du travail) est atteint d'une sorte de doute, et les juristes, frappés d'une grandissante angoisse. Il n'est pas, non plus, de secteur économique ni de métiers qui ne soient aux prises avec des mutations essentielles, notamment culturelles et technologiques. Commune remise en question.

À l'évidence, la nouvelle convention collective nationale des sociétés d'assurance entend promouvoir, accompagner un profond mouvement de remise en question des méthodes et des techniques de gestion des ressources humaines

\* Professeur de droit du travail à l'université Panthéon-Assas (Paris II). Visiting Professor at the Faculty of Law, University of Oxford.

*L'auteur exprime sa vive gratitude à l'égard de tous ceux qui ont bien voulu lui faire part de leurs analyses et réactions. La richesse et la diversité des points de vue n'ont pu être ici traduites que très imparfaitement.*

*L'article est écrit en hommage à tous ceux qui travaillent, à quelque niveau que ce soit, dans la profession de l'assurance.*

dans la profession. La convention collective nationale du 27 mai 1992 – ce qui, bien évidemment, n'est pas du goût de tous, du côté syndical – est l'instrument privilégié de mise en œuvre d'une telle stratégie. A l'évidence, et de façon de plus en plus fréquente, pour ne pas dire constante, droit du travail et gestion de l'entreprise sont désormais étroitement liés en de mêmes instruments juridiques.

Une nouvelle convention collective nationale nous est donnée, dont il faut souligner la remarquable rédaction. La clarté comme la concision du texte en font une sorte de modèle, et pas seulement pour les conventions collectives de travail. Comme on aimerait que lois et règlements français, de même que les règlements et directives communautaires, soient de la sorte rédigés ! Qu'il soit permis à un modeste universitaire de se livrer en toute liberté, ainsi qu'il en a l'habitude, et aussi le devoir, à une sorte de rapide radiographie de celle-ci. D'un point de vue juridique, mais aussi sur le plan des relations professionnelles. Non par analyse exhaustive, mais par simples illustrations. En s'attachant, en premier lieu, à percevoir l'esprit d'une négociation collective qui constitue le préalable de toute dynamique normative ; puis, en second lieu, en s'efforçant de percevoir le destin d'une convention collective. Aux mystères de l'alchimie juridique d'une convention s'ajoutent les complexités des relations collectives. Le lecteur est donc prié de bien vouloir relativiser les propos ci-dessous.

## **I. L'ESPRIT D'UNE NÉGOCIATION COLLECTIVE**

Tous les syndicats représentatifs de salariés n'ont pas signé la convention collective nationale du 27 mai 1992. Ce constat ne doit jamais être perdu de vue. Les analyses qui suivent ne sauraient nullement traduire l'esprit de tous les acteurs, de tous les partenaires sociaux. Cependant, notre souci est de souligner combien la convention collective nationale est le fruit d'une réflexion en profondeur sur l'évolution de la profession. De surcroît, il existe un adage en matière de convention collective de travail comme de littérature : rédiger (un texte) et retenir (une pensée) ne valent. Les négociateurs et les rédacteurs ne sauraient jamais maîtriser les interprétations qui seront faites de leur texte.

De ce point de vue, une hypothèse vaut d'être émise, qui concerne non seulement la présente convention collective, mais la plupart de celles qui sont, actuellement, négociées et signées. Les préambules des accords collectifs méritent d'être lus avec attention, d'être analysés avec rigueur. Les mots utilisés dans le Préambule de la convention collective nationale du 27 mai 1992 le sont aussi, à de multiples reprises, tout au long de la convention collective. C'est dire leur importance, presque liturgique. Qu'il soit permis de n'en évoquer que deux seulement. Car il est au moins deux étoiles qui ont guidé les rédacteurs sur les sentiers d'une négociation collective en des contrées juridiques parfois bien peu explorées : modernisation, d'une part, dialogue, d'autre part.

## 1. Modernisation

Le mot est, bien sûr, redoutable, car tellement utilisé au cours des dernières années, singulièrement par ceux qui nous gouvernent. A l'évidence, c'est prendre le parti de lier l'économique et le social. Une philosophie inspire les négociateurs, qui nourrit les normes juridiques. • En dépit de certaines contraintes qui s'imposent aux uns et aux autres, l'économique et le social ne s'opposent pas : ils sont les deux fondements de la vie des entreprises. Dans un monde en profonde mutation, la conception des rapports de travail doit donc être évolutive et novatrice • (Préambule, p. 9, *in medio*).

Pareille modernisation est le fruit d'une longue négociation. Envers tous ces gens pressés, ces juristes de l'instant, ces ardents de la télécopie, on ne saurait trop insister sur l'importance du temps dans la négociation collective, comme plus généralement pour l'élaboration de toute norme juridique. Une modernisation ne saurait jamais s'opérer par un • fait • normatif, fût-il le fruit d'une fort longue réunion, d'un jour, suivi même d'une nuit. Il s'agit en effet, est-il affirmé, de • doter la profession d'un cadre professionnel aussi adapté que possible à l'assurance du proche troisième millénaire • (préambule cité, p. 10). Au fond, l'impression est que la convention collective de travail s'inscrit dans un processus de négociation qui impliquera les générations futures (de l'assurance). Certes, dans l'entreprise, pour le quotidien, une telle perspective peut paraître bien étrange, et même choquante. Il faut parer au plus pressé ; il existe tant de contraintes qui situent chacun souvent aux antipodes du temps maîtrisé. Pourtant, du Préambule souffle un grand vent, auquel les abris normatifs d'antan ne sauraient résister longtemps.

## 2. Dialogue

Dialogue social : l'expression suscite une immense curiosité de la part du juriste du travail. Elle est fort utilisée à propos de l'Europe sociale. Mais est-ce bien là concept juridique ? Son extrême médiatisation fait craindre le pire quant à sa précision et à sa pertinence technique. N'est-ce pas discours (politique et diplomatique) sur l'Europe, pour le prochain millénaire, bien plutôt que réalité (sociale et juridique) pour les temps présents ?

Au fil des réformes législatives, comme des négociations collectives, le vocabulaire communautaire semble influencer les uns et les autres. La convention collective nationale du 27 mai fait grande utilisation du concept de dialogue social. Le Préambule convie à une • rénovation du dialogue social •. Pour réaliser la modernisation dont il a été question plus haut, les négociateurs ont souligné, notamment, deux points essentiels. En premier lieu, il leur semble indispensable d'établir un • vaste cadre collectif laissant aux entreprises et à leurs salariés des degrés de liberté pour préciser ensemble, par la concertation et la négociation, au plus près des réalités, les relations sociales qu'ils entendent entretenir • (*ibid.*). En second lieu, les employeurs comme les salariés insistent sur leur

reconnaissance - de la nécessité et de la fécondité du dialogue social et du rôle essentiel des organisations syndicales - (*ibid.*).

En des temps où les relations professionnelles sont fortement éprouvées par la perte d'influence, voire la crise de légitimité des partenaires sociaux, la primauté donnée au dialogue social, la reconnaissance du rôle essentiel des syndicats valent d'être relevées socialement comme juridiquement. Certes, il est bien classique qu'une convention collective fasse mention de la légitimité d'une représentation collective des intérêts des salariés. Mais ici, c'est une perception du dialogue social comme méthode globale de traitement des questions non seulement sociales, mais aussi techniques et économiques. D'où l'importance, dans ce même Préambule, d'une élaboration - en commun - des outils destinés à réaliser les objectifs, singulièrement ceux de modernisation. C'est sans doute dans le choix des méthodes de mise en œuvre des changements que le dialogue social se révèle le plus pratiquement déterminant. A la différence des classiques proclamations, par la convention collective de travail, d'un respect par l'employeur de la liberté syndicale - au terme de ce qui, bien souvent, n'est que pâle copie des articles du Code du travail -, c'est une philosophie d'ensemble des relations sociales qu'on proclame ainsi haut et fort. Et c'est sans doute là que, pour certains syndicats, le bât conventionnel blessera le plus. Car il y a bien une intégration des acteurs dans une démarche, globale comme technique, commune. Esprit du dialogue social, es-tu là ? Les négociateurs l'ont cru, sans nul doute. Bien évidemment, les salariés entendent le voir souffler jusqu'à leur poste de travail même. Mais c'est anticiper sur le destin de la convention collective.

Les imprécations ne sauraient suffire. Comme pour chasser les démons de l'ineffectivité, les négociateurs ont cru nécessaire de consacrer un titre entier (le deuxième) de la nouvelle convention aux - relations entre organisations d'employeurs et de salariés, au niveau professionnel -, ainsi qu'aux - relations collectives dans l'entreprise -. Et, pour ceux qui douteraient encore de la pertinence technique du concept de dialogue social, les rédacteurs des articles 8 et suivants ont, de façon fort claire et pédagogique, apporté des précisions d'importance en matière de relations professionnelles.

La définition du dialogue sur le plan professionnel que nous livre l'article 8 de la convention collective vaut pour tout dialogue social. Il y est affirmé qu'un tel - dialogue suivi entre syndicats de salariés et organisations d'employeurs est nécessaire -. Étant aussitôt précisé que c'est - un facteur d'équilibre entre les aspirations et besoins respectifs des entreprises et du personnel, et donc un facteur d'efficacité économique et sociale - (article 8, alinéa 1, *in fine*). C'est sans doute l'esprit même du dialogue que de dépasser la problématique classique en matière de convention collective de travail, en liant étroitement, ainsi qu'il a déjà été observé, l' - économique - et le - social -. Quant aux composantes d'un tel dialogue social, elles sont expressément mentionnées dans l'alinéa qui suit. Il s'agit de l'échange d'informations, de la consultation ou de la négocia-

tion. Dans les articles 9 et suivants, toujours sur le plan professionnel, la convention collective traite des implications précises d'un dialogue défini comme ci-dessus. La connaissance des « différents aspects de la situation socio-économique de la profession et de son environnement » est considérée comme nécessaire (article 9, alinéa 1). Ce qui implique des actions particulières (entretiens, documentations, formation).

Bien évidemment, la négociation collective elle-même méritait définition. Il est fort pertinemment souligné qu'elle « est la forme majeure du dialogue », consistant « à rechercher des solutions durables fondées sur la prise en compte des intérêts respectifs représentés » par les organisations professionnelles d'employeurs et de salariés (article 11, alinéa 1). Cela vaut tout autant pour l'entreprise (article 23, alinéa 1). Avec, cependant, cette précision qu'il s'agit de répondre soit aux « questions d'ordre collectif concernant les conditions de vie et de travail, y compris l'adaptation de ces solutions aux évolutions techniques, économiques et sociales », soit encore « aux situations collectives de tension afin de les prévenir ou de les dénouer pour éviter le conflit ouvert » (article 23, alinéa 4). Dans l'article suivant, il est traité, en toute lucidité, des conséquences pratiques d'une telle définition. Accord ou constat d'absence d'accord : tels sont les résultats concrets d'une négociation.

L'accord, ce n'est pas seulement, ainsi que trop souvent les juristes (français) du travail le pensent, une succession d'articles. La convention collective de travail est une pièce centrale de tout système de relations professionnelles. Il importe donc de l'analyser toujours en relation avec les opinions (*dissenting opinions*, bien sûr), les stratégies tant patronales que syndicales. Un tel pluralisme trouble souvent le juriste, et plus encore le juge. Admettons, et sachons tirer toutes les conséquences, notamment juridiques, qu'il peut résulter de la négociation collective, « un accord par lequel les parties expriment leurs décisions, orientations ou objectifs communs pour une durée déterminée ou indéterminée » (article 23, alinéa 4,1).

Tout à fait essentielles, et surprenantes pour le lecteur qui vient d'ailleurs (entendez : qui n'est pas des assurances), sont ces pages qui figurent à la fin de la convention collective elle-même (p. 129 sq.), où « les signataires s'expriment ». Comme il est important que chacun puisse souligner ce qui lui paraît mériter appui ou au contraire encourir critique ! Il y a là une marque de pluralisme et de tolérance bien inhabituelle dans le système français des relations professionnelles. Comme en écho, d'ailleurs, la Lettre de la Fédération française des sociétés d'assurance (*Assurer*, n° 1, 1<sup>er</sup> septembre 1992) donne la parole aux représentants des trois syndicats signataires de la convention collective. De la lecture de toutes ces analyses et positions prises par les signataires de la convention collective, il résulte le sentiment que, par-delà les sensibilités de chacun, il a été recherché et atteint, au moins pour les syndicats signataires, un nouvel et subtil équilibre de la profession. Une fois n'est pas coutume sociale, qu'il n'y ait ni perdant ni gagnant. Le dialogue social engendrerait ainsi une

négociation collective « gagnant-gagnant ». Terre promise des relations professionnelles pour le prochain siècle ?

Les quelques commentaires présentés ci-dessus sur l'esprit d'une nouvelle convention collective de travail doivent bien évidemment être relativisés. Mais ceux qui suivent doivent l'être plus encore, puisque l'auteur se risque à formuler quelques (brèves) observations sur le destin de la convention collective nationale du 27 mai 1992.

## II. LE DESTIN D'UNE CONVENTION COLLECTIVE

Sur de très nombreux points, les négociateurs ne se sont pas contentés des normes et techniques préexistantes dans la profession. Sans doute fort ambitieux, ils veulent donner du métier une vision très nouvelle, une conception très évolutive. La conséquence, pour le juriste, est entrevue dès l'abord : ce seront changements juridiques et substitutions normatives. Pour les salariés, les conséquences seront sans doute envisagées, singulièrement en cette période de fort chômage, comme autant de risques, d'incertitudes, sources d'angoisse individuelle comme collective. Le destin d'une convention collective ne dépend pas seulement des partenaires sociaux. Il est lié aussi aux réactions et comportements juridiques des « usagers », employeurs comme salariés. Ces derniers ne peuvent manquer de poser des questions essentielles. Que vont donc nos « droits acquis » (et, pour les militants, conquis) devenir ? Pourrons-nous encore nous prévaloir de ces constructions juridiques que le temps seul a pu stabiliser ? Au fond, l'importance des changements voulus par les négociateurs, et consacrés dans le texte même de la convention collective, peut conduire certains à une sorte de réveil juridique brutal. Tout ou presque devient méconnaissable en cette terre de convention collective. Les mots comme les méthodes ont été changés. Le droit peut-il être d'aucun secours, en présence de pareil tremblement de terre technique et culturel ? Chefs d'entreprise comme salariés pourront en être inquiets.

De tout ce qui précède les négociateurs ont été fort conscients. Aussi ont-ils, avec grand sérieux et précision, traité de cette bien délicate relation entre droit et temps, entre passé et présent normatifs, entre application des nouvelles normes et droits acquis. Le mérite est d'autant plus grand qu'à notre époque le sentiment peut être que toute norme est transition : entre deux réformes législatives, entre deux revirements de jurisprudence, entre deux conventions collectives de travail qui ne partagent pas la même problématique professionnelle, notamment. A quoi bon, dès lors, traiter du droit transitoire, puisque toute norme est devenue, par nature, précaire ?

Fort heureusement, les négociateurs de la convention collective n'ont pas considéré que la « transition » normative irait de soi, car devant être brève et euphorique, ou encore longue et conflictuelle. Les signataires de la convention collective ont entendu s'attaquer tout autant à la succession des normes qu'à la

rédaction de nouveaux articles. D'où cette grande précision juridique qui caractérise le protocole d'accord sur la transition, lui aussi en date du 27 mai 1992. Un tel traitement s'imposait, dès lors que des questions aussi essentielles que la classification ou la rémunération connaissent de profondes transformations. De façon générale, le principe du maintien des avantages individuels acquis est affirmé (article 4 de la convention collective nationale) et précisé (articles 1 sq. du protocole précité). Bien évidemment, sur tel ou tel point, il va sans dire que le doute juridique pourra bien surgir, et le contentieux, naître. C'est le destin de toute norme, fût-elle la plus modeste.

De même, partant des réalités du terrain, et soucieux de ne point se laisser enfermer dans une problématique seulement juridique des droits acquis, certains s'inquiéteront. Dans l'entreprise, un salarié pourra-t-il se prévaloir d'un maintien de certains droits - à titre personnel - ? Un cadre peut-il pratiquement conserver, juridiquement et individuellement, une telle qualification bien que n'étant plus considéré comme tel au regard de la classification de la nouvelle convention collective ? Un exemple peut suffire pour comprendre ce point de vue. Certes, l'article 2, en son alinéa 2, du protocole d'accord sur la transition prévoit bien que « les titres d'agent de maîtrise, sous-chef, chef adjoint, chef de service, chef de division, fondé de pouvoir pourront être maintenus aux salariés en fonction. Ce maintien à titre personnel sera alors indépendant du classement attribué, en application de la nouvelle classification, à la fonction qu'ils exercent ». Étant précisé que, s'il arrivait que le classement attribué aux fonctions d'un cadre en activité (à la date du 27 mai 1992) vînt à être autre que 5, 6 ou 7, « l'intéressé conserverait le bénéfice de son affiliation à l'Agirc et continuerait, à titre personnel, à appartenir au même collège électoral que précédemment » (article 2, alinéa 3, protocole cité). Toujours à titre personnel, ce salarié qui « continuerait à exercer les mêmes fonctions ou des fonctions analogues dans l'entreprise » bénéficierait « des garanties attachées par la nouvelle CCN et par le présent accord à l'exercice de fonctions de cadre » (*eod. loc., in fine*).

Sur certaines questions essentielles, le destin de la convention collective ne sera autre que celui qui sera voulu par les entreprises elles-mêmes. La convention collective nationale, en effet, sur de nombreux points, renvoie expressément à la pratique, à la négociation d'entreprise. Une dialectique va se développer entre la profession et les entreprises, entre les partisans du changement et les partisans du statu quo. Les uns triompheront ici ; et les autres, là. C'est sans doute pour cette raison fondamentale que l'application d'une nouvelle convention collective pourra être l'occasion d'affirmer ou de remettre en question un consensus dans le « micro-système » (pour parler comme les Italiens) des relations professionnelles que constitue chaque entreprise.

De nombreux « chantiers » attendent les uns et les autres. Ce que les auteurs de la convention collective nationale ont reconnu bien volontiers. Qu'il s'agisse de la retraite, de l'emploi, de l'insertion professionnelle des jeunes, ou encore de l'Europe sociale. Pour faire face aux tâches supplémentaires que ne man-

quent pas d'entraîner de tels chantiers, des moyens particuliers sont institués pour les syndicats. Mais il n'est pas sans importance d'observer que le chapitre II de l'accord qui y est relatif prévoit la mise à disposition de permanents syndicaux à temps complet ou à temps partiel aux fédérations syndicales, signataires ou non. Cependant, les seules fédérations signataires de la convention ou y ayant adhéré (en application du Code du travail) bénéficient d'un supplément (articles 2,1 sq.). Ayons donc la patience d'attendre l'ouverture de ces chantiers, considérés comme « le prélude voulu à une dynamique des relations sociales dans l'assurance » (Préambule, *in fine*, p. 10).

Le destin de la convention collective sera sans doute différent selon qu'il s'agit d'opérer une révolution ou de mettre en œuvre des innovations. Il va de soi que la distinction est des plus relatives, pour ne pas dire proprement subjective. L'auteur a cependant l'impression qu'en matière de classification la convention collective veut contribuer à la réalisation d'un changement dans la profession qui pourrait bien constituer une sorte de révolution (culturelle comme juridique). En d'autres domaines, ce sont des innovations, non sans importance pour les salariés certes, mais qui n'ont pas pour finalité de remettre en question de façon radicale les méthodes et pratiques de gestion des entreprises.

### **1. Révolution**

Le premier chapitre du titre III de la convention collective nationale du 27 mai 1992 est consacré à la classification. C'est l'article 30 qui initie la révolution. Bien modeste article pour une question aussi essentielle et pratiquement déterminante tant pour les entreprises que pour les salariés. Le premier point dudit article affirme que « toutes les activités professionnelles ou "fonctions" exercées par les salariés relevant de la présente convention font l'objet d'un classement ». Étant tout aussitôt ajouté que les principes et modalités de ce dernier figurent dans une annexe 1 de la convention collective. Le point 3 de l'article définit un concept qui commande tout le changement recherché : « Par fonction, il faut entendre tout ensemble d'activités professionnelles ou de missions confiées ou susceptibles de l'être à une même personne selon le dispositif d'organisation adopté par l'entreprise. » Quant à la rémunération minimale, désormais annuelle (RMA), elle est déterminée en son montant par le classement ainsi réalisé (article 30, point 2).

Véritable révolution juridique et culturelle que cette substitution d'un système de classification unique à un système de classification mono-critère, sur le fondement de la formation, ainsi que sur des grades. Désormais, le système de classification repose sur sept classes de fonction, dont trois pour les cadres. Un mécanisme d'évaluation des fonctions est mis en œuvre dans les entreprises, à l'aide de cinq critères « classants » (autonomie, conception-résolution de problèmes, dimension relationnelle, formation-expérience), ainsi que de six degrés d'appréciation pour chaque critère.

Les juristes éprouvent parfois quelques difficultés à déterminer l'implication des méthodes de gestion sur le droit. Force est de constater que c'est la méthode, ici, qui conditionne la norme. Mais c'est aussi, plus profondément, l'importance consacrée de la pratique, des expériences dans le droit « conventionnel ». Les groupes de travail qui ont préparé la rédaction de la convention collective ont hissé au plus haut les voiles normatives pour prendre le plein vent de la gestion des « ressources humaines ».

Du point de vue des relations professionnelles, l'attention est portée sur un tel choix, par une convention collective de travail, d'une méthode de gestion des ressources humaines. Il semble essentiel d'analyser les conditions mêmes de mise en œuvre de la méthode proposée. Un guide pratique, d'une lecture aisée pour tous, a été diffusé par la Fédération française des sociétés d'assurance ainsi que le Groupement des sociétés d'assurance à caractère mutuel (en avril et mai 1992). Il y est rappelé l'importance de la procédure prévue par la convention collective nationale. En effet, en annexe, cette dernière contient un protocole de mise en application (p. 93 sq.). Les entreprises disposent d'un délai de deux années pour achever la mise en place de la nouvelle classification (article 1, alinéa 1, protocole précité). Au cœur du dispositif institutionnel pour y parvenir figure la constitution d'une commission d'entreprise (articles 2 à 7, protocole précité). De façon très pédagogique, les négociateurs ont pris soin de préciser comment doivent se dérouler les opérations de classement : inventaire des fonctions (articles 8 et 9, protocole précité), grille de pondération des critères (articles 10 et 11), analyse de fonctions (articles 12 et 13). Il est aussi prévu que chaque salarié, dans un certain délai (article 4, alinéa 1), puisse exercer un recours pour « faire valoir son désaccord sur le classement de sa fonction. Le juriste du travail étudiera avec un soin tout particulier pareille procédure de recours interne, que nos amis canadiens francophones appelleront « procédure des griefs ». Ce recours s'exerce soit directement auprès de la direction, soit par l'intermédiaire des délégués du personnel » (*ibid.*) ; la direction fait connaître, après avis de la commission d'entreprise, sa décision, dans un certain délai, au salarié. De même, au niveau professionnel, il est prévu une commission pour traiter de toute difficulté existant dans une entreprise pour l'application du protocole (article 15).

De tout ce droit interne aux entreprises comme à la profession il est trop peu souvent parlé. Pour cette raison évidente que les juristes français (et, en particulier, les juges) n'ont pas de l'autonomie normative des partenaires sociaux une conception aussi forte ni sans doute aussi claire que ceux d'autres pays, notamment voisins. C'est avec intérêt qu'on prend connaissance de protocoles d'accords signés pour la mise en place du nouveau système de classification, tel celui de l'UAP, en date du 2 décembre 1992. Il conviendra aussi d'observer avec attention la vie des institutions d'entreprise impliquées dans ces changements. Et sans doute aussi l'articulation de ces pratiques et normes

d'entreprise avec le droit étatique, et, si le contentieux naissait, les analyses des juridictions de l'ordre judiciaire.

La vie et la dynamique de la convention collective nationale du 27 mai, en ce qui concerne cette essentielle question de la classification, dépendent donc en grande partie, pour ne pas dire totalement, de la volonté de chacun au niveau des entreprises. L'auteur de ces quelques lignes doit faire part d'une impression, en prenant le soin de préciser qu'elle ne résulte pas d'une rigoureuse enquête, mais bien d'un survol à très haute altitude des « zones » de changement et de négociation. Selon les sociétés d'assurance, la mise en application de la nouvelle classification peut, ou non, entraîner de profonds bouleversements sur les situations des salariés, comme sur la gestion de l'entreprise. Ici, avec l'aide d'un consultant, c'est une volonté de changement qui prime. Tandis que là, de façon fort rapide, et sous la brise d'un fort consensus (bien complexe par ailleurs), on a décidé de mettre en œuvre la nouvelle classification par simple transfert : des deux classifications anciennes on est passé à ce nouveau système unique. En quelque sorte, ce pourrait bien être alors la révolution dans la continuité, le changement des concepts dans la stabilité de la gestion. Il en est qui crieront : « Trahison ! » On ne saurait ainsi respecter l'esprit, ni d'ailleurs la lettre, de la convention collective nationale, non plus que du protocole cité. Ce que salueront certains syndicats de salariés ou militants syndicaux, farouchement hostiles aux changements recherchés par les négociateurs et les signataires des accords. Contre le changement en matière de classification, en effet, ils ne cessent de lutter.

## 2. Innovations

En certains domaines, la convention collective nationale des sociétés d'assurance du 27 mai 1992 veut innover. Qu'il suffise de ne retenir que deux exemples : organisation du temps de travail, d'une part ; et emploi et formation, d'autre part.

Les normes relatives au temps de travail sont certes modifiées par rapport aux précédentes. Mais, pour qui s'attache à percevoir les innovations, c'est sans doute en premier lieu l'importance donnée à la négociation collective d'entreprise qui retient l'attention. La volonté est celle d'une articulation des négociations. Une importance particulière est donnée à celle qui doit se développer au niveau de l'entreprise. Des obligations de négocier sont instituées à tel niveau, pour la mise en œuvre de certaines dispositions de la convention collective nationale. Ainsi en est-il, notamment, pour le recours durable au travail de nuit, du dimanche, pour un nombre significatif de salariés. L'obligation porte sur les modalités et contreparties d'un tel recours. De même est-il prévu que la modulation de la durée hebdomadaire du travail, ainsi que le recours au travail intermittent, nécessite la conclusion d'un accord d'entreprise. Le dispositif particulier prévu en matière de travail à temps partiel retient tout autant l'atten-

tion. Enfin, renvoi est fait à la négociation d'entreprise pour instituer une formule d'épargne-congé - pour les jours de congé qui n'ont pas été utilisés en fin de période - (article 43, alinéa 1). Les modalités de mise en œuvre de cette formule seront définies par les accords d'entreprise ; mais il est observé par la convention collective nationale qu'il s'agira notamment de - faciliter le départ anticipé à la retraite ou l'aménagement du temps de travail en fin de carrière - (article précité, alinéa 2).

En ces matières relatives au temps de travail, nul n'ignore les changements importants qu'a connus le droit du travail français depuis quelques années. Ce fut sans doute l'une des faiblesses de la doctrine (des professeurs de droit, plus que d'autres) de ne pas donner suffisamment d'importance aux questions relatives au temps de travail. S'il fallait plaider les circonstances atténuantes (pour ces professeurs-là), on pourrait souligner le caractère réglementaire, fort détaillé, de la matière, et le peu de contentieux d'importance dogmatique. Mais force est de constater que tous ou presque ont été bousculés par de nouvelles problématiques, sociales comme juridiques, en matière de temps de travail. Car, par-delà cette question, c'est sans doute toute l'articulation classique entre l'individuel et le collectif, ainsi que la hiérarchie des sources du droit du travail, qui se trouve remise en question. Au fond, c'est de tout le droit du travail, ou presque, qu'il a été question, de façon parfois indirecte, discrète.

La convention collective nationale du 27 mai 1992 prend, ici encore, le parti de l'équilibre, par une conciliation recherchée entre souplesse des entreprises et protection des salariés, par une articulation encouragée entre négociation nationale et négociations d'entreprise. Mais le destin des normes est de dépendre des pratiques, des stratégies à ce dernier niveau. Nombre de dispositifs juridiques, d'articles du Code du travail comme de conventions collectives des plus sophistiqués ne reçoivent guère d'application. Ce qui parfois étonne sans doute certains observateurs japonais. Tant de réformes normatives innovatrices et si peu de changements dans la pratique.

En matière d'emploi et de formation, la convention collective nationale prend le parti du développement de la gestion prévisionnelle des emplois. L'expression est commune, même si elle fait l'objet de quelques contestations radicales. Ne pouvait être ignorée non plus la pratique des entretiens individuels annuels. La création d'un observatoire des métiers devrait, quant à elle, permettre de favoriser les ajustements et les adaptations nécessaires, et d'anticiper ainsi les évolutions de la profession. Quant au capital individuel de temps-formation, il constitue une innovation remarquée par le juriste, en ce qu'il est transférable d'une entreprise à l'autre. L'existence d'une profession, par-delà la diversité des entreprises, est ainsi clairement manifestée. Quelques accords remarquables ont déjà été conclus en ce domaine, tel celui qui a été signé à l'UAP le 2 décembre 1992. Enfin, pour encourager les formations menant à un diplôme, une prime nouvelle se substitue aux primes de technicité prévues par les anciennes conventions. De façon plus générale, on le devine, pour certains syndicats de

salariés, la négociation - de substitution - constitue une sorte de cheval de Troie dans la citadelle des droits acquis.

Il est enfin des innovations qui se veulent simplification normative, ou encore prise en compte de l'évolution du Code du travail. Ce qui, ici encore, pourra donner lieu à critiques de la part de certains syndicats de salariés. Qu'il suffise de citer un exemple, celui des procédures applicables en matière de discipline ou de licenciement dans l'entreprise. L'une des caractéristiques normatives de la profession est en effet celle d'une forte - juridicisation - interne de ces questions, d'un net développement du droit et des pratiques d'entreprise en ces matières. Existaient, en effet, deux conseils. Un conseil de discipline devait être consulté pour les sanctions plus graves que l'avertissement. Quant au conseil des délégués du personnel, il l'était essentiellement en matière de licenciement pour insuffisance professionnelle. Les deux instances sont désormais regroupées. La convention collective nationale du 27 mai 1992 ne prévoit une consultation d'un conseil qu'en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle, sur demande de l'intéressé (dès lors que ce dernier a plus d'un an de présence dans l'entreprise ; article 90, a1). Une telle simplification des procédures de défense interne constitue-t-elle un changement normatif de nature à remettre en question la part du droit autonome dans cette profession ? Ceux qui considéreraient la - juridicisation - des rapports de travail comme excessive, et contraire aux nécessaires adaptations de la profession, s'en réjouiront. Il en va de même pour ceux qui pensent que la simplification d'une procédure est le gage de son efficacité. Bien évidemment, il en est d'autres qui verront là une nouvelle preuve d'une volonté patronale de remise en question des garanties des salariés.

\*

\* \*

- Vivre, c'est naître lentement. - Le propos de Saint-Exupéry vaut pour les hommes comme pour les actes juridiques. La convention collective nationale des sociétés d'assurance n'a qu'un an. Certains diront : un an, déjà ! La voici qui vit à peine ; mais la voilà donc qui prend son essor dans le droit, comme dans les relations professionnelles de ce secteur d'activité. Quelles que soient les analyses, les stratégies, chacun ne peut que souhaiter longue vie à cette convention qui traite de questions essentielles et déterminantes pour l'avenir de tous. Nul ne saurait contester le courage des négociateurs, l'audace des signataires. L'autonomie normative des partenaires sociaux s'exerce ici pleinement, de façon fort novatrice.

- Le monde du travail change -, avons-nous souligné, dès l'abord, reprenant les propos du directeur général du Bureau international du travail. Il faut, en guise de conclusion, souligner combien la tâche est rude pour tous. - Les organisations d'employeurs tout comme les syndicats doivent relever de nouveaux défis du fait de la nature toujours plus interdépendante et complexe de l'économie mondiale, de l'impérieuse nécessité de s'adapter aux techniques

nouvelles comme aux changements qui surviennent dans la production et les échanges internationaux. Même une fois passée la crise actuelle qui en exacerbe les effets, les forces d'évolution continueront de s'exercer, mettant à l'épreuve la faculté d'adaptation des organisations d'employeurs et de travailleurs, dont la vitalité est indispensable à la prospérité et à l'équité des sociétés à venir - (*Le monde du travail change : les problèmes de demain*, BIT, Genève, 1986, p. 43).

Par un dialogue social permanent, puissent les sociétés d'assurance, les salariés et leurs représentants relever les défis du troisième millénaire ■



# CHRONIQUES

## Philosophie

A l'occasion de la parution  
de son dernier livre « Terre-Patrie »  
Edgar Morin définit dans un entretien  
les contours de la notion de l'incertain et son devenir

## Cindyniques

Accroissement de la complexité  
et montée des responsabilités :  
ces deux notions ont été, ces derniers mois,  
au centre de plusieurs colloques  
dont Claude Gilbert tire les enseignements

## Livres

- La diagonale de la banque et de l'assurance vie »,  
François Heilbronner
- La Médiatrice de la banque  
et de la réassurance financière », Claude Menesguen
- Le système de santé français : un défi pour tous »,  
Alain Foulon



# UN PHILOSOPHE DE L'INCERTAIN

Edgar Morin est un militant de la complexité. Depuis quelque vingt ans, il s'est attaché, à travers l'élaboration de son vaste traité - *La Méthode* -, à constituer la somme des nouveaux savoirs biologiques, anthropologiques et épistémologiques en dégagant la pensée de contraintes trop déterministes. On attendait qu'Edgar Morin, après ses nombreux travaux épistémologiques, nous livre la morale de la complexité. C'est chose faite avec son dernier livre, - *Terre-Patrie* - (Le Seuil, écrit en collaboration avec Brigitte Kern). Si l'incertitude, le probable, l'indéterminé, le contradictoire sont dans la nature des choses, comment vivre avec eux ?

■ **Risques : Comment avez-vous rencontré la notion de l'incertain, si présente dans votre œuvre ?**

■ **Edgar Morin :** Peut-être y avais-je d'abord une prédisposition personnelle. Ma forme d'esprit est sensible aux idées contradictoires. Je suis tenté par les idées opposées qui paraissent s'exclure. Ma vie n'est pas guidée par une certitude originare, sinon peut-être celle de devoir me colleter avec l'incertitude. Il faut dire aussi que je n'hérite pas d'une culture qui m'aurait livré une croyance absolue sur laquelle j'aurais pu asseoir mes idées.

Il y a peut-être aussi des raisons biographiques. J'ai eu à affronter le problème du risque, à 19 ans, en 1941, sous l'Occupation : d'un côté, je sentais qu'il fallait que je risque ma vie et que j'entre dans la Résistance ; de l'autre, j'avais peur de risquer ma vie. J'ai eu à exercer le métier très incertain de militant clandestin, où chaque moment de la vie est une négociation et un affrontement avec le risque et l'incertitude.

J'ai écrit mon premier livre important, *L'Homme et la Mort*, en partant de l'idée que c'était précisément parce qu'on ne sait rien de la mort et qu'on ne peut, à proprement parler, rien en dire, qu'il est intéressant de connaître les attitudes des êtres, des cultures, des religions et des philosophies devant ce problème profondément incertain. Par la suite, quand j'ai fait des études de sociologie concrète, comme celles que j'ai réalisées sur la commune de Plozevet, je savais qu'il n'y avait pas de méthodologie certaine et que j'avais à construire une stratégie aléatoire. Quand j'ai étudié des phénomènes éruptifs, comme Mai 68, ce qui m'a motivé, c'est la surprise, l'inattendu de l'événement, l'absence de clefs explicatives *a priori* : il fallait essayer de comprendre un phénomène que notre esprit n'avait pas prévu. Par la suite, à la fin des années 60, travaillant sur les principes de la connaissance, j'ai été frappé par les développements de la connaissance scientifique moderne qui a désintégré la vision du monde pleine de certitudes qui était celle de la science classique, celle d'un monde mécanique, déterministe, ordonné ; elle fait apparaître partout le désordre, l'aléa, l'agitation thermique, les collisions, les tamponnements, l'imprédictible. Plus largement, je suis persuadé que connaître ou penser ne consiste pas à construire des systèmes sur des bases certaines ; c'est dialoguer avec l'incertitude.

\* Directeur de recherche, CNRS. Publié avec l'aimable autorisation du Magazine littéraire.

Cette idée rejoint le travail de rabotage accompli depuis Nietzsche : il faut fonder sa pensée dans l'absence de fondement. La cosmologie moderne montre que le monde lui-même n'a pas de fondement : il est sorti du - vide -. De même, l'éthique ne se fonde que sur elle-même. En ce sens, je rejoins Pascal pour dire qu'il n'y a que des paris. Notre monde est un monde où il y a de l'imprédictible et du désordre, c'est-à-dire de l'incertain. Non seulement de l'incertain empirique, mais aussi de l'incertain cognitif, parce que nos catégories mentales n'arrivent pas à saisir des réalités proprement inconcevables comme l'origine du monde. Dans *La Méthode*, j'ai tenté ce travail d'une pensée qui sait qu'elle ne pourra pas échapper à la négociation avec l'incertitude, lequel est un ingrédient de la complexité.

Quand, dans *Pour sortir du xx<sup>e</sup> siècle*, j'ai voulu regarder le monde actuel, j'ai eu à nouveau la conscience qu'on est désormais dans la nuit et le brouillard, que l'avenir du monde ne peut pas être prédit, que l'ensemble du jeu des inter – et des rétroactions nous échappe. De plus en plus, la prévision économique se montre défaillante, en dépit d'une très grande sophistication formaliste et mathématique. Pourquoi ? Précisément parce qu'elle est trop sophistiquée, trop fermée sur elle-même ; elle oublie que l'économique est lié à du non-économique, à tous les autres phénomènes. L'incertitude fondamentale du monde, l'incertitude du futur que j'ai diagnostiquée en parlant de la - crise du futur -, l'effondrement des certitudes liées à l'idée de progrès garanti, l'effondrement de l'idée que sciences et techniques ne sont que bénéfiques a introduit partout le ver de l'incertitude.

Mais, au lieu que cela me conduise à une sorte de scepticisme ou de nihilisme généralisé, je crois qu'il faut tenter de vivre avec l'incertitude et non se laisser submerger par elle. L'humanité a toujours vécu avec l'incertitude. Pour nos ancêtres chasseurs-ramasseurs, la chasse était quelque chose d'aléatoire. Pour les sociétés historiques, la guerre nécessite une stratégie, c'est-à-dire une conduite dans l'incertitude. Le monde de la politique est un monde de l'incertitude. Peut-être a-t-on pu se masquer l'incertitude en développant des conceptions déterministes plates qui ne voulaient voir dans l'histoire qu'une sorte de machine économique guidée par des lois ; on a voulu gommer les batailles, les rois, les coups d'État en disant que ce n'était que l'écume des choses. J'ai toujours réagi là contre, non pas pour nier déterminations et déterminismes, mais pour montrer que toute l'histoire doit être conçue en fonction d'un cocktail d'ordre, de désordre et d'organisation, toujours fluctuant, incertain et variable. J'ai ainsi été amené à formuler les principes d'une écologie de l'action : toute action entre dans un jeu d'interactions qui fait qu'elle échappe assez vite à l'intention et à la volonté de ses auteurs. Si bien que, si l'efficacité d'une action peut être forte à ses débuts, elle ne peut que diminuer avec le temps, et nul ne peut prévoir les conséquences ultimes de ses actions. Il est à la fois naïf et manichéen de croire qu'il suffit d'avoir de bonnes intentions pour que l'action se réalise. Il ne faut pas rejeter mais réinterroger avec scepticisme l'idée de la main invisible ou des ruses de la raison. Les acteurs croient suivre leurs intérêts égoïstes ou leurs idées altruistes, mais, malgré tout, à travers inter-rétroactions, ce qui se fait transcende leur égoïsme ou échappe à leur altruisme. Au début de *Faust*, Méphistophélès dit : - Je suis cette partie du tout qui veut toujours faire le mal et qui fait le bien. - La conscience de l'écologie de l'action me semble nécessaire. Elle ne peut démoraliser ceux qui veulent être sûrs d'avance du résultat. Elle me semble tonique parce qu'elle signifie qu'on agit, qu'on prend ses risques, qu'on essaie de corriger ses erreurs en cours de route. La théorie des jeux de von Neumann, dans sa simplicité extrême, révèle déjà la complexité : si on veut minimiser ses risques, on minimise ses chances, si on veut maximiser ses chances, on maximise ses risques. Les joueurs doivent chacun imaginer quelle est la stratégie de l'autre, et cela dans un jeu à deux joueurs supposés rationnels. Or, dans la réalité, les jeux sont à plusieurs et les joueurs ne sont pas rationnels. C'est un peu cette conscience qui a nourri ma réflexion : on ne peut éviter le risque.

■ **Vous considérez-vous comme celui qui, dans la conjoncture intellectuelle contemporaine, a réintroduit l'incertitude dans la pensée ?**

Un parmi d'autres. Étant polyvalent, j'ai pu la réintroduire à différents niveaux de la réflexion, alors que, par exemple, un Monod ou un Atlan ne l'ont fait que dans leur domaine, la biologie. J'ai essayé de faire communiquer leurs conceptions avec notre histoire sociale et humaine. Dans un pareil projet, - transdisciplinaire -, on est aidé par le fait que d'autres aient pensé la même chose à d'autres niveaux. Quand, par exemple, Prigogine introduit en physique l'idée de bifurcation, on se demande pourquoi les historiens ont banni cette idée, alors que le monde physique est moins complexe que le monde social et humain. En fait, dans tous les domaines, j'essaie de négocier avec l'incertitude.

■ **Quelles grandes références intellectuelles vous donnez-vous ? Dans quelle tradition aimez-vous vous inscrire ?**

D'un côté, je me considère comme inscrit dans un tissu culturel français et européen et, d'un autre, un peu comme un aérolite. On n'est certes jamais, même quand on s'appelle Nietzsche, un pur aérolite. On a sa propre idiosyncrasie, mais elle vient de quelque chose d'autre. Mon tuf culturel, c'est d'abord Héraclite, parce qu'Héraclite affronte, de façon absolument magistrale, les contradictions avec la volonté de les voir en face ; c'est encore Montaigne, le Montaigne de l'examen de soi mélangé à l'examen du monde qui l'environne, le lien entre l'autocritique et la critique, cette sorte d'énergie critique qui fait qu'il n'admet rien *a priori* ; c'est plus profondément Pascal, parce que Pascal unit en lui le scepticisme de Montaigne, la rationalité scientifique et la mystique ; c'est le Pascal de l'homme situé entre les deux infinis, entre ce mélange de folie et de sagesse ; c'est encore Hegel, parce que Hegel est un esprit qui a voulu affronter les contradictions en disant qu'on doit porter la mort en soi, regarder la mort, parce qu'il y a chez lui l'idée de la force de la négativité ; c'est enfin Marx, maintenant très provincialisé, mais qui demeure inscrit dans cette constellation. Tel est l'horizon intellectuel au sein duquel je me situe, bien que j'aie pris beaucoup de choses à d'autres pensées. Aérolite, je ne m'inscris pas dans une tradition unique, j'unis des influences apparemment antagonistes.

■ **Dans votre dernier livre, - Terre-Patrie -, vous réaffirmez vos convictions fondamentales. On peut être étonné qu'elles débouchent sur l'invocation d'une religion. L'avenir de l'incertain serait-il la religion ?**

Précisons d'abord que les religions modernes comportent le dialogue avec le doute. Pensons à Pascal ou à Unanimo. Précisons encore qu'il y a deux types de religion : la religion avec Dieu, les religions du salut qui sont celles du monde occidental, et les religions du deuxième type, cachées derrière des idéologies. Le communisme, par exemple, était une religion de salut terrestre ; la providentialisation du progrès et de la science est aussi un phénomène de nature religieuse ; la foi missionnaire des instituteurs des débuts de la République avait une composante religieuse, en se croyant scientifique et rationnelle. Autrement dit, la rationalité et la science peuvent être le camouflage d'une attitude religieuse. Le marxisme se croyait absolument scientifique, scientificité qui l'aidait à se camoufler à lui-même la nature mystique et religieuse de sa foi.

Dans *Terre-Patrie*, c'est avec beaucoup d'hésitation que j'ai utilisé le mot de religion en parlant d'une religion de troisième type, c'est-à-dire faisant le plein emploi de la rationalité tout en étant ouverte sur l'abîme et sur l'inconnu, et dont la fonction serait simplement de relier. J'y mets en parallèle, sans vouloir les déduire, le principe de la pensée complexe, qui est la pensée qui relie les choses séparées et compartimentées, et l'idée d'une éthique de solidarité qui est elle-même une éthique qui relie. Quand on comprend que le fait religieux peut se développer hors des religions officielles, on peut me comprendre. Mais je reste prudent : je n'ai avancé cette idée de religion qu'au terme d'un chapitre dont l'idée centrale est celle de l' « évangile de la perte - et du - vivre pour vivre ».

■ **Le terme de religion est un peu provocateur, à une époque où on pouvait penser vivre le « désenchantement du monde ».**

Contrairement à Malraux annonçant que le XXI<sup>e</sup> siècle serait religieux, je dis que le XX<sup>e</sup> siècle a été un siècle hyper-religieux. J'ai toujours été frappé par ce que Toynbee a dit de la nation : la nation est une notion religieuse, une notion avec culte, avec respect, héros, martyrs, sacrifices, rites. La modernité a créé cette religion de la nation qui ne se connaît pas en tant que telle. Le XX<sup>e</sup> siècle a été une époque de religion de salut terrestre avec le communisme ; c'est une époque de religion nationale avec ses formes exacerbées comme celles qu'a prises le III<sup>e</sup> Reich, que nous voyons redevenir virulentes un peu partout. Tout cela était et demeure très religieux. Je demande qu'on sorte de ces religions-là.

■ **Ce thème de la perte est un thème très désespéré.**

Peut-être, mais s'il fallait refuser les idées en raison de leurs conséquences, on refuserait pas mal d'idées justes. Le thème de la perte est désespéré, mais je le joins au mot d'évangile, qui veut dire « bonne nouvelle ». La perte est une mauvaise nouvelle qu'il faut accepter. L'idée procède de la constatation de la situation de l'homme dans le monde, sur cette planète, dont on ne sait ni d'où elle vient et ni où elle va, d'un homme qui ne sait pas pourquoi il est né, dont la vie n'obéit à aucun sens préétabli et n'a aucun sens providentiel. Nous sommes perdus, en deux sens : perdus dans l'univers gigantesque ; perdus parce qu'il n'y a rien au-delà. Malgré ou à partir de ce constat, je dis qu'il y a une bonne nouvelle : nous avons une maison, un jardin, que nous pouvons cultiver – Candide à l'échelle planétaire. Ce n'est pas le petit jardin où on rentre chez soi, mais le jardin collectif de l'humanité, la Terre. La bonne nouvelle est de dire : « Soyons frères non pas parce que nous serons sauvés ensemble, mais parce que nous sommes perdus ensemble ». C'est un peu ce que disait Bouddha. Puisque nous sommes tous voués à la souffrance, ayons un peu de commisération pour nos compagnons de misère, étant entendu que dans cette vie il y a des possibilités de joie, de bonheur. Mais elles n'iront jamais jusqu'à exclure le malheur et la peine. Au contraire, plus on éprouve de bonheur à vivre avec quelqu'un qu'on aime, plus on est malheureux si cette personne s'éloigne. Ce sont là des choses de l'expérience de chacun, mais qu'on tente de refouler. On ne peut séparer l'espérance de la désespérance.

■ **Quel diagnostic faites-vous quant à l'attitude de nos sociétés développées à l'égard de l'incertitude, où le besoin de sécurité paraît si fort que les gens demandent toujours plus de protection, d'assurances et de sécurité sociale ?**

Dans la mesure où les anciennes formes de solidarité, familiales et locales ont disparu, il a bien fallu solidariser la société dans son ensemble par des voies administratives et bureaucratiques. Cette exigence légitime a eu des effets moraux et intellectuels pervers. Notamment une mentalité sécuritaire qui prétend éliminer de l'existence l'idée de risque. Chacun oubliant que sa propre vie est une aventure, l'accident que l'on ne sait plus affronter devient un événement incompréhensible qui demande systématiquement compensation.

L'humanité, pendant des dizaines de milliers d'années, a été constituée de peuples chasseurs et ramasseurs. Ils vivaient dans un monde incertain et aléatoire. Si un incendie survenait dans la forêt où ils vivaient, ils se déplaçaient. Étant mobiles, et ne pratiquant pas l'agriculture, ils n'étaient pas tributaires d'une récolte, de choses qui pouvaient se dégrader, de réserves, de greniers. L'humanité a toujours vécu avec cet affrontement du risque. Mais, dans nos sociétés, comment pourra vivre quelqu'un qui ne serait pas soutenu par nos assurances sociales ? En fouillant les poubelles ? En pratiquant la mendicité ? Il n'y a plus la ressource de pouvoir trouver ces possibilités de vie par soi-même. Il y a une tension entre les justes besoins d'une solidarité sociale face au risque et la nécessité de préserver une attitude de vie capable d'affronter le risque, d'autant plus que le monde se trouve désormais dans une situation très risquée. N'oublions jamais que tout destin humain comporte une incertitude et un tragique fondamental.

■ **Quel est l'avenir de l'incertitude ? Pensez-vous que le xx<sup>e</sup> sera le siècle de l'incertitude, autant que le xx<sup>e</sup> aura été celui des planifications, des grands projets ?**

Qui se sont tous effondrés. Tout ce qu'on a voulu construire sur des données certaines était fondé sur des données très limitées. Que ce soit Fos-sur-Mer, le barrage d'Assouan, le détournement des fleuves sibériens, tous ces projets technologiques ont été incapables de contextualiser et de multidimensionnaliser les problèmes à résoudre. La recherche de la certitude dans l'enfermement technocratique fut, et demeure, l'une des nuisances de l'époque ; elle a conduit à beaucoup de catastrophes. Ce siècle s'est donné des moyens très mutilants de se donner des certitudes qui sont de fausses certitudes. Aujourd'hui, ces fausses certitudes s'effondrent. On retrouve l'incertitude. Mais l'incertitude n'est jamais totale. Il y a des îlots de certitude et des zones d'incertitude en fonction desquels peuvent se construire la stratégie de pensée et la stratégie de l'action. Dans l'incertitude absolue, il faut jouer à pile ou face, il n'y a plus de stratégie.

On entre dans une époque où les certitudes s'effondrent. Le monde est dans une phase particulièrement incertaine parce que les grandes bifurcations historiques ne sont pas encore prises. On ne sait pas où l'on va. On ne sait pas s'il y aura de grandes régressions, si des guerres en chaîne ne vont pas se développer. On ne sait pas si un processus civilisateur amènera à une situation planétaire plus ou moins coopérative. L'avenir est très incertain.

A supposer qu'on arrive à civiliser cette Terre, ce qui ne saurait se faire du jour au lendemain, on disposerait à nouveau du minimum de tranquillité qui permettrait de réfléchir sur l'incertitude métaphysique. Autrement dit, si, dans la vie concrète, vous êtes dans l'incertitude, vous tendez à éliminer les grandes incertitudes fondamentales, philosophiques ou autres, alors que si vous êtes dans une situation tranquille, vous pouvez à nouveau vous interroger sur les grandes incertitudes.

■ **Quel rapport établir entre incertitude et complexité ?**

Au sens banal du mot complexité, on dit : c'est complexe. C'est-à-dire : c'est confus, je ne peux pas vous répondre. Pourquoi ne peut-on pas répondre ? D'abord parce que la pensée est incertaine, hésitante ; elle n'arrive pas à trouver la formule, le mot, l'énoncé qui puisse, de façon claire et distincte, formuler : - Voilà de quoi il s'agit. - Le problème de la complexité est d'abord d'affronter une incertitude conceptuelle par rapport à nos habitudes de pensée qui supposent qu'à tous les problèmes on peut apporter une réponse claire et distincte. A la méthode cartésienne qui dit : divisons les difficultés et traitons-les une à une, répond une autre méthode pour qui la connaissance des parties ne prend sens que si on la lie à la connaissance d'un tout qui, en tant que tout, mérite d'être étudié en lui-même. La complexité est dans l'enchevêtrement qui fait que l'on ne peut pas traiter les choses partie à partie, ce qui coupe ce qui lie les parties et produit une connaissance mutilée. Le problème de la complexité apparaît encore parce que nous sommes dans un monde où il n'y a pas que des déterminations, des stabilités, des répétitions, des cycles, mais aussi des perturbations, des tamponnements, des surgissements, du nouveau. Dans toute complexité, il y a présence d'incertitudes, soit empirique, soit théorique, et le plus souvent à la fois empirique et théorique.

■ **Y a-t-il une éthique de l'incertain ?**

Une éthique pour l'incertain, oui. L'incertain nous oblige à complexifier l'éthique. Il nous place dans ces situations de *double bind* dont parle Bateson, où il faut trancher entre deux impératifs contraires. La femme du Bédouin assassiné voit arriver au crépuscule un fugitif, l'assassin de son mari, qui demande asile. Cette femme a deux impératifs : celui de venger son époux et celui de l'hospitalité. Elle lui donne l'hospitalité la nuit, et le lendemain va avec ses frères le tuer pour accomplir la vengeance. Elle a été confrontée au même moment à deux devoirs contraires et a dû trouver une solution en satisfaisant l'un, puis l'autre.

L'incertitude nous pose le problème des contradictions éthiques. L'éthique, en elle-même, ne fait pas problème. On entend dire qu'il nous faudrait une nouvelle éthique. Je ne vois pas en quoi. L'éthique, nous la connaissons : fais le bien, évite le mal, soit responsable. L'idée de l'éthique de la responsabilité de Hans Jonas n'apporte rien de fondamentalement nouveau. Quand il dit : soyez responsables pour les générations futures, il n'apporte pas une révolution éthique. Il n'y a pas de révolution éthique. La vraie question, ce sont les contradictions éthiques. Est-ce que, par exemple, à tel moment, je dois cesser d'aider mes proches pour aider l'humanité, quitte à ce que je me trompe en croyant aider l'humanité, ou est-ce qu'au contraire je dois me borner à aider mes proches en laissant tomber ce qui est extérieur ? Soit encore les problèmes posés par l'euthanasie et les dons d'organe : faut-il prolonger indéfiniment la vie selon l'impératif hippocratique qui stipule que la vie des malades est sacrée ? Mais est-ce que cette vie qui a cessé d'être consciente, qui est une vie de légume est la même vie ? Ne vaut-il pas mieux prélever des organes chez ce malade condamné pour les donner à quelqu'un et le sauver ? Les problèmes éthiques sont des problèmes d'incertitude.

■ **Comment trancher ?**

Chaque praticien tranche par un pari. Dans ces domaines, on devrait consulter plus les citoyens. Les mères porteuses ont été tolérées, puis prohibées, sans que la décision quitte les sommets. Ni les partis politiques ni les citoyens n'ont été introduits dans cette probléma-

tique qui, avec les banques de sperme, la fécondation *in vitro*, etc., met en cause les fondements en apparence inaltérables de la paternité, de la maternité et de la filiation. Il doit y avoir un débat, et alors on peut s'arrêter à une solution moyenne à un moment donné. Pour la question de l'avortement, du fœtus, certains disent : le fœtus n'est humain que quand il entre dans le monde ; d'autres soutiennent qu'il ne devient humain qu'à partir du moment où il est formé. Et il y a ce que dit François Jacob, qui me semble très juste : la vie ne naît jamais, elle continue. Il faut faire un choix nécessairement arbitraire, il faut savoir qu'on prend telle décision et dire : l'avortement est toléré jusqu'à telle époque. Il faut considérer le souhait de la femme qui a le droit de ne pas subir la fatalité d'un enfant qu'elle ne voudrait pas, le droit de la société qui veut voir réguler le problème des naissances, et aussi le droit de l'embryon. Entre la position traditionaliste qui consiste à dire : c'est un assassinat, et la position moderniste qui consiste à dire : pas du tout, c'est libérer la femme, il y a une position incertaine, qui opère des choix provisoires. Le problème éthique tient à ce qu'on vit des contradictions éthiques, et que l'on doit prendre des décisions qui comportent toujours quelque chose de négatif ■

*Propos recueillis par François Ewald.*



# Risques, COMPLEXITE ET RESPONSABILITE

Trois récents colloques centrés sur la question des risques collectifs et de leur traitement dans les sociétés modernes permettent de prendre mesure de l'état de la réflexion dans ce domaine. Le fait majeur, probablement, est le lien de plus en plus fréquemment opéré entre complexité et responsabilité. Cette question était au centre du III<sup>e</sup> colloque juristes-ingénieurs organisé à Lyon par la Société de chimie, les 17 et 18 mars 1993, sur le thème - Risques technologiques, accidents et justice -. Lors de cette réunion, une confrontation particulièrement intéressante a eu lieu entre des représentants de l'industrie et de la magistrature. On a notamment pu constater les différences persistant entre ces deux mondes, malgré les évolutions survenues dans chacun d'eux et une évidente volonté de rapprochement.

Avec le développement des sciences du risque, plus particulièrement de la cyndinique, les représentants du milieu industriel acceptent de parler publiquement des problèmes que leur pose, en terme de sécurité, la complexité des processus engagés dans leurs établissements. Ils soulignent que, quelles que soient les mesures prises en matière de sécurité, le risque nul n'existe pas. C'est là, on le sait, une position devenue commune aux grands acteurs publics et privés concernés par cette question. Mais les représentants de l'industrie soulignent aussi que, en cas de réalisation d'un risque, en cas d'accident donc, il n'est pas toujours aisé d'en établir la cause. Si, parfois, des erreurs peuvent être établies, l'accident résulte le plus souvent d'une série de dysfonctionnements dans des systèmes complexes sans que l'on puisse véritablement identifier une cause principale ou hiérarchiser celles qui ont été repérées. De là, bien sûr, une gêne à l'égard de toute procédure visant à établir une responsabilité là où règne une grande complexité.

De leur côté, les juristes ont rendu compte des changements survenant au sein du droit, notamment ceux qui visent à une meilleure adaptation aux réalités contemporaines. Ils se sont particulièrement intéressés à une nouvelle disposition prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales. Fascinés par cette « invention », les juristes voient là une possibilité de prendre en compte des fautes non imputables à des individus mais à ces organisations. Tout le monde avait alors à l'esprit le malaise provoqué par la condamnation d'agents qui, du seul fait d'une logique juridique, étaient rendus responsables d'accidents ou de graves dysfonctionnements dont les causes ne se réduisaient pas à des erreurs humaines. Sans que cela soit explicitement dit, les magistrats se comportaient, lors de ce colloque, comme s'ils avaient trouvé, avec la responsabilité pénale des personnes morales, un moyen de remédier à une double insuffisance : celle de la responsabilité individuelle qui fait porter indûment sur des personnes des « erreurs » résultant le plus souvent d'un excès de complexité ; celle de l'assurance qui, bien que permettant la saisie de la complexité moderne, ne règle pas, socialement parlant, le problème de la faute. C'est particulièrement

\* Directeur de recherche au CNRS, codirecteur du GDR Crise.

vrai quand des accidents ou des dysfonctionnements ont des conséquences mortelles pour des collectivités ou des communautés humaines homogènes (cf. l'affaire du sang).

On aurait pu s'attendre, avec cette meilleure prise en compte de la complexité par le droit, à l'ouverture d'un véritable dialogue entre les industriels et les magistrats. En fait, il n'a pas vraiment eu lieu, les magistrats soulignant, avec une certaine force, la permanence de leur logique, à savoir la recherche de la faute pour établir une responsabilité, individuelle ou collective. Aussi, les industriels, qui ne savaient trop ce que risque d'impliquer, à terme, la responsabilité pénale de leurs entreprises, ont semblé quelque peu déroutés par les propos des magistrats. Ceux-ci ne cachaient pas que leur exploration de la complexité risquait de s'arrêter là où une responsabilité formelle pouvait être établie, là où une cause pouvait être trouvée. Il est tout à fait symptomatique qu'à une question relative à la difficulté d'établir des causes dans les systèmes complexes un magistrat ait répondu en s'appuyant sur des exemples trouvés dans des domaines assez traditionnels (les travaux publics, la sécurité routière). Bref, malgré un rapprochement, des appels à la concertation, il est apparu assez évident que la logique judiciaire visant à trouver à chaque effet une cause, à chaque accident une faute, était, malgré les aménagements opérés, encore contradictoire avec l'approche faite par les industriels de la complexité.

Ce problème de la complexité et de la responsabilité a aussi été abordé, sous un autre angle, lors du colloque qui s'est tenu à Pont-de-Claix, les 1<sup>er</sup> et 2 avril 1993, sur le thème suivant : « Sites industriels et urbains, prévention des risques ». Lors de ce colloque organisé par quatre villes (Pont-de-Claix, Rouïba, Martorell, Stravroupoli) dans le cadre de Med-Urbs (CEE), on s'est tout d'abord interrogé sur ce qui assurait, de fait, la sûreté des systèmes complexes, notamment ceux qui sont liés à des activités dangereuses. Un décalage est apparu entre la représentation habituellement donnée de ces systèmes par ceux qui en ont la charge et les analyses ou observations des chercheurs. Ainsi, des remarques théoriques, à caractère assez général, sur l'étroite imbrication du formel et de l'informel dans tout système ou organisation complexe ont-elles été confirmées par les observations faites au sein même de ces ensembles par les ergonomes. Ayant désormais un champ d'investigation très large, les ergonomes ont notamment insisté sur la multiplicité des arrangements, des procédures informelles qui échappaient à la connaissance des hiérarchies. Tant que les systèmes complexes sont maintenus, grâce notamment à ces arrangements et procédures, dans un état de sûreté, l'imbrication du formel et de l'informel ne pose pas de sérieux problèmes. Tout autre est la situation en cas d'accident, puisque l'établissement des responsabilités conduit à faire apparaître comme « anormal » ce qui, en réalité, est intimement lié au fonctionnement de tout système complexe. Bien sûr, ces approches ne sont pas nouvelles, les analyses en terme de réseaux ayant, depuis un certain temps déjà, contribué à ne pas confondre organigrammes et relations réelles, consignes formelles et procédures effectivement mises en œuvre. Mais l'important est que ces approches, familières aux spécialistes, soient désormais présentes lors de débats publics sur les risques collectifs.

De façon encore plus directe qu'à Lyon s'est donc posée la question de la responsabilité. Comment, en effet, les industries, ou tout acteur impliqué dans la gestion d'activités dangereuses ou vitales, peuvent-elles garantir, malgré les précautions de langage habituellement prises, un état de sûreté dès lors que celui-ci repose sur des processus qu'elles ne contrôlent que partiellement, compte tenu de l'importance des automatismes, des effets de réseaux, de l'auto-organisation, etc. ? Il a ainsi été noté que la coupure risquant de s'effectuer entre responsabilité formelle et responsabilité réelle pouvait être à l'origine de crises graves, lorsqu'il s'avère, à l'occasion d'un accident ou d'un dysfonctionnement important, que la capacité de contrôle des « responsables » n'est pas à la hauteur des garanties données formellement. Cela d'autant que, malgré les corrections faites dans les stratégies de communication, l'idée selon laquelle « tout est sous contrôle » semble persister, notamment du côté de la population, qui, quoi qu'on en dise, n'est pas vraiment décidée à entendre que le

risque nul n'existe pas. Tout laisse à penser qu'aucun « contrat », même moral, n'est passé sur la base du risque acceptable et que, en cas d'accidents majeurs ou de dysfonctionnements graves, les victimes seront spontanément portées à exiger l'établissement de responsabilités individuelles et collectives, sans renoncer aux réparations financières. Bref, il est assez clairement apparu, lors du colloque de Pont-de-Claix qu'un piège risquait de se refermer sur tous les « responsables » – industriels, hommes politiques, fonctionnaires, experts – si une nouvelle relation n'était pas établie entre complexité et responsabilité.

Sans que l'articulation ne soit clairement opérée, une voie nouvelle a été explorée dans ce sens lors du même colloque. Une autre question au centre de ces débats a, en effet, été : comment vivre avec un risque industriel, notamment là où des établissements sont implantés dans les agglomérations ? Entre l'administration d'État en charge de la prévention des risques, notamment des risques majeurs, et les collectivités locales, il y a parfois de sérieuses divergences sur ce point. Le maire de Pont-de-Claix, par exemple, milite pour l'idée selon laquelle il convient de vivre avec les risques sans craindre les proximités, que c'est même là un élément important de la sécurité collective. L'administration d'État, qui éloigne systématiquement les nouveaux établissements, oblige ceux qui sont enclavés à prendre de nombreuses précautions en envisageant le pire, et a donc un tout autre mode d'appréhension des risques. Mais, au-delà des divergences, il est intéressant de noter qu'aussi bien les représentants de l'État que ceux des collectivités locales ont opéré un déplacement en posant la question du risque comme l'objet d'une « négociation ».

A une approche de type juridique mettant les créateurs de risques « face à leurs responsabilités » se substitue une logique de nature sociopolitique où les différents acteurs concernés négocient les risques en fonction de leurs positions, des intérêts qu'ils représentent ainsi que de leurs responsabilités formelles. L'acteur ou la structure créateurs de risques ne sont ainsi pas situés d'emblée dans la perspective de la confrontation avec le juge – cadre du colloque de Lyon –, mais dans celle d'une concertation préalable avec ceux qui, sans rendre le risque acceptable, peuvent contribuer à sa socialisation, préalable de toute prise en charge collective. Il ne s'agit cependant là que d'orientations. Même si, lors du colloque de Pont-de-Claix toutes les parties prenantes dans le traitement des risques industriels étaient présentes – industriels, élus locaux, représentants de l'administration publique, syndicalistes, etc. –, les implications dans le débat ont été très variables. Il semble bien que les créateurs de risques collectifs balancent encore entre deux logiques : s'en tenir à leur rôle de producteurs de biens et de services, intégrer les contraintes de la sécurité et de l'information tout en étant prêts à assumer des responsabilités formelles en cas d'accident ; participer à une autre mode d'insertion de l'entreprise dans la société en acceptant les contraintes sociopolitiques liées à une négociation globale du risque. De même, l'administration publique, dont certains segments ont favorisé l'engagement d'une telle négociation, hésite encore à aller plus avant. Elle s'en tient encore souvent, dès qu'il est question de risques collectifs, à une position tutélaire très classique. Ainsi, l'examen des procédures d'information de la population a fait apparaître la persistance d'une approche traditionnelle en terme de sécurité civile. Bref, il semble bien qu'il y ait encore quelques réticences à assumer pleinement le « risque de la démocratie » dans un domaine demeurant très sensible.

Le colloque qui s'est tenu en Avignon les 14 et 15 mai 1993 était organisé par le Centre de recherche et d'études sur le droit appliqué à la sécurité civile de la faculté des sciences juridiques, politiques et économiques d'Avignon (université d'Avignon et des pays de Vaucluse). Ayant pour thème « La crise et le droit de la sécurité civile », il n'abordait pas directement le rapport entre complexité et responsabilité. Mais, en suscitant une réflexion dans un champ encore peu exploré par les juristes, les intervenants à ce colloque ont fait un premier bilan sur des aspects certes formels, mais très utiles pour comprendre comment le droit est travaillé par la complexité contemporaine.

Le renforcement des prérogatives de l'État, aussi bien en matière de prévention que de la

gestion des crises, a, une fois encore, été relevé, ainsi que les arguments justifiant une telle évolution dans une société où pouvoirs et savoirs sont de plus en plus partagés : la recherche de l'efficacité pour faire face aux nouveaux risques, notamment à ceux qui sont qualifiés de majeurs. Il était important que des juristes, s'attachant aux textes, prennent clairement acte d'une évolution parfois présentée comme allant de soi et, surtout, comme ne remettant pas véritablement en question les attributions des élus locaux. De même était-il important que ces juristes montrent, par la façon dont ils abordaient les problèmes, que c'est encore largement à travers l'examen de la répartition des compétences au sein de la sphère publique qu'est abordée, en France, la question de la sécurité collective.

Mettant à plat les grandes évolutions, les intervenants au colloque d'Avignon se sont aussi attachés à examiner, dans une perspective juridique, des problèmes habituellement mal traités au sujet des crises. Ainsi en a-t-il été de la question des libertés publiques, souvent oubliée, compte tenu du « droit » souvent reconnu à l'État de suspendre les procédures démocratiques normales dans les circonstances exceptionnelles. Un autre point important, rarement abordé frontalement, a lui aussi été mis en évidence : le coût des crises. L'examen des dispositifs prévus pour assumer les dépenses montre bien leur caractère assez irréalistes et, de ce fait, l'obligation dans laquelle se trouvent les pouvoirs publics de recourir à des mesures ponctuelles et à caractère souvent exceptionnel, rendant par la suite difficile l'établissement de tout véritable bilan. Les remarques peuvent être étendues au problème de l'indemnisation des victimes lors de catastrophes, qui demeure encore mal réglé.

Bref, avec le colloque d'Avignon, la pensée juridique s'est portée dans quelques-uns des coins d'ombre du droit quand il se trouve en prise avec la crise. Le mérite de cette démarche est de montrer que la contradiction entre les diverses logiques traversant ce champ sont telles qu'elles ont un retentissement en termes juridiques et que, d'une certaine façon, il suffit d'examiner les textes sérieusement pour en prendre mesure. Cela dit, et c'est la limite de toute approche juridique, il convient aussi d'examiner comment sont effectivement gérées les situations de crise pour que le formel ne commande pas trop au réel. Si, lors du colloque, les nombreuses références à des crises passées ont permis d'éviter les pièges du formel, il semble, par contre, que des éléments d'analyse manquaient parfois pour compléter la description faite des dispositifs de prévention.

Les colloques de Lyon, de Pont-de-Claix et d'Avignon montrent bien que, en matière de sécurité collective, on est véritablement entré dans le temps de la réflexion et que les acteurs les plus immédiatement concernés acceptent de débattre publiquement de questions jusque-là abordées dans des enceintes plus restreintes. Il est encourageant que des ingénieurs et des juristes – en fait, des industriels et des magistrats – se soient ensemble interrogés sur les problèmes posés par l'accroissement de la complexité et la montée des responsabilités, malgré les doutes qu'ils pouvaient raisonnablement avoir sur la possibilité de dépasser certaines contradictions. De même est-il important que, à l'initiative de collectivités locales, on ait à nouveau abordé la question de la négociation sociale du risque, qui, probablement, seule, peut éviter que ne se referme trop vite le piège des responsabilités formelles sur les créateurs de risques ainsi que sur ceux en charge de la protection de la population. Enfin, le fait que des juristes décident d'engager une réflexion collective, dans un domaine où ne s'étaient véritablement aventurés que quelques pionniers, laisse espérer la multiplication des analyses critiques de textes souvent trop utilisés par des non-juristes comme les tables de la Loi.

Bien entendu, il conviendrait que ces grands axes de réflexion se recoupent et que, notamment, la question des risques soit désormais étroitement associée à une meilleure compréhension de l'évolution des systèmes complexes et du régime de la responsabilité dans les sociétés démocratiques modernes ■

***La Diagonale de la banque et de l'assurance vie,*  
par Michel Bisch, directeur général de Sogenal Vie à Strasbourg.**

La bancassurance fait maintenant partie du paysage quotidien. Plus de la moitié des assurances individuelles sont aujourd'hui vendues par les guichets des établissements financiers, et tous les groupes de banque ou d'assurance ont pris pied dans l'autre métier, sous des dénominations diverses. Et pourtant il y a quelques années, la bancassurance était parfois considérée comme une mode passagère. Une telle évolution méritait une analyse approfondie.

Michel Bisch y apporte une contribution importante à travers son livre *La Diagonale de la banque et de l'assurance vie* ; la qualité didactique de l'ouvrage sera sûrement appréciée de tous, comme elle l'avait été pour son ouvrage précédent, *Assurance banque de deuxième génération*.

A partir de l'expérience acquise, notamment lors de la création d'une compagnie d'assurance vie par la Sogenal, son livre passe en revue de nombreux aspects des relations entre banquiers et assureurs. Ce livre constitue à la fois un ouvrage de référence pour l'étudiant et une occasion de réfléchir pour le décideur, banquier ou assureur, sur le métier de l'autre. Comme il l'écrit : « Les connaissances réciproques des métiers permettent un gain de temps considérable pour anticiper sur des consensus qui ne sont souvent vécus par les différents responsables de départements que comme des concessions. »

Michel Bisch a su dégager les complémentarités entre des métiers qui, traitant tous deux du temps et de l'argent, étaient faits pour se rencontrer.

Par une analyse détaillée des mécanismes de constitution des bilans et des résultats, l'auteur démontre que les « inversions ou complémentarités de cycles contribuent à un équilibre d'ensemble qui donne à l'opération de banque/assurance une stabilité et une profitabilité globales que devrait normalement apprécier l'actionnaire ».

« Il est certain qu'une compagnie d'assurances peut contribuer notamment à l'équilibrage du passif bancaire. En échange, la banque peut contribuer puissamment au développement du chiffre d'affaires, c'est-à-dire du compte d'exploitation de la compagnie d'assurances. Cette étonnante relation compte d'exploitation/bilan entre la banque et l'assurance entre dans une logique financière et d'action des plus subtiles. »

Cette complémentarité des bilans se retrouve dans les cycles de résultat. L'assurance, dont le métier est la gestion de l'avenir, part de la position pessimiste qu'elle pourrait très bien ne plus réaliser d'affaires demain. Par conséquent, il lui appartient de constituer dès aujourd'hui les provisions permettant de faire face à ses engagements en cas d'arrêt de la production. Tout développement du chiffre d'affaires s'accompagne donc d'une réduction des résultats.

A l'inverse, les banques ne constituent pas de provisions à caractère statistique sur leurs crédits. La banque enregistre donc des résultats immédiats positifs, intégrant la part de la marge prise pour couvrir le risque d'insolvabilité sans inscription des provisions liées. Une

banque qui stopperait ses affaires nouvelles verrait donc très rapidement sa situation se détériorer du fait du poids des sinistres à venir. - C'est dans l'expansion que les résultats de la banque s'améliorent. -

Cette complémentarité des métiers se retrouve au niveau de leurs risques. En cas de mouvement des taux d'intérêt, les risques sont en effet opposés. Si l'actif et le passif sont congruents, le risque pour l'assureur est constitué par la montée des taux qui peut provoquer le rachat des contrats antérieurs et imposer la cession d'actifs avec des moins-values importantes. A l'opposé pour le banquier, le risque est constitué par une baisse des taux qui peut provoquer le remboursement anticipé des prêts.

Ces éléments théoriques ne suffisent pourtant pas à convaincre de l'intérêt de la bancassurance. Après tout, ils sont vrais depuis plusieurs dizaines d'années, et celle-ci n'est pratiquée que depuis peu. En fait, plus qu'une théorie, je crois que la bancassurance est une pratique. Et son intérêt est maintenant démontré par le constat du succès remporté par des groupes comme le Gan CIC, dont plus de 25 % des primes d'assurance proviennent en 1992 de la bancassurance.

Ce succès représente un travail long et patient, car il s'est au fond agi de créer des passerelles entre les cultures. Depuis sept ans, des milliers de collaborateurs ont appris à travailler ensemble, à prendre conscience de leur solidarité en respectant l'identité et le métier de l'autre.

Dans cette osmose des cultures, l'auteur évoque l'intérêt pour les banquiers d'adopter des méthodes inspirées de celles des assureurs comme la gestion actif/passif ou le recours aux probabilités pour l'évaluation de certains postes comme le risque d'insolvabilité.

Il dissèque aussi les relations des commerciaux avec leurs clients. La relation du banquier est fréquente, liée à la vie quotidienne du client. La relation de l'assureur est plus rare, mais elle embrasse un nombre plus élevé de partenaires : le souscripteur, l'assuré et le bénéficiaire, qui, dans beaucoup de contrats, sont différents. Les possibilités pour un groupe de bancassurance de conquérir et de fidéliser le client en sont pour lui multipliées. Là encore, il convient de souligner, que derrière ces concepts, seules des relations de confiance, créées entre les équipes, pourront construire à long terme une coopération fructueuse. Et cette confiance passe par des centaines de décisions dont la mise en œuvre exige une implication importante du management.

\*  
\* \*

La - diagonale - de la bancassurance fonctionne. Les chiffres déjà le montrent tous les jours. Ceux du groupe Gan CIC (plus de 7,5 milliards de produits d'assurance commercialisés par les réseaux du CIC). Ceux aussi de toutes les filiales d'assurance de banques qui désormais occupent plus de la moitié du marché de l'assurance vie.

Mais le mérite de Michel Bisch est de montrer que ce succès n'est pas le fait du hasard ou des circonstances, mais des complémentarités de fond entre les deux métiers de la banque et de l'assurance.

Il reste que l'importance de la « diagonale » ne doit pas faire oublier les autres parties de l'« échiquier ». Le développement de la bancassurance ne peut en effet laisser croire qu'il n'y aura plus de banquiers ni d'assureurs. Il reste deux métiers clairement distincts qui doivent continuer à s'exercer dans le respect de l'identité de chacun. La constitution des groupes de bancassurance ne signifie pas la fusion des entreprises et encore moins leur confusion. Être performant chacun dans son domaine est et restera l'objectif essentiel. Pour moi, la bancassurance, ce doit être toute la banque, plus toute l'assurance, plus toutes les diagonales entre ces deux métiers ■

François Heilbronner,  
Président Directeur Général du GAN.

***La Médiatrice de la banque et de la réassurance financière***  
par Michel Bisch, Administrateur directeur général de Sogenal vie  
Argus, 1993

La banque et l'assurance, deux mots, deux mondes, se sont réunis par un nom composé, puis par un seul mot. Le rapprochement des métiers a créé, plus qu'une somme, un produit. Ce chemin, spectaculaire pour l'assurance vie, se présente en quelques esquisses déjà fortes dans l'assurance de choses. Ce succès est jalonné de conflits, d'incompréhensions, de redécouvertes des métiers.

Le débat sera souvent d'autant plus difficile, mais finalement approfondi, que l'entreprise de banque est ancienne, porteuse d'une forte tradition de métier, d'une culture très marquée.

Dans un premier ouvrage, Michel Bisch, avait présenté la jonction de contrats d'assurance vie et d'opérations de crédits. Ses travaux font référence en la matière dans « Assurance Banque 2<sup>e</sup> génération », (l'Argus, 1991).

Quittant les techniques de produits, pour se rapprocher de la gestion conjointe des sociétés, le même auteur, dans « La Diagonale de la banque et de l'assurance vie » (l'Argus, 1992), définit les rapports stratégiques, avec leurs alternatives, centre les métiers de banque et d'assureur vie. Les développements observés sur le marché, tant en matière de crédit in fine dont les fondements théoriques ont été posés dans le premier ouvrage, que dans le développement extraordinaire de l'assurance vie distribuée par guichet, ont confirmé la pertinence des analyses.

La gestion de l'entreprise ou du groupe financier ne peut s'affranchir d'une dimension temporelle. Le commerce de l'argent est bien celui du temps, celui que les épargnants vendent moyennant intérêt, celui que les emprunteurs achètent moyennant un autre intérêt. La gestion de ces dimensions de temps et de risques requiert un réel approfondissement des techniques, une sorte de multiculturalisme professionnel. Ce multiculturalisme si propre à développer les affaires dans un groupe international, peut se doubler d'une autre dimension

à travers les métiers. C'est le sens que nous avons retenu du dernier ouvrage - La médiatrice -.

Incontestablement le premier à analyser et pratiquer de manière juxtaposée la banque et la réassurance financière, il introduit une profonde innovation dans la vision, et peut être, la manière de développer l'entreprise de banque. Le praticien en jugera. A force d'approfondir le sens et les techniques des métiers, l'auteur en a dégagé quelques principes universels, c'est à-dire transposables d'un environnement fiscal et légal à l'autre. C'est bien cette transférabilité qui convainc le lecteur français de la pertinence du propos. Repris dans la même édition en Anglais et en Allemand, une originalité que les lecteurs étrangers, ou travaillant dans des grands groupes internationaux apprécieront, il propose une fausse rêverie. Partant d'une charmante réunion de famille de banquiers et d'assureurs, dans un jardin, dans la chaleur de l'été, il emmène le lecteur vers des démonstrations très précises et très concises sur la manière de développer des affaires d'assurance vie par réassurance financière dans une banque, de jumeler des opérations d'assurance vie, d'assurance crédit et de crédit proprement dit, de développer le risque non vie en s'attachant en particulier au style de vie de la clientèle. Bien que le texte soit très court, une soixantaine de pages dans chaque langue, il est très dense et oblige le lecteur à une attention soutenue. En effet, derrière un vocabulaire très simple se jouent des notions financières complexes. Maniant aussi bien la démonstration mathématique que le propos de stratégie, cet ouvrage réussit une synthèse inhabituelle. Il conclut avec humour sur une fin de réunion de famille, une fin porteuse de quelques doutes. S'agit-il d'un amusement d'auteur, d'un clin d'œil très professionnels, ou d'un certain recul devant l'avancée de ses propres propositions ? La lecture de cet ouvrage s'adresse en effet à un public très averti, et l'auteur paraît hésiter entre l'explication suffisante pour se faire comprendre et l'explication excessive qui trahirait peut être d'autres idées stratégiques. C'est peut être cette retenue de style et d'information qui pourrait gêner un lecteur estimant qu'on lui en dit trop ou pas assez. Il est vrai que l'exercice est difficile, car l'auteur est un praticien des affaires tenu à une certaine réserve, et en même temps sa pratique, bien réussie, donne de sérieux fondements à ses propos. Ainsi, entre le désir de dire et la retenue de dire, l'auteur joue un peu avec le lecteur. Dans une certaine mesure le style du livre peut ressembler à une négociation dans laquelle chaque partie ne donne que progressivement ses atouts.

Dans leur préface et avant-propos, Jean-Paul Delacour, vice président de la Société générale et Henri Lassalle, président de la Sogenal, groupe auquel appartient l'auteur, donnent bien le ton du banquier réaliste et mesuré, prêt à suivre des idées séduisantes, à les pratiquer parfois, mais avec l'acquis et la retenue de l'expérience, de l'action qui prend bien en compte le temps de compréhension de l'ensemble de l'entreprise.

L'auteur démontre que pour agir un peu et juste il faut penser beaucoup et loin ■

Claude Menesguen,  
*Président de la compagnie Sogecap et directeur de la clientèle individuelle  
et de la gestion mobilière de la Société générale.*

***Le Système de santé français : un défi pour tous,*****par Pierre Joly,****membre du conseil exécutif du CNPF, vice-président de Roussel-Uclaf.****Préface de François Périgot,****président du CNPF, Les Éditions d'organisation, 1992.**

Cerner, comprendre, orienter et proposer, tels sont les quatre grands axes du rapport de Pierre Joly présentant la position officielle du CNPF sur la protection sociale de la maladie en France. Préparée avec le concours d'une trentaine d'experts de divers horizons, l'étude ne se contente pas d'un état des lieux des dysfonctionnements du système de santé, mais s'efforce aussi de clarifier les fondements et les principes d'une redéfinition de son fonctionnement et de ses modes de financement.

Le constat de la situation actuelle n'apporte rien qui ne soit déjà connu. Bien que l'auteur se plaigne d'une « relative pauvreté, pour ne pas dire obscurité des données existantes », le rapport ne manque pas de chiffres à l'appui de ses démonstrations, passant successivement en revue les différents acteurs. La médecine libérale (environ 107 000 praticiens) est incontestablement au centre du système. Alors qu'en vingt ans les effectifs ont doublé, se sont spécialisés et féminisés, l'exercice de la profession a connu des transformations importantes, notamment quant aux évolutions tarifaires. Désormais considéré comme un ordonnateur de dépenses sociales, le médecin libéral est soumis à la pression de la surveillance des régimes d'assurance maladie. Ayant perdu en prestige, le médecin français a, en moyenne, par rapport à ces confrères européens, les horaires de travail les plus chargés pour les revenus professionnels les moins élevés. L'hôpital, second pilier des structures sanitaires, produit 47 % des soins médicaux ; il accueille, en moyenne, chaque Français une dizaine de fois au cours de sa vie. Doté de 560 000 lits, dont 360 000 publics et 200 000 privés, et « gros pourvoyeur d'emplois » avec 1 million de personnes, il a connu une forte expansion jusqu'en 1985, et un changement important de ses modes de gestion à travers le budget global et la carte hospitalière. Cela n'a pas été sans créer certains dysfonctionnements (60 000 lits excédentaires, contraction de l'investissement...), dont on peut craindre qu'ils aient entamé l'image de la qualité scientifique et technique de la médecine hospitalière dans l'opinion publique.

Le médicament représente près de 18 % de la consommation médicale ; c'est l'élément central de l'acte thérapeutique. Mais c'est aussi un produit industriel soumis à une double tutelle, administrative et économique, dont l'efficacité sur la régulation des dépenses est incertaine et dans une large mesure pénalisante pour un secteur très concurrentiel où l'innovation est un facteur essentiel.

Les autres producteurs du système sanitaire (chirurgiens-dentistes, laboratoires de biologie, industries de technologies médicales et du génie biomédical...) sont également l'objet de mécanismes de régulations techniques et économiques (barrières à l'entrée, homologation des produits, admissions au remboursement...) dans un « climat général de faible transparence des procédures applicables et appliquées ».

Quant à la prévention, le rapport souligne, après beaucoup d'autres, son insuffisance tant dans le domaine de la médecine du travail inter-entreprises que dans celui de la médecine scolaire, alors même que ceux-ci devraient bénéficier des efforts justifiés par l'enjeu que constitue une maîtrise anticipée des risques sanitaires collectifs.

Enfin, le système de financement est la cible des critiques maintes fois lancées par le CNFP. Les principes simples et généreux qui avaient inspiré la création de la Sécurité sociale en 1945 ont abouti, quarante ans plus tard, à une organisation aux structures complexes et aux responsabilités mal définies. La disparition du paritarisme et le rôle déterminant joué par l'État expliquent en grande partie la déresponsabilisation de l'ensemble des organes de décision : les conseils d'administration des organismes de Sécurité sociale n'ont pratiquement plus de pouvoir en matière de cotisations et de prestations alors que l'État oscille entre les mesures rigoristes de gestion et les décisions laxistes prises en fonction de leurs effets politiques.

Quant à l'analyse des raisons de la croissance de la consommation médicale, le rapport s'efforce de synthétiser ce que nombre d'études socio-économiques ont montré. La demande de soins est d'une part sans limites par nature, d'autre part solvabilisée financièrement par l'assurance maladie. En outre, depuis plusieurs décennies, les conditions sont réunies pour une croissance régulière de la consommation médicale : évolutions de la démographie et de la morbidité, pression culturelle privilégiant le curatif, en même temps que l'offre de soins intervient comme un facteur majorant sous l'influence des progrès scientifiques et de l'information, mais aussi de la proximité grandissante des structures de soins.

Situant la France parmi les pays où la consommation médicale représente de 8 à 9 % du PIB, ratio caractéristique des politiques sanitaires des pays riches, Pierre Joly se refuse néanmoins au catastrophisme souvent affiché par les commentateurs en mal d'épouvante. Sans ignorer que le système de santé favorise sans doute une croissance anormale, il pose une bonne question : celle de savoir si l'augmentation observée au cours des dernières années correspond à un emballement ou à un rattrapage par rapport à des pays en avance sur nous il y a une vingtaine d'années.

Les deux chapitres d'orientations et de propositions partent du postulat selon lequel notre système de santé a perdu ses marques, car ses principes fondateurs sont dépassés, soit parce que les objectifs qui les sous-tendaient ont été atteints, soit parce qu'ils ne sont plus accordés aux exigences et aux attentes de l'époque. Aussi le rapport milite-t-il pour une mise à plat du système de façon à lui redonner une logique interne de fonctionnement. Pour cela, il convient de distinguer clairement les responsabilités politiques des responsabilités de gestion en même temps qu'il est nécessaire de décentraliser, former, libérer la parole et restaurer la confiance.

Suivent 33 propositions regroupées sous 7 thèmes :

a) - Redéfinir les prérogatives de l'État qui doit déterminer les grandes orientations de la politique nationale de santé publique et les termes du régime de base de l'assurance maladie, obligatoire pour tous.

b) - Redéfinir les principes et le cadre de l'assurance maladie -, tout d'abord en distinguant les trois niveaux de la protection en ce domaine :

- la solidarité civile financée par la fiscalité ;
- la solidarité professionnelle de base et complémentaire, financée par les cotisations patronales et salariales ;
- la solidarité consentie, volontaire, financée par l'effort personnel des ménages.

Mais il faudrait aussi clarifier le cadre institutionnel et les règles de fonctionnement :

- s'en tenir strictement aux deux missions assurance et maladie ;
- régionaliser et affirmer l'autonomie des caisses ;
- instaurer l'« équité des conditions de concurrence, notamment fiscale », entre assurances privées et mutuelles, et, ultérieurement, envisager une concurrence élargie à l'ensemble des organismes d'assurance maladie.

c) - Préserver le rôle central de la médecine ambulatoire - en maîtrisant la démographie médicale et revalorisant le rôle du généraliste. Le rapport insiste aussi sur la nécessité de favoriser - une pratique raisonnée de l'exercice médical - par l'usage de systèmes référentiels, notamment pour les spécialistes, mais aussi par l'adaptation de la formation initiale des médecins et le développement de la formation continue.

d) - Centrer les établissements hospitaliers sur le service aux usagers - prenant en compte les besoins du malade tout en respectant son libre choix de l'établissement. Le financement des dépenses hospitalières doit être fondé sur la tarification par pathologie accompagnée d'une évaluation des pratiques professionnelles. En outre, le système hospitalier doit être régionalisé, l'hôpital public retrouvant son autonomie de gestion et les cliniques privées ayant les mêmes droits et devoirs que les établissements publics.

e) - Améliorer la prévention - passe par un ensemble de mesures : valorisation des actes de prévention des médecins en pratique ambulatoire, meilleur usage des bilans de santé, revaloriser la médecine scolaire et celle du travail, renforcement de l'information sanitaire et développement de l'enseignement et de la recherche en santé publique dans les universités.

f) - Promouvoir le dynamisme et la qualité des biens et services de santé -, c'est donner aux producteurs les moyens d'une gestion économique à moyen et long terme. A cette fin, il convient de rendre aux industries pharmaceutiques la responsabilité de la gestion de leurs entreprises, de favoriser le développement des médicaments non remboursables, de clarifier les conditions d'homologation et d'évaluation des matériels et des équipements médicaux, et, enfin, de favoriser la recherche et le développement, activités de première importance pour ces secteurs.

g) - Responsabiliser l'utilisateur - en lui donnant les moyens d'exercer ses libertés, notamment le choix de son médecin, par l'éducation (dès l'école, l'usage d'une carte santé individuelle...) et l'information (sur les conséquences des conduites à risques, le suivi du coût de sa consommation médicale...).

On se tromperait en considérant le rapport de Pierre Joly seulement comme un catalogue d'observations factuelles et de propositions de réformes ; c'est un réel effort de mise à plat

## LIVRES

---

et de clarification des problèmes complexes posés par les réformes indispensables de la production et du financement des soins médicaux.

Tout au plus regrettera-t-on que n'ait pas été abordé le contexte global, avec ses contraintes micro et macro-économiques, dans lequel ces réorganisations en profondeur doivent être entreprises. De même, sans être complètement ignoré, l'impact des progrès scientifiques et techniques (imagerie médicale, antibiotiques de la quatrième génération, informatique de gestion...) sur les comportements futurs des producteurs comme des consommateurs n'est évoqué que par touches discrètes. Mais, au total, cette synthèse, dont est absent tout esprit polémique, ouvre quelques pistes de réflexions et devrait retenir l'attention de tous les partenaires impliqués dans notre système de santé ■

Alain Foulon,  
*Directeur Santé, GAP.*

**ABONNEMENT A LA REVUE « RISQUES »**

A retourner à : **SARL SCEPRA - 9, rue d'Enghien - 75010 PARIS**

Tél. : (33) (1) 42.47.93.56 - (33) (1) 45.44.86.66

Fax : (33) (1) 42.47.93.11 - (33) (1) 40.22.06.69

**Nom et prénom** .....

Institution ou entreprise .....

Adresse .....

Code postal ..... Ville .....

Pays ..... Tél. ....

QTÉ	RIX	TOTAL
	TTC	TTC

**Je souhaite m'abonner à la revue Risques**

- Abonnement 1993 (4 numéros/an du n° 13 au 16 inclus) ..... 600 F .....
- Abonnement de soutien 1993 (4 numéros/an) ..... 2 000 F .....

**Je souhaite recevoir séparément :**

- Le N° 1 : Les Horizons du risque ..... épuisé .....
- Le N° 2 : Les Visages de l'assuré (1<sup>re</sup> partie) ..... 125 F .....
- Le N° 3 : Les Visages de l'assuré (2<sup>e</sup> partie) ..... 125 F .....
- Le N° 4 : La Prévention ..... 125 F .....
- Le N° 5 : Age et assurance ..... épuisé .....
- Le N° 6 : Le Risque thérapeutique ..... 125 F .....
- Le N° 7 : Assurance-crédit/Assurance-vie ..... 125 F .....
- Le N° 8 : L'Heure de l'Europe ..... 125 F .....
- Le N° 9 : La Réassurance ..... 150 F .....
- Le N° 10 : Assurance, droit, responsabilité ..... 150 F .....
- Le N° 11 : Environnement : le temps de la précaution ..... 150 F .....
- Le N° 12 : Assurances obligatoires :  
fin de l'exception française ? ..... épuisé .....
- Le N° 13 : Risk managers-assureurs : nouvelle donne ? ..... 150 F .....
- Le N° 14 : Innovation, assurance, responsabilité ..... 150 F .....
- Responsabilité et Indemnisation • ..... 100 F .....
- Assurer l'avenir des retraites • (FFSA) ..... 100 F .....

**Date** ..... **Total TTC** .....

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 SCEPRA	N° banque	N° guichet	N° compte	Clé RIB
	30368	00072	007216Q0617	35



## **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

---

**Correcteur**  
Alix Ratouis

---

**Numéro de commission**  
paritaire : 72.325  
Dépôt légal : juin 1993  
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



# Innovation Assurance, Responsabilité

La véritable nature du risque de développement et sa garantie. . . . .	François Ewald	9
Le risque de développement est-il assurable ? . . . . .	Christian Gollier	49
Assurance RC et application de la garantie dans le temps . . . . .	Claude Delpoux	59
L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité civile . . . . .	François Chabas	83
L'indemnisation de l'aléa thérapeutique Pourquoi ? Comment ? . . . . .	Michel Pinault	91
Disséminations volontaires d'organismes génétiquement modifiés . . . . .	Marie Angèle Hermitte	101

## Rubriques

### Social

1<sup>er</sup> anniversaire de la convention collective

Un long chemin avant de conclure . . . . .	Jacques Monier	123
Préparer l'avenir . . . . .	Jacques Campora	137
Assurance et innovation sociale . . . . .	François Maxence	143
Pour un nouveau syndicalisme . . . . .	Gérard Lobjeois, Élie Lazarevitch	149
Changements professionnels et dialogue social . . . . .	Jean-Claude Javilliers	159

## Chroniques

### Philosophie

Un philosophe de l'incertain . . . . .	Edgar Morin	175
--	-------------	-----

### Cindyniques

Risques, complexité et responsabilité . . . . .	Claude Gilbert	183
---	----------------	-----

### Livres

♦ « <i>La diagonale de la banque et de l'assurance vie</i> », François Heilbronner ♦ « <i>La Médiatrice de la banque et de la réassurance financière</i> », Claude Menesguen ♦ « <i>Le système de santé français : un défi pour tous</i> », Alain Foulon . . . . .		187
--	--	-----