

# Risques

Les cahiers de l'assurance

## ■ Le nouveau partage des risques dans l'entreprise

*un entretien avec*

Ernest-Antoine Seillière

*Les réactions de*

Jacques Barthélémy

Robert Boyer

Bernard Brunhes

Antoine Jeancourt-Galignani

## ■ La judiciarisation de la société française

Bénédicte Coestier

Bruno Deffains

Denise Forest

Pierre Fauchon

Claude-Denys Fluet

Marie-Anne Frison-Roche

Stéphan Marette

Alain Mourot

François Stasse

## ■ La solvabilité des sociétés d'assurances

Jean-Louis Bellando

Christian de Boissieu

Jean-Jacques Bonnaud

Jacques Courmontagne

François Le Cornec

Yann Le Pallec

Philippe Trainar

## ■ Chroniques

Jean-Luc Besson

Georges Durry

Rose-Marie Van Lerberghe

Francis Pehau Parciboula



n° 43 ■ Juillet-Septembre 2000

LGDJ / SCEPRA



# Risques

Les cahiers de l'assurance

N° 43

Juillet-Septembre 2000

SCEPRA – 2000

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

## Comité éditorial

Jean-Hervé Lorenzi  
*Responsable de la rédaction*

François Ewald  
*Société*

Robert Leblanc  
*Techniques*

Pierre Picard  
*Analyses*

Pierre Bollon  
*Chroniques et livres*

Nathalie Jouven  
*Diffusion*

Dominique Steib  
*Secrétaire de rédaction*

## Comité d'orientation

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

# Sommaire

## I. *Société* : Le nouveau partage des risques dans l'entreprise

<i>Entretien avec Ernest-Antoine Seillière, président du Medef</i> .....	7
Jacques Barthélémy, <i>La refondation ou les mérites d'un droit social plus contractuel</i> .....	13
Robert Boyer, <i>Le Medef, porte-parole de la société civile ?</i> .....	17
Bernard Brunhes, <i>Partage des risques et solidarité</i> .....	22
Antoine Jeancourt-Galignani, <i>Un entretien stimulant</i> .....	25

## 2. *Techniques* : La solvabilité des sociétés d'assurances

Robert Leblanc, <i>Un enjeu nouveau</i> .....	29
Christian de Boissieu, <i>Convergence dans l'approche des risques et de la solvabilité</i> .....	32
Jean-Louis Bellando, <i>Rêves et réalités</i> .....	38
Jacques Courmontagne, <i>Le fonds de garantie des assurances de personnes</i> .....	45
Philippe Trainar, <i>Sécurité financière et compétitivité</i> .....	49
François Le Cornec, <i>Solvabilité des assureurs et protection des assurés</i> .....	56
Yann Le Pallec, <i>Un enjeu majeur de communication</i> .....	63
Jean-Jacques Bonnaud, <i>Le contrôle prudentiel des conglomérats financiers</i> .....	69

## 3. *Analyses* : La judiciarisation de la société française

Pierre Picard, <i>L'assureur face à la judiciarisation</i> .....	77
Marie-Anne Frison-Roche, <i>La dialectique entre responsabilité et assurance</i> .....	79
Bruno Deffains, <i>Règles de responsabilité et régulation des activités risquées</i> .....	85
Claude-Denys Fluet, <i>Responsabilité des producteurs et « risque-produit »</i> .....	91
Bénédicte Coestier et Stéphan Murette, <i>Sécurité alimentaire : responsabilité et réglementation</i> .....	99
François Stasse, <i>Le juge, le médecin et l'hôpital</i> .....	104
Denise Forest, <i>Le patient, le médecin, le juge... et les autres</i> .....	109
Pierre Fauchon, <i>La nouvelle définition du délit non intentionnel</i> .....	116
Alain Mourot, <i>Responsabilité des dirigeants : risques et assurance</i> .....	119

## 4. *Chroniques*

Georges Durry, <i>L'obligation précontractuelle d'information : deux coups d'arrêt salutaires</i> .....	122
Jean-Luc Besson, <i>L'assurance française : le retour de la croissance</i> .....	125
Rose-Marie Van Lerberghe, <i>L'assurance chômage : de l'indemnisation à l'aide au retour à l'emploi</i> .....	131
Francis Pehau Parciboula, <i>Une gestion actif-passif pour quoi faire ?</i> .....	136



1.

# Le nouveau partage des risques dans l'entreprise

---

- Entretien avec Ernest-Antoine Seillière  
Président du Medef

## Réactions

- Jacques Barthélémy  
*La refondation ou les mérites d'un droit social plus contractuel*

- Robert Boyer  
*Le Medef, porte-parole de la société civile ?*

- Bernard Brunhes  
*Partage des risques et solidarité*

- Antoine Jeancourt-Galignani  
*Un entretien stimulant*



## Ernest - Antoine Seillière

*Président du Medef*

Entretien réalisé par François Ewald

**Risques :** Vous avez souhaité mettre l'entreprise au cœur de la société. Ne s'agit-il pas finalement de réhabiliter le risque dans la société française et plus particulièrement dans l'entreprise ?

**Ernest-Antoine Seillière :** La transformation du CNPF en Medef, la « refondation » de l'organisation patronale si vous voulez, ne tient pas d'abord à des raisons idéologiques ou philosophiques. C'est la conséquence de la manière dont le gouvernement français a géré la réduction du temps de travail. Non pas en s'appuyant sur les partenaires sociaux – ce qui, en la matière, aurait été pour le moins légitime –, mais en les réduisant à n'être que des figurants placés devant le fait accompli, mais néanmoins requis pour figurer sur la photo qui conclue les grands-messes sociales réunies à Matignon ou ailleurs. Les entrepreneurs, petits ou grands, qui se battent quotidiennement pour survivre et conquérir leur avenir, ne se sentent pas une vocation de potiches.

Dans le même temps, ces entrepreneurs ont conscience que le contexte dans lequel ils opèrent a profondément changé. Le CNPF a été créé, à la Libération, dans la perspective d'une reconstruction de la France dans le cadre d'une économie administrée. Ce contexte n'est plus le nôtre, qui sommes à l'âge de la mondialisation, de l'euro et de l'Union européenne, d'une économie de marché généralisée appuyée par une révolution technologique sans précédent. Les risques pour l'entreprise se sont considérablement accrus.

Pendant les Trente Glorieuses, dans le cadre d'une économie administrée, on peut comprendre que l'État ait pu organiser, en même temps que la croissance économique, la répartition sociale de ses fruits selon un principe de cogestion avec les partenaires sociaux. Mais aujourd'hui, nous vivons une contradiction entre un univers économique de plus en plus mondialisé et un État national qui, dans un contexte beaucoup plus

risqué pour les entreprises, ne fonctionne pas comme un réducteur de risques – comme c'est sa fonction traditionnelle –, mais au contraire comme un *producteur* de risques. Les contraintes sociales arbitraires, imposées pour des motifs plus politiques que sociaux, dont l'État ne cesse de grever les entreprises françaises, accroissent les risques économiques qu'elle doivent affronter. Voilà ce qui explique leur vive réaction, leur volonté de s'affranchir de la tutelle étatique, la prise de leur autonomie, leur retrait des anciennes règles du jeu.

Il ne faut pas pour autant oublier que les intérêts de l'entreprise recourent l'intérêt général et même l'intérêt national : ce que nos concitoyens souhaitent d'abord, c'est d'avoir l'emploi le plus qualifié, un revenu qui leur permette de vivre dignement et de transmettre un patrimoine à leurs enfants, et cela dans un contexte national qui ne dépend plus aujourd'hui de la capacité d'édifier des frontières et de construire des murs, mais de la puissance économique de la nation. C'est pour cela qu'en défendant les valeurs de l'entreprise, nous avons le sentiment de défendre des valeurs nationales.

**Risques :** Le risque est-il lié, à votre avis, à la nouvelle économie ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Dans les valeurs que nous défendons, il y a bien évidemment la prise de risque, la responsabilité, la volonté d'innover et de participer à tous les défis scientifiques et technologiques d'aujourd'hui. Nous sommes à un moment que nous ressentons comme « révolutionnaire ». Nous ne savons pas bien encore comment le nommer : nouvelle économie, e-économie, économie du savoir. L'espace et le temps sont bouleversés par la révolution de l'information ; les plus grandes promesses industrielles ont leur source dans les sciences de la vie. Cela fait naître d'immenses espoirs, ouvre de multiples opportunités et engendre, dans le même temps, de nouvelles craintes en matière

d'environnement comme dans le domaine de la culture. Les entrepreneurs français veulent être partie prenante à cette nouvelle aventure, exactement comme ils ont su relever le défi des précédentes révolutions industrielles.

**Risques :** Y a-t-il une évolution du risque dans l'entreprise ?

**Ernest-Antoine Seillière :** De nombreux entrepreneurs français, petits et grands, confrontés à des transformations économiques et technologiques sont en permanence en risque de vie ou de mort. Les entreprises ont d'abord un instinct de vie, de survie. Ce n'est pas le profit qui les mobilise en premier lieu, mais la volonté de se développer et de ne pas disparaître. C'est la première dimension du risque pour l'entrepreneur français. Et il n'a pas le sentiment d'être à égalité avec ses concurrents étrangers : alors que les États modernes cherchent plutôt à encourager leurs entreprises, à conforter la promesse de leur développement, l'État français, au nom d'une vision de l'entreprise héritée du XIX<sup>e</sup> siècle et de la lutte des classes, semble d'abord attaché à les sanctionner ou à les pénaliser. L'entrepreneur français est ainsi soumis à un risque politique, le risque réglementaire, administratif et fiscal, basé sur l'idée surannée qu'entre l'entreprise et le social il n'y a pas à organiser un jeu coopératif, mais à gérer des conflits ou supposer des contradictions dont l'État serait le juge suprême.

Nous avons la conviction que l'entreprise constitue la cellule de base de la société, et que s'il faut réhabiliter la prise de risque, cela ne peut se faire que par elle. Au-delà de la survie, nous nous estimons porteurs de valeurs pour la société tout entière. Les entrepreneurs ne revendiquent aucun privilège, mais seulement le respect.

**Risques :** Peut-on dire que la société française plonge dans une société du risque ?

**Ernest-Antoine Seillière :** On pourrait dire aussi bien le contraire. Sans doute voit-on des jeunes ingénieurs ou de jeunes chercheurs français partir à l'aventure, c'est-à-dire à l'étranger, à Londres, en Californie ou

ailleurs, là où ils pensent qu'ils pourront pleinement exprimer leur volonté d'entreprendre, mais, dans le même temps, les concours de fonctionnaires continuent de rassembler des masses de candidats, qui manifestement ont fait d'autres choix de vie.

Sans doute voit-on naître une multitude de *start-ups*, mais en même temps on continue de recruter dans la fonction publique, si bien que la sociologie de la société française se compose largement de fonctionnaires ou d'employés d'entreprises publiques. Si vous ajoutez à cela les conséquences du vieillissement démographique, le poids montant des retraités – qui sont par définition des rentiers –, cela ne donne guère une sociologie politique majoritairement tournée vers le risque. C'est cette sociologie qu'est tentée de satisfaire la classe politique, traumatisée par les grèves de décembre 1995, qui rappelons-le, ont exclusivement touché la fonction publique, soucieuse de préserver ses privilèges.

Regardez encore comment nous traitons les problèmes de risques technologiques, le succès de notions telles que le « principe de précaution », la montée des procès et des procédures judiciaires qui s'alimentent de l'exposition au risque. Il faut bien constater que le souci de protection est plus fort que celui du risque. Je ne dis pas que les entrepreneurs doivent pouvoir prendre impunément n'importe quels risques ; c'est précisément une de leurs responsabilités que de savoir quand une innovation technologique peut donner lieu à un produit susceptible d'être mis sur le marché. Je constate seulement que le consommateur, quant à lui, estime que les risques de la consommation doivent être systématiquement reportés sur un autre que lui. Les entrepreneurs ont raison de s'en préoccuper, non seulement pour des raisons économiques ou judiciaires, individuellement très lourdes, mais parce que cela témoigne du fait qu'autour du risque on retrouve une sorte de succédané de la lutte des classes. Je veux dire que les batailles sur le risque, la sécurité alimentaire ou sanitaire, la sécurité des produits, sont aussi la manière moderne de lutter contre les entreprises innovantes, une manière d'en contester la légitimité. Quand on ne peut plus combattre l'entreprise au nom du profit et de l'exploitation, on utilise le risque, la protection de la santé et de l'environnement. Ce n'est pas nécessaire-

ment moins efficace. C'est une menace d'autant plus forte qu'elle se colore d'une teinte morale et éthique qui fait que, à travers la dénonciation des risques, on vise moins la qualité d'un produit que l'image d'une entreprise. Ce qui est susceptible d'avoir des effets économiques considérables. Encore un domaine où l'État, d'ailleurs, n'aide guère les entreprises.

**Risques :** Finalement, la bataille est loin d'être gagnée ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Au niveau idéologique, c'est au nom d'une critique du libéralisme, c'est-à-dire du risque et de la responsabilité, que se mène la campagne contre le Medef et la « refondation sociale ». La société française est divisée en deux mondes, en deux sociologies ou deux psychologies qui ne sont pas les riches et les pauvres, qui ne correspondent pas au schéma de la lutte des classes – qui est plus une division morale, de modes de vie, de styles, d'aspirations. En utilisant un vocabulaire cher à Denis Kessler et aux assureurs, on pourrait dire que la société se divise en riscophiles et riscophobes. Les riscophiles se retrouvent très naturellement puisqu'ils portent l'esprit d'entreprise. Dans une période de transformations aussi fortes que celles que nous connaissons, l'avenir appartient davantage aux riscophiles qu'aux riscophobes. C'est ce qui motive notre combat.

**Risques :** Le Medef a engagé ses partenaires syndicaux dans un vaste processus de refondation sociale dont plusieurs chantiers concernent la gestion des risques sociaux. S'agit-il d'une modification du partage du risque dans l'entreprise ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Il y a plusieurs définitions de la « refondation sociale », plusieurs niveaux. La refondation, c'est d'abord la proposition faite aux partenaires sociaux de définir en commun les éléments de régulation de la nouvelle donne économique. La mondialisation, les nouvelles technologies, il faut s'organiser pour y faire face, pour être plus forts face à la concurrence étrangère. Nos partenaires syndicaux qui, comme nous, vivent dans l'entreprise les transformations contemporaines, savent aussi qu'il faut s'adapter.

Ils ont conscience que le dialogue social ne peut plus se jouer dans les habits d'autrefois. Ils ont, au moins autant que nous, la conviction que nous entrons dans un nouveau monde et qu'il faut l'organiser.

La refondation veut dire aussi que ces transformations, ces adaptations, la construction de ce nouveau monde ne doivent pas tant se faire dans le regret du passé qu'en étant ouvert sur l'avenir. Nous sommes un peu comme les explorateurs d'autrefois qui découvraient des *terra incognita* : nous ne savons pas bien où la révolution contemporaine nous entraîne, mais nous n'avons pas le choix. Nous ne pouvons revenir en arrière. Et nous savons que nous sommes solidaires dans les solutions à trouver pour ne pas périr et pour gagner. Il s'agit pour les partenaires sociaux, de la base au sommet, d'envisager en commun la manière de faire face. Le problème posé des rapports entre la loi et le contrat consiste d'abord à savoir qui est le plus habilité à définir les meilleures conditions de fonctionnement des entreprises entre les bureaucrates parisiens et ceux qui se battent sur le terrain. La conviction des refondateurs, c'est qu'il faut partir de l'expertise du terrain, de l'entreprise de base et de ses problèmes.

L'un des éléments de cette modernisation concerne le rapport coût-efficacité des dispositifs de protection sociale, qui se traduit pour les entreprises comme pour les citoyens en terme de charges sociales et d'impôts. Nous avons le sentiment qu'une meilleure protection pourrait être donnée à moindre coût. C'est ce que l'on a fait pour la réforme de l'assurance chômage : 70 milliards de francs de réduction des cotisations salariales et patronales et une amélioration des prestations. C'est ce que l'on devrait pouvoir faire pour d'autres risques sociaux comme la maladie, les retraites ou les accidents du travail.

**Risques :** S'agit-il seulement de rationaliser les dispositifs de protection sociale existants ou de repenser la protection sociale ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Il faut bien commencer par ce qui existe. Or nous sommes associés, dans le cadre du paritarisme, à la gestion des différents organismes de la Sécurité sociale. Cependant, la vision du Medef

n'est pas conservatrice. Nous avons conscience que les transformations actuelles peuvent aussi se décrire comme une large distribution des risques et nous avons le sentiment que si, en tant qu'entrepreneurs, les risques doivent être considérés comme une ressource, pour pouvoir être pris, ils demandent protection et mécanismes de transferts. Nous savons aussi que toute distribution des risques n'est pas équitable et que l'injustice dans leur répartition doit être combattue.

Je crois que l'on peut et que l'on doit faire un certain nombre de distinctions. Je souhaiterais examiner les risques de l'entreprise, les risques sociaux traditionnels et les risques de l'existence.

**Risques :** Commençons par ceux de l'entreprise. Quelle doivent être les évolutions dans ce domaine ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Rappelons-le, l'entreprise est le lieu même de la prise de risque : des personnes, individuelles ou collectives, mettent leur argent à la disposition d'un projet qui peut échouer ou réussir. Les variations folles de la valeur des *dot.com* en donne une illustration saisissante. La responsabilité de l'entrepreneur est de savoir prendre les risques qui permettront le succès de l'entreprise, c'est-à-dire de l'équipe qu'il a associée à son projet. L'entreprise est de plus en plus un lieu de partage des risques, des richesses et des responsabilités. Nous avons expressément abandonné le terme de « patron » – qui marquait une opposition surannée entre l'actionnaire et le salarié – pour celui d'« entrepreneur ». L'entreprise associe des entrepreneurs, à différents niveaux de responsabilité. Et leur rémunération, de plus en plus, est liée aux résultats de l'entreprise : *stock options*, actionnariat salarié, intéressement, épargne salariale. Ils partagent le risque. Il y a là tout un nouveau management, bien éloigné du taylorisme, que le droit du travail français, basé sur le principe que le salarié subordonné ne doit porter aucun des risques de l'entreprise (ce qui fait qu'il les porte tous au moment du dépôt de bilan) a du mal à intégrer.

Cela n'est pas sans conséquence dès lors que l'on aborde les risques sociaux traditionnels, essentiellement indexés sur le contrat de travail et la protection du revenu du salarié. Je crois qu'il faut savoir redéfinir

la Sécurité sociale, la grande vision qui a inspiré Pierre Laroque à la Libération et dont le programme avait été formulé pendant la guerre autour de la libération du besoin, celle d'une grande protection du travailleur contre l'ensemble des risques, gérée par une caisse unique. Les risques sociaux sont de moins en moins des risques du travail et de plus en plus des risques de l'existence. Il faut les traiter chacun à part. Ils sont hétérogènes. On ne peut pas traiter l'accès aux soins – l'assurance maladie – comme on traite la retraite ou le chômage. Le problème de la retraite aujourd'hui, ce n'est plus de constituer le droit à la retraite – c'est un acquis sur lequel personne ne songe à revenir –, mais de savoir comment le mettre en œuvre et le garantir. Quand on fixe l'âge de la retraite, quand on le fait passer de 65 à 60 ans, on est dans une logique de constitution des droits. Mais aujourd'hui le problème se pose différemment : il est plutôt de savoir comment le titulaire de ce droit peut vouloir l'exercer, étant donné qu'en fonction de l'allongement de la durée de la vie il n'y a pas de raison que tout le monde l'exerce de façon uniforme. La protection passe ainsi de la constitution d'un droit uniforme à la gestion d'un mode de vie. On peut enrichir le droit par la protection d'une liberté dans le mode de son exercice. C'est une nouvelle manière d'articuler le collectif et l'individuel, qui constitue un progrès.

**Risques :** Peut-on dire la même chose en matière de maladie ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Non, les choses sont différentes car nous tenons, à juste titre, à ce que chacun, quels que soient son état de santé, sa fortune ou son éducation, ait un égal accès aux soins. La question est de savoir comment l'organiser d'une manière efficace. C'est un domaine où l'étatisation, à coup d'expédients pris pour éponger des déficits récurrents, a été la plus forte. Les partenaires sociaux ont ici à réfléchir sur le rôle qui devrait être le leur. À la fois comme cotisants et comme gestionnaires. L'État est-il le bon gestionnaire d'un système aussi complexe ? On peut en douter quand on constate son incapacité à se réformer. Faut-il à l'inverse que ce soient ceux qui cotisent qui le gèrent, dans un cadre et selon des règles définies par l'État ?

Ce sont là des questions que je pose et qui doivent être traitées de façon tout à fait libre dans le cadre de la refondation sociale.

**Risques :** La question du chômage pose-t-elle d'autres problèmes ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Oui, nous avons essayé de la traiter dans le cadre de la réforme de l'Unedic : sortir d'un système d'indemnisation passive, injuste en raison de la dégressivité des allocations – plus une personne a du mal à se réinsérer moins elle est couverte – par un système où l'indemnisation est un élément d'un service personnalisé d'aide au retour à l'emploi. Cette philosophie fait pratiquement l'unanimité. Elle a été exprimée il y a longtemps, mais il a fallu la refondation pour qu'elle prenne corps. Elle est exemplaire du passage d'un système assurantiel à prestations monétaires à un système où la prestation est un service global destiné à aider effectivement la personne en situation difficile, pour qu'elle ne reste pas seule avec elle-même. C'est peut-être un modèle que l'on devrait universaliser. La question n'est pas que toutes les situations soient moulées dans des modèles uniformes, mais de faire en sorte que, autant que possible, la collectivité se mette en appui des situations et des aspirations individuelles.

**Risques :** Mais ne peut-on penser que le capitalisme contemporain cherche à reporter les risques pris jusque-là par l'entreprise sur ceux qui sont les plus vulnérables à coût de flexibilité et de précarisation ?

**Ernest-Antoine Seillière :** C'est une vision caricaturale. Les fameux actionnaires assoiffés de profits sont pour l'essentiel des fonds de pension, c'est-à-dire des retraités américains ou anglais – et malheureusement pas français puisque nous les avons jusqu'alors privés de la possibilité d'y placer leur épargne. Ils ont contraint les entreprises à se transformer, à repenser leur management – le fameux gouvernement d'entreprise – ; ils exercent une forte pression pour la rentabilité parce qu'ils sont soucieux de pouvoir respecter leurs engagements, qui sont des engagements sociaux. Le gouvernement d'entreprise concerne d'abord les

dirigeants, qui ne sont pas épargnés dans la grande révolution actuelle. Ce sont les entreprises, dans l'ensemble de leurs composantes, qui sont affectées par les transformations en cours.

En revanche, il est vrai que les retards d'adaptation, les rigidités se paient en termes d'emploi. Ce que l'on a appelé la « fracture sociale », la société « à deux vitesses » en est le résultat : tout le poids des transformations viennent finalement se concentrer sur ceux qui sont les plus vulnérables. Ce sont les rigidités qui engendrent la précarité. C'est pour y remédier, et dans le sentiment qu'il n'y avait pas de bien plus fondamental que d'avoir un travail, que nous avons proposé de nouvelles formes de contrat de travail – le contrat de mission – qui devraient permettre d'accélérer le retour à l'emploi. Car le premier rempart contre le risque, c'est le travail. Et non l'assistance.

**Risques :** Que devient la cohésion sociale dans ce discours ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Rien n'est plus faux que de penser que les entrepreneurs – et le Medef – pourraient se satisfaire d'une société partagée entre ceux qui parviendraient à s'intégrer dans le cadre des évolutions actuelles – qui demandent souplesse, mobilité et capacité d'adaptation – et une masse plus ou moins grande de personnes qui seraient abandonnées aux dispositifs d'assistance. Les entreprises ont besoin de cohésion sociale. Leur développement requiert une culture commune partagée par l'ensemble du corps social. C'est la raison pour laquelle le Medef pense avoir des responsabilités collectives. Ce n'est pas un lobby, au sens où peuvent l'être les fédérations que le composent. Il ne veut pas le retour d'un ordre où différentes corporations se refermeraient sur elles-mêmes. Il existe surtout parce que les entreprises, toutes et chacune en particulier, portent un intérêt collectif.

C'est la raison pour laquelle, dans le cadre même de la « refondation sociale », nous nous engageons à faire en sorte que, dans la nouvelle distribution des risques dont nous sommes contemporains, les personnes les plus vulnérables, les moins préparées à faire face à la nouvelle donne soient assistées pour ne pas être condamnées à la lente descente vers l'exclusion. Sans

doute le contexte économique fait-il que plus de risques sont à la charge du salarié qu'auparavant – ce que l'on a pris l'habitude d'exprimer par l'expression ingrate d'« employabilité ». Les syndicats le reconnaissent eux-mêmes, qui militent pour un nouveau contrat de travail où la mobilité se substituerait à l'« employabilité », celle-ci étant conçue comme la meilleure protection contre les risques. Cette exigence déplace l'accent de la protection sociale d'une protection contre une perte éventuelle de revenu, – qui a naturellement pris la forme de l'assurance – vers une garantie des ressources nécessaires à la réussite des passages et des transitions. Cela fait de l'instruction et de la formation le dispositif premier de la protection sociale. Précisément, le dossier de la formation est certainement appelé à devenir l'un des principaux dossiers de la refondation. C'est dans l'acquisition des compétences, du savoir et du savoir-faire que se trouve la meilleure protection contre les risques de la mobilité. Les syndicats en sont bien conscients, qui y voient en même temps une manière de rééquilibrer les rapports de travail dans le sens d'une plus grande dignité des salariés. C'est un chantier considérable, où l'on rencontrera inévitablement l'État.

**Risques :** Le journal *Le Monde* a titré pendant la négociation Unedic : « Le Medef fait la révolution ». Vous reconnaissez-vous dans cette expression ?

**Ernest-Antoine Seillière :** Les formules du *Monde* sont fréquemment construites sur une équivoque : elles

tendent des pièges par cela même qu'elles valorisent. Sans doute le Medef réussit-il à travers le processus de « refondation sociale » et les positions très claires qu'il a prises pour proposer un paritarisme rénové, à faire bouger une société française que beaucoup s'entendent habituellement à maintenir dans le statu quo. Sous cet aspect, on commence à nous reconnaître une mission. Mais parler de « révolution » voulait sans doute aussi souligner une sorte de contestation de l'omniprésence de l'État, mettre en garde contre l'excès de son pouvoir. L'expression s'adressait en fait à une opinion encline à ne reconnaître que la seule légitimité de l'État et le titre du *Monde* appelait plutôt à la contre-révolution.

Ni le Medef, ni les entrepreneurs, ne songent à faire la révolution – une affaire dont nos meilleurs historiens ont expliqué en 1989 qu'elle était « terminée ».

Bien plus, l'action du Medef n'est pas politique et n'est absolument pas partisane. Elle cherche à exprimer les aspirations de la société civile. Que cela puisse paraître « révolutionnaire » à certains témoigne que nous avons besoin de repenser les rapports entre la société civile et l'État. Si les formes de l'économie dirigée de l'après-guerre ont pu représenter une certaine harmonie entre le politique, l'économique et le social, celle-ci n'est plus. Nous avons à trouver une nouvelle expression de leur composition. Longtemps l'État s'est défini comme un réducteur de risques. En cela, il a pris l'habitude de prendre la position du grand protecteur. Peut-être que dans la nouvelle conjoncture du risque, il devrait plutôt se penser comme un stimulateur d'opportunités.

# LA REFONDATION, OU LES MÉRITES D'UN DROIT SOCIAL PLUS CONTRACTUEL

*Jacques Barthélémy*

*Avocat honoraire*

*Fondateur du cabinet Jacques Barthélémy et Associés*

*Ancien professeur associé à la Faculté de droit de Montpellier*

*Non seulement les formidables progrès des techniques de l'information et de la communication, qui n'en sont sans doute qu'à leurs débuts, ont engendré la mondialisation des échanges – qui affecte l'organisation économique dans un sens profitable à l'humanité si des règles juridiques dépassant celles des États évitent des comportements éthiquement condamnables et favorisent la libre concurrence – mais encore ils assureront la libération de l'homme et de la femme, principalement au travail.*

---

## Vers un droit de l'activité professionnelle

---

**D**ans ce contexte nouveau, le droit du travail, conçu par et pour la civilisation de l'usine, ne peut que progressivement sinon disparaître, à tout le moins évoluer vers un droit de l'activité professionnelle. Le droit du travail s'est construit sur une opposition manichéenne entre travailleurs salariés et indépendants, exacerbée par la culture marxiste et rendue plus vive par l'absence de protection sociale de ces derniers. Le droit de l'activité professionnelle concernera toute les formes de travail, de la plus subordonnée à la situation d'indépendance. Grâce aux techniques de plus en plus sophistiquées de l'information, l'accès direct au savoir fera que les organisations pyramidales seront remplacées par des organisations modulaires, les fonctions hiérarchiques par des fonctions d'expertise, de plus en

plus de travailleurs ayant de plus en plus d'autonomie ; dès lors, à l'opposition salarié-indépendant – d'autant plus accentuée que le second est défini négativement – succédera une série de « statuts » différenciés par le degré d'autonomie et la capacité plus ou moins grande à négocier la relation individuelle de travail dans l'équilibre contractuel.

Cet environnement sociétal nouveau et ses conséquences sur l'organisation économique et sociale font que l'initiative du Medef est historiquement déterminante. Les nouvelles organisations de travail ne sont pas en harmonie avec l'architecture juridique héritée du taylorisme ; notamment l'individualisation de plus en plus nette des rapports de travail n'est pas compatible avec un arsenal juridique conçu pour assurer la protection du plus faible grâce à la primauté de règles collectives. Cette critique concerne bien évidemment un tissu législatif et réglementaire abondant et incapable, du fait de la manière dont il est construit, de s'adapter aussi bien aux différences de contexte qui font qu'une entreprise n'est jamais pareille à une autre, qu'aux évolutions de ce contexte dans le

temps, évolutions qui ne peuvent qu'engendrer de profondes mutations du travail. Mais elle vise aussi – on n'en a pas toujours conscience – le tissu conventionnel, à tout le moins la manière dont il est conçu. Ici, ce n'est pas tellement le droit des conventions collectives qui est en cause que la manière dont elles se construisent. La pratique reste encore très imprégnée du souci de bâtir un « statut », inspiré de celui de la fonction publique et reposant sur le postulat de l'impossibilité d'assurer l'équilibre contractuel dans les négociations, donc de faire de la convention à elle seule la loi des parties.

---

## Redéfinir le contrat collectif

---

**L**e droit doit conserver sa fonction protectrice génétique liée à l'état de subordination d'une des parties au contrat de travail, mais en conciliant l'économique et le social (dont dépend l'efficacité en matière d'emploi), de sorte que les contraintes juridiques ne soient plus vécues comme un mal nécessaire par les dirigeants et puissent, au contraire, devenir des outils de gestion. Cela suppose à l'évidence que l'essentiel des règles juridiques émane non de la loi, banalisante, mais du contrat collectif, qui offre le double avantage d'être, comme la loi, normatif, mais d'adapter son contenu au contexte local et, grâce aux techniques de révision et de dénonciation, à son évolution. La première des modifications à introduire dans notre arsenal juridique, c'est donc l'organisation d'une plus grande autonomie du contrat collectif à l'égard de la loi, de la réglementation, grâce à un recul de ce que l'on a coutume d'appeler « l'ordre public social », dans les limites de la notion civiliste d'ordre public. Les dispositions légales autres que celles qui concrétisent cette notion ne sont impératives en droit social qu'en raison de la suspicion à l'égard du consentement. À condition que les règles de procé-

ture de la négociation du contrat collectif soient qualifiées de substantielles et que la simple représentativité soit complétée par une exigence de légitimité des acteurs de la négociation, ces dispositions peuvent sans risque devenir supplémentaires de dispositions conventionnelles.

Dans le même esprit, la hiérarchie des différentes sources conventionnelles peut être remise en cause, le caractère impératif de dispositions de la convention de branche ne devant être justifié que par des considérations liées soit à la volonté d'introduire une solidarité dans la profession, soit d'identifier le métier. Cette dernière remarque est importante dans la mesure où manifestement, l'accord d'entreprise est l'instrument le mieux adapté à l'adéquation de l'économie et du social, adéquation vectrice d'amélioration de la situation de l'emploi et aussi, quoi qu'on en pense, de la condition des travailleurs. Au demeurant, la subsidiarisation de la convention de branche à l'égard de l'accord d'entreprise permet de traiter différemment les petites et les grandes ou moyennes entreprises dans la mesure où cette convention peut fort bien être construite pour définir l'ensemble des conditions de travail là où la négociation d'entreprise ne peut pas prospérer, tout en organisant une large autonomie de l'accord d'entreprise là où elle est possible. En outre, le contenu de ces conventions « new look » doit favoriser l'épanouissement de la relation individuelle là où elle peut se développer dans l'équilibre contractuel, ce qui est antinomique avec l'idée d'avantages minima, conséquence de la vision de « mineur social » du salarié.

---

## Une évolution maîtrisée

---

**L**a révolution à laquelle invitent les réflexions du Medef sur la refondation ne peut se concevoir sans désordre que si sont articulés les niveaux de négociation.

D'une part, la nature juridique de l'accord d'entreprise et celle de la convention de branche doivent être différenciées pour éviter qu'il y ait

concurrence entre ces deux sources de droit ; ce ne sera effectif que si la nature de contrat de l'accord d'entreprise est accentuée, alors qu'il est logique que la convention de branche soit aussi une loi professionnelle. Et ce ne sera effectif que si l'accord d'entreprise est conçu pour être parfait, donc définit les avantages effectifs et non minima, pour avoir une durée déterminée limitée à quelques années ; et peut-être faut-il que les avantages s'incorporent au contrat de travail. Dans cette perspective, une partie des salariés, ceux qui, concrètement, ont la capacité de négocier leur relation individuelle dans l'équilibre contractuel, doit échapper – ou pouvoir échapper – au tissu conventionnel, à l'instar de ce que prévoit le droit allemand avec les « leitende Angestellte » ou le droit italien avec les « dirigenti ». Les conditions d'une catégorie juridique intermédiaire entre contrats d'entreprise et de travail, fondée sur la « parasubordination » permettrait au demeurant d'apporter une protection à ceux des travailleurs indépendants qui se trouvent en situation de dépendance économique.

D'autre part, il faut accorder une place plus importante à l'accord interprofessionnel, de sorte que, dans les limites qu'autorise la Constitution – qui mériterait sans doute d'être modifiée sur ce point ! – une partie de la responsabilité de la politique sociale soit transférée aux partenaires sociaux. Cela implique toutefois une réflexion sur, d'un côté la légitimité des négociateurs, les signataires devant représenter la majorité des personnels visés, de l'autre la capacité de l'organisation patronale – en l'occurrence le Medef – à obliger les syndicats professionnels à décliner dans les branches ces accords. On ne dira jamais assez l'effet catastrophique dans les professions du non-suivi d'effets des deux très grands accords d'octobre 1995, l'un sur la négociation collective, l'autre sur la durée du travail !

Mais, comme le président Seillière le met en exergue, même si c'est de manière indirecte, une telle mutation suppose la volonté de l'entrepreneur, qu'il soit cadre dirigeant ou détenteur de la majorité du capital, voire exploitant en nom personnel,

de s'approprier le social. Quels qu'en aient été les inconvénients, notamment par la somme de contraintes subies, nombre d'entre eux se sont satisfaits de n'être que les sujets des politiques conduisant à la définition des conditions de travail et de rémunération. En les déléguant au syndicat patronal, on limite la responsabilité de celui-ci à leur gestion administrative et on peut se défausser sur lui lorsque des revendications se font jour. L'indépendance a comme corollaire la responsabilité, laquelle doit être revendiquée comme un privilège. Le sens du risque s'inscrit dans cette problématique, c'est une évidence.

Le président Seillière insiste, par ailleurs, sur l'inadéquation du système de gestion paritaire de la protection sociale, tant de base que complémentaire, à la configuration actuelle du monde économique. Là aussi, se pose la question fondamentale du degré suffisant d'autonomie des acteurs sociaux pour que le contrat puisse réellement et pleinement faire la loi des parties ; et cela encore davantage dans la mesure où les représentants des travailleurs, quels qu'ils soient, ne se contentent pas ici de construire les normes dont la mise en œuvre n'engage que la seule responsabilité de l'entrepreneur. La gestion a ses exigences, spécialement en termes de responsabilités dont on ne mesure pas toujours l'importance lorsque, employeur ou salarié, on accepte de figurer sur une liste de candidats à un poste d'administrateur. Cette remarque est d'autant plus importante que, sous les impulsions du droit communautaire, de la Cour de justice spécialement, des règles subtiles visant à concilier droit de la protection sociale et droit de la concurrence s'affinent petit à petit. Ne pas en tenir compte dans les stratégies hexagonales peut conduire à des catastrophes, spécialement si l'on ne définit pas de manière rigoureuse les limites du champ de la solidarité. On ne pourra plus très longtemps, en France, ignorer dans les politiques sociales que l'épine dorsale du droit communautaire qui nous irrigue est constituée de trois séries de mesures anti-discriminatoires, celles qui concernent la libre circulation des travailleurs, la libre concurrence et la libre circulation des capitaux et

l'égalité entre les hommes et les femmes. De récentes décisions de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), dont une très importante touchant l'Association générale des institutions de retraite des cadres (Agirc), sont là pour nous le rappeler.

*L'aggiornamento* auquel le Medef convie le monde économique et social français est une authentique révolution. Pour qu'elle produise des effets bénéfiques, cela suppose un changement radical de comportement de tous les acteurs, au premier rang desquels l'entrepreneur, quelle que soit la taille et la structure de son entreprise. A-t-on pris en compte le formidable bol d'air que représente le retour, grâce à la Société par actions simpli-

fiée (SAS), de la conception contractuelle de la société, en rupture totale avec la conception institutionnelle héritée de la loi du 24 juillet 1966 ? La contractualisation des rapports de travail et l'affirmation de l'autonomie des partenaires sociaux en matière de protection sociale s'inscrivent dans le même schéma. Mais aussitôt, une autre question se pose : quelle est alors la faculté d'opposition du législateur et de l'administration qui, même si c'est de manière inconsciente, ne veulent pas perdre de leurs prérogatives ? La saga du droit de la durée du travail – et pas seulement des lois Aubry, mais aussi des lois Séguin et quinquennale ! – est là pour en attester ; cela d'autant qu'ici, grâce à la dérogation, on a inventé les instruments de la supplétivité.

# LE MEDEF, PORTE-PAROLE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE ?

*Robert Boyer*

*Directeur de recherche, CNRS*

*Le commentaire souligne l'intérêt de l'entretien qui replace la stratégie de la « refondation sociale » dans une perspective intellectuelle et politique ambitieuse. Pourtant, il est permis de contester que la prise de risque soit la seule finalité de la firme et que la protection face au risque soit une grille de lecture suffisante des relations sociales en France. De sérieux obstacles se dressent face à la revendication du Medef de se faire le porte-parole de la société civile dans son ensemble et de se substituer ainsi, plus ou moins complètement, à l'État.*

**L**e temps court de l'actualité incite peu à la réflexion. Cet entretien met en perspective les événements qui ont marqué les relations tourmentées entre l'État et les partenaires sociaux au cours des dernières années. Les questions de François Ewald permettent à Ernest-Antoine Seillière de faire apparaître les conceptions, les lignes de force et les principes qui guident la stratégie du Medef et ont abouti à la proposition de la « refondation sociale ». Un changement d'époque appelle un réexamen des institutions qui avaient permis la croissance française. La prise de risque et sa distribution sont au cœur des tensions qui traversent cette société. Les entreprises, soumises au grand vent de la concurrence internationale, ont modifié leur forme d'organisation et les salariés ont été, de fait, amenés à assumer une plus grande part de risque que par le passé. Ainsi s'explique la montée du principe de précaution, aussi difficile soit-il à définir. Est rejetée la perspective d'une société dualiste fondée sur l'opposition entre des « riscophiles » riches et cosmopolites et des « riscophobes » pauvres, assistés et nationalistes. La redéfinition des modalités de la Sécurité sociale et du droit du travail n'en est que plus nécessaire. La précision des questions et la clarté des réponses ont le mérite de susciter la réflexion et les interrogations du lecteur.

## État et mondialisation ne sont pas les seuls responsables

**A** la lecture de cet « acte d'accusation » du rôle de l'État, il faut se demander si ce trait caractéristique désigne une responsabilité très largement partagée. N'est-ce pas la difficulté d'une gestion paritaire des relations professionnelles qui a par le passé suscité les multiples interventions de l'État ? L'intervention publique ne serait alors que le symptôme d'un malaise beaucoup plus profond, à savoir l'incapacité des entreprises et des salariés à négocier, dans la longue durée, le cadre juridique et institutionnel régissant leurs relations. Par ailleurs, l'État s'est souvent fait le médiateur des pressions, des intérêts et des passions dont la société française est riche, alors que la présentation qui est donnée ici de son action évoque quelques politiques ou fonctionnaires isolés dans leur tour d'ivoire. À cet égard, il n'est pas sûr que l'idéal des jeunes soit encore et toujours de devenir fonctionnaire : chaque fois que la conjoncture économique s'améliore le nombre de candidats au concours de l'Éna ne baisse-t-il pas ? Que penser des nombreux

Français qui ont tenté leur chance à l'étranger et sont revenus fonder quelques entreprises innovantes ? En février 2000, les journalistes du *Business Week* s'étonnaient de l'essor de la Nouvelle Économie en France et voyaient dans ce pays la locomotive de l'Europe : se trompaient-ils ?

La montée des risques est présentée comme la conséquence de tendances très largement extérieures à la société française, la mondialisation et la diffusion des nouvelles technologies. Or les entreprises françaises ont, fort heureusement, elles-mêmes participé à ce mouvement d'internationalisation et n'ont pas manqué d'innover certes dans des secteurs différents de ceux développés dans la Silicon Valley. Dès lors, la nécessité d'une gestion du risque ne vient pas seulement de l'individualisation des trajectoires personnelles et de la différenciation des cycles de vie mais de stratégies explicites poursuivies depuis 1983 par les firmes. À cet égard, on peut douter que l'essentiel de la précarité soit causé par les rigidités institutionnelles. On peut considérer que le droit du travail, par exemple, est devenu inadapté aux nouveaux aléas et risques et qu'en conséquence, un assouplissement des dispositifs de protection est intervenu pour certains salariés. L'hétérogénéité des contrats de travail qui en résulte implique une inégalité dans la distribution des risques, plus que la création de ces risques par le cadre institutionnel et juridique lui-même.

---

## Faut-il rechercher le risque à tout prix ?

---

**S**ans doute inspiré par le titre de la présente revue et aiguillonné par François Ewald, grand spécialiste de ce thème, Ernest-Antoine Seillière place au centre de son analyse la question du risque et s'inscrit ainsi dans une longue tradition théorique qui remonte à Frank Knight : sans prise de risque, pas de profit ! Certes, la théorie financière contemporaine enseigne que les activités les plus soumises aux aléas doivent assurer un profit normal majoré

d'une prime de risque. Pour autant, la totalité de la performance d'une firme ne se réduit pas à cet élément. Lorsqu'un entrepreneur produit plus efficacement que ses concurrents, ou livre au marché des produits d'un meilleur rapport qualité-prix, il réalise plus sûrement un profit en moyenne supérieur à celui de concurrents qui se lanceraient dans des paris risqués, du style de ceux qui ont alimenté un temps les vues très optimistes sur la Nouvelle Économie. L'observation historique montre que les entreprises françaises n'ont pas été les seules à chercher à s'abriter du risque par la diversification de leurs productions, la concentration et la cartellisation, le plaidoyer en faveur de législations protectrices ou encore le recours à l'assurance lorsque les risques sont suffisamment balisés. Ces stratégies sont loin d'avoir épuisé leurs effets dans le monde contemporain. Certes, l'essor des technologies de l'information témoigne de l'émergence de professionnels comme nouveaux entrepreneurs, face à des grandes firmes inhibées vis-à-vis du risque et trop confiantes en leurs succès passés (figure 1). Pourtant, la course à la concentration dans la plupart des secteurs se poursuit à travers une stratégie de présence sur les trois zones de la triade et ce, afin de mieux répartir les risques liés aux décalages conjoncturels observés entre l'Amérique du Nord, l'Asie et l'Europe. À cet égard, le rôle favorable de l'euro, qui n'est pas mentionné, constitue un facteur de stabilisation et de prévisibilité des économies européennes, réducteur de risque.

---

## L'emploi dépend peu de la prise de risque liée à l'innovation

---

**L'**entreprise assume le risque, le risque alimente le profit et l'emploi, ce faisant, l'entreprise rencontre l'intérêt général d'une société marquée par un fort chômage. Tel est le syllogisme au cœur des réponses d'Ernest-Antoine Seillière. L'impressionnant dyna-

misme de l'économie américaine a popularisé l'idée, avancée il y a près d'un siècle par Joseph Schumpeter, d'une création destructrice comme condition de l'innovation, de la croissance et de l'emploi. Pourtant, les analyses statistiques livrent un jugement plus mesuré. En France par exemple, les firmes innovatrices ont, toutes choses égales par ailleurs, un emploi plus stable et plus élevé, mais ce n'est là qu'un facteur parmi d'autres, qui n'explique qu'une fraction modeste des performances de ces firmes. Des activités réputées « traditionnelles » profitent par exemple des technologies de l'information pour développer le service à la clientèle, la qualité ou répondre à de nouveaux besoins en forte croissance, tel la santé. Au contraire, les entreprises qui misent sur des percées radicales ne réussissent que rarement et suscitent de forts ajustements de l'emploi et des pertes en capital considérables. À cet égard, l'entreprise est aussi un lieu où se forment les compétences, gage de sa viabilité et de sa réactivité aux aléas, d'où l'importance accordée à la formation professionnelle. Outre l'échange « employabilité contre mobilité », ne faut-il pas considérer un second type de contrat basé sur l'échange de la polyvalence et de la stabilité de l'emploi contre la variabilité du salaire ? En effet, dans l'entreprise se nouent des relations de pouvoir, se partagent les richesses et les responsabilités. La gestion du risque n'est pas « l'alpha et l'oméga » du succès.

## L'entreprise ne saurait résumer les aspirations de la société civile

**L**e troisième terme du syllogisme n'est pas sans poser de problème. Sous prétexte que la France a souffert de la faiblesse des créations nettes d'emploi et que l'accès à l'emploi est une demande forte des Français, peut-on en conclure que l'entreprise devient le porte-parole de la société civile face à un État devenu

créateur et non plus réducteur de risques ? D'une part, la société française demande aussi un fort degré de protection... ce qui explique les interventions répétées de la puissance publique, parfois en réaction avec la stratégie des années 80 qui a conduit la plupart des grandes entreprises à se réorganiser, à réduire considérablement l'emploi et à développer une flexibilité plus subie que négociée. D'autre part, le maintien d'un minimum de cohésion sociale, objectif largement reconnu, exige certains compromis entre ce que serait la meilleure stratégie du point de vue des firmes et ce que les citoyens et salariés sont en droit d'attendre de l'intervention publique. Même aux États-Unis, rares seraient les entrepreneurs qui affirmeraient que ce qui est bon pour General Motors ou Microsoft est bon pour l'Américain moyen en particulier et les États-Unis en général. L'entrepreneur est partie prenante à la recherche de l'intérêt général... mais il n'est pas le seul à y contribuer.

## Un Medef cornélien face à un État racinien ?

**L'**entretien met en avant le fait que l'État serait à l'origine de la plupart des maux dont souffre ce pays : créateur d'incertitudes et de risques, incapable de se réformer, il voudrait pourtant régenter un paritarisme par ailleurs vigoureux. Ernest-Antoine Seillière présente l'entreprise sous un jour très attrayant, telle qu'elle devrait être dans le nouveau monde de l'internationalisation et de l'innovation, alors que l'État est décrit tel qu'il était dans l'ancien monde. D'un côté l'entrepreneur, conscient d'un changement d'époque et préoccupé du maintien de la cohésion de la société, de l'autre un État nostalgique, peu sensible à l'intérêt général, qui pénalise les entreprises délibérément tournées vers l'avenir. On en retire l'impression que le bureaucrate parisien ne cesse de se tromper, alors que le contact avec le terrain irrigue d'idées justes l'entreprise.

Or, l'observation comme les analyses théoriques suggèrent que les facteurs déterminants sont ailleurs. D'une part, certaines firmes de l'époque fordiste étaient tout aussi centralisées que l'État, et ont de ce fait commis des erreurs de même type – certes plus vite sanctionnées par le marché que par le vote des citoyens. Toute la question est celle du niveau pertinent de centralisation/décentralisation des décisions (figure 2) : le succès de certaines régions européennes témoigne du fait que l'action publique peut être efficace lorsqu'elle intervient au bon niveau. D'autre part, lorsque diverses externalités jouent un rôle important, externalités positives liées à l'économie de la connaissance ou négatives lorsqu'elles dérivent par exemple d'atteinte à l'environnement, l'intervention publique est plus nécessaire que jamais, même si elle change de point d'application et de méthode : l'incitation et le contrat plus que la contrainte et la planification. Enfin et surtout, il faut se souvenir que l'État, gardien de la solidarité, est à même d'assurer une Sécurité sociale généralisée et qu'à ce titre, il peut promouvoir une attitude plus offensive à l'égard de l'innovation... à condition bien sûr qu'il parvienne à enrayer la généralisation des comportements opportunistes qui tiennent au risque moral.

---

## L'avenir de la refondation sociale est ouvert

---

**Q**ui ne souhaiterait une meilleure protection sociale à un coût moindre ? Les partenaires sociaux sont-ils les mieux placés pour atteindre cet objectif ? En la matière, l'optimisme d'Ernest-Antoine Seillière devrait être tempéré. L'accord sur l'indemnisation du chômage est loin d'avoir fait l'unanimité parmi les partenaires sociaux, alors même qu'il est présenté comme répondant à l'attente des salariés, économe et conforme à l'impératif de justice sociale. Il n'est pas sûr que la démarche puisse être étendue aux autres

domaines de la couverture sociale. La santé, par exemple, fait intervenir beaucoup d'autres acteurs que les entrepreneurs et les salariés, en l'occurrence les producteurs de soins et l'ensemble des utilisateurs du système de santé. Dans le passé, la gestion paritaire n'était pas parvenue à enrayer une croissance des dépenses jugée excessive par les pouvoirs publics. L'intervention de l'État vise à introduire de nouvelles disciplines et règles du jeu, en particulier à l'égard du corps médical, des hôpitaux, de l'industrie pharmaceutique. En ce sens, l'État est en position difficile car il doit, en permanence, arbitrer entre des intérêts et des aspirations a priori peu compatibles, voire contradictoires. La santé n'a pas de prix pour le patient, mais elle a un coût pour les entreprises, les salariés et les contribuables. Les partenaires sociaux sont-ils sûrs de réaliser un arbitrage mieux équilibré ? La critique est aisée mais l'art est difficile ! La question des retraites soulève elle-même d'autres questions concernant l'impact de nouveaux systèmes sur le système financier, la gestion des firmes, l'équité intergénérationnelle... autant de sujets sur lesquels l'ensemble de la collectivité nationale se doit de délibérer.

Le Medef peut-il légitimement se faire le porte-parole de la société civile et se substituer plus ou moins à un État réputé défaillant ? Peut-il à lui seul représenter les usagers, les consommateurs – qui sont d'ailleurs perçus comme « riscophobes » et peu favorables à l'innovation ! – les salariés, les retraités et finalement les citoyens... ?

---

## Négocier aussi le partage des responsabilités et du revenu

---

**D**e la première partie de l'entretien, le lecteur retire l'impression que la refondation sociale est une réaction circonstancielle à la façon dont le gouvernement français a géré la réduction du temps de travail. Mais au fur et à mesure que

progresses le raisonnement, les arguments touchent à des points beaucoup plus fondamentaux et structurels. Or c'est par la capacité de création d'emplois que le Medef pense pouvoir traduire les aspirations de la société civile. Dès lors que se passerait-il si, grâce à la dynamique de la construction européenne et la prévention des crises financières majeures au plan international, l'économie française retrouvait un quasi plein-emploi ? La fréquence et l'ampleur des aléas s'en trouveraient réduites et les profits stabilisés, d'autant plus que s'imposeraient de nouveaux modèles d'entreprises

et de nouveaux principes de gestion publique. Le Medef et les organisations salariales perdraient-ils alors toute raison d'être ? Le dialogue social serait-il soluble dans le plein emploi ?

La réponse est clairement négative, car il ne saurait se réduire à la question de la gestion du risque, même si cette dernière a marqué les deux dernières décennies. La question du partage des responsabilités et du revenu ne manquera pas d'être posée, d'autant plus que s'imposerait une économie de la connaissance, succédant à l'économie de l'information.

Figure 1 : Du monde rêvé de Frank Knight à la nouvelle économie

	Riscophiles	Riscophobes
Entrepreneurs	1	3 : majorité des firmes
Salariés	4 : les professionnels	2
	↑ La « révolution » de la nouvelle économie	↑ Le monde rêvé de Frank Knight

Figure 2 : De la diagonale Hayekienne à une appréciation éclectique

	Niveau de décision	
	Décentralisé	Centralisé
Privé	Ne se trompe pas	Peut fort bien se tromper
Public	Peut tout à fait prendre de bonnes décisions	Se trompe toujours
	↑ Une vision éclectique	↑ La diagonale Hayekienne

# PARTAGE DES RISQUES ET SOLIDARITÉ

*Bernard Brunhes*

*Président, Groupe Bernard Brunhes*

*Ernest-Antoine Seillière dit assister à un combat entre les entrepreneurs qui prennent des risques et des partenaires – dont l'État – qui n'en prennent pas, voire les aggravent. En réalité, le risque est partout et tous les acteurs prennent des risques. L'économie est faite de réseaux complexes et entremêlés où les risques sont partagés ; la manifestation de cette solidarité incontournable devrait être la base de la refondation sociale.*

**L**e président du Medef joue un rôle important dans le jeu social. Il a en outre lancé une offensive de taille avec le projet de « refondation sociale ». Il n'est guère surprenant qu'il ait quelque peu forcé le trait dans l'entretien qu'il a accordé à *Risques*, qui sonne davantage comme la déclaration politique – au bon sens du terme – d'un responsable engagé que comme une analyse d'expert. C'est ainsi qu'il faut le lire.

---

## Qui prend des risques ?

---

**S**a vision du partage des risques est néanmoins assez singulière. À le lire, les entrepreneurs seraient les seuls acteurs à prendre des risques. Mais de quels entrepreneurs parle-t-on ? Certes les créateurs d'entreprises, les chefs d'entreprises qui en sont propriétaires totalement ou partiellement, les travailleurs indépendants et les professions libérales, les patrons de PME sans actionnaires derrière eux risquent leur patrimoine, leurs revenus, leur réputation, leur vie familiale. Mais peut-on en dire autant des dirigeants salariés des entreprises, moyennes ou grandes, dont le capital est détenu ailleurs, c'est-à-dire la majorité des patrons qui font l'économie française ? Ceux qui prennent les risques ne sont

pas les entrepreneurs eux-mêmes mais les actionnaires qui leur ont fait confiance. Ces entrepreneurs risquent l'argent des autres – actionnaires, mais aussi salariés que leurs erreurs de stratégie peuvent mettre au chômage, sous-traitants qui dépendent du bon vouloir du donneur d'ordre. Ils risquent peu eux-mêmes. Ils ne risquent rien lorsque leur Conseil d'administration ou leur PDG les a dotés d'un bon parachute.

D'autres acteurs courent des risques personnels plus grands, dont nombre de serviteurs de l'État : hommes et femmes politiques soumis périodiquement au jugement des électeurs, responsables publics en butte à la justice et aux médias, enseignants dans les quartiers difficiles, professions à risque physique.

Opposer les entreprises et l'État en terme de risques, c'est pour le moins donner au mot risque un sens particulier. C'est en tous cas opposer non pas des acteurs mais des entités virtuelles. L'État n'existe pas comme acteur : il est fait de trois pouvoirs ; il est fait de multiples décideurs. En présentant l'État comme un « producteur de risques », Ernest-Antoine Seillière ne pense en fait – on peut le supposer – qu'aux contraintes fiscales et sociales. Pour les chefs d'entreprise, il y a toujours trop d'impôts et de lois sociales. La France, il est vrai, impose des charges particulièrement élevées. Mais, lorsque l'on parle de risque, on

parle d'incertitude. Le poids fiscal est malheureusement une certitude. Ce que semble critiquer le « patron des patrons », c'est donc finalement les changements trop fréquents dans la législation fiscale et sociale, avec manifestement une attention particulière au social. Sur ce point au moins, on ne peut que le suivre. Les lois sociales se suivent à une fréquence telle que les juges n'ont pas le temps de fixer la jurisprudence que la législation a déjà changé plusieurs fois.

Pour l'entreprise et surtout pour la PME, le danger inattendu (le risque) vient moins de la fiscalité (qu'elle abhorre bien sûr, mais pas en termes de risque) que du donneur d'ordre qui change d'avis (les gros sont durs aux petits), du client qui ne paie pas, de la panne informatique, de l'accident.

## Les nouveaux acteurs de l'économie

**L**e jeu économique a changé de règles à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. On ne peut plus parler d'un monde industriel qui vivrait sa vie et suivrait sa logique propre. À l'image traditionnelle de l'entreprise qui traite avec ses seuls fournisseurs et clients pour fixer prix et quantités se substitue un jeu beaucoup plus complexe. L'entreprise devient un nœud dans un réseau aux ramifications multiples. La décision économique doit tenir compte de nombreux acteurs qui ont des logiques différentes : collectivités locales, services publics, associations en tous genres. Les pouvoirs publics, sous de nombreuses formes, interviennent constamment.

Comme le dit Ernest-Antoine Seillière, l'entreprise a besoin de cohésion sociale ; ce n'est pas un besoin théorique, mais un besoin concret, local. La relation du chef d'entreprise ou du directeur d'usine ou de magasin avec les responsables des services publics locaux est essentielle, notamment avec les établissements d'enseignement et de formation. Mais ce ne peut être une relation à sens unique.

La qualité des produits, la qualité de la vie, la préservation de l'environnement font l'objet aujourd'hui d'une demande forte de la part des citoyens. Elle se manifeste par l'intermédiaire d'associations écologiques, de consommateurs ou d'usagers. Elle trouve dans les médias un porte-voix puissant, parfois excessif mais utile. Cela fait partie du jeu économique, comme l'ont appris à leurs dépens Perrier, Coca-Cola ou Total Fina/Elf. Il ne sert à rien de nier cette évolution de nos sociétés. Le président du Medef déclare que « autour du risque se retrouve une sorte de succédané de la lutte des classes ». Il s'explique : « Je veux dire que les batailles sur le risque, la sécurité alimentaire ou sanitaire, la sécurité des produits sont aussi la manière moderne de lutter contre les entreprises innovantes, une manière de contester leur légitimité ». Il se trompe. La demande est forte ; elle n'est peut-être pas canalisée comme on pourrait le souhaiter, mais qui aurait la légitimité de le faire ? Les risques entraînés, sur le plan alimentaire, par les nouvelles chaînes de fabrication et de distribution à grande échelle sont réels. L'affaire de la vache folle le montre bien. Les risques écologiques sont devenus considérables. L'intrusion dans les réseaux de décision économique des acteurs qui sont les plus attentifs à ces risques est une donnée qu'on ne peut traiter de « succédané de la lutte des classes ». Les productivistes qui gouvernaient l'Union soviétique n'avaient pas de mots assez durs à l'égard des « ennemis de classe » qui prétendaient freiner l'économie au nom des risques écologiques.

## Des partenaires sociaux trop faibles

**R**evenons à l'État, source de tous les maux. Il est certain, M. Seillière ne s'en cache pas, que l'affaire des 35 heures explique pour une bonne part sa diatribe contre l'État envahissant et « producteur de risques ». Je voudrais prendre la défense du

gouvernement dans cette bataille. Lorsque, le 10 octobre 1997, le nouveau premier Ministre a annoncé son intention de déposer un projet de loi ramenant à 35 heures la durée légale du travail, il a appelé les partenaires sociaux à négocier entre eux la mise en pratique dans leurs accords et conventions de cette nouvelle législation. Et il précisait que, dans la rédaction de la loi, il serait tenu le plus grand compte des résultats des négociations. Il ne faut en effet pas oublier qu'il peut y avoir, qu'il y a toujours eu une différence (jusqu'à 8 heures par semaine au début des années 50) entre la durée légale et la durée réelle. Le champ de la négociation et de la discussion était grand ouvert, à partir de cette seule certitude : la durée légale passerait à 35 heures deux ans plus tard. Le président du CNPF est parti en claquant la porte ; c'est de ce mouvement d'humeur qu'est né le Medef. Les syndicats étaient très divisés, entre ceux qui souhaitaient jouer le jeu d'une négociation ouverte et ceux qui plaçaient la barre très haut : 35 heures réelles, sans effet sur les salaires et sans discussion sur la flexibilité des temps de travail. Ainsi s'évanouissaient les espoirs d'un dialogue efficace entre les partenaires sociaux et avec le gouvernement. La suite a été un long parcours du combattant dont seul l'État pouvait sortir vainqueur. La faiblesse des partenaires sociaux lui laissait la voie libre.

Deuxième acte : l'Unedic, dont Ernest-Antoine Seillière parle longuement. Le Medef a lancé au début de l'année 2000 son projet de « refondation sociale ». Il s'agissait bien de sortir du cercle vicieux : une faiblesse des partenaires sociaux qui ouvre la voie à l'autoritarisme de l'État, lequel limite un peu plus l'utilité du dialogue social, et ainsi de suite. Malgré un point de départ différent, les mêmes causes produisent les mêmes effets. Division syndicale : deux syndicats signent avec les organisations patronales ; les trois autres non. Voie libre au gouvernement, qui dit non. Nouvelle crise. Quel est dans ces conditions l'avenir de la refondation sociale, si nécessaire pour que le paritarisme fonctionne, pour que les pratiques de négociation sociale ne sombrent pas corps et biens dans notre pays ?

## Rigidités, précarité et formation

Le président du Medef répond sans hésitation à une question centrale que François Ewald n'a pas manqué de lui poser : finalement, les entreprises cherchent à limiter leurs propres risques en jouant sur la précarité et la flexibilité. Comme on pouvait s'y attendre, il affirme que ce sont les rigidités qui engendrent la précarité. Il est difficile de le suivre sur ce terrain. La précarité, c'est le risque pour un salarié de se retrouver sans emploi par suite d'une décision de l'employeur. Réduire la précarité, c'est réduire ce risque. Ce n'est pas en assouplissant les possibilités pour les employeurs d'embaucher et de débaucher que l'on réduira le risque individuel du travailleur. L'entreprise a besoin de flexibilité, certes. Mais il y a en général plusieurs façons d'obtenir cette flexibilité. Elle peut être interne ou externe. La flexibilité interne joue sur le temps de travail, sur la fonction et la qualification, sur la mobilité. Elle ne remet pas en cause le contrat de travail. La flexibilité externe peut être mieux gérée qu'aujourd'hui (la loi sur les contrats à durée déterminée n'est pas respectée ; la législation sur les plans sociaux n'empêche pas les réductions d'effectifs ; elle ne fait que les retarder).

Les rigidités dont le patronat se plaint ne sont en fait que bureaucratiques. Les risques pour le salarié sont au moins aussi importants chez nous que dans les pays voisins. Notre législation complique, mais n'empêche rien ! Comme dans les autres pays, les nouvelles organisations productives entraînent la précarisation des travailleurs. Ce n'est pas l'assouplissement des lois qui y changera quelque chose, mais une nouvelle politique de formation, qui reste à définir. La première assurance contre le risque de chômage et de précarité est l'éducation et la formation tout au long de la vie. M. Seillière y fait une brève allusion. Voilà un domaine où les responsabilités sont partagées entre les employeurs, l'État et les travailleurs eux-mêmes ; mais là presque tout est à inventer : un beau sujet en effet pour la refondation sociale.

# UN ENTRETIEN STIMULANT

*Antoine Jeancourt-Galignani*

*Président, AGF*

*S'appuyant sur les arguments de la refondation décrite par Ernest-Antoine Seillière, l'auteur insiste sur le retour et la sauvegarde d'espaces de liberté sociale, acceptée contractuellement par les acteurs sociaux et économiques, à l'instar de la tradition du monde de l'assurance.*

**V**oilà donc une nouvelle fois la revue *Risques* au cœur de l'actualité politique et intellectuelle avec cet interview particulièrement intéressant du président du Medef. Preuve, s'il en était, de l'ouverture du monde de l'assurance à toutes les évolutions et tous les questionnements de notre temps.

Ernest-Antoine Seillière définit clairement les objectifs, les enjeux mais aussi les valeurs de la réforme du Medef et de la « refondation sociale », qu'à son instigation la nouvelle organisation professionnelle propose aux partenaires sociaux.

L'immense majorité des dirigeants d'entreprises, mais aussi de nombreux citoyens, sont intéressés par cette démarche. Non seulement parce qu'elle apporte un grand souffle d'idées et d'énergies nouvelles à un dialogue social qui en avait besoin, mais aussi parce qu'elle invite, par la négociation, à s'attaquer à ce que beaucoup ressentent comme d'évidentes faiblesses de notre système économique et social.

---

## Rompre avec le trompe-l'œil institutionnel

---

**L**e trompe-l'œil institutionnel, même s'il n'est pas nouveau, n'est plus acceptable dans une société qui, de toutes parts, exige plus de transparence et d'authenticité. Les institutions de protection sociale, organisées par la loi selon les principes d'un paritarisme strict sont en réalité contournées dans les plus grands détails par les bureaux ou les cabinets

ministériels. Les négociations collectives les plus importantes, comme on l'a vu récemment pour la durée du travail, sont conditionnées, voire interdites, par l'intervention politique et les représentants des organisations professionnelles réduits à jouer les faire-valoir des ministres. Que le paritarisme soit un mode de décision laborieux ne légitime pas de tels détournements de pouvoir, qui contribuent à l'affaiblir plus encore. Bien sûr, c'est le caractère obligatoire des financements et des prestations ainsi que le monopole donné souvent aux gestionnaires qui servent de justificatifs officiels à cet accaparement de la réalité du pouvoir par l'État. Il faut alors choisir soit d'étatiser complètement les systèmes, soit de restaurer pour le paritarisme un espace de liberté et de choix. C'est bien l'enjeu de la refondation sociale. Les partenaires sociaux devraient s'intéresser aux établissements financiers qui, pendant cinquante ans, ont géré en trompe-l'œil, les interventions économiques décidées par les bureaux : certains ont disparu, d'autres sont en crise car rien ne fragilise autant une institution que la perte des fondements mêmes de son autonomie.

---

## Un système social plus efficace

---

**U**ne deuxième faiblesse à laquelle veut s'attaquer la refondation telle que la commente ici le président du Medef, c'est la médiocre efficacité sociale du

système et sa grande rigidité face à un monde qui change si vite. La relative prospérité actuelle qui nous vient pour l'essentiel de la fantastique révolution technologique et entrepreneuriale américaine ne doit pas masquer ces faiblesses : une décrue tardive du chômage, une protection sociale qui n'en finit pas de découvrir des besoins nouveaux alors qu'elle a du mal à financer les prestations anciennes, et surtout un taux de prélèvements obligatoires en tête de tous les pays développés. L'accord Unedic, qui prévoit à la fois une forte baisse des cotisations et une recherche plus dynamique du retour au travail, illustre bien l'ambition sur laquelle se sont retrouvés en l'occurrence deux syndicats nationaux de salariés et l'organisation professionnelle des entreprises.

---

## Un vrai dialogue social

---

**U**ne troisième tare à laquelle le nouveau mouvement des entreprises veut remédier, en dehors même de la défense d'un paritarisme plus authentique, est due à la place exorbitante et croissante tenue par l'État dans la vie sociale. Alors que sous la poussée des réalités, l'autorité politique doit renoncer à gérer une partie de l'activité économique du pays – il reste de nombreux secteurs de monopoles – dans la sphère sociale, la gestion ou la régulation étatique ne fait que s'étendre, jusqu'à la caricature avec les circulaires-fleuves d'application de la loi des 35 heures. La première visée du Medef, et celle également de la CFDT, dont la démarche sur ce point n'est pas nouvelle, c'est de reconquérir une liberté contractuelle substantielle pour des acteurs sociaux responsables et agissant dans le cadre des lois.

L'interview d'Ernest-Antoine Seillière rappelle expressément combien les chefs d'entreprise partagent le souci de cohésion sociale que les politiques de tous bords n'ont de cesse de leur opposer. Ils ne revendiquent pas de décider unilatéralement des

conditions de travail, de la promotion de l'emploi ou de la protection sociale. Ils revendiquent de pouvoir négocier une partie significative de ces règles, de ces actions et de ces financements avec les délégués des salariés, c'est-à-dire, avec des organisations représentant des intérêts différents des leurs, mais proches comme eux des réalités de terrain, ce qui n'est pas le cas des politiques.

Ceux qui veulent en France maintenir le primat du politique par opposition passionnée à ce qu'ils appellent « l'économisme », devraient soutenir cette démarche au lieu de l'attaquer toutes voiles dehors. Car quoi de plus « politique » au sens de leur combat que cette reconnaissance du devoir et de l'utilité de la négociation avec des partenaires sociaux qui défendent des objectifs différents, voire opposés, à ceux des actionnaires, même s'ils partagent, à moyen terme, le même intérêt à la survie et à la prospérité de l'entreprise.

---

## Les assureurs pour la liberté contractuelle

---

**L**es assureurs se sentent évidemment très concernés par les enjeux de la refondation sociale. Dirigeants d'entreprise, ils vivent comme les autres sur le terrain l'écartèlement de la gestion sociale entre la négociation dont ils ont une longue tradition et le fourmillement réglementaire. Leur métier est d'offrir aux personnes privées ou professionnelles la couverture mutuelle de leurs risques de toute nature, conclue par adhésion volontaire, individuelle ou collective et réalisée selon les techniques éprouvées de l'Assurance. C'est dire leur attachement fondamental à des sociétés où se marient la primauté du droit issu de l'autorité politique et de larges espaces de liberté contractuelle. Sociétés régies par le principe de subsidiarité dans lequel s'exprime le mieux l'aspiration moderne à la liberté.

2.

# La solvabilité des sociétés d'assurances

techniques

■ Robert Leblanc

*Un enjeu nouveau*

■ Christian de Boissieu

*Convergence dans l'approche des risques et de la solvabilité*

■ Jean-Louis Bellando

*Rêves et réalités*

■ Jacques Courmontagne

*Le fonds de garantie des assurances de personnes*

■ Philippe Trainar

*Sécurité financière et compétitivité*

■ François Le Cornec

*Solvabilité des assureurs et protection des assurés*

■ Yann Le Pallec

*Un enjeu majeur de communication*

■ Jean-Jacques Bonnaud

*Le contrôle prudentiel des conglomérats financiers*



# UN ENJEU NOUVEAU

Robert Leblanc

Directeur général, Siaci

Dans un pays de culture colbertiste, les sociétés d'assurances comme les banques semblaient, par leur activité même, suffisamment liées à l'intérêt général pour que l'appui de l'État leur parût naturellement acquis, appui garantissant implicitement les « usagers » contre tout préjudice consécutif à d'inévitables défaillances.

En fait, l'État est allé jusqu'à être actionnaire *et* gérant. Allant trop loin par rapport aux moyens dont il dispose, contrevenant aux règles de la gouvernance d'entreprise, il porte en réalité la responsabilité de situations d'entreprises désastreuses. À vouloir être trop gérant, il n'a pas été au mieux garant.

Il demeure que nos concitoyens, plus concernés en tant que contribuables que comme clients des établissements en question, l'État ayant renfloué lesdites entreprises avec leur argent, sont peu sensibilisés aux risques de défaillance de leurs fournisseurs de services d'assurance, de banque ou de finance. Les exemples récents de difficultés de petites sociétés soulèvent des questions nouvelles :

- ne pouvait-on pas mieux les anticiper ?
- la Commission de contrôle a-t-elle joué pleinement son rôle ?
- les autres acteurs concernés ont-ils joué le leur, par exemple les courtiers qui ont placé des risques dans ces sociétés ?
- qui doit assumer les conséquences de ces difficultés ? Les clients (et éventuellement leurs mandataires), considérés comme responsables de leur choix dans une économie ouverte ? La communauté nationale, au nom d'un principe étendu de solidarité ? La profession appelée au sauvetage d'un de ses membres, au nom de son image globale, mais au déni de la discipline financière plus ou moins stricte de chacun ?

Même si personne ne contredira Jean-Louis Bellando, quand il écrit en tête de son article : « la nécessité d'une protection particulière des preneurs d'assurances est aujourd'hui universellement reconnue », on peut se demander, comme Philippe Trainar, pour qui la solvabilité des sociétés d'assurances est un enjeu : « est-ce la protection de l'assuré, l'absence de faillites d'entreprises, la maîtrise d'un risque systémique dans le secteur ou les trois à la fois ? ».

Les personnes qualifiées qui ont accepté de participer à ce dossier ont abordé le sujet sous un angle très technique. Le recoupement de leurs différents propos donne une grille d'analyse très complète d'un sujet extraordinairement complexe.

Tout d'abord, quels sont les paramètres internes ou externes pouvant porter atteinte à l'équilibre économique d'une société d'assurances et mettre en cause sa solvabilité ? Jean-Louis Bellando identifie cinq facteurs de risques :

- la sous-tarification ;
- le sous-provisionnement ;
- la dépréciation de certains placements ;
- la défaillance de partenaires débiteurs (courtiers, réassureurs) ;
- l'incompétence des dirigeants, sujet sensible qu'il commente longuement en se référant à la notion anglo-saxonne de « *fit and proper* », sujet également évoqué par Christian de Boissieu.

Il souligne d'entrée le facteur aggravant que peut être l'appartenance à un groupe ou à un conglomérat, sujet sur lequel nous reviendrons plus loin. On peut, comme le propose François Le Cornec, ajouter à cette liste la fraude ou les malversations et souligner l'exposition de l'assurance vie au risque de taux, sujet auquel la revue *Risques* a consacré un dossier entier dans son numéro 42.

Peut-on assujettir les grandeurs internes à des normes prudentielles telles que l'entreprise se trouve prémunie aussi bien contre les risques externes qu'internes ? Le choix des grandeurs de référence – cotisations, sinistres, provisions techniques – n'est pas totalement naturel. Les normes prudentielles doivent toujours être suffisamment simples pour pouvoir être mises en œuvre et contrôlées, suffisamment élaborées aussi pour tenir compte de situations complexes. Jean-Louis Bellando souligne le risque de handicaper les entreprises les plus prudentes avec des normes trop rudimentaires, mais aussi les difficultés de s'entendre sur les risques propres à chaque activité, ainsi que la multiplication de produits « polybranches ».

Ces normes peuvent-elles, en étant respectées, constituer des protections quasi-absolues ou, quand elles sont froquées, servir essentiellement d'alerte ? Philippe Trainar note que « l'on ne peut évidemment demander aux entreprises d'assurances d'être solvables en toutes circonstances, mêmes les plus extraordinaires et les moins prévisibles », sauf à assécher la demande d'assurances par la répercussion dans les cotisations du coût en capital qui en résulterait. À l'heure où tous les industriels, de même que les banquiers, travaillent la structure de leurs bilans, allégeant leurs actifs par la titrisation, améliorant le taux de rendement de leurs fonds propres aussi bien par le numérateur que par le dénominateur, la définition des normes prudentielles est spécialement délicate : à trop brider les entreprises, on les prive de leviers de compétitivité précieux dans le marché globalisé ; à ne pas suffisamment prendre en considération les risques nés de montages financiers trop sophistiqués, on risque de ne pas assurer la solvabilité des acteurs de la place.

Comment adapter ces règles à la réalité d'entreprises multi-activités ? Comment éviter le double emploi de fonds propres, chaque système prudentiel ignorant l'emploi de ce type de fonds dans des activités autres que celles qui entrent dans son champ d'application. Comment tenir compte de compensations éventuelles entre risques et

comment, finalement, être pertinent et précis dans chaque domaine et cohérent globalement ? Christian de Boissieu apporte un éclairage sur un métier voisin et de plus en plus lié à l'assurance : celui des banques. En écho au titre même de son article, dont le premier mot est « convergence », il conclut par la nécessité « d'accompagner les progrès de la coordination internationale concernant la réglementation des banques, des sociétés d'assurances et des marchés de capitaux, de mesures qualitatives touchant la coordination, dans chaque pays, des autorités de contrôle. » Jean-Jacques Bonnaud consacre tout son article à ce sujet ; il présente l'approche dite « solo plus », qui a les faveurs de l'Europe aujourd'hui, où une logique sectorielle reste la base, le « plus » visant essentiellement des échanges d'informations, des débats méthodologiques et le principe d'un coordinateur pour chaque conglomerat. Philippe Trainar aborde également ce sujet, et développe notamment les trois méthodes retenues pour présenter une solvabilité dite « ajustée ».

À quel contrôle conduisent ces différentes règles ? Les auteurs soulignent à plusieurs reprises que celui des normes de solvabilité ne vaut rien s'il n'est pas accompagné d'un contrôle des modes de constitution des provisions techniques. On notera d'ailleurs, dans l'article de François Le Cornec, un appel à un renforcement des effectifs de la Commission de contrôle des assurances. Mais une tendance forte est surtout de considérer que le contenu des missions de contrôle doit évoluer vers un « contrôle du contrôle interne » ; on retrouve cette idée notamment chez Jean-Jacques Bonnaud, Christian de Boissieu et Philippe Trainar. Dans le même esprit, Jean-Jacques Bonnaud et François Le Cornec soulignent l'intérêt accordé au travail des agences de notation, travail que les organes de contrôle officiels sont appelés à prendre en considération et que nous présente Yann Le Pallec. Christian de Boissieu observe cependant que « les agences de *rating* sont loin d'être infaillibles », que la proportion de sociétés bénéficiant d'une notation reste faible et que le marché de la notation est peu concurrentiel au plan mondial.

Comment exploiter les systèmes prudents et les contrôles associés ? François Le Cornec pose le problème de la diffusion de l'information consécutive aux contrôles : « Deux thèses s'opposent :

- la publicité risque d'empêcher toute possibilité de redressement de l'entreprise en difficulté par une résiliation massive des contrats en cours et l'absence d'affaires nouvelles ;
- l'absence d'information peut se révéler tout aussi dangereuse si le redressement ne s'opère pas effectivement ou si une reprise ne se concrétise pas. »

Enfin, quand tous les dispositifs préventifs ont échoué à éviter la défaillance d'une société, faut-il prévoir un système de protection des assurés privés de l'assurance qu'ils avaient achetée ? La réponse apportée par les autorités françaises a été positive en assurance vie, à la suite de défaillances récentes. Jacques Courmontagne nous présente le fonds de garantie mis en place en assurance vie, dont il assume la présidence. En IARD, le débat est encore ouvert. On observera l'engagement de François Le Cornec en faveur de sa création. Il est

vrai que la position des courtiers est inconfortable : mandataires professionnels des assurés, ils estiment en général que le choix des porteurs de risques en fonction notamment de leur solvabilité fait partie de leur métier mais, en même temps, ils observent qu'il leur est difficile d'être juridiquement tenus pour responsables d'une correcte appréciation de la solvabilité des assureurs quand il arrive aux autorités de contrôle, avec plus de moyens qu'ils n'en ont, d'être prises de court. On notera que l'argument lié aux assurances obligatoires, s'il milite en faveur d'un fonds de garantie, en limite aussi la portée aux tiers. Le dimensionnement des fonds est également un sujet difficile, si l'on considère, comme Jean-Louis Bellando, que « *too big to fail* » n'est plus pertinent.

Pour finir, soulignons, en écho aux propos de Yann Le Pallec et de Philippe Trainar, que les sociétés d'assurances françaises, opérant sur un marché très compétitif, font preuve globalement en même temps, d'un haut niveau de solidité financière.

# CONVERGENCE DANS L'APPROCHE DES RISQUES ET DE LA SOLVABILITÉ

*Christian de Boissieu*

*Professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne*

*Ratio de solvabilité (ratio Cooke) pour les banques, marge de solvabilité pour les entreprises d'assurances. La sémantique est légèrement différente, le contenu diffère quelque peu mais les objectifs sont les mêmes : assurer la solidité des établissements en leur permettant, grâce à des fonds propres suffisants, de faire face à des chocs et à des pertes imprévisibles ; contenir, de ce fait, les risques systémiques par un dispositif prudentiel complet et complexe, dont l'exigence de solvabilité est l'un des piliers (à côté des règles de capital minimum, de liquidité, de division des risques...).*

**B**anque et assurance sont deux secteurs où la restructuration et l'essor des formes conglomérales ont connu une accélération depuis près de trois ans. En 1999-2000 dans un livre vert, le comité de supervision bancaire (Comité de Bâle) a ouvert le débat avec la profession pour un « reprofilage » du ratio Cooke. Une exigence renforcée par la montée de certains risques et par les conséquences réglementaires à tirer des restructurations et de la multiplication des conglomérats. Une réflexion parallèle est menée sur la marge de solvabilité des entreprises d'assurances. L'objet de cet article est de partir de la problématique bancaire pour, si possible, faire la jonction avec certains débats et défis auxquels est confronté le secteur de l'assurance.

---

## L'état des lieux et les grands axes de la réforme engagée

---

**P**our la banque, la *summa divisio* est celle opérée entre les fonds propres de base (« compartiment ou tier 1 ») et les fonds propres complémentaires et surcomplémentaires

(« tier 2 » et « tier 3 »). Cette distinction pose évidemment la question de l'homogénéité (ou non) des instruments financiers « hybrides », considérés comme des quasi-fonds propres mais qui, de fait, rouvrent le débat sur la frontière – de plus en plus conventionnelle – entre le capital et la dette. L'enjeu est de taille pour toutes les entreprises, financières ou non, pour les sociétés d'assurances comme pour les banques.

Pour les entreprises d'assurances, la *summa divisio* diffère de la précédente parce qu'elle exprime la dualité des activités et sa transcription directe dans la réglementation prudentielle. Alors que le ratio Cooke des banques se veut unificateur et globalisateur (pour ne pas dire « impérialiste »), la marge de solvabilité donne lieu à une concrétisation séparée pour l'assurance dommages et l'assurance vie. Elle intègre la réserve de capitalisation, elle-même modifiée au gré de certaines plus ou moins-values.

Par-delà cette opposition entre un ratio global et une marge décomposée, certaines interrogations communes se font jour. Une firme, bancaire ou d'assurance, a-t-elle intérêt à être très au-dessus de la norme réglementaire ? Alors que la sous-capitalisation pèse sur la crédibilité et la viabilité d'un établissement, une sur-capitalisation, en limitant l'intensité de l'effet de levier, risque de réduire le

rendement sur fonds propres (ROE). Toute entité financière doit donc subtilement comparer les avantages d'une forte charge en fonds propres (image rassurante, financement d'opérations de croissance externe, note plus favorable donnée par les agences de rating...) avec les coûts nés d'un ROE plus faible, toutes choses égales d'ailleurs, et d'une réaction éventuelle des actionnaires face à cette situation.

Du côté des banques, les agences de rating et les autorités prudentielles surveillent non seulement le ratio Cooke global mais attachent aussi une importance particulière au sous-ratio concernant les vrais fonds propres (tier 1). Face à une opération de restructuration, le Cecei (Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement) analyse les conséquences prévisibles de cette opération pour le « tier 1 » de tous les opérateurs concernés. J'imagine que la Commission de contrôle des assurances s'appuie sur des simulations comparables avant de se déterminer. D'après les chiffres publiés par la FFSA, la marge de solvabilité des sociétés au titre de l'assurance vie, plus-values latentes comprises, a été en France en 1999 de 3,4 fois la marge minimale réglementaire. Le dépassement, pour la même année, pour l'assurance de dommages a été encore plus fort (marge effective égale à 6,4 fois la marge réglementaire). Voilà, *a priori*, de quoi rassurer les clients, échaudés par certaines déconfitures récentes, mais aussi les autorités de contrôle. N'est-ce pas excessif ? Il y a certainement des différences de nature et de cycle entre la banque et l'assurance qui justifient les écarts enregistrés en la matière. Je constate malgré tout que nombre de grandes banques internationales ne sont guère au-dessus du ratio Cooke global minimum (8 %), même si elles maintiennent systématiquement leur « tier 1 » au-delà de sa valeur plancher (4 %).

La discussion précédente pourrait donner à penser que la réglementation de la solvabilité est « l'alpha et l'omega » de la politique prudentielle. Heureusement – ou malheureusement –, la réalité est plus complexe. Dans le livre vert, déjà évoqué, de juin 1999, le comité de Bâle organise le débat sur l'adéquation des fonds propres pour les établissements de crédit autour de trois thèmes :

1. le ratio Cooke qui est redéfini, constitutif de la règle de base ;
2. la supervision bancaire qui vient, au cas par cas, exiger un ratio de solvabilité au-dessus du minimum réglementaire (une sorte de « matelas de précaution », imposé par la Commission bancaire en France, ou l'équivalent à l'étranger en vertu d'un pouvoir discrétionnaire) ;
3. la « discipline de marché », concept important mais fourre-tout, qui évoque aussi bien l'exigence d'une transparence accrue de l'information financière que le jeu de forces de rappel venant des pressions concurrentielles. Ici, l'idée centrale est de mettre en place des mécanismes de marché (reposant sur des incitations...) pour conduire les établissements vers plus d'autodiscipline.

À cette trilogie de base s'ajoutent les efforts déployés pour développer le contrôle interne. Le règlement 97-02 du CRBF (Comité de la réglementation bancaire et financière) a posé les bases (mais seulement les bases...) d'un contrôle interne renouvelé dans les banques. Mon sentiment est que la problématique du comité de Bâle et celle des autorités nationales (exemple du contrôle interne), développée pour les banques, s'appliquent, toutes proportions gardées, aux sociétés d'assurances. L'exigence d'une meilleure transparence financière, le rôle des mécanismes incitatifs, une meilleure articulation entre le contrôle interne et la réglementation « externe » (aux firmes concernées), une pondération plus adaptée entre cette dernière et la tendance à l'auto-réglementation : tous ces axes concernent l'ensemble des intermédiaires financiers, mais également les marchés de capitaux, même si leur traduction concrète dans la gestion et dans la réglementation des banques et des sociétés d'assurances débouche sur des dispositifs différents.

## Les types de risques à prendre en compte

**L**a typologie des risques est presque aussi délicate que celle des crises bancaires et financières, et cette double ambiguïté n'est pas le fruit du hasard tant les deux

thèmes sont liés. En simplifiant, on distingue quatre catégories de risques individuels (par opposition aux risques systémiques) pour la firme bancaire :

- les risques de signature (ou de contrepartie) ;
- les risques de marché (liés aux variations de taux d'intérêt, de taux de change...) ;
- le risque d'illiquidité ;
- les risques opérationnels.

L'expérience montre qu'une telle classification est utile pour les établissements (elle peut servir, par exemple, à organiser le *back-office* et la circulation de l'information entre celui-ci et le *front-office*), comme pour les régulateurs. En même temps, il faut en relativiser la portée : au-delà d'un certain seuil, des risques de marché ou d'illiquidité virent à l'insolvabilité et deviennent donc de fait des risques de signature. Inversement, des modifications significatives dans les risques de signature se traduisent par des fluctuations marquées dans les *spreads* et les taux d'intérêt, donc par des modifications dans les risques de marché. En outre, les dérivés de crédit, en plein essor depuis 1992, montrent bien l'imbrication étroite entre le transfert des risques de marché et celui des risques de signature.

Néanmoins le clivage risques de marché/risques de signature, combiné avec une typologie des comportements (distinction, par exemple, entre la négociation et l'investissement), fournit une grille de lecture utile d'une partie importante de la réglementation bancaire. Il en est de même pour le secteur de l'assurance et de la réassurance.

Encore un mot sur les discussions en cours à propos des risques opérationnels : une première remarque, plutôt négative : ces risques sont souvent définis par différence (ils ne sont pas les risques de marché ou les risques de contrepartie), plutôt que par leur contenu concret, sans doute parce qu'ils ressemblent à une « auberge espagnole », qui englobe tout un ensemble hétérogène d'événements potentiellement défavorables (défaillances dans la gestion, chocs dans le système informatique, risques légaux...). Le comité de Bâle et le forum de Stabilité financière (FSF) mis en place par le G7 sont en train de creuser l'analyse

économique et réglementaire des risques opérationnels. Il est toujours difficile de réglementer une catégorie définie de manière résiduelle (par rapport aux risques de marché et de signature). Une réflexion conceptuelle supplémentaire devra donc précéder la phase de réglementation externe, mais aussi celle qui touche au contrôle interne des risques opérationnels. Et, dans mon esprit, la proposition s'applique aux sociétés d'assurances comme aux banques.

## Quelle méthodologie pour les risques de signature ?

Les débats bancaires de 1999-2000, à Bâle (comité de Supervision bancaire) et à Bruxelles, sont transversaux. Ils concernent en fait l'ensemble des intermédiaires financiers, et accompagnent ou anticipent des choix à effectuer également pour le secteur de l'assurance. C'est pourquoi ils fournissent un point de départ intéressant.

La crise internationale de 1997-1998 (Asie du Sud-Est, Russie, Brésil...) a de nouveau mis en évidence l'imbrication entre risques de marché et risques de signature (mentionnons une illustration particulièrement frappante en Russie : l'effondrement du marché des bons du Trésor (GKO), qui a provoqué la débâcle d'une partie du système bancaire). Elle a aussi souligné les difficultés de l'anticipation et de la modélisation.

Les risques de marché font, aujourd'hui, l'objet de la modélisation et de la quantification la plus avancée. La méthodologie VAR (« value at risk ») ferait presque figure de nouveau « pont-aux-ânes » de la finance moderne, tandis que les grandes banques internationales (et même de moins grandes) ont développé leurs modèles internes de gestion de ces risques plutôt que de recourir aux modèles standard proposés par les régulateurs, considérés comme dépassés (par rapport aux évolutions de marché et aux innovations financières dernier cri) et trop coûteux en fonds propres. La prolifération de ces modèles internes pour les

risques de marché a dominé la seconde moitié des années 1990.

L'idée qui en découle consiste donc à proposer des modèles internes pour une meilleure gestion du risque de signature. Hélas, il y a un problème : ce risque est *a priori* plus difficile à quantifier que les risques de marché. Peut-on déterminer *ex ante* la distribution de probabilités concernant le défaut de tel gros débiteur ou émetteur ? N'y-a-t-il pas un risque accru d'instabilité dans les comportements et dans les estimations empiriques par hypothèse *ex-post* ? C'est pour contourner ces incertitudes, et quelques autres, que le comité de Bâle a proposé de modifier les pondérations des engagements bancaires, dans le ratio Cooke, pour se rapprocher de la réalité du risque sur le terrain.

Précisons que la grille actuelle du ratio Cooke, compromis inévitable en 1988-1990 au moment de son lancement, ne tient plus la route. Pondérer à 0 %, c'est-à-dire de la même manière, l'État coréen (du Sud) et l'État américain sous prétexte que les deux pays appartiennent à l'OCDE relève de la voltige ou de l'aveuglement. Pondérer à 100 % l'entreprise multinationale chérie des investisseurs (individuels ou institutionnels) qui a pignon sur rue, et la PME de quartier relève d'une insupportable hypocrisie. Le comité de Bâle a proposé de revoir la grille des pondérations à la lumière des notes émises par les agences de rating. Une proposition séduisante, qui suscite cependant quelques réserves :

1. Les agences de *rating* sont loin d'être infaillibles dans leur évaluation et leur anticipation des risques ; on l'a bien vu lors de la crise asiatique.
2. Concrètement, seulement 15 % des entreprises en Europe bénéficient d'une notation ; que faire pour les autres ?
3. Le marché du rating, à l'échelle mondiale comme européenne, est fort peu concurrentiel ; la concentration y est forte, les barrières à l'entrée élevées au point de décourager l'arrivée de nouveaux opérateurs qui, par hypothèse, vont mettre du temps à acquérir de la crédibilité et un « track record ».

C'est pourquoi les discussions entre le comité de Bâle et la profession ont désormais trouvé un équilibre en combinant notation externe et notation interne (par les banques). Qui notera les systèmes de notation interne ? Comme pour les modèles internes appliqués aux risques de marché, il reviendra aux autorités prudentielles de fixer le « benchmark » et de comparer les approches du risque de signature. Facile à dire, certainement difficile à faire. Il faudra améliorer la transparence de l'information entre supervisés et superviseurs.

On voit poindre pour l'ensemble des intermédiaires financiers, banques et assurances confondues, deux interrogations complémentaires :

1. Comment adapter le calcul des probabilités afin de quantifier des appréciations au départ surtout qualitatives ?
2. Dans un contexte où les déficits et les dettes publics doivent baisser et se réduisent effectivement, du moins en proportion du PIB (convergence et euro obligent !), quels seront les nouveaux repères pour les marchés de capitaux ?

Ce débat agite déjà les milieux financiers américains, avec l'accumulation d'excédents budgétaires et une dette publique fédérale en voie d'extinction. Il va se projeter dans l'espace européen, selon le délai habituel... L'enjeu en est la redéfinition du taux d'intérêt sans risque (au sens du modèle de portefeuille), la détermination des primes de risque (en l'occurrence, les *spreads* de signature) et la formation de la structure par risque des taux d'intérêt.

Les sociétés d'assurances françaises sont spécialement investies en obligations : en 1998, elles représentaient 72,4 % de leurs placements, contre 12,3 % en Allemagne et 39,1 % pour l'ensemble de l'Union européenne. Parmi les titres obligataires portés par les entreprises d'assurances, les obligations d'État ont la part belle. Conclusion : il faut s'attendre, en France, à un redéploiement progressif dans la structure des placements des sociétés d'assurances vers plus de titres privés et vers d'autres emplois. L'analyse et la valorisation du risque de signature occuperont dès lors une place prépondérante.

## Autres points relatifs à l'articulation banque/assurance

**L**a consolidation à l'intérieur des groupes et la méthode de valorisation des créances et dettes méritent une attention spéciale. Pour la banque comme pour l'assurance, la tendance de la gestion et de la réglementation est à la consolidation des risques, qui permet de compenser ici ce qui fait défaut là. Si la consolidation est de mise pour les règles de solvabilité, elle souffre, comme on s'en doute, d'exceptions. Dans certains cas, les autorités prudentielles sont en mesure d'exiger le respect des normes de solvabilité par chaque entité d'un groupe. Le choix entre consolidation et déconsolidation est une illustration des principes de la compensation (*netting*), qui s'appliquent aussi à d'autres secteurs : rapprochement des positions débitrices et créditrices par catégorie d'instruments dérivés (par exemple, par type de swap), etc. Le comité de Bâle rappelle cependant dans son livre vert les limites de la consolidation : « Les filiales d'assurances détenues majoritairement ou contrôlées au sein d'un groupe bancaire sont, d'une manière générale, à exclure du périmètre de la consolidation... ». On le voit, les conditions mêmes d'exercice de la bancassurance, qu'il s'agisse de production ou de distribution de services financiers, ont des conséquences prudentielles immédiates.

Quant à la valorisation des créances et dettes, elle évoque la convergence des standards comptables et le souci d'une information financière plus transparente. En principe, en France, les actifs des sociétés d'assurances sont comptabilisés au bilan à leur valeur d'acquisition. Mais il existe parallèlement une publication extra-comptable des valeurs de réalisation : les estimations sur la base des prix de marché (*mark-to-market*) font l'objet d'une publication annuelle de la part des entreprises d'assurances, dans une annexe spéciale. La banque

serait plus avancée que l'assurance dans la mise en place d'une comptabilité aux prix de marché, mais il faut être très prudent dans l'emploi du qualificatif « plus avancée ». Une application seulement partielle, même si elle progresse, du *mark-to-market* est-elle préférable à une solution « en coin », c'est-à-dire à une comptabilité soit totalement historique, soit entièrement aux prix de marché ? Il n'existe pas de conclusion ferme en la matière. Constaté la tendance à l'essor du *mark-to-market* dans la banque et, avec un certain décalage, dans l'assurance est une chose. Il faut dans le même temps observer que tous les postes ne sont pas touchés à la même vitesse, selon qu'ils sont au bilan ou hors bilan (avals et cautions, opérations sur instruments dérivés), selon qu'ils correspondent à des positions créditrices ou débitrices, etc. En outre, le développement de la comptabilisation aux prix de marché peut comporter des coûts collectifs (dans certains cas, accroissement de l'instabilité financière selon un cercle vicieux dans lequel la crise de marché fragilise les intermédiaires financiers, accentuant ainsi en retour la cause initiale, à comparer aux avantages que chaque établissement et les différentes parties prenantes (actionnaires, salariés, dirigeants, clients...) escomptent d'une meilleure transparence financière.

## Le défi en commun : la réglementation des conglomérats financiers

**L**a convergence prudentielle entre banques et assurances ne peut qu'être accélérée par l'essor des conglomérats du style ING, ABN-Amro ou UBS-SBS. Après avoir connu dans les années 1980 le stade du partenariat (en France...), la bancassurance donne lieu aujourd'hui à des processus d'intégration verticale et horizontale qui poussent à une vision d'ensemble des risques et de la solvabilité. Le contrôle interne est une exigence pour tous, et lorsqu'il est concrètement

mis en œuvre, il est difficile – et même contre-productif – de le faire éclater à partir d'une distinction de plus en plus conventionnelle entre produits bancaires, services d'assurances, activités de marché...

Quelles conséquences institutionnelles tirer de cette convergence banques/assurances ? Elles sont plus claires pour les établissements eux-mêmes – qui doivent globaliser leur vision du risque et de la solvabilité, tout en évitant les péréquations nuisibles à la vérité des prix et à la transparence des comptes – que pour l'organisation des autorités de contrôle. Le FSA (Financial Services Authority) britannique fournit, pour les pays d'Europe continentale, une expérience intéressante plutôt qu'un modèle à imiter servilement. Récemment, Laurent Fabius a évoqué son souhait d'aller vers une formule « à l'australienne » avec deux pôles, l'un chargé du contrôle prudentiel, l'autre de la régulation des activités de marché. Une telle organisation aurait l'avantage de remettre en cause certaines « murailles de Chine ». D'une façon ou d'une autre, elle conduirait, en France, à un rapprochement entre la COB et le CMF d'un côté,

la Commission bancaire et la Commission de contrôle des assurances de l'autre, et aurait sans doute des retombées sur le Cecei, le CRBF, etc. Mais rien ne dit que le schéma australien puisse et doive vraiment servir de *benchmark* en la matière. Nous allons devoir être pragmatiques, renforcer le dispositif de coordination et d'harmonisation en Europe, quitte à adopter quelques directives supplémentaires (sur le contrôle interne ? sur la liquidité des établissements de crédit ?). Il faudra accompagner les progrès de la coordination internationale concernant la réglementation des banques, des sociétés d'assurances et des marchés de capitaux, par des mesures qualitatives touchant la coordination, dans chaque pays, des autorités de contrôle. On a déjà saisi que la composante de la coordination purement intérieure (entre les différents organismes compétents dans un pays donné) n'était pas nécessairement la plus facile à traiter... Souhaitons que les intérêts catégoriels et les questions de personnes cèdent le pas, pour une fois, à la nécessité de renforcer l'efficacité et la solvabilité des secteurs bancaires et financiers.

# RÊVES ET RÉALITÉS

Jean-Louis Bellando

*Ancien secrétaire général, Commission de contrôle des assurances*

*Qui peut affirmer aujourd'hui qu'une entreprise d'assurances, quelle qu'elle soit, sera solvable dans cinq ans ? Et pourtant, de nombreux assurés ont souscrit des contrats à long terme ! D'un côté, les entreprises d'assurances sont exposées à des risques de plus en plus nombreux et de moins en moins prévisibles, ce qui suppose une compétence accrue de leurs dirigeants, garantie avant tout par une longue expérience. De l'autre, ratios de solvabilité en trompe-l'œil et standards internationaux ajustés pour plaire simultanément à Copenhague et à Sydney ne facilitent pas la tâche des contrôleurs, qui doivent à la fois intensifier leur surveillance des provisions techniques et des actifs qui les couvrent, et organiser par-delà les frontières la surveillance des contrôles internes et externes existant dans les entreprises.*

**L**a nécessité d'une protection particulière des preneurs d'assurances est aujourd'hui universellement reconnue, même si cette protection revêt des aspects différents ici ou là.

Dans un arrêt du 4 décembre 1986, la Cour de justice des Communautés européennes<sup>1</sup> a estimé solennellement que « [...] le secteur de l'assurance constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue de la protection du consommateur en tant que preneur d'assurance et assuré ». En particulier, estime la Cour, il est extrêmement difficile pour l'assuré d'apprécier les clauses du contrat et les perspectives d'évolution de la situation financière de l'assureur. En outre, la prestation de l'assureur est liée à des événements futurs incertains, et les intérêts des tiers doivent être sauvegardés.

Lors de sa quatrième conférence annuelle en 1997, l'AICA<sup>2</sup> a adopté quelques grands principes de contrôle, parmi lesquels des règles prudentielles, dont le premier alinéa se lit comme suit : « Les compagnies d'assurances, par la nature de leur activité, sont exposées à des risques. Elles doivent donc satisfaire à des « standards » prudentiels établis pour limiter ou gérer les risques qu'elles portent. »

La protection des assurés est généralement organisée par une réglementation dont l'application est confiée à des contrôleurs spécialisés. La réglementation, plus ou moins détaillée, peut viser les produits d'assurances et leur distribution, les entreprises d'assurances et leurs dirigeants, les modalités de la surveillance des uns et des autres, etc. Le contrôle est confié, sous des formes très variées, à l'État, même s'il est parfois partiellement délégué au secteur privé.

Le contrôleur prend garde au respect, par les entreprises d'assurances, des lois et des règlements qui leur sont applicables. Plus spécifiquement, il veille à ce que ces entreprises :

- respectent les engagements contractuels qu'elles ont pris à l'égard des assurés (contrôle juridique) ;
- soient financièrement en mesure de tenir à tout moment leurs engagements (contrôle de solvabilité).

Une entreprise d'assurances est solvable lorsqu'elle dispose des ressources nécessaires pour honorer, à toute époque et en toutes circonstances, ses engagements contractuels envers ses assurés et les autres bénéficiaires de contrats d'assurance.

## Les risques

**L'**analyse des causes d'un certain nombre de faillites dans le monde montre que les pertes des entreprises d'assurances sont essentiellement imputables à une sous-tarification, un sous-provisionnement, la dépréciation de certains placements, la défaillance de partenaires débiteurs (courtiers, réassureurs), l'appartenance à un groupe ou un conglomérat ou, enfin, à l'incompétence des dirigeants.

### ■ La sous-tarification

Le risque de sous-tarification est lié à la nature même de l'opération d'assurance. Les tarifs sont fixés à l'avance pour des prestations qui ne seront servies que plus tard – parfois beaucoup plus tard. Les prévisions de dépenses, même les plus raisonnables, sur les sinistres et les frais, risquent d'être dépassées, ce qui entraînera des pertes. Les causes d'une « erreur tarifaire » sont nombreuses : absence de données fiables, mauvaise exploitation des statistiques disponibles, modification des risques assurés, instructions tarifaires non respectées par les commerciaux, politique agressive de production, mauvaise estimation des sinistres. L'allongement de la durée de la vie humaine, comme les variations de taux d'intérêt, modifient les risques liés au déroulement dans le temps d'un contrat d'assurance vie à long terme.

Et, même lorsqu'un tarif est correctement établi à partir de statistiques fidèles, la fréquence des sinistres constatée une année donnée peut s'écarter de la probabilité théorique retenue pour calculer la cotisation, et ce d'autant plus que l'effectif assuré par l'entreprise est réduit. Il peut en résulter des pertes qui se compenseront dans le temps avec des bénéfices. La prévention consiste alors à majorer les cotisations d'un chargement de sécurité, du moins si la concurrence le permet.

### ■ Le sous-provisionnement

Le risque de sous-provisionnement des engagements contractuels au bilan est celui d'une fausse image comptable de l'entreprise : si les fonds propres représentent 10 % des provisions techniques, une diminution de 10 % de ces provisions multiplie par deux les fonds propres. Un sous-provisionnement a un double effet négatif :

- en reportant sur les exercices à venir des charges qui auraient dû être immédiatement comptabilisées ;
- en faussant le résultat d'exploitation : l'assureur peut être incité à développer une activité qui lui paraît rentable, alors qu'il accumule sans le savoir des pertes futures.

Le sous-provisionnement peut masquer une sous-tarification.

### ■ La dépréciation des placements

Les placements effectués par les entreprises d'assurances sont d'autant plus importants que le décalage entre la perception des cotisations et le paiement des sinistres est grand. Ces placements sont exposés à divers risques susceptibles de mettre en danger les droits des assurés : risque de marché (dépréciation), risque de taux, risque de liquidité, risque d'appariement actif-passif, risque sur instruments dérivés, risques hors bilan (des actifs affectés à la représentation des provisions techniques sont gagés au profit de tiers).

### ■ La défaillance d'un partenaire

Les assureurs sont également exposés à la défaillance d'un partenaire important, courtier ou réassureur. En France, une créance sur un réassureur n'est admise en couverture des provisions techniques<sup>3</sup> que si elle est protégée par une sûreté réelle (nantissement de valeurs, lettre de crédit) ce qui élimine le risque de défaillance d'un réassureur vu du côté de l'assureur direct.

## ■ L'appartenance à un groupe ou à un conglomérat financier<sup>4</sup>.

Cette appartenance peut renforcer la situation financière d'une entreprise d'assurances ou, au contraire, la fragiliser. Elle est en effet exposée à des risques supplémentaires : opacité, contagion, transferts de richesses intra-groupe, arbitrage réglementaire, double emploi des fonds propres...

## ■ L'incompétence des dirigeants

Le risque le plus difficile à prévenir reste l'incompétence des dirigeants de l'entreprise, malgré les tests « fit and proper » (apte et probe). Il est souvent à l'origine des autres risques. Contrôleurs et actionnaires ne peuvent constater les dégâts qu'*a posteriori*, mais les actionnaires n'ont à s'en prendre qu'à eux-mêmes.

## Les diligences d'un contrôle de solvabilité

**U**ne entreprise d'assurances est donc exposée à de nombreux risques susceptibles d'altérer sa santé financière. La plupart d'entre eux sont spécifiques à l'opération d'assurance :

- soit directement : inversion du cycle de la production, importance du passif « évalué » (provisions techniques) ;
- soit indirectement : gestion des actifs inadaptée à la nature et à la structure des engagements.

Les chefs d'entreprise, comme les contrôleurs d'ailleurs, doivent être des spécialistes expérimentés capables d'apprécier les risques inhérents à l'opération d'assurance. Les règles prudentielles qui permettent de les éliminer ou d'en limiter les effets ne peuvent être que spécifiques. La transposition à l'assurance de ratios bancaires est dans une large mesure inappropriée.

Une particularité de l'assurance doit être soulignée : elle repose non sur l'addition mais sur la

compensation des risques au sein d'une mutualité d'assurés. Le risque spatial ou les catastrophes naturelles exposent davantage à la ruine un assureur spécialisé qu'une société polyvalente. Cette remarque ne vaut pas pour l'incompétence des dirigeants, qui constitue plutôt une source d'accumulation de pertes.

Les réglementations et les contrôles ont pour objectif, la prévention de ces risques et la réparation de leurs effets. Les méthodes utilisées dans les différents pays sont très variées, en partie à cause de l'hétérogénéité des normes comptables. Les divergences s'expliquent aussi par la complexité du contrôle de solvabilité, dont certains aspects, considérés comme essentiels à Sydney, paraissent secondaires à Copenhague.

Les diligences d'un contrôle de solvabilité peuvent être hiérarchisées autour de quatre idées :

- ratio de solvabilité ;
- triptyque prudentiel du bilan ;
- conditions d'exploitation (solvabilité prospective) ;
- milieu dans lequel évolue l'entreprise.

## ■ Ratio de solvabilité

Un ratio de solvabilité fixe une exigence minimale de fonds propres pour l'entreprise.

Les fonds propres sont entendus au sens large : au-delà des passifs libres de tout engagement prévisible, les réglementations y incluent des emprunts subordonnés, des rappels potentiels de cotisations (mutuelles), des plus-values latentes (quand les placements figurent au bilan pour leur valeur d'acquisition).

Mais, s'il y a convergence entre les régulateurs mondiaux pour la définition des fonds propres, il n'en va pas de même pour l'exigence minimale, sans doute parce qu'aucune solution n'est à ce jour vraiment satisfaisante :

- ou bien le choix de la grandeur économique de référence (cotisations, sinistres, provisions techniques) pénalise les entreprises les plus prudentes dans leurs tarifs et la mesure de leurs engagements ;
- ou bien la modulation des exigences en fonction des branches d'assurances ne correspond à aucune réalité

technique ou économique : la tendance est en effet aujourd'hui à la vente de contrats polybranches ; par ailleurs les États ne sont pas d'accord sur les branches réputées les plus dangereuses, tant les approches de produits restent différentes dans le monde ;

– ou bien la compensation entre les risques, même s'ils sont bien inventoriés, est mal intégrée : dans une approche additionnelle des besoins de capitaux que chacun d'entre eux suscite, un coefficient de corrélation est de fait très difficile à déterminer.

En assurance non-vie, un ratio de solvabilité indexé sur les provisions pour sinistres a été rejeté par les assureurs européens au (bon) motif que les modalités du calcul de ces provisions n'étaient pas aussi prudentes dans tous les États membres de l'Union. Certes, mais une fois accepté, le ratio aurait obligé indirectement les organes de contrôle qui concentrent leur attention exclusivement sur la marge de solvabilité à mieux surveiller le niveau des provisions techniques des entreprises de leur compétence.

Le ratio de solvabilité a une utilité, celle de provoquer, dès qu'il n'est plus respecté, une intervention coercitive de l'autorité de contrôle. Il doit alors être incontestable, donc simple. Cela dit, il ne faut pas confondre ratio de solvabilité et solvabilité réelle, liée à l'existence même des fonds propres.

Les pertes subies par l'entreprise sont en effet couvertes par ses fonds propres, et plus ceux-ci sont importants, plus sa probabilité immédiate de ruine est faible. Mais, d'une part, les capitaux sont rares et chers, d'autre part, même importants, les fonds propres peuvent être fortement et rapidement entamés par une gestion inconsidérée (cela s'est vu un peu partout), parfois encouragée par le confort de la richesse. Enfin, une entreprise en difficulté sera tentée de réduire ses provisions techniques pour mettre en évidence des fonds propres apparemment plus élevés.

## ■ Triptyque prudentiel du bilan

Le triptyque prudentiel du bilan est composé :

- de provisions techniques suffisantes ;
- d'une représentation par des actifs de qualité

d'un montant au moins équivalent ;

- de fonds propres supérieurs à une norme minimale.

Des règles prudentielles strictes appliquées aux provisions techniques et aux actifs permettent de limiter les risques de sous-provisionnement, de sous-tarification, de débiteurs défaillants (réassureurs, par exemple) et de dépréciation de placements. Les fonds propres couvrent alors seulement des risques résiduels et des manquements généraux (une mauvaise gestion, par exemple).

Les provisions techniques doivent être suffisantes pour permettre à l'entreprise d'assurances d'honorer, dans la mesure de ce qui est raisonnablement prévisible, les engagements résultant des contrats d'assurance. Elles sont calculées (en Europe) en « brut de réassurance » et doivent comprendre une provision de gestion. Leur montant est en principe déterminé contrat par contrat, sinistre par sinistre.

En assurance vie, les provisions techniques doivent être calculées selon une méthode actuarielle prospective tenant compte de toutes les obligations futures des parties, conformément aux conditions établies pour chaque contrat en cours.

Pour l'assureur :

- prestations garanties (y compris valeurs de rachat garanties) ;
- participations allouées aux bénéficiaires ;
- options offertes à l'assuré.

et pour l'assuré :

- cotisations à payer.

Les provisions techniques sont représentées à l'actif par un montant équivalent de placements et de créances sélectionnés. Les placements doivent être rentables, liquides, adéquatement dispersés ; ils doivent pouvoir faire l'objet d'une évaluation incontestable.

La gestion de la congruence actif-passif peut justifier le recours à des instruments dérivés, mais dans des limites prudentes, conditionnées notamment par la compétence des employés affectés à ces opérations.

Le ratio de couverture des provisions techniques par des actifs appropriés constitue un

système d'alerte significatif et d'autant plus probant que les règles sur les provisions techniques ou le choix, la dispersion, l'évaluation des actifs admis en représentation seront rigoureuses et que leur application sera soigneusement vérifiée, notamment par des contrôles sur place.

Le « triptyque prudentiel » constitue un aspect essentiel du contrôle de solvabilité mais ne suffit pas pour apprécier dans le temps la situation financière d'une entreprise d'assurances.

## ■ Conditions de l'exploitation

Les conditions de l'exploitation d'une entreprise d'assurances déterminent son avenir. Même s'il ne s'exerce pas sous la forme d'un examen préalable des tarifs, un contrôle doit être préventif, ce qui suppose une surveillance permanente de l'activité de la société sous ses aspects les plus divers – juridique et moral, technique et financier.

Seule une immersion dans l'entreprise permettra au contrôleur de porter un jugement sur les conditions de son exploitation. Par conditions d'exploitation, il faut entendre tous les facteurs susceptibles d'influencer les résultats de la société et donc sa situation financière :

- fiabilité et suivi des comptes ;
- nature et diversité des risques assurés ;
- organisation commerciale (surveillance des réseaux) et politique tarifaire (suivi des sinistres, sélection des risques...) ;<sup>5</sup>
- réassurance : critères de choix des réassureurs<sup>6</sup>, adéquation des traités ;
- gestion financière ;
- organisation administrative et procédures de contrôle interne ;
- répartition du pouvoir réel au sein de l'entreprise entre le commercial, le technique et le financier, etc.

Ces observations sont déterminantes tant pour apprécier la compétence et l'efficacité des dirigeants que pour évaluer le besoin « particulier » de l'entreprise en fonds propres à un instant donné. Celui-ci correspond au temps nécessaire pour déceler une erreur de gestion (ex. un tarif insuffisant) et la réparer.

Dans certains pays, des tests « fit and proper » sont censés prévenir le recrutement de dirigeants incompetents. Ces tests sont appliqués à l'occasion des demandes d'agrément ou des changements d'actionnaires. Mais souvent, les réglementations protectrices de la vie privée, les lois d'amnistie, l'aversion des tribunaux des pays cartésiens pour des appréciations subjectives constituent des obstacles à l'application de ces tests. Le contrôleur est très rarement en mesure de lancer un interdit contre une personne dénommée, avant le sinistre.

Plus objectivement, à la lumière des indications recueillies sur place sur les conditions de l'exploitation d'une entreprise, le contrôleur pourra ajuster au cas par cas l'exigence réglementaire de solvabilité, qui correspond à des données moyennes sur un marché, en prenant en compte les spécificités de l'entreprise qui conditionnent son avenir.

L'objectif du contrôleur n'est pas de vérifier si l'entreprise était solvable à la date de son dernier bilan, il est d'apprécier sa capacité à tenir ses engagements demain et plus tard. Mais il doit pour cela disposer des moyens juridiques nécessaires pour intervenir chaque fois qu'il estime que les intérêts des assurés sont compromis ou susceptibles de l'être. La réaction du contrôleur sera en outre influencée par l'environnement de l'entreprise.

## ■ Milieu de l'entreprise

Les facteurs externes agissant sur la solidité financière d'une entreprise d'assurances sont extrêmement variés :

### ◆ Concurrence

Une entreprise monobranche est vulnérable en cas d'attaque sur son marché par des compagnies polyvalentes qui accepteraient de supporter temporairement des pertes.

### ◆ Réglementations locales

Les réglementations locales peuvent imposer des tarifs maxima ou limiter les transferts de fonds vers l'étranger.

### ◆ *Qualification des auditeurs externes et commissaires aux comptes*

Dans l'Union européenne, la directive 95/26/CE du 29 juin 1995 (dite « *post BCCI* ») oblige les commissaires aux comptes à signaler rapidement aux autorités de contrôle tout fait ou décision de nature à constituer une violation de la réglementation ou à porter atteinte à la continuité de l'exploitation ; en cas de manquements, les commissaires aux comptes sont passibles de sanctions disciplinaires et pénales.

### ◆ *Comportement des souscripteurs et gestionnaires délégués*

Les délégués sont toujours susceptibles d'outrepasser les mandats qui leur ont été conférés, développant ainsi des risques de sous-tarifcation et de croissance désordonnée.

Le contrôleur doit vérifier que l'assureur a mis en place une structure de surveillance adéquate et que les informations comptabilisées par le siège sont cohérentes avec les opérations réalisées par les délégués.

### ◆ *Rôle des réassureurs*

Un réassureur peut toujours apporter un soutien financier, qui aura des contreparties dans le futur. Des traités de réassurance cosmétiques sont spécialement construits pour permettre la comptabilisation immédiate de recettes et d'actifs et l'enregistrement différé des charges et passifs correspondants. Comme si des sommes empruntées étaient portées à l'actif sans que la dette correspondante soit inscrite au passif ! Les calculs de marge de solvabilité doivent prendre en compte ces omissions, parfois astucieusement organisées.

### ◆ *Rôle des sociétaires*

Le sociétaire d'une entreprise d'assurance mutuelle à cotisations variables est tenu juridiquement d'obéir à un appel de cotisation supplémentaire ; commercialement, une telle opération n'est pas toujours possible, ni même opportune.

### ◆ *Rôle des actionnaires*

L'actionnaire, même important, peut refuser de participer à une augmentation de capital ; la notion de « devoir d'actionnaire » est incompatible avec le principe capitaliste de l'engagement limité aux montants souscrits.

### ◆ *Appartenance à un groupe ou à un conglomérat financier*

Une surveillance complémentaire des entreprises d'assurances appartenant à un groupe a été mise en place dans l'Union européenne par la directive 98/78/CE. Une surveillance globale s'ajoute (mais ne se substitue pas) à la surveillance « solo » de chaque entité juridique ; un ratio de solvabilité ajustée compare les fonds propres du groupe (corrigés des doubles emplois) à une exigence de marge cumulant les exigences des entités composant le groupe.

Les transferts de richesse d'une société à l'autre par prêts, cautions, réassurance, cessions de placements, conventions de gestion, doivent être déclarés aux autorités de contrôle.

Les contrôleurs organisent pour les groupes transfrontières une coopération autour d'un coordinateur ou d'un chef de file, qui est en principe le contrôleur de l'entreprise d'assurances tête de groupe ou celui de sa principale unité. Les échanges d'informations effectués dans ce cadre portent aussi bien sur les dirigeants que sur les comptes.

Le forum tripartite, qui réunit contrôleurs des banques, des sociétés d'investissements et des entreprises d'assurances, prépare un dispositif similaire pour les conglomérats financiers. Les nombreux rapprochements de ces dernières années entre entreprises des différents secteurs financiers ont incité un certain nombre de pays à fusionner leurs autorités de surveillance.

Une telle initiative reste fortement controversée, sachant que :

– il y a peu de véritables conglomérats financiers dans le monde ; dans la plupart des institutions

dites de « bancassurance », un secteur est largement prédominant ; en France, le seul véritable conglomérat financier a été GAN-CIC ;

– le contrôleur commun sera confronté à des problèmes quasiment insolubles de conflits d'intérêts, par exemple lorsqu'un assureur vie augmente le capital de sa filiale bancaire en difficulté, au détriment des futures participations bénéficiaires de ses assurés ;

– l'activité d'assurance comporte des risques très spécifiques, traités par des réglementations appropriées, dont le contrôle requiert des spécialistes expérimentés.

## Conclusion

**L**a solvabilité des entreprises d'assurances est une préoccupation majeure pour les contrôleurs mais aussi pour les consommateurs, les courtiers, les investisseurs (l'entreprise, en quête de capitaux nouveaux, cherche à séduire ses actionnaires par des promesses de « retours sur fonds propres » attrayants).

La concurrence croissante qui s'exerce sur les prix de l'assurance, d'une part, les pressions accrues des investisseurs pour être largement rémunérés, d'autre part, constituent une menace pour la solidité financière des entreprises, en contradiction avec les impératifs de sécurité nécessaires à la protection des assurés et à une bonne réputation sur les places financières.

Ces tensions ne doivent surtout pas inciter les contrôleurs à réduire leurs exigences, bien au contraire ; elles accroissent les difficultés d'un diagnostic pertinent.

Parallèlement, les tendances à la déréglementation et à la globalisation des marchés financiers renforcent la nécessité d'acteurs capables de supporter aussi bien les grandes catastrophes que

les crises économiques. La compensation géographique des risques exige en contrepartie que les entreprises opérant sur plusieurs marchés se dotent de moyens efficaces pour contrôler elles-mêmes leurs activités. Et il appartient aux États de mettre en place, simultanément sur une base nationale et dans un cadre international, des structures aptes à exercer la surveillance des contrôles internes, sans oublier les nombreux exemples de défaillances outre-Atlantique qui montrent que le syndrome « too big to fail<sup>7</sup> » ne résiste plus à la réalité des faits. Cela nécessite des instruments nouveaux et une indépendance accrue des contrôleurs par rapport aux contrôlés et au pouvoir politique.

### Notes

1. *La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est un organe juridictionnel, dont la mission est « d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et dans l'application » du traité de Rome, ainsi que des directives ou règlements qui en découlent.*

2. *ou IAIS ; Association internationale des contrôleurs d'assurances.*

3. *En France, les provisions techniques sont inscrites au passif du bilan en brut de réassurance (ce qui exprime que l'assureur direct et seul responsable vis-à-vis de ses assurés), et la part des réassureurs dans ces provisions techniques figurent en contrepartie à l'actif.*

4. *Un groupe réunit essentiellement des entreprises d'assurances ; un conglomérat financier comprend au moins deux des trois types d'institutions financières suivantes : établissements financiers, entreprises d'assurances, sociétés d'investissements.*

5. *Dans l'Union européenne, le contrôle préalable et systématique des tarifs est proscrit, mais non leur suivi dans le temps : statistiques par produits, évolution des taux de sinistres aux primes...*

6. *Voir Recommandation adoptée le 25 mars 1998 par le Conseil de l'OCDE. Le Conseil recommande que les pays membres de l'OCDE : « 1) invitent les sociétés d'assurances placées sous leur surveillance à prendre toutes mesures appropriées pour évaluer la solidité des sociétés de réassurances auxquelles elles cèdent (ou se proposent de céder) des contrats ; 2) invitent les sociétés de réassurances établies sur leur territoire à fournir sur demande aux sociétés d'assurances les renseignements qui aideront celles-ci à procéder à des évaluations. »*

7. *« trop grand pour faire faillite ».*

# LE FONDS DE GARANTIE DES ASSURANCES DE PERSONNES

*Jacques Courmontagne*

*Président du directoire du Fonds de garantie des assurances de personnes*

*La loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a institué un Fonds de garantie visant à renforcer la protection des assurés en cas de défaillance d'une société d'assurances de personnes. Jusqu'alors et à l'exception du fonds de garantie automobile, il n'y avait guère de mécanisme de solidarité prévu pour ce type de cas. La création du Fonds de garantie des assurances de personnes (FGAP) est intervenue à la suite de la défaillance d'Europavie, seul cas relevé depuis cinquante ans, pour lequel la profession, estimant que la confiance des assurés était en jeu, a décidé d'intervenir.*

## Organisation du Fonds de garantie

L'organisation d'un fonds de garantie, les limites de son intervention, le montant et les règles de répartition des contributions des entreprises adhérentes ont été récemment précisés par une loi et un décret (25-6-1999 et 3-8-1999).

Le dispositif concerne les entreprises d'assurances de personnes régies par le code des assurances : entreprises d'assurance vie et de capitalisation, entreprises mixtes et entreprises couvrant exclusivement les risques de dommages corporels liés à l'accident ou à la maladie. Sont exclues les entreprises d'assurances de dommages – y compris lorsqu'elles couvrent les risques de dommages corporels liés à l'accident ou à la maladie.

Par ailleurs, seules les entreprises agréées en France, soumises au contrôle de l'État et de la Commission de contrôle des assurances, sont tenues d'adhérer au Fonds, y compris les sociétés étrangères non communautaires pour leurs opéra-

tions en France. Sont écartées du dispositif les entreprises de l'Union européenne ou de l'espace économique européen exerçant en France en libre établissement ou en libre prestation de services.

Enfin, ne sont pas visées par ce mécanisme de garantie les mutuelles régies par le code de la mutualité et les institutions de prévoyance régies par le code de la Sécurité sociale ou par le code rural. Toutefois, la loi prévoit de mettre en place pour ces organismes des dispositifs analogues.

À l'instar de ce qui est prévu pour le Fonds de garantie des déposants, sont exclus de toute indemnisation :

- certains assurés personnes morales (entreprises d'assurances, sociétés entrant dans le périmètre de consolidation dont relève l'entreprise d'assurances, établissements de crédit, organismes de placements collectifs, organismes de retraite). Cette exclusion ne s'applique toutefois pas aux salariés ou clients des personnes morales précitées lorsque les contrats ont été souscrits à leur profit ;
- certains assurés personnes physiques (administrateurs, dirigeants ou associés responsables de l'entreprise défaillante ou d'une société du même groupe, qui détiennent 5 % du capital social de la

société, commissaires aux comptes de l'entreprise défaillante ou de sociétés du même groupe, tiers agissant pour le compte des clients de l'entreprise défaillante).

Le Fonds de garantie des assurés est une personne morale de droit privé gérée par un directoire agissant sous le contrôle d'un conseil de surveillance dont les membres sont nommés par les entreprises adhérentes au Fonds. Le conseil de surveillance comprend douze membres élus pour une durée de cinq ans renouvelable par les entreprises adhérentes. Il élit son président, nomme les membres du directoire (dont le président) contrôle la gestion du Fonds et approuve les comptes.

Le directoire est composé de trois membres, nommés par le conseil de surveillance, qui ne peuvent exercer de fonctions au sein d'une des entreprises adhérentes ni recevoir de rétribution de l'une d'entre elles. Le président ne peut par ailleurs exercer ses fonctions qu'après agrément du ministre de l'Économie.

Ce dernier et le président de la Commission de contrôle des assurances peuvent, à leur demande, être entendus par le conseil de surveillance ou le directoire du Fonds. Réciproquement, le président du directoire est entendu par la Commission de contrôle des assurances, soit systématiquement lorsque celle-ci envisage de recourir au Fonds, soit à sa demande.

En outre, le président du conseil de surveillance est membre de droit du Conseil national des assurances ainsi que de la commission des entreprises d'assurances, laquelle est consultée sur l'agrément des dites entreprises.

Le montant global annuel de ressources dont doit disposer le Fonds est fixé à 0,05 % du montant des provisions mathématiques de l'ensemble des entreprises concernées, constatées au 31 décembre de l'année précédente, soit environ 1,8 milliard de francs. À titre transitoire, la montée en régime des ressources du Fonds de garantie pour atteindre ce montant s'effectue par tiers sur une période de trois ans à compter de 1999.

Ce montant global est constitué par les

entreprises, après déduction des ressources propres du Fonds qui comprennent les produits financiers :

- pour moitié par des cotisations versées en numéraire ;

- pour l'autre moitié par des cotisations prenant la forme de réserves pour fonds de garantie. Ces réserves peuvent être considérées comme des éléments constitutifs de la marge de solvabilité, à condition qu'elles ne soient pas susceptibles d'être appelées de manière certaine par le Fonds.

En cas de sinistre, le Fonds utilise en priorité les sommes versées en numéraire. Si celles-ci s'avèrent insuffisantes, il appelle auprès des entreprises le montant nécessaire des réserves, et en dernier recours, emprunte auprès de ses adhérents dans la limite d'une fois le montant global annuel et dans des conditions déterminées par son règlement intérieur. La quote-part de chaque entreprise dans les emprunts vient en diminution de sa marge de solvabilité. Outre les ressources constituées par les cotisations et, le cas échéant, par les emprunts, le Fonds peut émettre des certificats d'association. Les ressources utilisées sont reconstituées par les entreprises par tiers chaque année, sur une période de trois ans.

---

## Fonctionnement

**L**e Fonds de garantie des assurés est actionné par la Commission de contrôle des assurances lorsque la société d'assurances n'est plus en mesure de faire face à ses engagements envers les assurés, et lorsque la commission a épuisé les moyens dont elle dispose. Il lui faut auparavant consulter le président du directoire de ce Fonds de garantie ; ce qui se situe dans le prolongement de la concertation prévue en amont.

Dans le cas où il conteste la décision de la commission de recourir au Fonds, le président du directoire dispose d'un délai de quinze jours à compter de celle-ci pour saisir le ministre de

l'Économie, qui pourra alors, dans un délai de quinze jours à compter de sa saisine, demander une nouvelle délibération de la commission après avoir recueilli l'avis écrit d'un collège arbitral (composé du directeur du Trésor, du président de la Commission de contrôle des assurances et du président du conseil de surveillance du Fonds, ou de leurs représentants).

La saisine du Fonds est notifiée immédiatement à l'entreprise défaillante, qui doit en informer chaque assuré, souscripteur de contrats, adhérent et bénéficiaire de prestations. Dès la notification faite à l'entreprise défaillante, la Commission de contrôle lance un appel d'offres en vue du transfert d'office de tout ou partie du portefeuille de contrats. Les entreprises répondant à cet appel d'offres sont autorisées à proposer, au vu de l'évaluation des engagements et des actifs<sup>i</sup> que leur transmet la commission, différents taux de réduction par ensemble de contrats présentant les mêmes caractéristiques. Au cas où elle estimerait ces taux de réduction excessifs au regard de l'évaluation précitée, la commission peut demander aux entreprises candidates d'améliorer leur offre, et la rejeter en l'absence de réponse satisfaisante. Deux cas d'intervention du Fonds sont à distinguer :

- le portefeuille de l'entreprise défaillante est transféré : les droits des assurés éventuellement non couverts par l'entreprise cessionnaire sont garantis par un versement du Fonds à cette entreprise à la demande celle-ci ;
- la procédure de transfert n'a pas abouti : les assurés sont indemnisés, à la demande du liquidateur, par un versement du Fonds à leur profit. Le montant de la demande de versement est calculé par le liquidateur sur la base des engagements arrêtés à la date de cessation des effets des contrats.

L'indemnisation prévue dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie prend en compte l'ensemble des provisions représentatives des droits résultant des contrats d'assurance ou contrats et bons de capitalisation afférents à un même assuré, souscripteur de contrat, adhérent ou bénéficiaire de prestations. Ces provisions sont reconstituées en ce qui concerne les prestations à devoir ou à échoir après

la date de notification du recours au Fonds dans la limite de deux plafonds :

- jusqu'à concurrence d'un montant de provisions techniques de 70 000 euros (environ 459 000 francs) pour toutes les prestations autres que celles mentionnées ci-dessous. Un plafond d'indemnisation du même montant est prévu dans le cadre du Fonds de garantie des déposants ;
- jusqu'à concurrence d'un montant de provisions techniques de 90 000 euros (environ 590 000 francs) pour les rentes résultant de contrats d'assurance en cas de décès et pour les rentes d'incapacité et d'invalidité, sous réserve des dispositions du second tiret ci-dessous.

Elles sont reconstituées intégralement :

- pour les prestations dues et échues à la date de notification du recours au Fonds (sommes dues au titre des décès pour les garanties décès, sommes dues aux échéances pour les garanties de capital différé avec échéance fixée, arrérages échus pour les rentes en cours de service, rachats demandés avant notification) ;
- pour les prestations des contrats couvrant les risques accident et maladie, dues et échues entre la date de notification du recours au Fonds et la date de publication du transfert des contrats ou de cessation des effets des contrats.

Le Fonds est subrogé, à concurrence du montant des sommes versées, dans les droits des assurés sur la liquidation ainsi que dans ceux de l'entreprise défaillante sur les sommes exigibles en vertu de l'exécution de contrats de réassurance en cours. Par ailleurs, le Fonds peut engager toute action en responsabilité à l'encontre des dirigeants de fait ou de droit de l'entreprise défaillante aux fins d'obtenir le remboursement des sommes versées. En outre, en cas de transfert d'office du portefeuille d'une entreprise d'assurances de personnes, a été instituée une possibilité de reprise sur les commissions ou rétributions des courtiers d'assurances lorsque leur comportement a contribué aux difficultés de l'entreprise auprès de laquelle ils ont placé les contrats.

Les sommes ainsi récupérées sont reversées au repreneur du portefeuille de contrats de l'entreprise

défaillante, ou en l'absence de cessionnaire, au Fonds de garantie des assurés. Le transfert de portefeuille ou le constat de l'échec de la procédure de transfert emporte retrait de tous les agréments de l'entreprise défaillante.

La mise en place effective du Fonds a été finalisée au début de l'année 2000. Les entreprises adhérentes ont procédé à l'élection du conseil de surveillance du Fonds, qui en a ensuite élaboré les statuts et le règlement intérieur et désigné le direc-

toire. Durant cette première période, le Fonds de garantie a également développé son rôle en matière de prévention, notamment dans le cadre de la concertation avec la Commission de contrôle des assurances.

#### Note

1. *Les actifs affectés aux régimes collectifs de retraite sont attribués aux cessionnaires des engagements correspondants.*

# SÉCURITÉ FINANCIÈRE ET COMPÉTITIVITÉ

*Philippe Trainar*  
Économiste, FFSA

*La solvabilité se situe au cœur de la régulation du secteur de l'assurance. Elle vise à garantir la sécurité des contrats d'assurance. Les règles en vigueur, harmonisées au niveau du marché unique, ont fait leurs preuves. Elles apparaissent cependant de moins en moins adaptées à un environnement économique et financier en mutation rapide. C'est pourquoi une réflexion de fond s'impose, dont le présent article suggère les axes prioritaires.*

**L**a solvabilité des entreprises d'assurances garantit leur santé financière et, plus particulièrement, leur capacité à satisfaire aux engagements souscrits dans le cadre des contrats qui les lient à leurs clients. Cette définition est toutefois très large. D'une part, elle recouvre des dispositifs prudentiels aux objectifs très différents : la réglementation des provisions techniques des entreprises d'assurances, la réglementation des placements figurant en face de ces provisions et la marge de solvabilité réglementaire. S'il est clair que la solvabilité, dans ce contexte, repose sur ces trois dispositifs, celle au sens technique et étroit, que nous retenons ici, ne recouvre que le concept de marge de solvabilité. D'autre part, les conditions dans lesquelles les entreprises d'assurances doivent pouvoir satisfaire à leurs engagements doivent être elles-mêmes précisées, car on ne peut évidemment demander aux sociétés d'être solvables en toutes circonstances, y compris les plus extraordinaires et les moins prévisibles. Si tel était le cas, il leur faudrait conserver, en permanence, les fonds propres nécessaires pour faire face aux situations les plus extrêmes. Une telle contrainte aurait un coût exorbitant en capital, forcément répercuté sur les cotisations versées par les clients, et finirait par tarir la demande d'assurances. En définissant

un niveau minimum de solvabilité, les pouvoirs publics précisent implicitement les circonstances dans lesquelles les entreprises doivent être en mesure d'honorer à leurs engagements, dans des conditions de probabilité raisonnables.

---

## Les règles en vigueur

---

**L**es règles de solvabilité appliquées en France, alignées sur les règles européennes, imposent aux entreprises d'assurances de détenir un surplus minimum d'actifs par rapport aux actifs représentant les engagements : c'est la « marge de solvabilité » ou « solvabilité exigée ». Ce surplus est calculé en proportion des provisions et capitaux sous risques en assurance vie et des cotisations ou sinistres en assurance non-vie :

- en assurance vie, la solvabilité exigée s'élève, en général, à 4 % des provisions mathématiques, ramenée à 1 % lorsque l'entreprise d'assurances n'assume pas de risque de placement, auxquels il faut ajouter 0,3 % des capitaux sous risques ;
- en assurance non-vie, la solvabilité exigée s'élève, la plupart du temps, au maximum des deux

montants suivants : 16 % des cotisations brutes ou 23 % des sinistres bruts, corrigés du taux de réassurance lui-même plafonné à 50 % (le risque transféré sur le réassureur ne donne pas lieu à constitution d'une marge de solvabilité en deçà de ce ratio).

Cette marge de solvabilité réglementaire doit être, par ailleurs, supérieure à un montant minimal en niveau absolu, dénommé « fonds minimal de garantie », qui s'élève de 0,6 à 0,8 million d'euros (3,9 à 5,2 millions de francs), selon la forme juridique de l'entreprise en assurance vie, et de 0,2 à 1,4 million d'euros (1,3 à 9,1 millions de francs) selon la branche en assurance non-vie. La réglementation définit en outre les fonds constitutifs de la marge de solvabilité. Parmi ces fonds, figurent le capital social des sociétés d'assurances ou le fonds initial effectif des mutuelles, leurs réserves et bénéfices reportés, leurs plus-values latentes durables, 50 % de leurs actions préférentielles, emprunts subordonnés et bénéfiques futurs estimés de façon forfaitaire, ainsi que les rappels de cotisations des mutuelles à cotisations variables.

Afin de préciser l'apport de la solvabilité à la sécurité financière d'une entreprise d'assurances, il faut situer cette solvabilité par rapport aux deux autres dispositifs prudentiels évoqués en introduction. La réglementation impose aux assureurs de constituer, au passif de leur bilan, des provisions non seulement suffisantes mais aussi prudentes, qui couvrent une plage de risques raisonnablement probables et, notamment, celui d'un niveau de tarification insuffisant. Elle leur impose aussi de détenir, en représentation de leurs provisions, des actifs placés de manière avisée, suffisamment diversifiés par grandes catégories (les investissements en actions et actifs immobiliers sont plafonnés), et suffisamment dispersés par contreparties<sup>1</sup>. Cette réglementation des placements présente plusieurs avantages : les assureurs disposent des actifs financiers nécessaires pour faire face à leurs engagements, la volatilité de ces actifs n'est pas excessive et leur liquidité est assurée. D'un point de vue strictement économique, la marge de solvabilité réglementaire est substituable au principe de

prudence, dans la mesure où la sécurité financière de l'entreprise peut tout aussi bien être assurée par un supplément « prudent » de provisions que par un supplément de fonds propres. Toutefois, d'un point de vue financier, la substituabilité entre provisions et fonds propres n'est pas totale, dans la mesure où la réglementation impose de couvrir les provisions correspondant à des engagements réglementés par des actifs limitativement énumérés et eux-mêmes réglementés, alors que les actifs figurant en face des fonds propres sont libres. Par rapport à ces deux dispositifs prudentiels, la marge de solvabilité réglementaire constitue une deuxième ligne de défense. On peut considérer qu'elle couvre deux types de risques : les risques d'inadéquation entre l'actif et le passif réglementés, qui peuvent exister même si les provisions sont prudentes et les actifs liquides et peu volatils, et les risques par nature imprévisibles. De ce point de vue, les trois dispositifs de sécurité financière peuvent être considérés, au moins dans leurs principes directeurs, comme complémentaires.

Le respect de la marge de solvabilité doit naturellement faire l'objet de contrôles réguliers, suffisamment rapprochés pour permettre aux autorités d'intervenir de manière précoce, lorsque le redressement financier de l'entreprise est encore raisonnablement envisageable. Les pouvoirs publics chargés de la régulation du secteur doivent, évidemment, être clairement séparés des pouvoirs publics chargés du contrôle. La séparation est fonctionnelle : c'est au régulateur de définir le niveau de sécurité financière imposé aux entreprises d'assurances et d'émettre des règles de solvabilité cohérentes avec ce choix ; c'est au contrôleur d'appliquer ces règles, en toute indépendance par rapport au régulateur, afin d'éviter tout risque de favoritisme propice aux distorsions de concurrence au sein du secteur et dangereux pour la sécurité des assurés.

L'assureur qui ne se conformerait pas aux exigences de solvabilité s'exposerait à des sanctions de la part de la Commission de contrôle des assurances dont le secrétaire général est aussi le chef du service de contrôle des assurances. Si la marge de

solvabilité de l'entreprise est inférieure à la solvabilité demandée, les autorités peuvent exiger un plan de redressement, sanctionner l'entreprise et restreindre, voire suspendre, sa capacité à disposer librement de ses actifs. Si elle est inférieure au fonds de garantie minimum, un plan de financement à court terme peut également lui être imposé. La procédure peut aboutir au retrait de l'agrément. D'autres sanctions peuvent être prises lorsque la comptabilisation des engagements est insuffisamment prudente ou que les actifs ne respectent pas les règles de diversification et de dispersion.

## La solvabilité des entreprises françaises d'assurances

La solvabilité des sociétés d'assurances est, dans l'ensemble, satisfaisante. En 1999, les seuls fonds propres comptables des entreprises d'assurance vie représentaient en moyenne 4,1 % de leurs provisions mathématiques, soit plus d'une fois la marge de solvabilité réglementaire. Plus-values latentes comprises, leur marge de solvabilité effective atteignait 13,7 % des provisions mathématiques, soit 3,4 fois la marge réglementaire, sachant que les plus-values latentes

représentaient, cette même année, 9,6 % de la valeur comptable des actifs des entreprises concernées. Quant aux fonds propres des entreprises d'assurance non-vie, ils s'élevaient, la même année, en valeur comptable, à 50 % des cotisations, soit plus de 3 fois la marge de solvabilité réglementaire. Avec les plus-values latentes, leur marge de solvabilité effective atteignait 102 % des cotisations, soit 6,4 fois la marge réglementaire, sachant que les plus-values latentes représentaient 24 % de la valeur comptable des actifs des entreprises concernées. La solvabilité des sociétés d'assurances, qui s'était dégradée dans la première moitié des années 90 du fait de la mauvaise situation conjoncturelle et du niveau élevé des taux d'intérêt alors en vigueur, s'est redressée depuis lors, soutenue notamment par l'accumulation de plus-values latentes substantielles induites par la baisse des taux d'intérêt et le redressement de la Bourse.

Par-delà ces moyennes, la situation des sociétés d'assurances, prises individuellement, est elle-même satisfaisante dans la mesure où il est très exceptionnel que l'exigence de marge réglementaire ne soit pas satisfaite. Le tableau ci-dessous présente les données individuelles par quintile de marge de solvabilité effective, y compris les plus-values latentes (la marge effective y est calculée en multiple de la marge réglementaire ; le premier quintile représente les 20 % d'entreprises dont la marge effective par rapport à la marge réglementaire est la plus faible).

Marge de solvabilité effective des entreprises d'assurances

1998	1 <sup>er</sup> quintile	2 <sup>e</sup> quintile	3 <sup>e</sup> quintile	4 <sup>e</sup> quintile	5 <sup>e</sup> quintile	Moyenne
Vie	MS < 3	3 < MS < 4	4 < MS < 4.5	4.5 < MS < 5.5	5.5 < MS	MS = 4.5
Non-vie	MS < 2.5	2.5 < MS < 4	4 < MS < 6	6 < MS < 13	13 < MS	MS = 6.1

*M.S. = Marge de solvabilité effective en proportion de la marge minimale exigée par la réglementation.*

Lecture du tableau : 20 % des entreprises d'assurance vie – correspondant au quintile inférieur – ont une marge de solvabilité effective inférieure à 3 fois la marge réglementaire et 20 % d'entre elles – correspondant au quintile supérieur – ont une marge effective supérieure à 5,5 fois la marge réglementaire.

## L'évolution de la réglementation et les réflexions en cours

**L**a Commission européenne a souhaité récemment réexaminer les dispositions des directives concernant la solvabilité des entreprises d'assurances. Un projet de directive sur la solvabilité « solo », c'est-à-dire des entreprises d'assurances prises individuellement, indépendamment de leur appartenance à un groupe, est en cours d'examen. Pour l'essentiel, il vise à renforcer les pouvoirs d'intervention précoce des autorités de contrôle, à élargir ces pouvoirs sur les actifs admissibles dans la marge de solvabilité, à modifier légèrement les conditions de prise en compte de la réassurance, à exiger une marge de solvabilité pour les entreprises en phase de liquidation de portefeuille, à limiter la prise en compte des bénéfices futurs et à accroître de 50 % la marge exigée pour les branches couvrant des risques à liquidation longue dans le domaine de la responsabilité civile (RC générale ou RC liée à l'utilisation de véhicules de transport aérien ou maritime).

En 1998, une directive a été adoptée, prévoyant un contrôle renforcé de la surveillance complémentaire des entreprises d'assurances qui appartiennent à un groupe d'assurances. Jusqu'à présent, le contrôle de la solvabilité reposait sur la surveillance de l'entreprise individuelle (surveillance dite « solo ») et non du groupe. Ce parti pris résultait de la priorité donnée par les régulateurs nationaux à la protection de l'assuré. Juridiquement, celle-ci ne peut être mise en œuvre qu'à partir de l'entreprise d'assurances qui s'est obligée dans le cadre du contrat signé avec l'assuré. Toutefois, cette position traditionnelle des régulateurs s'est heurtée récemment à plusieurs difficultés : d'une part, les récentes faillites d'entreprises d'assurances en Europe ont mis en cause, à un degré ou à un autre, les relations de ces entreprises avec leur groupe, soit que les entreprises concernées aient été contami-

nées par les difficultés du groupe, soit que le groupe ait accéléré leur chute en organisant la sortie des actifs solvables ; d'autre part, la surveillance « solo » conduit à autoriser, de fait, le double emploi des fonds propres dans le calcul de la marge de solvabilité. En effet, lorsqu'une société mère injecte une partie de ses fonds propres dans une filiale, la marge de solvabilité de la filiale s'en trouve accrue, alors même que celle de la maison mère demeure inchangée.

La nouvelle réglementation, qui devait être transposée en droit national avant le 5 juin 2000, de façon à s'appliquer à l'exercice 2001, impose aux entreprises d'assurances de présenter une solvabilité dite « ajustée », calculée selon l'une des trois méthodes suivantes : la méthode de la déduction, où les fonds propres injectés dans les filiales sont déduits de ceux de la maison mère ; la méthode de l'agrégation, qui corrige la précédente en tenant compte des excédents de fonds propres des filiales par rapport à la marge de solvabilité exigée ; la méthode de la consolidation, qui se base sur les comptes consolidés du groupe. En raison du niveau confortable des marges de solvabilité dont disposent les assureurs français, l'application de cette directive ne devrait guère contraindre ceux-ci ; elle devrait surtout avoir pour effet de clarifier la notion de solvabilité. Dans une perspective de plus long terme, la Commission européenne souhaite aborder le sujet plus complexe des conglomérats financiers.

La Commission européenne reconnaît que ces modifications ne sont que d'une portée limitée par rapport aux défis d'une concurrence plus intense, de marchés des capitaux plus intégrés, d'actionnaires plus exigeants, de rendements éventuellement moins favorables des placements à venir et de risques moins prévisibles. C'est pourquoi elle envisage de procéder à une révision fondamentale de la solvabilité au sens large du terme, incluant l'ensemble des dimensions de la régulation financière du secteur des assurances : les méthodes comptables et actuarielles, le calcul des provisions techniques, la réglementation des placements, la gestion actif-passif, la prise en compte de la réassu-

rance, l'application des principes de compétence et d'honorabilité des dirigeants et le renforcement du rôle préventif du contrôle. Cet exercice ambitieux est abordé dans un esprit très ouvert.

## Les formules de solvabilité dans les grands pays industrialisés

Dans la perspective de cet exercice communautaire, il est intéressant de dresser un bilan raisonné des règles appliquées chez nos principaux partenaires. En ce qui concerne la solvabilité *stricto sensu*, trois grandes formules sont aujourd'hui pratiquées dans le monde :

– La formule européenne décrite ci-dessus. Ses limites tiennent au fait qu'elle est fondée sur une approche analytique des risques ne permettant pas d'avoir une appréciation globale de ceux-ci. Elle a cependant fait ses preuves puisque le nombre de faillites est resté très faible dans les pays où elle est appliquée – encore que ce nombre ne soit vraisemblablement pas, sur le long terme, le critère le plus pertinent pour apprécier la santé financière d'un système d'assurances.

– La formule américaine, ou japonaise, du « risk-based-capital » (RBC). Elle calcule les fonds propres exigés à partir d'une moyenne des différents risques auxquels est confrontée l'entreprise d'assurances (risques de placement, de contrepartie, de provisionnement et de tarification), diminuée d'un facteur destiné à prendre en compte la compensation potentielle de ces différents risques entre eux ; ceux correspondant à des montants importants sont surpondérés. En pratique, le risque de provisionnement explique plus du tiers du montant des fonds propres exigés en assurance de dommages aux États-Unis, tandis que le risque de tarification et le risque de placement en expliquent chacun 20 %. C'est, en revanche, le risque

de placement qui explique l'essentiel du montant des fonds propres exigés en assurance vie. Les pouvoirs des autorités de contrôle sont d'autant plus importants que le RBC effectif de l'entreprise est inférieur à 200 % du RBC réglementaire. Cette formule présente l'intérêt de se fonder explicitement sur une approche globale du risque dans l'entreprise. C'est pourquoi elle est aussi utilisée par certaines agences de notation pour apprécier la solidité financière des entreprises d'assurances, y compris en dehors des États-Unis et du Japon. En contrepartie, la formule est relativement complexe et sa logique interne ne semble pas l'emporter en clarté sur celle de la formule européenne.

– La formule de la « solvabilité dynamique ». Le « dynamic adequacy capital testing », appliqué en assurance non-vie au Canada ou en assurance vie dans certains États nord-américains, ainsi que le « risk theoretical solvency test », appliqué en Finlande, en constituent des exemples. La formule vise à déterminer le montant des capitaux nécessaires pour circonscrire la probabilité de ruine ou de défaut à un niveau suffisamment faible, dans un horizon de temps plus ou moins long selon l'exigence du régulateur. Partant d'une prévision de flux financiers futurs de l'entreprise d'assurances, la dotation en capital est évaluée en fonction des risques économiques et financiers, endogènes et exogènes, les plus significatifs, susceptibles d'affecter les affaires de l'assureur. L'intérêt de la formule réside dans son caractère prospectif et donc préventif. Toutefois, les valeurs extrêmes ou les scénarios de référence retenus comportent une certaine dose d'arbitraire, d'autant plus importante que leur probabilité d'occurrence est souvent difficile à apprécier sur la base des statistiques disponibles.

Une étude récente a établi une comparaison de la formule américaine avec la formule européenne, sur la base des données américaines de 1998 pour le marché de l'assurance de dommages<sup>2</sup>. Elle conclut à une plus grande exigence de la formule américaine (RBC) par rapport à la formule européenne : les sociétés américaines sont beaucoup plus nombreuses à satisfaire aux critères européens de solvabilité. Une autre étude a comparé la

formule canadienne de la solvabilité dynamique à la formule américaine (RBC)<sup>3</sup>. Elle conclut à la supériorité de la « solvabilité dynamique », qui paraît mieux corrélée au risque d'insolvabilité. Ces premiers travaux constituent une incitation à des études plus approfondies et plus complètes, incluant notamment l'assurance vie.

## Les axes de réflexion à privilégier pour l'avenir

**I**ndépendamment du résultat de ces études empiriques, l'exercice que souhaite engager la Commission suppose une réflexion de fond sur les quatre questions suivantes :

◆ Quel est l'objectif de la régulation financière et de la solvabilité dans le secteur des assurances ? Est-ce la protection de l'assuré, l'absence de faillites d'entreprises, la maîtrise d'un risque systémique dans le secteur ou les trois à la fois ? La réponse à cette question est déterminante pour la définition d'une contrainte de solvabilité efficace. Elle est d'autant plus importante qu'en France, la récente mise en place d'un Fonds de garantie en assurance vie, motivée par la protection de l'assuré, comporte le risque d'un double aléa moral : du côté des entreprises d'assurances, qui sont incitées à prendre plus de risques sachant que ceux-ci, s'ils sont excessifs, seront supportés par l'ensemble du secteur, mais aussi du côté des pouvoirs publics, qui peuvent préférer attendre la dernière extrémité avant de retirer l'agrément à une entreprise d'assurances, tablant sur le fait que le coût de l'excès d'endettement de cette entreprise pourrait être reporté sur la profession. Cette dernière est donc appelée à jouer un rôle accru dans la régulation du secteur.

◆ Quel est le niveau de risque acceptable ? Faut-il rechercher un risque minimum qui tienne compte de nos connaissances économiques et financières du moment ? Mais dans ce cas, sachant que seule la prise de risque est susceptible de générer une

rémunération nette de l'activité, la capacité des assureurs à créer de la valeur et par là même, à rentabiliser leurs fonds propres, ne peut être que limitée. Par conséquent, la marge disponible pour couvrir les risques imprévisibles sera vraisemblablement faible et insuffisante. À l'inverse, en acceptant un niveau de risque excessif, le régulateur inciterait les assurés à rechercher d'autres formes de protection que l'assurance, ou bien, lorsqu'un mécanisme de fonds de garantie existe (comme c'est le cas en France en assurance vie), il alourdirait les coûts de production de l'ensemble de la profession. Il est donc nécessaire de peser soigneusement le niveau de risque acceptable.

◆ Quelle doit être l'étendue du contrôle prudentiel ? Il est clair que le développement rapide des groupes d'assurances et des conglomérats financiers, ainsi que l'importance croissante de la réassurance, militent pour une régulation et un contrôle élargis tenant compte des relations financières intra-groupe et de leur solidité comme des mécanismes de réassurance. Les réassureurs, qui assument une part significative et croissante de la mutualisation des risques en assurance non-vie, devraient être soumis, au même titre que les assureurs eux-mêmes, à un contrôle prudentiel de façon à pouvoir, notamment, aménager la « transitivité » de la relation entre les assureurs et les réassureurs, l'objectif étant que les créances des assureurs sur les réassureurs de qualité puissent être, en tant que telles, intégralement admises en couverture de la marge de solvabilité et en représentation des engagements des assureurs.

◆ Quelles formes doit prendre le contrôle prudentiel ? Il faut s'interroger sur l'efficacité des formes les plus classiques, qui ont peut-être fait leurs preuves dans le passé mais qui doivent être modernisées afin de s'adapter aux mutations de plus en plus rapides de l'environnement économique et financier des entreprises d'assurances, ainsi qu'à la multiplication des risques imprévisibles. Cinq évolutions paraissent de ce point de vue incontournables :

– Le contrôle doit se rapprocher du marché. D'une part, il doit s'exercer à partir d'informations plus

en phase avec le marché, ce qui milite pour des comptes intégrant les apports de l'approche en termes de « fair value ». D'autre part, il ne doit pas constituer un frein aux innovations de marché, notamment quand elles ont pour effet de réduire les risques, ce qui milite pour une conception de la régulation moins régalienne et plus technique.

– Le contrôle doit devenir global. Les risques d'une entreprise d'assurances ne peuvent plus être appréciés isolément mais globalement, en tenant compte de leurs interdépendances, notamment des effets d'amplification, de compensation ou de mutualisation. De ce point de vue, la multiplication des contraintes prudentielles particulières peut se révéler contre-productive en donnant une impression fallacieuse de sécurité.

– Le contrôle doit s'attacher à la qualité des créances. Les difficultés récentes ont mis en lumière le rôle central de la qualité des actifs dans la solidité financière des entreprises d'assurances, alors que les règles quantitatives générales ne semblent guère discriminantes, d'où l'intérêt d'accorder une place accrue aux modèles internes à l'entreprise ainsi qu'à la notation par des organismes indépendants et reconnus.

– Le contrôle doit intégrer les préoccupations de rentabilité. La rentabilité est un élément important de la sécurité financière des entreprises d'assurances et de la protection des assurés. Avoir des actionnaires ou des sociétaires disposés à remettre de l'ar-

gent si besoin est, constitue la meilleure sécurité pour une entreprise. Cela suppose que l'activité soit suffisamment rentable sans être handicapée par une réglementation trop lourde, pénalisante pour l'innovation financière.

– Le contrôle doit progressivement devenir un « contrôle des contrôles ». Les incertitudes accrues de l'environnement économique et financier et la capacité d'innovation croissante du marché incitent à se fier de moins en moins à des règles préétablies. En revanche, il devient important de s'assurer de la capacité de réaction rapide et pertinente de l'entreprise d'assurances, en contrôlant ses systèmes de contrôle et ses modèles internes.

*Les opinions exprimées dans le cadre de cet article sont strictement personnelles et n'engagent en aucune façon la Fédération française des sociétés d'assurances.*

#### Notes

1. On notera toutefois que la réglementation actuelle autorise les entreprises d'assurances, si elles le souhaitent, à placer la totalité de leurs actifs en obligations d'État.

2. Voir *Swiss Re, 2000* : « Dotation en capital des assureurs non-vie : trouver le bon dosage entre sécurité et solvabilité », *Sigma* n° 1.

3. Voir *Cummins David J., Martin F. Grace et Richard D. Phillips, 1999* : « Regulatory Solvency Prediction in Property Liability Insurance : Risk Based Capital, Audit Ratios and Cash Flow Simulation », *The Journal of Risk and Insurance*, n° 66.

# SOLVABILITÉ DES ASSUREURS ET PROTECTION DES ASSURÉS

*François Le Cornec*

*Vice-président, Aon France*

*Président, Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances*

*L'objet de notre réflexion portera sur l'analyse des risques d'insolvabilité des assureurs et l'examen des moyens existants pour les limiter. Ce bilan effectué, nous envisagerons les éventuelles possibilités pour les réduire, et ce malgré un marché en perpétuelle évolution, notamment en raison de son internationalisation.*

**L**e développement sans cesse croissant du marché de l'assurance par la création de produits nouveaux, destinés à répondre à l'évolution des besoins d'une clientèle de particuliers aussi bien que de professionnels et le changement concomitant du statut des entreprises d'assurances, ont accentué le risque d'insolvabilité de celles-ci.

Ce risque préoccupe tant les « clients » que l'ensemble de la profession et les pouvoirs publics, qui se doivent de protéger les droits des assurés.

---

## Le risque d'insolvabilité

### ■ Les causes liées au fonctionnement des sociétés d'assurances

#### ◆ L'évolution du monde des assureurs

Sociétés privées à leur création, les plus grandes entreprises d'assurances (34 sociétés constituant 9 groupes) ont été nationalisées au lendemain de la guerre (loi du 25 août 1946). La même stratégie a été appliquée au secteur bancaire.

En 1968, les sociétés nationalisées ont été regroupées en quatre groupes : UAP, AGF, GAN, MGF. Nationalisées, les entreprises d'assurances n'encourraient pas le risque d'être mises en liquidation pour cause d'insolvabilité. Dans une telle hypothèse, l'État serait intervenu pour renflouer la trésorerie.

Les programmes de privatisation initiés à partir de 1986 ont conduit à la privatisation de l'UAP en 1994, des AGF en 1996 et du GAN en 1998. L'UAP a ensuite fusionné avec le Groupe AXA, les AGF ont été reprises par Allianz et le GAN par Groupama. À ces grands groupes, il faut bien entendu ajouter les sociétés d'assurances de taille plus modeste, le plus souvent généralistes, qui permettent de maintenir un marché de concurrence bénéfique aux assurés comme aux assureurs.

Privées ou nationalisées, les entreprises d'assurances ont de tout temps été soumises à une réglementation.

#### ◆ Les risques du métier d'assureur

Le mécanisme d'assurance est fondé sur un système de prévision et de mutualisation. C'est l'aléa qui en est le principal élément. Des calculs actuariels doivent ainsi être effectués pour évaluer au mieux les probabilités de sinistres – tant en fréquence qu'en intensité (décès, accidents) – ou les fluctuations de taux d'intérêt (capitalisation par exemple).

Malgré les règles prudentielles imposées aux assureurs, le marché français a connu sept cas d'insolvabilité manifeste entre 1960 et 1990. Plus récemment, et sur une courte période, trois sociétés d'assurances se sont révélées insolubles et ont été mises en liquidation :

- Europavie (branche vie en juillet 1998) ;
- ICS SA (branche non-vie en septembre 1999) ;
- GAE (branche non-vie en mars 2000).

La presse s'est largement faite l'écho des deux premières défaillances et des difficultés dans lesquelles elles plongeaient les assurés – d'autant que, dans le cas d'Europavie, c'était la première défaillance du secteur vie depuis plus de 50 ans. Plus généralement, les causes susceptibles d'aboutir à l'insolvabilité des assureurs sont les suivantes :

- provisions techniques insuffisantes ;
- fraude ou malversation ;
- risque de taux (en assurance vie) ;
- risque de développement ;
- faillite des réassureurs ;
- pertes catastrophiques ;
- surévaluation des actifs ;
- sous-évaluation du passif.

Ces causes multiples concernent tous les aspects de la gestion technique.

## ■ Les causes liées aux produits

L'assureur doit par ailleurs sélectionner les risques en fonction de leur coût, de leur fréquence et de la cotisation. En théorie, les risques liés à un coût et à une fréquence trop élevés seraient à écarter, mais certains risques nouveaux, tels les risques naturels ou exceptionnels (sida, amiante) ou les risques de développement, sont difficilement appréciables.

Leurs caractéristiques statistiques en coût et en fréquence sont mal connues faute de recul suffisant. La prudence serait de ne souscrire qu'une faible part du risque et de faire appel aux réassureurs afin de mutualiser le risque au niveau mondial.

Pour autant, une gestion technique prudente ne met pas à coup sûr l'assureur à l'abri du danger d'insolvabilité si de nombreux risques assurés sont touchés en même temps à la suite d'événements catastrophiques, ou si l'assureur est confronté à un sinistre d'intensité supérieure à la moyenne.

Ainsi le seul sinistre de la plate-forme pétrolière Piper-Alpha (1,5 milliard de dollars) a-t-il mis en évidence le fait que les risques réassurés étaient concentrés sur un petit nombre d'opérateurs, ce qui a déclenché la crise du marché londonien et du Lloyds' en particulier.

## ■ Les causes liées à l'évolution du monde de l'assurance

L'internationalisation des opérations d'assurance accroît le risque d'insolvabilité en raison de la disparité des régimes nationaux de contrôle des entreprises d'assurances. À cette difficulté s'ajoute celle liée à la connaissance des marchés étrangers (sinistralité, régime juridique) ; les tarifs pratiqués devraient tenir compte de la sinistralité propre à chaque pays.

L'insécurité juridique consécutive à l'évolution jurisprudentielle est également susceptible de bouleverser l'équilibre économique des contrats d'assurance. On a pu constater cette déstabilisation avec la jurisprudence « claims's made ».

Enfin, l'accumulation des richesses et la concentration industrielle sont également des facteurs aggravants de risques pourtant connus : ainsi l'incidence financière d'une tempête n'a-t-elle pas la même portée aujourd'hui qu'il y a une vingtaine d'années, du fait de l'évolution de la qualité de l'habitat et de la concentration urbaine.

De même, sur le plan industriel, la concentration des moyens de production accroît le coût du sinistre par ses répercussions sur la chaîne de production et les pertes d'exploitation qui en découlent.

## Le contrôle financier des sociétés d'assurances

### ■ L'organisme de contrôle

Dès l'origine, les sociétés d'assurances n'ont pu être créées que sur autorisation des pouvoirs publics. C'est la loi du 9 avril 1898, spéciale à l'assurance sur les accidents du travail, qui a établi les bases de la réglementation moderne en exigeant un agrément préalable, notamment la constitution d'une réserve financière, et en mettant en place un corps de contrôleurs. Des textes ultérieurs ont étendu le champ de la réglementation aux assurances vie et automobile, puis en 1938, deux décrets-lois (14 juin et 30 décembre) sont venus harmoniser les différentes réglementations applicables aux sociétés d'assurances (décrets codifiés dans le Code des assurances).

On a vu que, dès leur apparition en 1898, obligation a été faite aux sociétés d'assurances de constituer une réserve financière en garantie des prestations à verser aux assurés.

Le souci du législateur est de protéger les droits des assurés, qui paient leurs cotisations dès la conclusion du contrat et à chaque échéance, alors que les indemnités dues par l'assureur sont conditionnelles et à terme.

Le contrôle des entreprises d'assurances est effectué par la Commission de contrôle des assurances (CCA), créée par la loi du 31 décembre 1989, en collaboration avec le ministère des Finances et le Conseil national des assurances (CNA).

Outre le respect des dispositions législatives ou réglementaires, la CCA a pour mission de veiller à ce que les assureurs soient en mesure de respecter leurs engagements vis-à-vis des assurés (art. L. 310-12 du Code des assurances).

Conformément aux principes de la troisième directive, la Commission de contrôle est compétente vis-à-vis des entreprises françaises, y compris pour leurs activités en succursale ou en libre pres-

tation de service (LPS) dans d'autres États de l'Union. En revanche, elle ne contrôle plus les entreprises dont le siège social est situé dans un autre État communautaire, même si elle conserve cependant quelques pouvoirs de contrôle et de sanction (art. L. 363-2, 3 et 4 du Code des assurances).

### ■ Les modalités de contrôle

#### ◆ Le contrôle sur place

Il est effectué par un corps de commissaires-contrôleurs assermentés et tenus au secret professionnel. Leurs pouvoirs d'investigation sont importants et ils sont, de ce fait, en mesure de détecter d'éventuelles dérives. Le résultat de ces contrôles est communiqué aux dirigeants de l'entreprise concernée, à ses commissaires aux comptes ainsi, bien sûr, qu'à la Commission. Lorsque la pérennité de l'entreprise leur paraît menacée, ils doivent faire preuve de persuasion – d'autant qu'ils sont tenus à la confidentialité pour que les mesures nécessaires soient prises par les dirigeants ou par la Commission.

#### ◆ Le contrôle sur pièces

Il est effectué à partir du dossier annuel comprenant les comptes de l'exercice précédent et un certain nombre d'états relatifs à la situation financière : encaissement des cotisations, règlements et évaluation des sinistres, provisions retenues...

#### ◆ Les sanctions

Elles peuvent être prises par la Commission en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires, ou en cas de risque concernant la solvabilité de l'entreprise contrôlée. Proportionnelles à l'infraction constatée, elles peuvent aller du simple avertissement au retrait total ou partiel d'agrément ou au transfert total ou partiel du portefeuille (art. L. 310-7 et 8 du Code des assurances).

Il est à craindre que ces pouvoirs de sanction ne soient pas toujours utilisés, et ce, pour éviter l'aggravation de la situation d'une entreprise en difficulté. Les dernières affaires, Europavie et ICS, montrent que le souci louable de ne pas « alerter » le marché dès la connaissance des premières difficultés de ces entreprises d'assurances peut s'avérer très néfaste.

Si la Commission publie chaque année un rapport d'activité, le nom des sociétés dont la gestion au regard des règles de solvabilité a été jugée insuffisante n'est pas mentionné : la conséquence en est que les intermédiaires continuent à placer en toute bonne foi des contrats auprès de sociétés qui peuvent être « chancelantes ».

## ■ Les règles prudentielles

### ◆ Évaluation des engagements

À tout moment, les entreprises d'assurances doivent pouvoir justifier de l'évaluation de leurs engagements réglementés, constitués essentiellement de leurs engagements envers les assurés ; ils sont comptabilisés dans les provisions techniques énumérées aux articles R. 331-3 et R. 331-6 du Code des assurances pour les risques vie et non-vie. La nature de ce type de risques justifie des critères de calcul de provisionnement sensiblement différents.

### ◆ Réglementation des placements financiers

Cette réglementation existe depuis le décret-loi du 14 juin 1938, codifié sous les articles R. 322-1 et suivants du Code des assurances. Comme les provisions, la composition de l'actif est réglementée. Les engagements réglementés inscrits au bilan de l'entreprise doivent permettre de garantir les créances des assurés.

La préoccupation de l'État est d'assurer la sécurité des assurés par l'imposition de règles strictes, telles que :

- l'équivalence des actifs au montant des engagements réglementés ;
- la congruence en devise des actifs et des passifs.

Cette règle se justifie particulièrement du fait de l'acceptation de risques situés à l'étranger dans le cadre de la libre prestation de services (LPS), ou par des succursales qui y seraient implantées.

### ◆ La marge de solvabilité

Le provisionnement des dettes vis-à-vis des assurés et la couverture des engagements par des placements équivalents ne peuvent suffire à garantir la solvabilité des entreprises d'assurances. Celles-ci doivent disposer de fonds propres suffisants.

La marge de solvabilité vient renforcer le dispositif de sécurité en imposant aux assureurs de disposer de fonds propres (art. R. 334-5 du Code des assurances en dommages, R. 334-13 en assurance vie).

À la clôture de chaque exercice, les assureurs doivent établir un rapport de solvabilité transmis aux commissaires aux comptes, conformément aux termes de l'article L. 322-2-4 résultant de l'article 67 de la loi 98-546 du 2 juillet 1998.

### ◆ Les règles de solvabilité au niveau des groupes

Selon les règles européennes, chaque État membre doit imposer à toute entreprise dont le siège social est situé sur son territoire une marge de solvabilité suffisante pour l'ensemble de ses activités au sein de l'Union.

Ainsi l'article L. 334-1 du Code des assurances transposant la directive du 27 octobre 1998 pose le principe d'un contrôle des groupes d'assurances sur une base consolidée.

Au fil du temps, le dispositif tendant à limiter le risque d'insolvabilité s'est développé et renforcé. Mais si le système de règles prudentielles explique le plus faible nombre de défaillances en Europe qu'aux États-Unis, il ne permet pas pour autant de préserver suffisamment les intérêts des assurés, sauf dans des secteurs spécifiques comme l'automobile

et l'assurance de personnes, risques protégés par la mise en place de fonds de garantie.

C'est l'émotion suscitée par la faillite d'Europavie et l'absence de solidarité « de place » qui a en partie accéléré la parution de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière. Cette loi a instauré (art. 68) la création d'un « fonds de garantie des assurés contre la défaillance des assurances de personnes ». Pour autant, les procédures de sécurité restent perfectibles, d'autant que les risques d'insolvabilité se développent et que certains secteurs d'assurance n'ont d'autres protections que les règles prudentielles et les contrôles.

Il est donc encore possible d'améliorer l'existant pour une meilleure protection des assurés.

---

## Le renforcement de la protection des assurés

**L**es dernières faillites d'entreprises d'assurances (ICS, GAE) montrent les faiblesses du système actuel en la matière, et ce malgré les contrôles a priori (agrément) et a posteriori (comptes annuels).

Plusieurs possibilités de renforcement de la protection des assurés peuvent être envisagées :

- l'amélioration des contrôles existants ;
- la notation ;
- la création d'un fonds de garantie pour les risques qui n'en sont pas dotés.

### ■ L'amélioration des contrôles existants

Les contrôles existants ne peuvent garantir la solvabilité des assureurs, c'est la raison pour laquelle ceux-ci ne peuvent s'en prévaloir comme ils le feraient d'une qualification ISO, pour faire de la publicité (art. 310-5 du Code des assurances). Les dernières affaires ont d'ailleurs bien mis en

évidence les limites des contrôles ; il paraît donc nécessaire de renforcer les moyens de la Commission, et plus précisément le nombre des commissaires contrôleurs ainsi que leur formation ; ils pourraient alors multiplier les interventions et effectuer des contrôles « surprise ».

Mais pour que ces mesures soient plus efficaces, les contrôleurs doivent être parfaitement familiarisés avec les nouveaux instruments financiers mis à la disposition des entreprises d'assurances pour couvrir leurs engagements.

À cela s'ajoutent la nécessité de maîtriser les régimes juridiques et la sinistralité des risques placés dans les États de l'Union européenne pour un contrôle efficace des succursales des sociétés nationales.

Par ailleurs, les coassureurs communautaires devraient être soumis aux mêmes obligations et formalités que les assureurs non-vie qui veulent opérer en LPS sur les grands risques – d'autant qu'il n'existe pas de solidarité entre apériteurs et coassureurs.

Faut-il ou non que le résultat des contrôles ne soit plus soumis au secret professionnel et que les sanctions prononcées soient révélées au grand public ?

Sur cette question, deux thèses s'opposent :  
– la publicité risque d'empêcher toute possibilité de redressement de l'entreprise en difficulté par une résiliation massive des contrats en cours et l'absence d'affaires nouvelles ;  
– l'absence d'information peut se révéler tout aussi dangereuse si le redressement ne s'opère pas effectivement ou si une reprise ne se concrétise pas.

La poursuite de l'apport d'affaires nouvelles par les différents canaux de distribution risque d'augmenter le nombre d'assurés victimes de la défaillance tout autant que le montant des pertes.

Une solution alternative consisterait en une information limitée à la profession, mais cette semi-confidentialité ne paraît pas réaliste et risquerait d'entraîner des réactions inconsidérées de la part de certains professionnels.

## ■ La notation

Aux États-Unis, la notation des entreprises – notamment celle des entreprises d'assurances – et la publication des notes est chose normale, et les consommateurs s'adressent plus volontiers aux assureurs les mieux notés.

Pour qu'une telle pratique soit efficace, il faut que les méthodes d'investigation et les objectifs soient identiques. L'analyse et la notation qui en découlent peuvent privilégier la solidité financière, la capacité à régler les sinistres ou encore la solvabilité. Cependant, l'audit aboutissant à la notation exige de la part des sociétés un investissement en temps et en argent.

Certaines sociétés d'assurances françaises ont eu recours à des agences de notation, pratique plus répandue dans les secteurs de la banque ou de l'industrie, mais sans diffusion médiatique.

Les assureurs français restent frileux face à cette pratique dont ils pourraient pourtant tirer parti, tant en interne qu'en externe. En interne, parce qu'il est toujours intéressant d'avoir un avis extérieur et que l'analyse peut fournir un apport méthodologique ; en externe, parce que le marché saurait apprécier la notation attribuée par une agence dont la notoriété est reconnue.

Bien entendu, cette notation ne saurait se substituer au contrôle, qu'elle vient compléter en ce qu'elle se présente comme une opinion étayée – le contrôle quant à lui étant davantage un jugement.

La divulgation de la notation pose les mêmes difficultés que celle du résultat des contrôles et peut de la même manière porter préjudice à une entreprise, surtout si la note est en baisse, autant auprès d'un public peu familiarisé avec les particularités de l'assurance qu'auprès d'éventuels investisseurs. Mais doit-on pour autant, à une époque où la transparence est réclamée de toute part, maintenir dans l'ombre le monde de l'assurance ?

## ■ Les fonds de garantie

La déconfiture d'Europavie a accéléré la création d'un fonds de garantie en assurance de

personnes (loi n° 99-532 du 25 juin 1999), malgré les réticences des assureurs qui ne voulaient pas que les sociétés bien gérées paient pour les autres, même si un fonds de garantie est une mutualisation des risques, principe même de l'assurance.

La création d'un fonds de garantie en assurance dommages, actuellement évoquée, fait l'objet de réserves encore plus marquées de leur part. Il est vrai que la mise en place en est techniquement plus délicate.

Il y a 11 groupes d'assurances obligatoires. Comment concilier les obligations légales d'assurance, par exemple en construction, en assurance professionnelle (constructeurs, professions juridiques, comptables, médicales, banques...), avec la faillite d'un assureur comme ce fut le cas dans l'affaire ICS ?

Il paraît incohérent que l'État puisse imposer une obligation d'assurance pour la protection des victimes et que cette obligation ne soit pas efficace du fait de la faillite de l'assureur...

Si une telle situation est pour le moins choquante en assurance obligatoire, faut-il pour autant laisser les assurés ou les victimes sans protection en assurance facultative ? Il serait bien difficile et délicat de justifier une telle discrimination.

Certes, on peut comprendre que la profession puisse faire valoir le risque de voir les sociétés sérieuses payer pour les autres, mais les expériences d'autres secteurs (bancaire par exemple), ne viennent pas justifier ces craintes, qu'un contrôle renforcé ne peut que réduire.

## Conclusion

**L**e risque d'insolvabilité des assureurs s'est accru ces dernières années et les regroupements, s'ils viennent renforcer la solidité financière des compagnies, ne suffisent pas pour éradiquer ce risque évolutif :  
– risque technique : catastrophes naturelles, grands risques, (aviation, plates-formes pétrolières, sida, amiante...);

– risque financier : nouveaux produits, internationalisation du marché de l'assurance et de la finance provoquant des répercussions en chaîne.

Des solutions existent pour réduire les conséquences de la défaillance d'une entreprise d'assu-

rances. Mais les mentalités doivent encore évoluer, et il serait regrettable que celles des consommateurs devancent celles des assureurs : leur image ne serait pas ternie si ceux-ci faisaient montre d'esprit innovant, en privilégiant l'intérêt des assurés.

# UN ENJEU MAJEUR DE COMMUNICATION

*Yann le Pallec*

*Directeur délégué, département Assurances, Standard & Poor's*

*L'examen des notes de solvabilité financière des assureurs et réassureurs français atteste d'un niveau de solvabilité très satisfaisant pour l'ensemble de la profession, en dépit d'un marché structurellement concurrentiel et d'un exercice 1999 marqué par une sinistralité exceptionnelle pour les assureurs de dommages. Toutefois, l'orientation positive de ces fondamentaux est encore imparfaitement perçue par le public, auprès de qui la profession souffre d'un déficit d'image. Les débats actuels sur la solvabilité constituent l'occasion de clarifier le message et de satisfaire – du moins en partie – la quête de repères des assurés.*

**L'**émoi suscité en France ces derniers temps par la défaillance de certains assureurs atteste d'un décalage entre les réalités d'une industrie aujourd'hui hautement compétitive et la perception que peut en avoir l'opinion, pour qui cette activité relève encore du domaine public. Or, si ce raisonnement était effectivement valide il y a quelques années, il ne l'est plus depuis que les principaux intervenants du marché sont passés, en cinq ans, du statut public de filiales de l'État à celui, privé, de membres de groupes capitalistes ou mutualistes. Ils ont ainsi transformé une mission jusque-là assimilée à un service public – la protection de l'assuré contre les aléas –, en une fonction majeure au plan macro-économique, partagée avec les établissements de crédit – la gestion de l'épargne. Il n'est pas certain que la perception du public ait évolué au même rythme.

En effet, les problèmes de solvabilité, principalement chez Europavie et ICS, ainsi que les déboires rencontrés par AXA dans le cadre de la renégociation tarifaire de son contrat d'assurance décès des parents de personnes handicapées, ont clairement montré la survivance dans l'opinion de réflexes visant à rétablir un mode de gestion de

type étatique lorsque les assureurs faillissent à leur mission : pressions pour mettre en place un mécanisme de solidarité dans le premier cas, pressions pour maintenir la garantie coûte que coûte dans le second. Par ailleurs, de récentes enquêtes d'opinion, diligentées par la profession, ont conclu à un déficit d'image auprès du public ; les assureurs disposeraient d'une notoriété somme toute faible, et la portée réelle de leurs engagements semble encore imparfaitement cernée – secteurs dommages et épargne-vie confondus. Les Français sont en quête de repères en matière d'assurance.

Il est, en premier lieu, de la responsabilité de la profession de fournir toutes les informations nécessaires à l'assuré lorsque ce dernier choisit de souscrire un contrat. En effet, si le caractère intrinsèquement inégal de la relation contractuelle liant l'assureur à l'assuré était autrefois partiellement compensé par la garantie implicite de l'État actionnaire, tel n'est plus le cas aujourd'hui. Communiquer de manière claire et transparente sur la nature et les limites des prestations d'assurances constitue donc désormais une obligation imposée par le marché ; les assureurs ne sauraient s'y soustraire sans s'exposer à d'éventuelles poursuites judiciaires. L'exemple britannique des

« pension mis-sellings » en est une parfaite illustration, à méditer à l'heure où le marché français des contrats d'assurance vie en unités de compte connaît un taux de croissance sans précédent ; or, il n'est pas certain que tous les assurés soient au fait des risques réellement encourus par rapport à un contrat classique en francs...

En second lieu, il est du devoir de l'État de préciser la mission et l'étendue des pouvoirs du corps de contrôle : en effet, au-delà des débats actuels sur l'opportunité d'une fusion avec leurs homologues du secteur bancaire, il semble que leur redéploiement s'impose de manière urgente, afin de tenir compte de l'évolution du marché, et, ainsi, d'accroître le niveau de protection des assurés.

Enfin, l'éducation du public – puisque c'est tout bonnement de cela qu'il s'agit – sera grandement facilitée par une concertation plus étroite entre les différentes parties prenantes au maintien, au contrôle et à l'appréciation de la solvabilité.

## Quelle solvabilité pour l'ensemble de la profession ?

**D**ans son rapport annuel sur l'assurance française en 1999, le président de la FFSA Denis Kessler prend position en ces termes : « Les difficultés rencontrées par deux sociétés d'assurances marginales s'expliquent par des facteurs contingents et sont en complète opposition avec la solidité remarquable du marché français. »

Cette affirmation est corroborée par l'examen des statistiques de Standard & Poor's, qui classe en catégorie dite « d'investissement » 91 % des assureurs français (sur un échantillon total de 77 compagnies et mutuelles), et la totalité des 7 réassureurs nationaux. Autrement dit, ces intervenants présentent toutes les garanties requises en matière de règlement des sinistres dus et/ou des prestations garanties ; ils font preuve d'une solidité

financière en adéquation avec leurs engagements. À cet égard, précisons qu'à l'intérieur de la catégorie d'investissement, c'est-à-dire les notes qui s'échelonnent de BBB à AAA, la différenciation des entreprises entre elles ne résulte que de l'identification de critères d'excellence spécifiques.

## ■ Un marché structurellement concurrentiel...

L'énoncé de telles statistiques ne saurait toutefois constituer une satisfaction en soi si l'on ne prend la peine de les resituer dans le contexte du marché français de l'assurance. Or, celui-ci réunit aujourd'hui toutes les caractéristiques d'un secteur économique totalement libéralisé, soumettant l'ensemble de ses acteurs à une concurrence des plus rudes, sans équivalent en Europe, si ce n'est au Royaume-Uni. D'une part, la privatisation des principaux groupes d'assurances a été largement précédée par la libéralisation des tarifs – ce qui n'est pas encore tout à fait le cas chez certains de nos grands voisins, l'Italie en particulier, et, dans une moindre mesure, l'Allemagne. D'autre part, le souci des pouvoirs publics de conserver un secteur mutualiste fort parallèlement aux sociétés de capitaux (en particulier par l'application d'un régime fiscal favorable) jusqu'au début des années 90, a contribué à maintenir l'atomisation de l'offre en matière d'assurance.

Cette libéralisation des conditions de marchés a peu à peu permis l'apparition de nouveaux entrants, notamment les filiales des banques, dans le domaine de l'épargne-vie, et exposé les assureurs traditionnels à la concurrence tarifaire des mutuelles sans intermédiaires sur le segment des garanties de particuliers. En conséquence, il existe aujourd'hui peu de branches d'assurances qui ne soient soumises à très vive concurrence, en premier lieu pour les grands risques et la réassurance – qui se jouent à l'échelon international –, mais également dans les spécialités telles que l'assurance construction ; la pression sur les marges représente une donnée d'exploitation fondamentale de l'industrie de l'assurance française.

## ■ ... et un exercice 1999 à valeur de test

Les tempêtes de décembre 1999, parce qu'elles constituent un test grandeur nature de la solvabilité des assureurs, vont indubitablement jouer un rôle de catalyseur dans la maturation du marché français.

Au plan de l'assainissement des tarifs, tout d'abord. Fin 1999, les risques professionnels avaient déjà fait l'objet d'ajustements tarifaires à la hausse que les tempêtes sont venues *a posteriori* conforter ; les garanties des particuliers, jusque-là souscrites à des conditions extrêmement tendues, vont, de leur côté, bénéficier d'augmentations de l'ordre de 3 à 5 %. Dès lors, il paraît raisonnable de pouvoir tableer sur une amélioration des soldes techniques à l'horizon 2001, soit une échéance plus proche que le déroulement normal du cycle de l'assurance de dommages ne pouvait laisser l'espérer.

Ensuite, le choc des tempêtes devrait donner le signal d'un mouvement de concentration au sein du secteur mutualiste, à l'instar de celui vécu il y a peu par les assureurs traditionnels. Ça et là, de nouvelles alliances se dessinent déjà. Simples partenariats techniques pour l'instant, celles-ci sont susceptibles de déboucher à terme sur le même type de rapprochements qu'entre Azur et GMF ou entre la Maaf et les MMA. Tel est le cas de la Maif avec la SMACL et, dans une moindre mesure avec la Macif, ou de la Matmut avec l'AMF.

Enfin, l'épisode des tempêtes a prouvé que la notion d'aléa, aussi théorique qu'elle puisse paraître, n'en recouvre pas moins une réalité tangible qui justifie pleinement le rôle de protection de l'assureur ; il a mis au goût du jour une question qui, jusque-là, ne semblait pas se poser, celle de sa solvabilité, et, plus pragmatiquement, celle de la liquidité, c'est-à-dire la capacité à régler les sinistres en temps et en heure.

## ■ Des défaillances inhérentes au marché

Si les cas de défaillances observés en France restent l'exception, ils n'en constituent pas moins –

on l'aura compris – une conséquence des fondamentaux du marché français de l'assurance.

En effet, il paraît de plus en plus difficile pour un assureur de s'écarter du principe vertueux qui consiste à constamment ajuster ses tarifs, sa politique de sélection des risques et ses coûts d'exploitation, afin d'offrir à l'assuré le meilleur rapport qualité-prix tout en maintenant ses fonds propres à un niveau adéquat par rapport à ses engagements. Dans ce contexte – et c'est là l'un des paradoxes bien connus de l'évolution des marchés –, le phénomène de concentration apparaît comme une tendance lourde. Non pas que l'importance de la surface financière constitue une vertu en soi, mais parce que les plus petits acteurs bénéficient d'un droit à l'erreur beaucoup plus limité. L'exemple des faillites françaises l'illustre bien, dans le cas d'une gestion financière hasardeuse (Europavie) comme dans celui d'une gestion technique laxiste (ICS), dans le cadre de sociétés d'assurances de taille limitée.

Au demeurant, la volonté affichée de se recentrer sur son métier de base et de ne se consacrer qu'à celui-ci fait partie intégrante de la stratégie des assureurs français, depuis les échecs cuisants essuyés par les principaux d'entre eux au début des années 90, principalement dans l'immobilier. Le contexte hautement concurrentiel de l'industrie est venu renforcer cette orientation, et tous placent aujourd'hui le service du client au centre de leurs préoccupations. Il semble effectivement que ce soit là la seule manière d'assurer à long terme sa croissance et son développement, à condition bien entendu de maintenir en parallèle une approche parfaitement maîtrisée des risques d'assurances et de placements financiers.

En résumé, la question de la solvabilité des assureurs français se pose aujourd'hui avec acuité, pour des raisons autant structurelles que conjoncturelles. Dans ce contexte, son appréciation et son contrôle constituent des mécanismes de régulation propres à sauvegarder l'intérêt des assurés, le premier – la notation – relevant du marché, le second – le corps de contrôle – des instances réglementaires.

## La vision des agences de notations

**L**a note de solidité financière reflète la capacité de l'assureur ou du réassureur à régler les sinistres et les prestations conformément aux termes des contrats qui le lient à ses assurés. La démarche d'analyse, qui revêt un caractère global, s'articule autour de cinq critères : la position commerciale et concurrentielle, la performance opérationnelle, la capitalisation, les placements et la flexibilité financière. La note est donc la résultante de ces cinq chapitres d'analyses, complétées par une appréciation plus qualitative du management et de la stratégie d'entreprise, d'une part, et des fondamentaux du ou des marchés sur lesquels l'assureur opère, d'autre part.

La démarche de notation repose donc sur un ensemble de critères d'analyses quantitatifs et qualitatifs qui visent à prendre la mesure des caractéristiques et des performances de l'assureur, et à le resituer parmi ses pairs – tant français qu'étrangers. L'étude consiste donc d'abord à appréhender les particularismes locaux, et, ensuite à procéder aux ajustements nécessaires pour raisonner sur des bases comparables.

On comprend donc aisément que la démarche de notation n'est pas uniquement liée aux différentes réglementations locales, puisqu'elle consiste à se forger une opinion indépendante sur la base des informations communiquées par le management. Elle tient en revanche compte du respect *a minima* par l'entreprise d'assurances des contraintes réglementaires.

Dans les cinq axes d'analyse évoqués plus haut, il convient de dégager trois critères directeurs : la position commerciale et concurrentielle, la performance opérationnelle et la capitalisation. Le raisonnement est en effet le suivant : la croissance régulière et durable de l'activité repose sur la valorisation par l'assureur d'un ou plusieurs avantages compétitifs, qu'il doit être ensuite capable de

traduire sous forme de bénéfices, seule manière d'accroître peu à peu le niveau de ses fonds propres sans recourir à des financements externes. Parallèlement, la qualité de gestion des placements va garantir la régularité des revenus financiers – complément indispensable aux flux de résultats techniques ; le niveau de liquidités, lui, va permettre de faire face à une brusque tension sur les règlements, et la flexibilité financière, procurer les moyens de renforcer les fonds propres en faisant appel aux actionnaires ou, le cas échéant, aux marchés financiers.

La notion de capitalisation, autrement dit de « niveau de fonds propres », est donc centrale à la démarche de notation, qui, toutefois, ne s'y réduit pas. Proche du concept de solvabilité, dont elle partage le caractère quasi exclusivement quantitatif, elle s'en éloigne du fait qu'elle mesure les fonds propres par rapport aux différents besoins générés par l'activité de manière tant prospective que rétrospective.

### ■ Modèle de capital et solvabilité réglementaire

L'appréciation des fonds propres ajustés par Standard & Poor's se fait à partir des données économiques disponibles, c'est-à-dire, dans la majorité des cas, les comptes consolidés de l'entité notée, car ceux-ci sont plus à même de rendre compte de l'ensemble de ses engagements – en particulier les provisions techniques – ainsi que l'endettement. Cette approche conduit à la détermination d'un niveau de capitalisation consolidé dans un premier temps, et affine l'analyse dans un second, en examinant la place de chacune des entités au sein du groupe ; elle permet le cas échéant, de procéder à une évaluation individuelle de leurs fonds propres.

Cette première différence par rapport au calcul réglementaire de la marge de solvabilité se poursuit dans le mode d'ajustement des fonds propres comptables.

En effet, si Standard & Poor's prend en compte – à l'instar de la réglementation – les quasi-fonds

propres, tels que les emprunts subordonnés, il complète également les fonds propres des provisions à caractère de réserves, comme les provisions d'égalisation et réserves de stabilité, et y ajoute le produit de l'escompte des provisions de sinistres à payer relatives à l'activité dommages (déterminé à partir du taux sans risque du marché déflaté et de la durée moyenne de règlement des provisions). Pour la partie vie de l'activité, la valeur présente du portefeuille est également intégrée dans la limite de 50 % au maximum.

Les plus-values latentes sur les placements sont prises en compte dans ces deux approches ; elles font toutefois l'objet de corrections significatives afin d'ajuster les valeurs de marché en fonction de coefficients de volatilité. Pour les obligations et les prêts, il est également tenu compte de leurs probabilités de défaut. Par ailleurs, les différents éléments de l'actif hors placements font l'objet de coefficients de décotes spécifiques permettant d'appréhender le risque de crédit y afférent – notamment pour les créances sur les réassureurs et rétrocessionnaires.

Ensuite, là où la réglementation ne mesure le besoin requis en capital par l'activité d'assurance de dommages qu'en fonction soit des cotisations émises, soit de la charge de sinistres, on calcule séparément et on additionne les besoins en capital résultant du risque lié à la tarification des cotisations d'une part, et à la détermination des provisions de sinistres à payer d'autre part. Pour les risques vie, on retient l'approche réglementaire en fixant l'exigence de couverture à 4 % des provisions mathématiques, réduite à 1 % pour les contrats en unités de compte.

Au final, Standard & Poor's s'attachera à apprécier la couverture de la marge de solvabilité non pas uniquement sur la base d'une analyse rétrospective – en général trois ans –, mais également de manière prospective en utilisant les prévisions de l'assureur. On sera donc amené à se prononcer au vu d'un modèle de capital couvrant plusieurs années, afin de dégager la tendance d'évolution sous-jacente des fonds propres. Cet aspect de l'analyse est particulièrement crucial pour les assureurs de dommages et les réassureurs, qui sont soumis à

des cycles de rentabilité marqués ; or, la note de solidité financière a vocation à refléter la performance sur toute la durée du cycle – même si cela s'avère quelquefois ardu dans les faits.

Il convient de souligner que Standard & Poor's intègre dans ses travaux, dès que possible, l'ensemble des rapports émis par le corps de contrôle susceptible de venir étayer sa propre appréciation, en particulier pour ce qui concerne la qualité des méthodes de provisionnement pratiquées par la compagnie ou le groupe.

## ■ Enjeux et développements récents

Le caractère global de la démarche de notation soumet les agences à une double contrainte : perfectionner toujours plus avant leurs techniques d'analyse afin de mieux appréhender la complexité croissante de l'activité d'assurance et de réassurance, tout en gardant le recul nécessaire pour replacer chacun des intervenants dans le contexte général du ou des marchés dans lequel il évolue.

Des études sont en cours pour parfaire le modèle vie, pour lequel le besoin en capital est actuellement issu du calcul réglementaire. Après deux ans de réflexion théorique et de confrontation pratique avec un échantillon représentatif d'assureurs vie britanniques, Standard & Poor's vient de publier un modèle de capital qui leur est propre. Ce modèle devrait progressivement être adapté aux différents pays d'Europe continentale, notamment la France, et donnera lieu au cours des mois qui viennent à une recherche et une concertation analogues.

Par ailleurs, la note de solidité financière n'a pas pour objet de refléter la capacité de certains assureurs à honorer les engagements contractés dans le cadre de garanties financières, terme général recouvrant plus spécialement les garanties délivrées dans le cadre d'opérations de titrisation pour lesquelles certains assureurs, de taille il est vrai très significative, interviennent en tant que réhausseurs de crédit. En concurrence avec les établissements

financiers sur ce créneau, certains assureurs concluent à cette occasion des engagements qui diffèrent fondamentalement d'un contrat d'assurance classique, aussi bien par le montant de l'indemnité qu'ils pourraient être amenés à verser, que par les modalités de son règlement, en général immédiat.

Dans ce contexte, Standard & Poor's a été conduit à développer au cours des derniers mois une méthodologie spécifique d'évaluation de ces engagements, qui donnent lieu individuellement à un calcul de besoin en capital et en liquidité. Cette analyse mène à l'attribution d'une nouvelle note,

dite « de réhaussement financier » (*financial enhancement rating*), destinée à refléter le degré de sécurité financière procuré par les assureurs souscrivant ce type de garantie.

Enfin, au-delà de ces développements techniques, il semble que le contexte actuel du marché français décrit dans cet article – ainsi que les débats qui l'animent sur la solvabilité – fournisse un terrain propice au dialogue entre assureurs, corps de contrôle et agences de notation, dans le but de faire progressivement évoluer l'image de la profession auprès du public. Voilà notre projet pour les mois à venir.

# LE CONTRÔLE PRUDENTIEL DES CONGLOMÉRATS FINANCIERS

*Jean-Jacques Bonnaud*

*Conseiller du Comité exécutif, Caisse des dépôts et consignations*

*La globalisation et la financiarisation de l'économie s'accompagnent d'une évolution des structures des entreprises et des groupes financiers autour d'un axe fort, celui d'une industrie des services financiers<sup>1</sup>, avec des rythmes et des formes variables selon les zones géographiques.*

**L**ongtemps interdite et contenue aux États-Unis, représentée en Europe par la « bancassurance » ou « l'Allfinanz », la constitution de groupes mixtes – banques, assurances et services d'intermédiation boursière – s'étend à travers le monde dit « développé ». Créés par le jeu de participations de contrôle et d'accords de partenariat préférentiels, les groupes mixtes englobent tous les services de gestion financière pour compte de tiers, et « les grands conglomérats » associant au moins deux des trois grands métiers de la finance ne se comptent plus au Bénélux, en Scandinavie (souvent autour de partenaires mutualistes), en Allemagne autour des grandes banques, en France, en Espagne.

Aux États-Unis, le Glass Steagle Act et la Bank Holding Act ont cédé devant la constitution d'un géant américain de la bancassurance, City Group, issu en 1998 de la réunion de City Bank et de l'assureur Travellers, par ailleurs associé à l'Européen Zurich Financial Service (après des tentatives plus limitées du fait de la rigidité de la législation et qui ont échoué dans les années 80, autour de la notion de « supermarché financier » expérimentée par les grands magasins Sears et Roebuck).

Les crises financières récentes ont illustré la vulnérabilité croissante de ces groupes, souvent sans définition juridique précise et livrés à des méthodes de

consolidation hétérogènes : crises des « junk bonds » et crise immobilière américaine des années 80, qui ont atteint les sociétés d'assurance vie et les caisses d'épargne américaines ; crise immobilière en Europe dans les années 90, dont la coïncidence avec une chute de croissance et le maintien de taux d'intérêt élevés ont eu des effets ravageurs, en Scandinavie et en France en particulier.

Les récentes crises internationales ont en outre révélé à quel point l'évolution des techniques financières, jointe à leur internationalisation, pouvait déplacer des risques et déjouer des surveillances restées nationales et sectorielles.

L'accent a d'abord été mis sur la sécurité et la solvabilité des banques. En 1988, le ratio Cooke a été édicté par le Comité de Bâle de la Banque des règlements internationaux. Ont ensuite été traités les aspects du contrôle qui, au-delà de la seule adéquation des fonds propres, visent à mieux accompagner les différents types de risques et à suivre les opérations internes à des groupes ou à lutter contre l'opacité plus ou moins voulue des structures. D'emblée, le contrôle prudentiel des banques a été international.

Les conglomérats impliquant des sociétés d'assurances ont été identifiés et traités dans le domaine prudentiel, d'abord en Europe au niveau national, puis au niveau de l'Union européenne, parallèlement à la mise en place du marché unique, à travers les

directives concernant la marge de solvabilité européenne des sociétés d'assurances, la libre prestation de service et la consolidation des groupes. La priorité de la Commission européenne a été le contrôle des groupes « purs » d'assurances.

D'emblée, il a été admis que les règles prudentielles devaient rester spécifiques à chacune des activités – bancaire, boursière ou d'assurance – étant donné la forte différence des risques pris. En revanche, les opinions ont varié quant à l'organisation des procédures de contrôle. Ainsi le Danemark a-t-il unifié en deux étapes (1987 et 1992) son système de supervision, à mesure que les trois principaux groupes d'assurances danois se sont transformés (deux d'entre eux se trouvant en quasi-faillite en 1992, plus à cause de leur gestion d'actifs que des engagements d'assurances qu'ils avaient pris). Deux autres pays de l'Union européenne avaient unifié leurs systèmes de contrôle : les Pays-Bas, sous l'influence du rôle croissant de conglomérats « pilotés » par des sociétés d'assurances (ING et Fortis), et la Grande-Bretagne, qui créa une « autorité » unique pour l'ensemble des services financiers.

La Commission européenne a engagé ses premières réflexions à partir de 1994 ; celles-ci ont donné lieu à des travaux d'experts issus des organismes nationaux de contrôle mais sans déboucher jusqu'à ce jour sur une réglementation spécifique<sup>2</sup>. D'autres travaux d'experts se sont déroulés à l'initiative du Comité de Bâle sur la supervision bancaire, et dans un contexte encore plus éloigné de toute décision puisque ces travaux sont conduits par un « Joint Forum » ou « Financial Conglomerates » créé en 1996, qui réunit le Comité de Bâle lui-même, l'International Organisation of Securities Commissions (Iosco), l'Association des commissions nationales d'opérations de Bourse et une toute récente « International Association of Insurance Supervisors » (IAIS). De plus, 13 pays seulement participent à ces réflexions : huit membres de l'Union européenne sur quinze (la Commission européenne n'ayant qu'une place d'observateur), et cinq pays tiers (Australie, Canada, États-Unis, Japon et Suisse). C'est dire à quel point nous

sommes loin d'une réglementation. Cependant, il est clair que la crise asiatique a fortement doublé les réflexions des organismes de contrôle face aux risques de contagion de ces difficultés, surtout dans les domaines de la banque et des marchés financiers (produits dérivés et « incidents » de la LTCM fin 1998). Des propositions, assez lourdes de conséquences, du Comité de Bâle en 1998 en ont découlé et, en ce qui concerne l'Europe, l'acceptation unanime par le conseil Ecofin du 25 mai 1999 d'un plan d'action pour les marchés financiers. La commission se place dans la perspective d'une forte accélération du processus d'intégration transfrontalière et transsectorielle, du secteur financier européen et mondial.

Dès lors s'engage une sorte de « course de vitesse » entre les instances européennes et les instances internationales de contrôle pour la définition des normes mondiales de régulation et de surveillance, dans laquelle l'établissement d'une plate-forme commune permettrait à l'Europe de jouer un rôle plus important. La future compétitivité du secteur des services financiers de l'Union européenne est en jeu, mais un excès de précipitation peut conduire à des surenchères dans les contrôles, coûteuses et lourdes pour les entreprises.

Au fil des débats, une certaine convergence s'opère sur la problématique, qui laisse encore sans réponse de nombreux problèmes majeurs. Il en découle parfois, même sur les questions les plus techniques, une impression de courir désespérément derrière la réalité – il est vrai que celle-ci est proliférante dans l'univers financier.

---

## Une convergence forte sur le principe d'un contrôle « solo plus »

---

**P**ratiquement tous les experts reconnaissent la nécessité de disposer d'abord de règles prudentielles et de procédures de contrôle spécifiques à chaque secteur en

raison de l'hétérogénéité de chacun. Les risques ne se situent en effet pas au même niveau du bilan en assurance, les prêts pour les banques et les placements (d'où les « junk bonds », par exemple, et les règles très strictes de dispersion et de liquidité des actifs). Par ailleurs, le risque de contagion entre banques, le redoutable « risque systémique » créé par l'énorme capacité d'amplification des refinancements interbancaires, est quasiment inexistant en matière d'assurance.

À ce niveau se posent déjà de nombreux problèmes qui tiennent notamment à ce que certaines activités comme l'affacturage, le crédit-bail ou la réassurance, ne sont pas réglementées.

Plus difficile encore à résoudre est l'obsolescence des premiers ratios dans chaque domaine, mais cela se fera peut-être plus rapidement dans la banque que dans l'assurance. Les règles prudentielles ont en effet longtemps reposé sur des ratios de solvabilité modulés en fonction des risques, alors que ces distinctions sont bousculées par l'évolution de ceux-ci, la nécessité d'échapper aux coûts en capital de certains engagements et les possibilités pratiquement infinies des techniques de désagrégation et de transfert des risques aux marchés financiers telles que la titrisation. Aussi bien, le Comité de Bâle prépare-t-il de nouvelles règles qui s'appuieraient sur les notations données par les agences de *rating* spécialisées. On constate également une tendance des régulateurs bancaires à accepter les modèles de risques de crédit interne aux banques, pour rapprocher les fonds propres réglementairement requis des fonds propres correspondant à la réalité des risques économiques effectivement pris.

Dans ce contexte, les contrôleurs des banques deviendraient de plus en plus des contrôleurs de la qualité des contrôles internes des banques.

Cela tendrait à rendre encore plus hétérogènes les contrôles « solo » existants, même si on peut imaginer que les autres contrôles sectoriels auront aussi à se pencher sur les conséquences des transferts de risques non seulement vers la réassurance (c'est en cours dans l'Union européenne) mais vers les marchés financiers, du fait de l'utilisation de

plus en plus courante par les sociétés d'assurances – et ce non plus pour économiser du capital mais pour mieux gérer leurs liquidités – des mêmes techniques de titrisation (exemple de la titrisation de cotisations acquises non émises par Groupama-Gan en 2000).

## Une incertitude forte sur la nature et le contenu du « plus »

Aujourd'hui, le « plus » admis en Europe consiste surtout en échanges d'informations et rencontres méthodologiques entre superviseurs, mais il recouvre aussi le principe de désignation d'un « coordinateur » pour chaque conglomérat européen.

La spécificité reconnue et l'alourdissement prévisible des contrôles sectoriels, qui dépassent largement le simple contrôle de l'adéquation du capital au risque, englobent les opérations intra-groupe mais aussi, à mesure qu'elles apparaissent, les exigences d'organisation des structures, de formation et de capacité des dirigeants, etc. : celles-ci, nées de la mise en œuvre de la « corporate governance », sont une source de surenchères et de redondances possible entre les contrôles européens, mais aussi entre les Européens et les non-Européens.

Le contenu de la supervision des conglomérats financiers a fort prudemment fait l'objet de simples « suggestions méthodologiques » de la part du Comité de Bâle. Il n'en ressort pas moins une liste importante d'objectifs et de têtes de chapitres, la tendance naturelle des corps de contrôle étant d'élargir sans cesse leur champ d'action.

Le plus urgent est d'ajuster le ratio de capital (*capital adequacy*) dans le but essentiel d'éviter un double emploi des mêmes fonds propres pour des risques différents (le « double gearing » des capitaux) et, également, de contrôler l'effet de levier, c'est-à-dire l'usage de la dette, pour « gonfler » le capital et les engagements qui en découlent.

Sur le plan européen, les experts de 1996 ont proposé une définition du conglomérat financier et fixé leurs objectifs :

- réintégrer dans la surveillance des entités non surveillées, comme les sociétés holdings, les établissements financiers, les entreprises de réassurances, les entreprises auxiliaires ;
- analyser les méthodes de prévention du double emploi des fonds propres<sup>3</sup>, l'effet de levier des participations croisées intra-groupe, les opérations intra-groupe ;
- analyser les problèmes posés par les grands risques, la dispersion des actifs et les problèmes d'arbitrage entre réglementation bancaire et d'assurance qui en résultent.

Aucune directive n'est encore sortie, mais il est clair qu'une initiative en ce sens soulève de très gros problèmes d'arbitrage, d'information et de principes, comme celui d'un « capital notionnel » appliqué à des entités non surveillées que l'on veut prendre en compte.

Le Joint Forum vient de reprendre ce type d'examen en analysant finement les méthodes de prévention du double emploi (qui ne produisent d'ailleurs pas les mêmes résultats), en reprenant l'idée d'un coordinateur-leader par groupe et en ajoutant une étude sur la compétence et sur la probité des dirigeants et des actionnaires de référence, le tout assis sur un projet de « questionnaire » particulièrement fourni.

Il est clair qu'au-delà du principe du contrôle « solo » admis généralement, le point d'arrêt du curseur définissant le « plus » sera un élément essentiel des futures discussions européennes et internationales.

Pendant ce temps, la réalité de l'évolution des conjonctures, des structures et des marchés pose de nouveaux problèmes. L'un d'eux – plutôt « contourné » ou volontairement « oublié » plutôt que non aperçu –, tout à fait central, est celui de l'indépendance réelle du contrôle à l'égard du pouvoir réglementaire ou à l'égard du prêteur en dernier ressort en matière bancaire. Le principe est acquis en Europe de l'indépendance de la Banque centrale à l'égard des gouvernements. Le passé

récent montre parfaitement le risque de confusion des intérêts (*cf.* l'expérience danoise<sup>4</sup>).

Ce qui s'est passé en France dans les années 90 est un cas d'école : jusqu'à la loi décidant l'indépendance de la Banque de France, la confusion entre contrôle et régulation, aggravée par la situation d'actionnaire principal ou exclusif de l'État, a justifié des arbitrages non explicites et tardifs aux frais du contribuable.

Ainsi s'explique sans doute le fait que la totalité du secteur nationalisé des assurances, qui pesait plus de 50 % du chiffre d'affaires de l'industrie des assurances en 1980, ait perdu son indépendance au cours d'opérations de privatisation (Gan) ou après (UAP et AGF). On peut y voir un arbitrage non formulé, destiné à minimiser la taille des recapitalisations nécessaires dans le secteur bancaire, à éviter les risques systémiques et à différer les restructurations rendues indispensables par l'éclatement vers 1992 d'une « bulle immobilière » non prévue par les superviseurs bancaires. Le caractère tardif des apports de fonds propres indispensables aux banques par l'actionnaire public, au gré d'un calendrier malheureusement rythmé par une succession rapide d'échéances électorales (législatives de mars 1993, présidentielle de mai 1995), dans un contexte de cohabitation favorable aux arrières-pensées politiques, n'a fait qu'aggraver le volume des pertes finalement supportées par le contribuable, encore alourdies du poids de charges financières intercalaires à taux d'intérêt élevés.

---

## L'homogénéité souhaitable de la supervision internationale

---

**L**e problème du « prêteur en dernier ressort » est posé au plan international depuis la crise asiatique, mais surgissent aussi ceux de la garantie des dépôts bancaires ou des droits des assurés, auxquels seules

des solutions nationales, disparates, sont apportées aujourd'hui, même au sein de la zone euro.

Il n'est pas évident là non plus que les règles doivent et puissent être homogènes au niveau de l'ensemble des services financiers, alors que la pression du risque systémique porte plus sur les architectures internationales et nationales des contrôles prudentiels bancaires que sur le secteur des assurances et de l'intermédiation boursière.

Un autre problème, dont la réalité anticipe de loin les réglementations, est celui du commerce électronique et plus généralement d'Internet, avec ses conséquences sur les structures de coûts et, partant, l'organisation des groupes financiers.

Enfin, les évolutions propres au marché européen – l'avènement de l'euro, avec l'accélération du glissement des grands groupes bancaires ou d'assurances vers la gestion d'actifs (à l'instar des stratégies américaines) –, la mise en place d'une société de droit européen susceptible de pousser au regroupement des « back-office » et, éventuellement, à de douloureuses délocalisations faute d'harmonisation fiscale suffisante, sont susceptibles de modifier les équilibres des conglomérats tout en accélérant leur constitution.

L'incertitude compréhensible liée au développement d'un phénomène qui est très rapidement passé d'une dimension nationale à celle de sous-ensembles américains et européens, puis mondiale, est une excellente illustration de la difficulté des États ou des structures inter-étatiques à s'adapter à la vitesse de la mondialisation financière. Il faut espérer une réponse à la fois rapide et pragmatique, en attendant une hypothétique autorité prudentielle mondiale.

Les facteurs qui nous paraissent devoir guider la réflexion dans ce domaine de la supervision et de la solvabilité des conglomérats sont les suivants :

– la réalité présente et future de conglomérats financiers transnationaux qui calquent leurs struc-

tures sur la création progressive d'une industrie mondiale des services financiers ;

– la nécessité pour les contrôles « sectoriels » de suivre au plus près la réalité des risques dont l'évolution est largement commandée, pour chaque secteur, par l'utilisation des marchés financiers comme alternative à la prise de risque sur un bilan. Même si, à terme, les marchés financiers commanderont un alignement des procédures de communication, de gouvernance, de notation et de contrôle interne des entreprises et des groupes, chaque secteur a des raisons encore trop différentes de s'adresser au marché pour que l'on puisse rêver aujourd'hui d'autre chose que de la priorité absolue du perfectionnement des analyses et contrôles sectoriels des risques (l'approche « solo »).

– la nécessité d'échanges d'informations entre superviseurs, faisant une large part à l'analyse des opérations intra-groupe et aux cumuls de risques sur le même client dans plusieurs parties d'un même conglomérat. Le grand danger à éviter sera celui d'une bureaucratisation excessive de ces échanges à partir de questionnaires systématiques et de règles communes, qui risquent de doubler inutilement et coûteusement, voire de gêner la nécessaire rapidité de réaction des autorités aux signaux d'alerte sectoriels.

#### Notes

1. Voir *revue Risques*, n°37, consacré en partie aux concentrations dans l'assurance.
2. *Rapport du groupe mixte d'experts techniques CEE*, mars 1996, avec l'appui du Comité consultatif bancaire et du Comité des assurances.
3. *Pour résumer, fondé sur des techniques de déduction, de consolidation ou d'agrégation.*
4. Voir « *Two decades of danish experience of bank-insurance* », de Christen Boye Jacobsen, *The International journal of Insurance Law* Number, 2 avril 1999, note page 127.



3.

# La judiciarisation de la société française

---

■ Pierre Picard

*L'assureur face à la judiciarisation*

■ Marie-Anne Frison-Roche

*La dialectique entre responsabilité et assurance*

■ Bruno Deffains

*Règles de responsabilité et régulation des activités risquées*

■ Claude-Denys Fluet

*Responsabilité des producteurs et « risque-produit »*

■ Bénédicte Coestier • Stéphan Marette

*Sécurité alimentaire : responsabilité et réglementation*

■ François Stasse

*Le juge, le médecin et l'hôpital*

■ Denise Forest

*Le patient, le médecin, le juge... et les autres*

■ Pierre Fauchon

*La nouvelle définition du délit non intentionnel*

■ Alain Mourot

*Responsabilité des dirigeants : risques et assurance*



# L'ASSUREUR FACE À LA JUDICIARISATION

*Pierre Picard*

*Professeur à l'université Paris X-Nanterre, Thema*

*Chaire FFSA d'économie de l'assurance*

Suivant en cela un exemple venu d'outre-Atlantique, l'évolution actuelle de la société française donne un rôle sans cesse croissant au système judiciaire comme référence majeure pour apprécier le bien-fondé des décisions des acteurs de la vie économique et sociale. Pour les médecins, les élus, les mandataires sociaux, les fonctionnaires ou les experts, la mise en cause de la responsabilité civile, ou pénale est aujourd'hui une menace susceptible d'être concrétisée à propos de décisions considérées parfois comme banales, alors que seule une faute grave pouvait jadis déclencher la machine judiciaire. Cette extension du domaine de la responsabilité va de pair avec le rôle croissant donné au juge, dès lors que la loi ne peut tout prévoir et tout spécifier : plus nombreux sont les motifs de mise en cause de la responsabilité, plus fréquentes sont les situations où il faudra trancher des cas non prévus par la loi. En ce sens, dans le domaine de la responsabilité civile où la liberté d'appréciation du juge a une importance majeure, la loi apparaît bien comme un « contrat incomplet » passé entre les citoyens par l'entremise de leurs représentants au Parlement.

Par-delà sa fonction de simple expression du droit, le juge apparaît ainsi souvent comme un acteur doté d'une autonomie bien plus grande, ce qui nous rapprocherait progressivement de la conception anglo-saxonne de la *judge made law*. Sans aller jusqu'à imaginer davantage une telle évolution, tant notre tradition juridique est éloignée de la *common law* anglo-saxonne, force est de constater que l'importance du juge s'accroît sans cesse. Il est ainsi légitime de s'interroger sur les

causes et conséquences d'une judiciarisation de la société française. Pourquoi une telle évolution et que change-t-elle pour les assureurs ?

La judiciarisation est d'abord l'expression d'une transformation des valeurs fondamentales de la société. Le médecin, l' élu local, l'enseignant ou même le savant, y deviennent des personnes comme les autres que l'on poursuivra devant les tribunaux pour peu qu'on ait eu à pâtir de leur comportement ou de leurs décisions, de manière dramatique ou relativement bénigne, alors qu'aucune faute grave (comme le manque d'attention d'un médecin ou la corruption d'un élu) ne peut leur être reprochée. L'aura attribuée naguère au savoir scientifique ou la déférence devant les notables ne sont plus des obstacles à l'exercice de la responsabilité.

Par ailleurs, nous vivons aujourd'hui dans une société où l'on veut être couvert contre tous les risques et où la recherche systématique d'une indemnisation apparaît comme légitime. Recourir aux tribunaux devient alors la seule démarche possible lorsque le système assurantiel se révèle défaillant. L'exemple du risque médical montre clairement comment l'assurance peut, soit accompagner les déviances dues à la mise en cause systématique de la responsabilité des médecins sans présomption de faute grave, soit au contraire, permettre une protection des patients sans inciter à l'usage immodéré des tribunaux. En effet, dans un régime de responsabilité sans faute, les médecins ne peuvent exercer leur activité qu'en bénéficiant d'une couverture d'assurance adéquate qui devient de plus en plus coûteuse au fur et à mesure qu'augmentent la fréquence et l'intensité de leurs

mises en cause, la conséquence ultime étant un renchérissement immodéré de certains actes ou de certaines spécialités. À l'inverse, si ce sont les patients qui sont assurés contre les risques médicaux (au-delà de ce que leur garantit la Sécurité sociale), la responsabilité des médecins peut être limitée aux cas de fautes graves, tout en préservant la protection des patients. La « garantie des accidents de la vie » proposée aujourd'hui par les assureurs français s'inscrit dans cette perspective.

C'est parce que le contexte dans lequel s'exerce l'activité des acteurs de la vie économique et sociale est souvent de plus en plus complexe que la réglementation ne peut garantir à elle seule que soient toujours prises les décisions les plus adéquates en matière de prévention des risques, par exemple à l'occasion du lancement de nouveaux produits sur le marché. Le risque d'une mise en cause de la responsabilité de l'entreprise concernée a ainsi une fonction d'incitation du

responsable potentiel des dommages tout autant que d'indemnisation des victimes. Mais le juge a aussi un rôle indispensable pour qualifier les faits, déterminer les responsabilités ainsi que les réparations éventuellement dues. Dans la mesure où la jurisprudence est ici susceptible d'évoluer rapidement, notamment dans le cas d'activités nouvelles – comme par exemple celles liées au génie génétique – ou comme reflet de mouvements d'opinion, le coût pour l'assureur se trouve être dépendant d'évolutions bien difficiles à anticiper. Ceci est d'autant plus préoccupant que les assureurs ne peuvent limiter leurs garanties dans le temps. Tout ceci les conduit en dehors des sentiers bien balisés du calcul actuariel ! Il s'agit d'estimer le plus précisément possible ce que seront les décisions de justice et l'attitude des victimes dans des domaines jusqu'alors peu explorés. La prospective sociale devient ainsi une composante nouvelle de l'activité d'assurance.

# LA DIALECTIQUE ENTRE RESPONSABILITÉ ET ASSURANCE

*Marie-Anne Frison-Roche*

*Professeur à l'université Paris-Dauphine*

*Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social*

*Le débat sur la juridictionnalisation met souvent en avant une volonté de puissance du juge ou un engouement des justiciables. Mais l'accroissement du pouvoir des juges vient aussi du mouvement des règles juridiques de fond, ici l'évolution des principes des responsabilités civile et pénale du fait de la généralisation de l'assurance.*

**C**ommençons par les définitions. En droit, elles sont toujours des balises nécessaires. Il faut distinguer ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « juridicisation » de la société française et la « judiciarisation ». La première expression désigne la montée en puissance du juridique, donc du droit, la seconde vise la montée en puissance du judiciaire, donc du juge. Sur quel phénomène la société française est-elle aujourd'hui en prise ?

---

## Montées en puissance du juge et du droit

---

**O**n peut développer deux thèses. Il est usuel de soutenir que c'est la décrépitude d'un droit français naguère modèle des nations et la dégénérescence de l'art législatif qui ont offert par leurs lacunes le pouvoir à des juges, lesquels s'autorisent à créer du droit à tout vent. On évoque l'arbitraire d'un juge illégitime et inconséquent contre une loi jadis souveraine et aujourd'hui défaite. Présenter les choses ainsi, comme beaucoup le font, c'est déjà prendre parti : la conséquence est dans l'exposé. En effet, on ne peut qu'en déduire qu'il faut une

reprise en main du droit par la loi, la judiciarisation équivalant à une défaite du droit, défaite paradoxale puisque le droit (la loi) serait détruit par l'acteur du droit (le juge), mouvement alors désigné comme une sorte de démarche suicidaire du droit français.

Mais l'on peut aussi affirmer que la montée en puissance du juge vient d'une montée en puissance du droit, voire d'un progrès du droit. C'est bien parce que le droit a accru son emprise, notamment par le jeu de lois nouvelles et l'établissement de droits nouveaux des individus, que le juge est devenu si présent. Le juge tient de la loi son pouvoir de statuer sur les causes qu'on lui soumet. Il agit en agent d'effectivité, non seulement des droits des parties en litige, mais encore de la loi elle-même, qui ne devient véritablement positive que par l'application qui en est faite et le rappel de son respect par le juge. Ainsi, la judiciarisation est un mode de juridicisation, voire le moyen pour la société française de devenir une société juridique. En effet, si l'on prend la définition sociologique du droit telle que Jean Carbonnier la propose, ou bien sa définition technique telle que la formule le Conseil constitutionnel dans une décision du 9 avril 1996, une situation est juridique si une personne dont les intérêts sont concernés par celle-ci peut la porter devant un juge. C'est la garantie des droits, des prérogatives juridiques que les personnes détiennent dans les situations particulières, qui

fonde la Constitution française. C'est la « contestabilité » des faits, des actes et des droits qui est le signe du juridique. Dès lors, le juge est le signe du droit, y compris de la loi. Sa montée en puissance est le signe d'une plus grande effectivité du droit. Il convient de la mesurer sous plusieurs angles selon des critères quantitatifs, qualitatifs et politiques, permettant à l'occasion de relativiser certains propos généraux aisément tenus à ce sujet.

---

## Judiciarisation quantitative de la société

---

**L**orsqu'on aborde le thème de la « judiciarisation de la société française », évoquant le plus souvent le spectre de la société américaine, on signale le fait que toute personne saisit un juge pour tout et n'importe quoi, les juges se prêtant à cela pour accroître leur influence. Il est vrai que quantitativement, le contentieux ne cesse de croître et les juridictions françaises sont aujourd'hui au bord de la paralysie à tel point que les justiciables peuvent à ce titre demander réparation à l'État pour dysfonctionnement de son service public. Mais cela tient au fait que les moyens de l'institution juridique, notamment le nombre de magistrats (6 000), n'ont guère évolué depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Proportionnellement, il y a trois fois moins de magistrats en France qu'en Allemagne.

---

## Le paradoxe de l'accroissement quantitatif

---

**R**eproche doit donc en être fait à l'État et à ses choix budgétaires. Car ce constat peut conduire à une critique : plus on va donner le droit aux personnes de saisir le juge, plus on va éloigner la perspective concrète d'un jugement, du fait de la paralysie

engendrée par le nombre d'actions. Ainsi, l'accès au juge conduirait à l'exclusion du droit ; la judiciarisation rendrait le juge impuissant, et de fait, inaccessible. Mais l'on ne peut en rester à l'expression de ce grief. Cela ouvre en effet des perspectives : ou l'on accroît l'efficacité de la machine juridique en augmentant les moyens et en les utilisant de meilleure façon, ou l'on met en place des modes alternatifs de règlement des litiges. Les assureurs ont alors leur rôle à jouer. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation a-t-elle institué des procédures d'indemnisation quasiment internes au secteur de l'assurance afin que les victimes ne subissent pas les lenteurs et les aléas du judiciaire. Ce type de régulation devrait se développer.

---

## L'assurance, condition de cet accroissement

---

**D**e même, autre forme de quantitatif, on affirme souvent que les juges attribuent facilement des dommages et intérêts du fait que les responsables désignés sont assurés. En cela, la responsabilité civile est, dans un mouvement amorcé en 1945, un processus social de mutualisation des risques. L'assurance, ou plutôt la capacité financière des assureurs, aurait donc dénaturé la responsabilité, laquelle, par nature, n'aurait pas dû être autre chose que la sanction personnelle d'une faute avérée. D'où le lien entre montée en puissance de la responsabilité objective, qui ne requiert donc pas la démonstration d'une faute et accroît de ce seul fait le nombre de personnes condamnées, et l'observation que les personnes concernées sont, de fait ou de droit, assurées. Ainsi, de droit, les propriétaires de voiture sont assurés, ce qui a conduit à un engagement automatique d'indemniser l'accident. De même, les parents sont assurés pour les dommages causés par leurs enfants, ce qui explique qu'en 1997 la Cour de cassation ait décidé qu'une responsabilité sans faute pesait désormais sur eux.

De fait, les médecins et les cliniques sont assurés, ce qui a permis, en 1999, d'affirmer que les infections nosocomiales impliquent réparation sans qu'une faute médicale doive être démontrée.

Dès lors, non seulement le phénomène de l'assurance aurait engendré l'accroissement quantitatif des condamnations, la perspective de celles-ci excitant le recours au juge, mais encore cela se serait traduit par une dégénérescence qualitative d'une responsabilité perdant son lien naturel avec la faute. Là aussi, il convient de relativiser l'affirmation en reprenant la distinction entre la cause et la condition. En effet, il est exact que la présence de contrats d'assurance et la puissance financière de l'assureur ont permis cette évolution de la responsabilité civile. En cela, l'assurance en fut et en demeure la condition. Mais cela n'en est pas nécessairement la cause.

Ainsi, dès 1960, André Tunc montrait que les victimes des accidents de la route doivent par nature être indemnisées. D'une façon plus générale, la responsabilité civile peut être pensée à partir de la victime et non nécessairement à partir du responsable, ce qui conduit à indemniser une victime même si l'auteur du dommage est un enfant en bas âge. Plus encore, lorsqu'on affirme que la victime d'une infection nosocomiale n'a pas à supporter qu'on exige la preuve d'une faute particulière, cela s'explique par le fait qu'une structure de soins ne doit pas, par nature, rendre malade. Ce sont plusieurs conceptions de la responsabilité civile qui s'opposent, évoquant chacune la nature des choses. L'assurance a permis aux nouvelles théories d'être concrétisées par la jurisprudence mais sous le mode de la simple condition favorable.

Enfin, pour aborder un dernier aspect du quantitatif, il faut préciser que les sommes allouées sont relativement modestes en France et ne connaissent pas l'inflation américaine. Mais cet exemple manque lui aussi de pertinence, car si les dommages et intérêts paraissent faramineux, notamment lorsqu'il s'agit d'obliger les fabricants de cigarettes à verser des millions de dollars aux consommateurs cancéreux ou à contraindre les constructeurs automobiles à indemniser dans de

semblables proportions les victimes de l'explosion du réservoir d'essence, il ne s'agit que de décisions de première instance, rendues par des jurys civils, les montants étant considérablement rabaissés en appel, les cours étant alors exclusivement composées de juges professionnels.

---

## Judiciarisation qualitative de la société

---

**L**a judiciarisation qualitative désigne le fait que toutes sortes de situations puissent être soumises au juge et que rien ni personne n'échapperait au juge. En cela, la judiciarisation réduirait les espaces de libertés et traduirait une sorte de folie judiciaire, rompant la fraternité sociale, dressant les personnes les unes contre les autres.

---

## L'événement, de la fatalité à l'action

---

**L**orsque l'on veut présenter le mouvement d'une façon quelque peu effrayante, on prend comme exemple la mère de l'enfant non voulu, qui demande réparation de l'échec de l'opération médicale qui devait interrompre la grossesse, ou la femme légitime qui demande des dommages et intérêts à la maîtresse de son mari pour le chagrin que cela lui cause. Mais l'on remarquera que dans ces deux cas, les actions ont été rejetées.

Le plus souvent, le juge engage la responsabilité de personnes fautives ayant causé un dommage avéré. Simplement, il est vrai qu'il n'existe plus de cercle de protection – ce « non-droit » évoqué par Jean Carbonnier. Ainsi, les agissements les plus intimes, notamment les pratiques sexuelles, comme les actes les plus publics, liés notamment à la politique, peuvent conduire devant le juge. On

peut critiquer le mouvement au nom du respect de la vie privée, par exemple, ou bien parce que celui qui prend des risques – le médecin, le chef d'entreprise – ne doit pas répondre de l'échec puisqu'il a côtoyé la victime. On peut y voir aussi une réaffirmation du principe classique d'égalité, puisque cette intervention du juge, grâce à la règle générale de la responsabilité civile, vise à protéger les faibles contre les puissants. En quelque sorte, les personnes en situation de pouvoir ont la puissance et ceux qui sont l'objet de cette puissance, qui peut par ailleurs être parfaitement légitime, ont le droit et les juges pour les protéger. En cela, la judiciarisation est liée à ce que l'on présente comme le principe d'équité, c'est-à-dire le rééquilibrage des rapports de pouvoir, quel que soit le lieu de leur épanouissement : famille, entreprise, marché.

## L'accès au droit par l'accès au juge

**A**insi est-il simplement posé que toute personne doit avoir effectivement accès au droit, ce qui peut passer par un accès au juge. Ce principe présente deux aspects : en premier lieu, chacun doit avoir le pouvoir effectif d'obtenir un jugement ; en second lieu, nul ne doit pouvoir échapper à la perspective d'un éventuel jugement à son encontre. Par cette règle unique, l'on pourrait définir l'État de droit. Dans un cas comme dans l'autre, le phénomène n'en est pas moins nouveau, et là aussi, l'assurance interfère et permet une évolution.

En effet, du côté de l'accès au juge pour celui qui réclame, le coût des procès constitue un premier obstacle. La gratuité institutionnelle de la justice ne concerne pas les frais d'avocats, et l'aide juridique qui transfère ce coût sur l'État ne profite qu'à une partie de la population française. Ainsi, de fait, les individus insuffisamment nécessiteux pour accéder à l'aide et trop peu riches pour supporter seuls ces débours en sont exclus. C'est à cette grave

défaillance du système que le mécanisme de l'assurance juridique doit répondre et l'on peut s'étonner de son faible développement en France. Il n'y aura judiciarisation que si l'on propage et favorise ce type d'assurance. Suivant qu'on approuve ou non cette régulation des rapports sociaux par le juge, le législateur et les professions pourraient choisir de l'entraver ou de l'accroître par la faveur accordée ou non à l'assurance juridique.

Du côté de celui qui va subir le jugement, il est aujourd'hui posé que nul ne peut échapper à cette éventualité : l'immunité n'a pas de place dans le système juridique. Cette aptitude à répondre est elle aussi assise sur la possibilité d'assurance. C'est ici que la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale trouve sa pertinence. La différence essentielle entre ces deux régimes tient désormais au fait que le premier est assurable et l'autre non. On remarquera cependant la tendance de la jurisprudence à déclarer assurables des processus privés ou administratifs de pénalités. Cela s'explique par le fait que la répression elle-même s'éloignant du critère unique de l'intention de mal faire, la distinction des peines s'impose avec moins de force.

Il convient en conséquence de réserver la responsabilité pénale aux situations dans lesquelles le responsable doit être privé du moyen financier de payer quelqu'un pour payer à sa place. Il est certain que le droit français ne respecte pas toujours cette limite entre la sanction des immoralités graves, auxquelles le pénal doit être cantonné, et la sanction des manquements objectifs aux lois. Voilà pourquoi, à travers le thème de la judiciarisation, c'est la critique de la pénalisation de la société française que l'on dresse. Mais quel est le rôle du juge dans ce mouvement ? C'est le législateur qui multiplie les incriminations qu'il faut mettre en cause et non le juge qui les applique. Plus encore, si l'on prend l'exemple du droit pénal économique, les statistiques montrent que le ministère public ne poursuit que sur le fondement d'une dizaine d'infractions, dont l'abus de biens sociaux est le cœur, et laisse en latence des centaines d'autres incriminations.

## Judiciarisation politique de la société

**O**n en arrive alors à ce qui peut s'exprimer comme la judiciarisation politique de la société française. Elle prend, d'une part, la forme d'un principe général pour l'action personnelle et, d'autre part, exprime une vision d'ensemble de la vie en société.

## La responsabilité du décisionnaire

**E**n premier lieu, en ce qui concerne l'action personnelle, les responsabilités civile et pénale ont mis au jour un nouveau principe, aisé à exprimer : celui qui exerce un pouvoir qu'on lui a conféré pour une certaine fin doit rendre des comptes sur la façon dont il en a usé, au regard de cette fin. La règle est simple mais elle tranche sur le système précédent. En effet, dans le droit classique, le juge se voyait confier l'office de contrôler si celui qui exerçait un pouvoir le tenait d'une source légitime. Dans cette optique, la responsabilité d'une personne était engagée *si* et seulement *si* son comportement avait eu pour source ou pour cause une intention malveillante. La référence à la faute s'imposait. Dans ce système, par exemple, le médecin qui ne commet pas de faute ou le dirigeant social qui n'a pas l'intention de détourner à son profit le bien d'autrui ne sont pas responsables.

Mais prenons le nouveau raisonnement. Le médecin a du pouvoir, celui de disposer du corps d'autrui – parce qu'il a pour mission de soigner. Le pouvoir est une charge. Le dirigeant social a du pouvoir – celui de décider pour les actionnaires et les salariés de l'évolution de l'entreprise, parce qu'il a pour mission de faire prospérer celle-ci. Le pouvoir doit être considéré comme un moyen vers

une fin. Dès lors, toute personne qui fait usage de son pouvoir doit justifier qu'il a tendu vers le but assigné. La question de savoir si la source du pouvoir est bonne ou non devient secondaire. C'est devant le juge que les comptes seront rendus. Ce sont les individus soumis au pouvoir qui saisiront le juge à cette fin.

Il ne s'agit plus nécessairement d'une responsabilité pour faute, mais cela reste une responsabilité personnelle, attachée à une situation de pouvoir, impliquant la liberté de choisir pour autrui, reflétant ainsi la très classique trilogie : liberté-pouvoir-responsabilité. Dès lors, les principes d'action des différents titulaires de pouvoir sur autrui changent radicalement. Dans le système juridique antérieur, celui qui a un pouvoir légitime par la source en dispose comme il l'entend, dès l'instant qu'il n'use pas du pouvoir dont il est formellement privé. Ainsi, les parents dûment titulaires de l'autorité parentale élèvent leurs enfants comme ils l'entendent ; le dirigeant de société correctement désigné par la loi de la majorité gouverne l'entreprise selon un « intérêt social » qu'il définit lui-même ; d'une façon plus générale, celui qui a un droit en use librement, parce qu'il en a le droit.

Dans la nouvelle logique mise en place par le droit de la responsabilité, le point de contrôle réside dans l'usage du pouvoir. Ainsi, les actionnaires minoritaires pourront engager la responsabilité du dirigeant pour abus de pouvoir, de crédit ou de majorité ; quant à l'éducation des enfants, elle est aujourd'hui sous le contrôle virtuel des juges.

Qu'est-ce que cela change dans les pratiques professionnelles ? Tout simplement, cette litigiosité latente et toujours disponible à celui qui subit l'exercice d'un pouvoir, implique que le titulaire de celle-ci agisse de sorte qu'il puisse toujours se justifier. Cela le conduit à des procédés de préconstitution de preuve de bon usage du pouvoir, à des attitudes de consultation des personnes intéressées, voire à une soumission à la règle de la transparence. Ainsi, la judiciarisation de la société française a mené ceux qui exercent un pouvoir sur autrui à faire par avance la preuve de leur bon usage. Plus encore, cela les conduit à rechercher par avance

l'assentiment de ceux sur qui ils exercent leur pouvoir, afin d'éviter que ceux-ci se pourvoient en justice contre eux. Le lien se noue alors entre juridictionnalisation et contractualisation des rapports sociaux.

## Le droit : mode de gestion des systèmes à risques ?

**I**l faut enfin souligner que le droit de la responsabilité civile est aujourd'hui utilisé par le juge non plus seulement comme un moyen de régler des comptes entre des personnes mais pour réguler des rapports sociaux saisis d'une façon générale. En cela, la responsabilité civile, surtout lorsqu'elle touche à des contentieux de masse, présente une forte analogie avec la fiscalité, en ce qu'elle opère des déplacements de charges financières sur tel ou tel groupe. C'est pourquoi le phénomène est proprement politique, puisqu'il y a à sa base un choix d'opérer une justice sociale distributive. Ainsi, le mouvement qui consiste désormais à assigner aux fabricants ou aux importateurs la charge d'assumer les conséquences du caractère dangereux ou défectueux des produits illustre-t-il une position politique de la jurisprudence, reprise par une directive communautaire de 1985 puis par la loi française du 19 mai 1998.

Plus encore, un choix de société, propre à l'Occident, consiste à ne plus supporter les conséquences des risques attachés à des systèmes – qu'il s'agisse du système climatique, financier ou de la circulation routière. Dès lors, le droit est sollicité

en amont pour prévenir le risque notamment à travers le nouveau principe de précaution son but étant de soustraire la personne à l'éventualité du dommage, par la multiplication des obligations d'abstention, d'action, de consultation et de transparence. À chaque défaillance de l'une d'elles, la responsabilité vient rappeler à la personne chargée de la sécurité du système qu'elle est un agent qui doit suivre ces règles. En aval, lorsque la tempête a eu lieu, lorsqu'un cours s'est effondré en Bourse, lorsque l'épidémie s'est déclarée, le système fournira un responsable. Il sera responsable objectivement, parce qu'il avait le rôle de préserver des risques l'individu livré au système : ce sera l'État, l'entreprise, la structure hospitalière. C'est à partir de là que se sont développées les responsabilités collectives, notamment celle de l'État, y compris pénale depuis le Code pénal de 1993.

Dès lors, il y a non seulement mutualisation des risques par l'intervention du juge, mais également prescription de comportements généraux en creux des engagements de responsabilité, qu'il s'agisse de l'action des personnes privées ou de l'action publique. Ici, non seulement l'assurance est une condition mais elle devient le cœur logique d'un processus de mise en masse des responsabilités. Si l'on devait porter une dernière appréciation sur ce mouvement entamé il y a des décennies, on pourrait dire que l'assurance a incité le juge à organiser, à travers des litiges particuliers, une organisation sociale collective. En cela, le juge a soumis l'État à une logique de responsabilité, mais encore aujourd'hui il assure la fonction politique par excellence, à savoir la détermination du bien commun et de la part qui revient à chacun dans une société.

# RÈGLES DE RESPONSABILITÉ ET RÉGULATION DES ACTIVITÉS RISQUÉES

*Bruno Deffains*

*Professeur de Sciences économiques à l'université Nancy-II*

*L'analyse économique de la responsabilité civile est éloignée de la tradition juridique française, mais la judiciarisation de la société invite à réfléchir sur les fondements des règles de droit. Elle montre ainsi à quelles conditions les règles de responsabilité civile peuvent être des instruments efficaces de régulation des risques en dépit des difficultés que soulève sa mise en œuvre par les tribunaux.*

**A**ccroissement sensible du contentieux et allongement des délais de résolution des litiges caractérisent la judiciarisation de la société française. En effet, l'équilibre du « marché de la justice » peut s'opérer par les prix (coûts d'accès aux tribunaux) ou par les quantités (nombre de procès). Dans un contexte où les capacités des tribunaux sont données, la judiciarisation risque de conduire à un rationnement par les délais d'accès. Cette crainte d'engorgement des tribunaux est au centre de la plupart des projets de réforme de la justice ; à ce titre, le développement des modes alternatifs de règlements des litiges (médiation, conciliation, arbitrage) apparaît comme un moyen d'étendre la gamme des possibilités de ces règlements et d'éviter cet engorgement.

Cette évolution de l'espace judiciaire français n'est pas sans rappeler le fonctionnement du système américain, où les *Alternative Disputes Resolution* contribuent à expliquer que moins de 20 % des conflits donnent lieu à jugement contre environ 80 % en France. Pourtant, l'analyse des données disponibles permet de mettre en évidence des similitudes dans les profils de résolution des litiges. Le fait de négocier « sur les marches du palais » serait ainsi un indice de l'existence de comportements stratégiques adoptés par les justi-

ciables des deux côtés de l'Atlantique. Certes, le contexte de la *Common Law* est très différent de celui du droit civil. Par delà les distinctions classiques entre la logique du *judge made law* et celle du *judge say law*, la mise en œuvre des règles de droit doit tenir compte de règles spécifiques. Ainsi, en matière de responsabilité civile, le système américain accorde un rôle important au jury populaire, reconnaît la rémunération des avocats sur la base du pacte de *quota litis*, accepte les dommages-intérêts punitifs et valide les actions collectives (*class actions*).

Cela signifie-t-il que les enjeux économiques des règles de droit civil sont différents d'un système juridique à l'autre ? La réponse est non. Pour se concentrer sur le cas de la responsabilité civile, les règles comme la pratique influencent les comportements des agents, générateurs de risques ou victimes potentielles, quel que soit le système considéré. La principale question est d'apprécier les performances des différentes règles susceptibles d'être mises en œuvre<sup>1</sup>. Pour traiter cette question, l'économie du droit offre d'intéressantes perspectives. Certes, cette approche en matière de responsabilité civile est éloignée de la tradition juridique française<sup>2</sup>, mais les nouveaux problèmes de responsabilité (en matière de sécurité alimentaire, industrielle, environnementale ou médicale), nécessitent à l'évidence une réflexion sur

les fondements des règles de droit lorsque des problèmes économiques majeurs sont en jeu.

Partant de l'idée que la judiciarisation de la société invite à réfléchir sur les fonctions régulatrices des règles de droit, l'objectif est ici de présenter les fondements économiques de la responsabilité civile. Dans un premier temps, les principes fondamentaux de la théorie économique des accidents seront rappelés avant de discuter, dans un second temps, les limites et les enjeux des schémas d'extension de responsabilité qui se développent dans de nombreux domaines.

---

## Taxinomie des instruments de régulation

---

**L**a théorie économique des accidents voit dans les règles de responsabilité civile un mode de régulation des risques liés à certaines activités (accidents de la circulation, thérapeutiques, du travail, du fait des produits, environnementaux...). Par exemple, l'article 1382 du Code civil considère que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Sur cette base, la responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents. En d'autres termes, l'économiste s'intéresse à la responsabilité civile comme instrument de prévention des risques. L'accident est appréhendé comme une externalité dont la correction apparaît socialement souhaitable.

La responsabilité civile opère cependant différemment des méthodes réglementaires *ex ante* qui visent à prescrire des comportements désirés (normes, contrôles...). Elle intervient *ex post* en incitant les agents à modifier leur comportement. Après un accident, les victimes peuvent en effet demander réparation du préjudice devant le tribunal. Le procès permet alors d'allouer les coûts des accidents lorsqu'une transaction directe entre les parties n'est pas

possible. Le message de la théorie économique est alors clair : lorsque les agents générateurs de risques sont confrontés au coût social de leurs actions via la décision du juge, les incitations à prendre des précautions sont optimales *ex ante*, et les victimes sont totalement indemnisées. Par exemple, le fait de rendre un producteur responsable des accidents du fait de son produit l'incite en principe à rechercher des modes de production moins dangereux et à améliorer l'information du consommateur. La réparation des préjudices et la prévention des risques ne sont donc pas envisagés comme des objectifs antagonistes puisque c'est le premier qui fournit les incitations adéquates pour le second.

La littérature consacrée au choix des modes de régulation s'est efforcée d'identifier les coûts et avantages relatifs des différents instruments. On admet généralement que les règles de responsabilité *ex post* sont préférables à la réglementation *ex ante* parce que leur mise en œuvre repose sur l'initiative privée. Les agents privés étant généralement mieux informés des coûts et bénéfices des activités risquées, le régulateur a donc intérêt à exploiter cette supériorité informationnelle en utilisant un instrument décentralisé comme la responsabilité. Cette caractéristique offre l'avantage de réduire considérablement les coûts de surveillance inhérents au contrôle des activités à risque par la voie réglementaire.

---

## Performances des règles de responsabilité

---

**L**a recherche des conditions de l'efficacité des différentes règles de responsabilité, fondées ou non sur la faute, a permis d'élaborer une théorie opérationnelle qui distingue deux variables de comportement, l'effort de prévention et le niveau d'activité, et deux catégories d'accidents selon que la prévention implique un comportement passif (accident « unilatéral ») ou actif (accident « bilatéral ») de la victime.

Dans le cas d'un accident unilatéral, l'activité d'un agent impose un risque de dommages acci-

dentels à des tiers mais la probabilité d'accident dépend uniquement de la manière dont l'agent générateur de risques exerce son activité. L'effort de prévention socialement optimal minimise le coût social, c'est-à-dire la somme du coût de prévention et de l'espérance mathématique de dommages aux tiers. Cet effort est réalisé lorsque le coût marginal des précautions égale le bénéfice marginal associé à la diminution de la probabilité d'accident.

En l'absence de mécanismes internalisant les coûts d'accidents, l'agent générateur de risques exercerait son activité avec un niveau de précaution nul. Si une règle de responsabilité est introduite, il choisit son effort de façon à minimiser son coût privé, qui intègre le montant des dommages supportés par l'agent responsable. Avec la règle de la responsabilité sans faute, l'agent imposant les risques est responsable des dommages quel que soit l'effort consenti. En supposant la neutralité au risque, l'agent choisit alors l'effort socialement optimal puisque son coût privé correspond au coût social. Avec la règle de la responsabilité pour faute, l'agent n'est responsable des dommages qu'il provoque que si son effort de prévention est inadéquat par rapport à une norme de comportement « raisonnable » fixée par le tribunal. Si ce standard correspond au niveau de précaution optimal, l'agent adoptera également l'effort de précaution socialement optimal. Ce résultat repose sur l'existence d'une discontinuité dans la fonction de coût de l'agent lorsque la responsabilité pour faute est appliquée par le tribunal. En effet, s'il ne respecte pas l'effort optimal, son coût privé se confond avec le coût social, ce qui n'est plus vrai au-delà, puisque le tribunal ne lui impute plus la charge des dommages.

Telles qu'elles viennent d'être présentées, les deux règles de responsabilité sont équivalentes du point de vue des incitations à la prévention des risques. Il convient cependant de remarquer que la responsabilité pour faute requiert plus d'informations que la responsabilité sans faute pour conduire à l'optimum. Le tribunal doit en effet être en mesure de fixer la norme de comportement au niveau de précaution optimal. En revanche, si la norme est trop faible, l'optimum ne sera pas réalisé

puisque l'agent aura intérêt à respecter la norme légale et non le niveau de précaution optimal. Cette équivalence des règles de responsabilité concerne uniquement la prévention des coûts des accidents ; leur répartition est différente selon le régime retenu. Avec la responsabilité sans faute, le responsable de l'accident supporte la totalité des coûts avec la responsabilité pour faute, la charge du dommage se trouve transférée sur la victime.

Dans des situations plus complexes, des différences sensibles apparaissent entre les performances des deux régimes de responsabilité. En premier lieu, on peut étudier le niveau d'activité de l'agent générateur du risque si l'on admet qu'il influence le risque d'accident. Cela est fréquent en matière d'accidents de la circulation, du travail, ou encore médicaux ou domestiques. Ainsi, le risque augmente avec le nombre d'heures consécutives passées au volant. Dans ces conditions, la détermination de la prévention optimale requiert d'intégrer le niveau d'activité de l'agent et le bénéfice qu'il retire de cette activité. En l'absence de responsabilité, l'effort de prévention de l'agent sera insuffisant et son niveau d'activité excessif. Avec la responsabilité sans faute en revanche, le coût privé de l'agent correspond au coût social puisqu'il supporte la charge des dommages quel que soit son comportement. L'optimum social est donc réalisé tant en termes de prévention que d'activité.

Avec la responsabilité pour faute, l'effort de prévention est optimal alors que le niveau d'activité est excessif. Ce résultat tient au fait qu'en cas de jugement, les tribunaux se prononcent sur le degré de précaution mais pas sur le niveau d'activité. Le risque de marées noires (Amocco Cadiz, Exxon Valdez, Erika) est un exemple d'accident unilatéral auquel s'applique ce constat, dans la mesure où l'étendue des dommages dépend à la fois des précautions et de l'activité du pollueur. La responsabilité sans faute doit inciter ici à un comportement efficient en terme de prévention et d'activité. La responsabilité pour faute conduira quant à elle à un niveau d'activité excessif, sans compter les coûts informationnels supplémentaires pour identifier une faute dans les choix de technologie ou d'itinéraire.

Un autre exemple est celui de la responsabilité du fait des produits défectueux, intégrée dans le Code civil en mai 1998 suite à la transposition en France d'une directive européenne de juillet 1985. Le principe consiste à ne plus fonder la responsabilité du producteur sur une faute (prouvée ou présumée), mais sur l'existence d'un défaut du produit (défaut de fabrication, de conception ou d'information). Cette évolution semble en partie compatible avec l'objectif de minimisation du coût social des accidents. En effet, comme les produits sont techniquement de plus en plus complexes, les consommateurs seraient relativement moins bien placés pour apprécier le « risque-produit », participer à la prévention des accidents et établir la preuve de la faute du producteur. Ces constats plaideraient donc pour une responsabilité objective du producteur. Le problème de la perception du risque par le consommateur conduit à privilégier la responsabilité sans faute parce qu'elle incite le producteur à choisir un niveau de prévention optimal et provoque une augmentation du prix qui renforcera le signal envoyé au consommateur sur la dangerosité du produit le conduisant ainsi à en acquérir la quantité socialement optimale. La même logique peut être développée dans le domaine de la sécurité alimentaire ou des risques thérapeutiques.

Dans le cas d'un accident bilatéral, la prévention optimale du risque requiert désormais la participation des deux parties. La responsabilité doit donc inciter simultanément l'agent générateur de risque et la victime à choisir un effort de prévention socialement optimal. Dans ce cas, la responsabilité sans

faute ne permet plus de parvenir à l'optimum puisque seul l'agent générateur de risque est incité à prendre des précautions. En revanche, l'équilibre réalisé sous un régime de responsabilité pour faute, lui, est optimal. Cette différence tient au fait que ce type de responsabilité combine deux mécanismes : d'une part il impose la charge des coûts d'accidents à une partie (la victime), d'autre part, il permet à l'autre partie d'éviter d'être déclarée responsable en sélectionnant le niveau de précaution optimal.

D'autres formes de responsabilité combinent ces deux mécanismes et sont susceptibles de conduire à la prévention optimale. Il s'agit des règles retenant le principe de la « négligence contributive » de la victime. En application de ce principe, l'agent générateur de risque ne peut se voir imputer la charge des dommages dès lors qu'il est reconnu que la victime a adopté un comportement fautif.

Il est aisé de démontrer que si les standards de comportement fixés par les tribunaux ne tiennent pas compte des niveaux d'activité des parties, alors aucune règle de responsabilité ne peut conduire à l'optimum social. Comme les deux parties ne peuvent supporter simultanément les pertes en cas d'accident, elles ne peuvent être incitées à choisir en même temps le niveau d'activité optimal. Seule la partie supportant les pertes à l'équilibre (variable selon la règle appliquée), choisira une échelle d'activité socialement optimale, l'autre s'engageant sur une échelle excessive. Les règles de responsabilité pour faute ou de responsabilité atténuée assurent le choix d'un niveau de prévention optimal de la part des deux parties comme le montre le tableau suivant :

Optimalité de différentes règles de responsabilité*			
	Responsabilité sans faute	Responsabilité « atténuée » sans faute	Responsabilité pour faute
Précaution de l'agent générateur de risque	Optimale	Optimale	Optimale
Activité de l'agent générateur de risque	Optimale	Optimale	Non optimale
Précaution de la victime	Non optimale	Optimale	Optimale
Activité de la victime	Non optimale	Non optimale	Optimale

\*Ce bilan ne porte que sur les situations où les parties n'ont pas de relations contractuelles, auquel cas, le prix peut en effet permettre d'internaliser le risque d'accident quel que soit le système de responsabilité puisqu'il pourra être déterminé par les parties selon l'effort de prévention réalisé.

## Les obstacles à l'efficacité de la responsabilité civile

**E**n théorie, le système de responsabilité civile peut contribuer à la prévention optimale des risques, à condition d'admettre qu'aucune règle simple et universelle ne permet de traiter tous les cas de figure. Cependant, même si une règle théoriquement efficiente est appliquée, il subsiste une question relative à son impact réel sur les décisions des agents en matière de prévention. En pratique, l'effet incitatif de la responsabilité civile est incomplet. Même avec une règle efficiente, le prix payé par les agents générateurs de risque pour exercer leur activité est souvent inférieur au coût social en raison des imperfections du système juridique. Celles-ci sont liées à l'incapacité des tribunaux à identifier un agent responsable (en raison d'incertitude sur la causalité ou de coûts juridiques trop élevés), ou bien à l'importance des préjudices réels par rapport aux dommages-intérêts (en raison de l'insolvabilité potentielle des agents responsables ou de la difficulté à mesurer l'étendue des préjudices). Dans ce cas, les règles de responsabilité échoueront à provoquer les changements de comportements désirés en termes de prévention.

Cette difficulté est accentuée si l'on admet que les agents économiques ne sont pas passifs face aux règles de droit et qu'ils peuvent tenter de mettre en échec le mécanisme incitatif de la responsabilité civile en adoptant des stratégies d'évasion de responsabilité. Ces stratégies sont notamment adoptées par les entreprises évoluant dans des industries à risques (amiante, gestion des déchets, chimie, transport de matières dangereuses...). Le principe général consiste à choisir des structures industrielles ou des modalités de financement des investissements adaptées au risque de condamnation en responsabilité, en exposant la surface financière minimale. Les acteurs étant potentiellement insolubles, ils peuvent récolter les bénéfices d'une activité risquée aujourd'hui mais manquer d'actifs demain pour faire face à leur responsabilité quand

le risque sera réalisé. Aux États-Unis, on a ainsi pu constater que la surface financière des entreprises diminue avec le risque que représente leur activité. Face à de tels comportements, certains auteurs parlent déjà de la « fin de la responsabilité civile » dans la mesure où les firmes s'engagent dans des activités risquées de manière excessive et avec un effort de prévention socialement insuffisant.

## Extensions et transferts de responsabilité

**L**e problème de l'insolvabilité est lié au principe de la responsabilité limitée, qui permet à l'entreprise de profiter des conséquences bénéfiques de son activité tout en reportant sur d'autres le coût des conséquences défavorables. On sait par exemple qu'il existe une relation entre la vulnérabilité financière des compagnies aériennes et leur comportement en matière de sécurité, ce qui justifie les contrôles réglementaires qui leur sont imposés en termes d'inspection et d'entretien des appareils. De même, en matière environnementale, l'ampleur des dommages en cas d'accident est souvent telle que les entreprises sont « potentiellement insolubles » au sens où elles seraient incapables de faire face à une condamnation en responsabilité. Dans le cas de l'accident du pétrolier Erika, l'étendue du problème peut être grossièrement appréciée en confrontant la valeur du navire aux préjudices subis par la collectivité. En d'autres termes, l'insolvabilité débouche rapidement sur un problème de déresponsabilisation des agents générateurs de risques qui ne prendraient pas suffisamment de précautions.

D'un point de vue économique, le problème qui se pose est donc de savoir si la responsabilité civile peut encore exercer une fonction régulatrice en matière de prévention des risques. Compte tenu des limites précédentes et de l'incertitude inhérente aux standards appliqués par les juges, certains privilégient la réglementation *ex ante* qui viendrait pallier les défaillances du système de responsabilité, par exemple sous forme de barrières à l'entrée dans

les activités à risque (contrôle, capital minimal...) ou d'assurance obligatoire.

Toutefois, une autre piste est envisageable pour maintenir le mécanisme incitatif de la responsabilité civile dans le cadre judiciaire. Elle consiste à abandonner le principe selon lequel seuls les actifs de l'auteur direct du dommage peuvent être concernés par le versement de dommages et intérêts. Cette extension de responsabilité se fonde sur la doctrine *respondeat superior*, selon laquelle, par exemple, un employeur peut être juridiquement tenu de réparer les dommages causés par son employé. Dans le cas d'un accident à l'occasion d'une opération, l'hôpital peut être dans l'obligation d'indemniser la victime. La théorie économique montre alors comment le contrat de travail liant le principal (hôpital employeur) et son agent (chirurgien employé) doit être conçu pour inciter ce dernier à l'effort de prévention optimal.

L'application de cette doctrine pourrait également permettre de faire face aux conséquences des comportements stratégiques d'évasion de responsabilité face aux risques industriels ou environnementaux. En effet, les transferts de responsabilité présentent une double caractéristique :

- ils assurent une meilleure indemnisation des victimes dès lors que la surface financière du principal est plus importante que celle de l'agent – son risque d'insolvabilité est donc moindre (logique de *deep pocket*) ;
- ils misent sur la capacité du principal à exercer un contrôle sur le comportement de son agent, de façon à l'inciter à choisir un effort de prévention optimal.

L'objectif consiste à faire en sorte que les principaux agissent de façon à ne pas laisser leurs agents moins solvables prendre des risques démesurés. Le contexte des risques technologiques majeurs (environnement, transport...) est cependant particulier puisque l'agent potentiellement insolvable est généralement une firme, d'où la difficulté de définir le principal. Deux grandes directions sont envisageables selon que l'on cherche à impliquer les agents directement liés au processus de production (partenaires industriels ou commerciaux) ou bien les agents extérieurs à ce processus (créanciers), comme le prévoient la Convention européenne de Lugano ou encore la

législation américaine (Cercla) qui font peser une partie du « risque vert » sur les banques.

Du point de vue préventif, le transfert de responsabilité est donc intéressant puisqu'il permet en général d'améliorer le niveau d'effort des agents générateurs de risques. Toutefois, la plupart des études réalisées sur le sujet montrent que prévention et réparation ne sont plus parfaitement compatibles dans la mesure où l'effort de prévention n'augmente pas indéfiniment avec la responsabilité transférée au principal. Cela tient au fait que celui-ci est généralement en situation d'asymétrie d'information, de sorte que, à l'image du système de la franchise en assurance, l'effort de prévention maximal est atteint pour un transfert de responsabilité partielle.

En définitive, la judiciarisation de la société française invite à analyser dans quelle mesure les règles de droit civil appliquées par les juges contribuent à modifier les comportements économiques. Dans un tel contexte, la responsabilité civile est utilisée de manière croissante comme instrument à la fois d'indemnisation et de prévention des risques. Néanmoins, étant donné les imperfections du système juridique, en particulier le fait que les agents responsables ne puissent pas toujours être poursuivis pour la totalité des préjudices, le mécanisme incitatif peut jouer de façon incomplète. Pour cette raison, il semble préférable de voir la responsabilité civile comme un complément des méthodes traditionnelles de réglementation plutôt que comme un substitut.

#### Notes

1. Dans une optique dynamique, cette question débouche sur le problème de la concurrence des droits : on peut supposer que les acteurs rationnels seront incités à se localiser dans les pays où les règles seront les plus avantageuses.

2. L'analyse économique du droit telle qu'elle s'est développée principalement dans les pays de Common Law est fortement ancrée dans la tradition du positivisme factueliste, qui ouvre le droit sur le fait économique et social. Selon cette approche, c'est dans le milieu économique et social qu'il convient de découvrir les règles de droit, de puiser les sources d'inspiration du législateur ou encore de vérifier l'adéquation du droit aux besoins de la société. Assez logiquement, ce courant a donné naissance au mouvement de la Law and Economics, axé sur l'évaluation économique des règles juridiques.

# RESPONSABILITÉ DES PRODUCTEURS ET « RISQUE-PRODUIT »

*Claude-Denys Fluet*

*Professeur, université du Québec à Montréal*

*Les réformes concernant la responsabilité des producteurs permettent une extension des possibilités de recours par suite de dommages accidentels dans la consommation de produits. Cet article discute des effets possibles de ces réformes à la lumière de l'analyse économique du droit.*

L'extension actuelle des possibilités de recours en dommages-intérêts suscite la crainte d'une judiciarisation croissante de la société. En particulier, le passage à des formes de responsabilité sans faute relativement au « risque-produit » évoque pour certains une dérive à l'américaine, débouchant sur une réédition européenne de la « crise de la responsabilité civile » qu'ont connue les États-Unis dans les années 70 et 80. En effet, la directive européenne de juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et sa transposition récente dans le Code civil français rappellent les développements juridiques constatés aux États-Unis depuis la fin des années 60.

Si, en Europe comme outre-Atlantique, les réformes visent à améliorer la protection du consommateur, elles peuvent aussi entraîner certains effets pervers. Ainsi, l'exemple américain s'est traduit par une explosion des litiges et des coûts qui y sont associés, par le renchérissement excessif de certains produits ou services à la suite de l'accroissement du risque de responsabilité, voire par le retrait plus ou moins justifié de certains produits ou le refus d'en commercialiser d'autres apparemment utiles. Ces conséquences sont-elles inévitables dans le cadre des réformes en cours ? À supposer qu'elles le soient jusqu'à un certain point, doit-on nécessairement en conclure que les réformes en question sont indésirables ?

Dans ce qui suit, je décris brièvement l'évolution juridique en matière de responsabilité des

producteurs et présente quelques réflexions sur le bien-fondé de cette évolution – ou ses conséquences prévisibles – à partir des enseignements de l'analyse économique du droit. J'entends par là les travaux s'inscrivant dans le courant connu sous l'appellation de *Law and Economics*, en privilégiant évidemment les recherches sur l'analyse économique de la responsabilité civile<sup>1</sup>.

---

## Évolution de la responsabilité des producteurs

---

Aux États-Unis, ce n'est qu'à partir des années 20 que se généralise le principe de la responsabilité pour faute des producteurs, en l'absence d'une relation d'échange directe entre producteur et consommateur. Parallèlement, on assiste dans les années 20 et 30 au développement d'un courant de pensée privilégiant la fonction indemnificatrice de la responsabilité civile. Pour certains juristes américains de l'époque, la seule fonction de la responsabilité civile en matière de risque de consommation est de fournir une couverture d'assurance aux victimes. Cela suppose de faire supporter les risques de dommages aux parties dont l'assiette financière est la plus large, c'est-à-dire les producteurs, et

entre évidemment en contradiction avec le principe de la responsabilité pour faute des fabricants. Cela suppose également de restreindre les limitations ou exonérations de responsabilité associées aux comportements négligents des victimes.

Dans l'après-guerre, ce courant de pensée débouche sur des propositions stipulant que tout dommage accidentel relève soit d'une responsabilité sans faute de l'auteur du dommage, soit de formules de compensation *no-fault* avec assurance-dommages obligatoire et élimination partielle ou totale des recours devant les tribunaux<sup>2</sup>. Les régimes d'assurance automobile *no-fault*, qui apparaissent dans les années 70, constituent les exemples les plus connus de ces formules, à l'exception bien sûr de l'indemnisation des accidents du travail. Une évolution intellectuelle du même ordre, le plus souvent associée à une approche très critique de la responsabilité civile traditionnelle, s'observe au même moment dans de nombreux pays<sup>3</sup>. Dans certains cas, comme en Nouvelle-Zélande et en Australie, cela se traduit par des projets de loi sur des régimes universels d'assurances-accidents, essentiellement déconnectés des recours habituels en responsabilité.

Pour ce qui concerne les risques liés aux produits ou services de consommation, la jurisprudence américaine aboutit dès la fin des années 60 à une forme de responsabilité sans faute des producteurs. Cette évolution s'inscrit dans le courant de pensée décrit ci-dessus. Elle va de pair également avec le développement de la société de consommation et le mouvement consumériste de l'époque. En fait, il s'agit d'une responsabilité intermédiaire entre la responsabilité pour faute traditionnelle et la véritable responsabilité sans faute (objective ou de plein droit). Le producteur est responsable des dommages subis lors de l'utilisation ou de la consommation d'un produit, mais seulement si la victime peut démontrer que ce produit présentait un défaut de sécurité (défaut de conception, de fabrication, d'information, etc.). La responsabilité n'est donc pas absolue, au sens habituel de la responsabilité sans faute, puisqu'elle n'est pas nécessairement engagée dès lors que survient un

dommage. Ce n'est pas non plus une responsabilité pour faute au sens traditionnel de la *common law* américaine, puisqu'un échantillon de produit peut très bien présenter un vice « accidentel » de fabrication, même si, par ailleurs, toutes les précautions nécessaires en termes de contrôle de qualité ont été prises lors de la fabrication.

La directive européenne de 1985 a repris, avec quelques nuances importantes, le concept de « défaut de sécurité ». Cependant, seule la pratique des tribunaux permettra de vérifier dans quelle mesure on peut s'approcher d'une véritable responsabilité sans faute, selon l'interprétation plus ou moins restrictive qui sera donnée de ce concept<sup>4</sup>. De plus, l'une des caractéristiques fondamentales de la jurisprudence américaine – du moins dans les deux premières décennies du nouveau régime – résidait dans la quasi-impossibilité, dès lors qu'un défaut de sécurité était constaté, d'atténuer la responsabilité sans faute du producteur pour tenir compte du comportement négligent des victimes. La directive de 1985 prévoit cette possibilité, de sorte qu'elle permet une responsabilité sans faute atténuée, avec possibilité d'exonération totale ou partielle en fonction du degré de faute de la victime. Là encore, c'est la pratique des tribunaux qui indiquera dans quelle mesure on a affaire à une responsabilité sans faute, atténuée ou non. Enfin, les tribunaux américains ont eu tendance à octroyer des compensations particulièrement importantes pour les dommages non pécuniaires (perte de jouissance, préjudice esthétique, etc.). Rien ne laisse présager une telle évolution en Europe.

## La régulation des risques

Outre sa fonction indemnificatrice ou réparatrice, la responsabilité civile a aussi une fonction préventive. Plus précisément, elle constitue un système de règles dont l'effet – sinon la finalité – est de structurer les interactions entre individus. En matière de prévention des risques, cette fonc-

tion régulatrice repose sur des mécanismes souvent très simples. Par exemple, un agent dont les activités ou le comportement imposent un risque de dommages accidentels à des tiers sera incité à une certaine prudence s'il sait que, en cas d'accident, il sera tenu de dédommager les victimes. C'est dans l'analyse des propriétés des règles de droit comme système incitatif que l'approche *Law and Economics* s'est avérée particulièrement intéressante.

À bien des égards, cette approche prend le contre-pied des courants de pensée décrits ci-dessus : pour certains de ses tenants, plutôt que la réparation, la responsabilité civile doit avant tout fournir aux individus les moyens de réaliser une interaction « efficiente » des activités et des comportements. Parmi les arguments avancés pour justifier ce point de vue, on souligne que certaines particularités des règles de droit (dans la *common law* en l'occurrence) peuvent difficilement s'expliquer autrement que par leurs propriétés incitatives. Ainsi, l'exonération de l'auteur d'un dommage, par suite du comportement fautif de la victime, s'explique mal dans une logique d'indemnisation et semble plutôt correspondre au souci d'inciter les victimes potentielles à la prudence. De même, en tant que système d'indemnisation ou d'assurance, la responsabilité civile est particulièrement coûteuse et inefficace compte tenu du coût des litiges. Autrement dit, si l'on devait statuer sur son rôle éventuel, il vaudrait mieux miser sur ses propriétés incitatives. Enfin, on a fait valoir que l'argumentaire traditionnel du juriste, faisant appel à des notions d'équité ou de comportement raisonnable, correspond au fond à un calcul qualitatif dont la logique est essentiellement « économique ». Par exemple, l'appréciation du comportement raisonnable en matière de prévention – donc du comportement non fautif – repose sur l'évaluation du compromis approprié, au vu des circonstances, entre les inconvénients (monétaires ou non) d'une plus grande prudence et la gravité ou la probabilité des dommages que l'on est susceptible de causer.

Sur le plan analytique, la force de l'approche *Law and Economics* réside dans le recours à la

modélisation économique pour prédire l'effet des règles de responsabilité sur les comportements risqués<sup>5</sup>. Sur le plan empirique, on s'est efforcé également d'appliquer les méthodologies statistiques ou économétriques usuelles pour évaluer les effets de modifications dans les règles de responsabilité civile. À cet égard, l'une des questions les plus étudiées – avec des conclusions assez mitigées d'ailleurs – est celle de la désincitation à la prudence attribuable à l'adoption de régimes sans égard à la faute en matière d'accidents de la route.

## Relation producteurs-consommateurs et formes de responsabilité

Quelles sont les principales conclusions que permet l'analyse économique de la responsabilité des producteurs ? D'abord, il faut noter que la situation considérée se démarque de la responsabilité civile en général en ce que les victimes potentielles, en l'occurrence les consommateurs, ne représentent pas des « tiers » auxquels des producteurs imposent un risque de dommages accidentels<sup>6</sup>. Il y a une transaction entre producteurs et consommateurs : ces derniers auront payé le prix du produit ou service consommé. Dans un marché concurrentiel, ce prix intègre tous les éléments de coûts pour les producteurs, y compris le coût attendu des poursuites en responsabilité, le cas échéant. Il s'ensuit que, dans un équilibre de long terme, ce sont les consommateurs qui supportent intégralement le coût des dommages accidentels auxquels les exposent un produit, indépendamment des règles de responsabilité en vigueur. Si les producteurs sont responsables de plein droit pour ces dommages, cet élément de coût sera inclus dans le prix de marché du produit ; s'ils sont *a priori* déchargés de toute responsabilité, ce sont les consommateurs qui s'exposent directement à ces coûts en achetant le produit. Un changement

des règles de responsabilité ne fait donc que modifier les caractéristiques de la transaction entre producteurs et consommateurs. À long terme, les producteurs sont compensés pour les coûts directs ou indirects auxquels les confronte la vente d'un produit.

Cependant, la structure des règles de responsabilité aura un effet sur le niveau de sécurité du produit, sur son coût et sur le volume de consommation. Pour ces raisons, certaines de ces règles peuvent être plus ou moins avantageuses pour les consommateurs. Pour simplifier, je ferai deux hypothèses. Premièrement, je suppose que les dommages considérés sont purement pécuniaires et correspondent à une perte de revenu pour le consommateur. Deuxièmement, je suppose que les parties en cause sont neutres à l'égard du risque de revenu. La perspective de devoir supporter la charge de dommages accidentels est alors évaluée uniquement sur la base de l'espérance mathématique des dommages<sup>7</sup>.

## Schéma d'analyse

**U**n producteur propose un produit sur le marché si le prix de vente est supérieur au coût unitaire de production,  $y$  inclus la valeur attendue des dommages-intérêts qu'il pourrait avoir à verser aux consommateurs. Un consommateur se procurera une unité du produit si sa disposition à payer pour le bien est supérieure au prix de vente, compte tenu par ailleurs de la valeur attendue des dommages auxquels il s'expose par cette consommation. Soient les notations suivantes :

$U(X)$  = disposition à payer du consommateur pour une unité du bien, lorsqu'il ne supporte pas la charge des dommages accidentels ;

$X$  = niveau de précaution du consommateur dans l'usage du bien ;

$P$  = prix de marché du produit ;

$C$  = coût unitaire du produit, incluant un taux de profit normal mais excluant les coûts de prévention

des producteurs et la charge des dommages accidentels ;

$Y$  = coût unitaire de prévention pour les producteurs ;

$L(X, Y)$  = valeur attendue des dommages accidentels auxquels expose la consommation d'une unité du produit (ce terme pourrait s'exprimer comme le produit d'une probabilité d'accident par un montant de dommages).

La disposition à payer du consommateur dépend de son niveau de précaution dans l'utilisation du produit. On suppose que cela représente pour lui des inconvénients ou un coût d'opportunité, de sorte que  $U(X)$  diminue avec  $X$ . La valeur attendue des dommages accidentels diminue avec le niveau de précaution du consommateur et l'effort de prévention du producteur :  $L(X, Y)$  est donc décroissant en  $X$  et en  $Y$ .

## Responsabilité pour faute du producteur

**C'**est la règle traditionnelle. Supposons que le standard de comportement non fautif impose un coût de prévention  $Y^*$  pour le producteur. Si celui-ci respecte le standard, il sera exonéré en cas de dommages accidentels. De plus, si le standard est « raisonnable », on peut montrer que les producteurs auront en fait intérêt à le respecter. Dans un marché concurrentiel, le prix du produit sera alors  $P = C + Y^*$ . Comme c'est le consommateur qui supporte la charge des dommages, sa disposition nette à payer pour le produit est  $U(X) - L(X, Y^*)$ . Il achètera donc seulement si  $U(X) - L(X, Y^*) > P$ . Par ailleurs, s'il achète, son surplus net lié à la consommation du bien est  $U(X) - L(X, Y^*) - P$ . Il sera alors incité à choisir son niveau de précaution de manière à maximiser ce surplus, c'est-à-dire à choisir le niveau  $X^*$  qui, à ses yeux, établit le meilleur compromis entre l'utilité directe tirée de la consommation du bien et les dommages accidentels auxquels il s'expose. Avec la

règle de responsabilité pour faute, en substituant pour l'expression du prix du bien, le surplus net du consommateur est donc :

$$S_{RF} = U(X^*) - L(X^*, Y^*) - C - Y^*$$

## Responsabilité sans faute

Supposons maintenant que les producteurs soient responsables, sans considération de faute, des dommages subis par les consommateurs. Les coûts de responsabilité seront dans ce cas inclus dans le prix  $P$ . Dans la décision du consommateur, les dommages possibles ne sont plus pertinents car ils seront intégralement compensés. Le consommateur achète donc si  $U(X) > P$ , ce qui lui procure un surplus net égal à  $U(X) - P$ . Contrairement au cas précédent, il n'a plus d'incitation à la précaution car cela ne fait que réduire les avantages nets associés à la consommation du produit. Le consommateur choisit donc  $X = 0$ . Par ailleurs, le producteur fait maintenant face à un coût de production égal à  $C + Y + L(0, Y)$  et il a intérêt à choisir son niveau de prévention de manière à minimiser le coût en question. En notant  $Y^{**}$  le niveau de prévention qui en découle et en substituant pour le prix de marché du produit (égal au coût unitaire du producteur dans un marché concurrentiel), le surplus net du consommateur en responsabilité sans faute est donc :

$$S_{RSF} = U(0) - L(0, Y^{**}) - C - Y^{**}$$

La comparaison des deux règles permet les observations suivantes. D'abord, les précautions du consommateur et l'effort de prévention du producteur sont en général des activités substitués. Comme le consommateur prend moins de précautions en responsabilité sans faute, on doit donc s'attendre à ce que  $Y^{**} > Y^*$ . Il ne s'ensuit pas cependant que la consommation du produit est pour autant moins risquée car on pourrait parfaitement avoir  $L(0, Y^{**}) > L(X^*, Y^*)$ . Cette situation correspondrait au cas où l'effort de prévention plus

élevé du producteur ne suffit pas à compenser l'insouciance accrue du consommateur.

Ensuite, un choix approprié du standard de prévention des producteurs en responsabilité pour faute – c'est-à-dire du standard de faute – permet de rendre maximum l'expression  $S_{RF}$  définissant le gain net du consommateur par rapport à toutes les valeurs possibles de  $X$  et de  $Y$ . En supposant que  $Y^*$  représente bien un standard approprié, on aura donc  $S_{RSF} < S_{RF}$ . Il y a alors deux conséquences possibles : ou bien le consommateur continue d'acheter le produit dans le régime sans faute, mais il en retire un gain net inférieur à ce qu'il obtenait en responsabilité pour faute. Ou bien il cesse d'acheter le produit car son gain net diminue au point que  $S_{RSF}$  est maintenant négatif. Dans un cas comme dans l'autre, cela est dû au fait que le renchérissement du prix du produit paraît excessif au consommateur par rapport aux avantages qu'il en retire. Tous les consommateurs n'étant pas identiques, on pourrait en pratique avoir une situation où seulement certains d'entre eux cessent d'acheter le produit en question<sup>8</sup>.

Enfin, on voit facilement que les deux règles conduisent aux mêmes effets lorsque le niveau de précaution d'équilibre du consommateur en responsabilité pour faute est nul (c'est-à-dire  $X^* = 0$ ). Dans ce cas de figure particulier, il n'est pas socialement efficace que le consommateur prenne des précautions, de sorte que la réduction des risques doit reposer uniquement sur les producteurs.

## Responsabilité sans faute atténuée

On peut pallier les effets pervers que l'on vient de décrire par un régime de responsabilité sans faute du producteur, mais permettant une exonération de responsabilité lorsqu'il y a eu imprudence de la part de la victime. Cette règle consiste à ajouter à la règle précédente un standard de comportement non fautif visant cette fois le consommateur.

Supposons que ce standard est  $X^*$ ; s'il est « raisonnable », le consommateur a intérêt à s'y conformer puisqu'il sait que cela lui évite d'avoir à assumer les dommages en cas d'accident. Ceux-ci seront donc à la charge du producteur, qui cherchera maintenant à minimiser  $C + Y + L(X^*, Y)$ . Avec un choix approprié de  $X^*$ , on incitera aux mêmes niveaux de précaution et de prévention qu'avec la responsabilité pour faute du producteur. Le gain net du consommateur sera alors évidemment le même qu'avec cette règle. La seule différence tient au fait que le prix de marché du produit est maintenant plus élevé car il intègre directement la valeur attendue des dommages.

## Considérations additionnelles

Le schéma d'analyse présenté ci-dessus est bien sûr extrêmement simplifié. Malgré tout, il souligne quelques propriétés essentielles des règles de responsabilité civile. On pourrait le nuancer de plusieurs façons. Je me limiterai aux deux considérations suivantes : 1. Les règles faisant appel à un standard de comportement non fautif, tant pour le producteur que pour le consommateur, exigent une meilleure information de la part des tribunaux que les formules de responsabilité sans faute. Elles sont donc plus complexes à mettre en œuvre, puisque la cour doit à la fois se prononcer sur le standard approprié au vu des circonstances et décider si ce standard a été respecté ou non. Le choix par la cour d'un standard inapproprié peut aboutir à un résultat pire qu'en appliquant une règle pure de responsabilité sans faute des producteurs. Par ailleurs, même si le standard retenu est approprié, il est fréquent que le tribunal n'ait qu'une information imparfaite sur le comportement réel des parties. Le problème qui se pose alors est celui du standard de preuve (le degré de conviction requis) pour décider qu'il y a eu faute. On peut montrer

qu'un standard trop exigeant ne donnera pas suffisamment d'incitations aux parties<sup>9</sup>.

2. Les règles faisant appel au concept de faute soit du producteur soit du consommateur exigent aussi plus d'information de la part du producteur. L'analyse développée ci-dessus supposait un consommateur relativement bien informé, à la fois quant aux risques que présente une forme de consommation et quant aux mesures lui permettant de réduire ces risques. Il va de soi qu'il pourrait être difficile d'inciter à la prudence un consommateur très mal informé. Dans un tel cas, les considérations relatives aux incitations à la prudence chez les consommateurs perdent de leur force. Une responsabilité sans faute des producteurs, avec un niveau de prévention « excessif » mais à toute épreuve, pourrait alors faire mieux.

## Assurance et dommages non pécuniaires

Pour faciliter mon exposé, j'ai supposé que les parties étaient neutres à l'égard du risque. Bien que cette condition puisse être satisfaite dans le cas d'entreprises importantes, elle ne l'est certainement pas pour les particuliers. La protection contre les aléas de revenu que permet l'assurance est pour eux évidemment souhaitable<sup>10</sup>. Lorsque la responsabilité des producteurs tend vers le sans faute, la consommation de produits s'accompagne implicitement de l'achat de protections d'assurance. Dans la mesure où les victimes potentielles ne disposeraient pas par ailleurs de couvertures d'assurance appropriée (sociales ou privées), il faudrait comptabiliser cet achat d'assurance comme l'un des avantages potentiels du passage à la responsabilité sans faute<sup>11</sup>. La prime d'assurance implicite est alors incluse dans le prix du produit. C'est essentiellement ce genre de considérations qu'avancent les tenants de la fonction indemnificatrice de la responsabilité civile pour justifier la responsabilité sans faute des producteurs. Toutefois, comme dans

toute situation d'assurance, il faut évidemment ici aussi réaliser un compromis entre le niveau des protections d'assurance et les incitations.

Il y a néanmoins une particularité importante dans l'assurance fournie par l'intermédiaire de la responsabilité civile. En effet, les tribunaux détermineront une indemnisation pour le dommage total subi par la victime. Les dommages peuvent être à la fois pécuniaires et non pécuniaires. Bien que ces derniers puissent être difficiles ou même impossibles à évaluer, il va de soi qu'ils sont aussi réels que les autres. En ce sens, ils doivent être pris en compte par les tribunaux afin de donner les bonnes incitations aux producteurs. Le problème, toutefois, est que la responsabilité sans faute force les consommateurs à contracter une prime d'assurance pour l'achat d'une couverture contre de tels dommages, l'indemnisation étant versée dès lors que ces préjudices surviennent. Or, à toutes fins utiles, on n'observe pas de demande pour ce genre de produit sur les marchés d'assurance classiques. L'achat d'assurance vise à protéger contre les risques de pertes de revenu ou contre des dépenses exceptionnelles, non à fournir une compensation pour un préjudice non pécuniaire<sup>12</sup>.

Le paiement d'indemnités pour dommages non pécuniaires, combiné à l'inclusion du coût actuariel de ces compensations dans le prix des produits (augmenté des frais de gestion de l'assurance), constitue un facteur additionnel de sous-consommation par suite du passage à une règle de responsabilité sans faute. En termes pratiques, cela se traduit par un renchérissement du prix du produit qui ne semble pas justifié aux yeux du consommateur, même en tenant compte de la possibilité d'une indemnisation en cas de préjudice. En effet, cela équivaut à forcer le consommateur à acheter un ticket de loterie dont le gain est versé lorsqu'il y a dommage non pécuniaire. Si l'utilité de la monnaie est indépendante de la réalisation du préjudice en question, un consommateur avec de l'aversion pour le risque de revenu sort perdant de ce genre d'achat forcé. En conséquence, certains refuseront de se procurer le

produit auquel l'achat forcé d'assurance est associé, alors même que cette consommation serait par ailleurs justifiée.

## Conclusion

Ce texte a mis en évidence certaines des difficultés que pourraient créer les nouvelles règles de responsabilité des producteurs : celles-ci semblent résulter d'une recherche de compromis entre la fonction réparatrice et la fonction préventive de la responsabilité civile. De ce point de vue, elles présentent les défauts de tout compromis. Néanmoins, à la lumière des leçons que permet de dégager l'analyse économique de la responsabilité civile, ces règles ne sont pas *a priori* déraisonnables. Dans certains cas de figures, elles pourraient également constituer une amélioration par rapport à la situation actuelle, même du point de vue de la prévention des accidents. Pour l'essentiel, cependant, le bilan réel de ces réformes ne pourra être dressé qu'en s'appuyant sur la pratique des tribunaux.

### Notes

1. Voir Shavell S., *Economic Analysis of Accident Law*, 1987 ; Landes W. M. et Posner R. A., *The Economic Structure of Tort Law*, 1987. Parmi les textes fondateurs, Coase R. H., « *The Problem of Social Cost* », *Journal of Law and Economics*, 1960 ; Calabresi G., « *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* », *Yale Law Journal*, 1961.
2. Par exemple, Connell J. O', *Ending Insult to Injury : No-Fault Insurance for Products and Services*, 1975.
3. En France, on peut penser notamment aux travaux d'A. Tunc.
4. Les éléments essentiels de cette directive ont été intégrés à la révision du Code civil du Québec en 1991, sans qu'il en résulte une situation « à l'américaine ».
5. L'analyse de la relation entre la forme des règles de droit et la nature des incitations qu'elles procurent n'est pas nouvelle en soi et l'on peut en trouver de nombreuses illustrations dans la tradi-

tion juridique. Pour un exemple frappant, voir R. Demogue, *Droit civil*, 1937.

6. Des dommages accidentels peuvent également être imposés à des tiers extérieurs à la relation producteur-consommateur, mais j'en fais abstraction ici.

7. Par exemple, la perspective d'un dommage de 5 000 € survenant avec une probabilité de 0,05 est perçue comme équivalente à un dommage certain égal à  $0,05 \times 5\,000 \text{ €} = 250 \text{ €}$ .

8. Il pourrait également y avoir des effets d'antisélection. Par exemple, des consommateurs à coût de précaution élevé ou à espérance de dommage élevée pourraient bénéficier du passage à la responsabilité sans faute, puisqu'ils seraient alors indirectement subventionnés par les consommateurs à moindre risque.

9. Cet argument est développé dans D. Demougin et C. Fluet, « *Preponderance of the Evidence : Tort Rules and the Efficient Standard of Proof* », mimeo, 2000.

10. L'assurance réduit le risque spécifique de chaque particulier (au sens de la réduction des aléas), alors que la prévention réduit également le « risque social » au sens de l'espérance de dommages.

11. Comme on l'a souligné plus haut, il s'agit cependant d'une forme très coûteuse d'assurance.

12. Voir Cook Ph. J. et Graham D. A., « *The Demand for Insurance and Protection : The Case of Irreplaceable Commodities* », *Quarterly Journal of Economics*, 1977.

# SÉCURITÉ ALIMENTAIRE : RESPONSABILITÉ ET RÉGLEMENTATION

*Bénédicte Coestier • Stéphan Marette*

*Maître de conférences, université Paris X-Nanterre, Thema*

*Chargé de recherche, Inra et Thema*

*Les spécificités du problème de la sécurité alimentaire limitent le recours aux mécanismes juridiques de responsabilité. Elles conduisent à donner la priorité aux procédures réglementaires d'évaluation et de gestion des risques, qui sont des préalables indispensables à la mise en œuvre des principes de responsabilité.*

La sécurité alimentaire est aujourd'hui une préoccupation majeure des consommateurs des pays développés, comme le montrent des exemples récents largement médiatisés, telle la crise de la « vache folle ». La protection des consommateurs s'appuie ici sur deux types d'instruments : la réglementation qui incite les agents économiques à limiter les risques et les mécanismes juridiques de responsabilité qui permettent l'indemnisation des victimes. Ces derniers (responsabilité civile, pénale ou administrative) sont particulièrement difficiles à mettre en œuvre dans le cadre de la sécurité alimentaire. Ils ne peuvent jouer leur rôle de mécanismes régulateurs des comportements que s'il existe une réglementation efficace. Aussi, l'intensification de la réglementation, telle qu'elle est observée en France et au niveau communautaire, avec une meilleure évaluation des risques et une gestion de ceux-ci plus performante, par le biais d'une législation renforcée et de contrôles accrus, devrait favoriser à terme les recours en responsabilité et, par conséquent, conduire à un niveau de sécurité satisfaisant.

## Risques et sécurité alimentaires

En matière alimentaire, il est possible de distinguer deux types de risques : ceux correctement évalués et ceux inconnus, liés aux nouveaux procédés de fabrication. Les premiers, qui font l'objet d'un suivi statistique précis, concernent les additifs, certains produits chimiques (du type dioxine), les pesticides, les germes microbiens et les agents pathogènes (*Listeria*, *Salmonella*, *Campylobacter jejuni*, *E. Coli*, *Staphylococcus aureus*...). Considérons les risques microbiens, caractérisés par une faible probabilité et des dommages importants en cas de déclaration d'une maladie : l'épidémie de listériose en 1992 en France, qui a touché 279 personnes et provoqué 63 décès, en est un bon exemple. Pour ce qui est de l'ensemble des intoxications alimentaires collectives en France, les chiffres sont en relative stabilisation. Au cours des cinq dernières années, 4 à 500 foyers d'infection sont apparus, et 7 à 10 000 personnes ont été atteintes<sup>1</sup>. Ces cas font notamment apparaître des négligences en matière

d'hygiène. Ces risques connus appellent principalement un effort de prévention des professionnels, des consommateurs et des administrations.

Le second type de risques peut provenir de nouveaux procédés de fabrication, comme les organismes génétiquement modifiés (OGM), ou de maladies aux conséquences encore incertaines, voire mal identifiées, comme l'ESB. L'évaluation des risques, cruciale pour obtenir une gestion efficace, passe en premier lieu par leur identification. Ainsi, les risques potentiels liés aux OGM sont les suivants : toxicité, allergies et diffusion des gènes de résistance aux antibiotiques (sans compter les risques pour l'environnement, tels que l'apparition d'insectes et plantes résistants).

Quel que soit le type de risque alimentaire, les consommateurs peuvent difficilement évaluer le défaut de sécurité des produits pour les diverses raisons. En premier lieu, les nombreux intervenants dans la chaîne de production (agriculteurs, industriels/fabricants, distributeurs...) rendent difficile l'établissement d'une causalité précise en cas de contamination ou de fort dommage. Ensuite, la causalité est incertaine quand les consommateurs ingèrent différentes denrées alimentaires lors d'un ou plusieurs repas et que les preuves (aliments contaminés) disparaissent rapidement. De plus, une contamination peut provenir d'un mauvais comportement des consommateurs (rupture de la chaîne du froid, mauvaise cuisson...). Enfin, pour d'autres produits, le délai d'incubation est si long (viande bovine contaminée pouvant induire une maladie de Creutzfeld-Jakob [ESB], dioxine provoquant à long terme des cancers...) qu'il est trop tard pour modifier ses habitudes de consommation. Avec les aliments, nous sommes donc en présence de biens de confiance, c'est-à-dire de biens dont les consommateurs ne peuvent jamais apprécier totalement la qualité (cf. Darby et Karni, 1973).

Toutes ces particularités liées au manque d'information peuvent entraîner de graves dysfonctionnements de marchés (Akerlof, 1970), comme, dans notre cas, l'absence d'un niveau satisfaisant de sécurité des produits. Dans ce contexte, des méca-

nismes juridiques de responsabilité, joints à une réglementation qui facilite leur mise en œuvre, s'imposent donc pour atteindre un niveau satisfaisant de sécurité.

## Des mécanismes juridiques difficiles à mettre en œuvre

**D**ans la filière alimentaire, les responsabilités civile et pénale des professionnels ou des autorités et organismes publics peuvent être engagées.

### ■ La responsabilité civile

En matière de consommation, la responsabilité civile des professionnels pour les dommages causés par des produits relève du titre IV bis du Livre III du Code civil : « De la responsabilité civile du fait des produits défectueux » qui transpose, dans le droit français<sup>2</sup> la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des défauts de sécurité des produits. Cette directive repose sur le principe de la responsabilité sans faute. La loi française en élargit le champ d'application aux dommages (aux personnes et aux biens) causés par les produits, à savoir « tout bien meuble, [...] y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche ».

De nombreuses difficultés existent dans la mise en œuvre de la responsabilité civile dans le domaine alimentaire. En effet, le droit de la responsabilité civile consiste essentiellement en un droit de la responsabilité du fait des choses, et les denrées alimentaires ont la particularité d'être des « choses » qui disparaissent. Collart Dutilleul (1997) note qu'il existe de très rares cas de jurisprudence en France<sup>3</sup>. De même, Buzby et Frenzen (1999) soulignent la rareté des procédures civiles aux États-Unis (et leur quasi-inexistence en Grande-Bretagne) concernant les intoxications

alimentaires et leur incapacité à atteindre un niveau satisfaisant de sécurité des produits. Les coûts de transaction et la difficulté de détection de certaines contaminations bactériologiques rendent improbables des actions de consommateurs. La responsabilité civile dans le domaine agricole et alimentaire pose également le problème de la solvabilité des personnes mises en cause, notamment pour les petites exploitations agricoles. De plus, l'existence d'autres mécanismes d'indemnisation publique (comme les politiques communautaires de primes ou de compensations) affaiblissent le recours à la responsabilité civile. Enfin, la durée des procédures et la nécessité de fournir des preuves peuvent conduire les parties plaignantes à recourir plutôt aux instances pénales.

## ■ La responsabilité pénale

En matière de consommation, les textes du Code pénal qui répriment les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne peuvent être invoqués. En particulier, l'infraction au Code pénal est constituée en cas de manquement à l'obligation générale de sécurité posée par l'article L. 221-1 du Code de la consommation, dès lors que ce manquement a causé un dommage corporel.

Des sanctions pénales peuvent aussi être infligées en cas de mise en danger de la santé d'autrui, sans qu'il soit nécessaire qu'une personne ait effectivement subi un dommage. Cette infraction est réprimée par le Code de la consommation (articles L. 213-1 à L. 213-4) en tant que circonstance aggravante d'un autre délit (tromperie ou falsification), alors que la mise en danger, réprimée par le Code pénal (article 223-1<sup>4</sup>), constitue par elle-même un délit.

L'existence d'une intention coupable constitue le principe général de la responsabilité pénale. Cependant, certaines infractions peuvent entraîner une condamnation sans qu'un élément intentionnel ait été nécessairement mis en évidence. Ainsi, avec l'article L. 214-2 du Code de la consommation, qui crée une contravention spéciale d'infraction

destinée à sanctionner la seule inobservation de la réglementation, il n'est pas nécessaire de réunir tous les éléments établissant le délit de tromperie ou de falsification<sup>5</sup>. Dorénavant, de nombreuses fautes qui relèvent de l'imprudence ou de la négligence des professionnels sont susceptibles d'entraîner une condamnation pénale.

## La nécessité d'une bonne réglementation

**S**havell (1987) a souligné la complémentarité entre la réglementation (normes, certification, contrôle), à fonction essentiellement préventive, et les mécanismes juridiques de responsabilité, à fonction principalement réparatrice. Dans le domaine alimentaire, les poursuites civiles aussi bien que pénales sont difficiles sans instances de contrôle qui permettent la traçabilité en faisant intervenir les connaissances scientifiques requises. La réglementation joue ici un rôle essentiel, en s'appuyant sur l'expertise scientifique et le contrôle d'organismes spécialisés pour l'évaluation et la gestion des risques.

Concernant l'évaluation des risques, Viscusi et al. (1996, p. 663) soulignent « qu'une importante fonction des gouvernements est d'acquérir plus d'information scientifique qu'il n'est possible de le faire pour un individu et de communiquer de manière efficace cette information au public. » Du fait de la complexité de la matière scientifique, il est, en effet, fondamental de mettre en place une agence qui centralise l'information et permette ainsi l'exploitation d'économies d'échelle. En France, c'est le cas de l'Agence française de la sécurité sanitaire des aliments (Afssa, articles L. 1323-1 à L. 1323-11 du Code de la santé publique), récemment mise en place et assistée dans sa mission par des comités d'experts<sup>6</sup>. Dans le même esprit, le Livre blanc sur la sécurité alimentaire, publié par la Commission européenne en janvier 2000, prévoit la création d'une Autorité alimentaire européenne qui aurait pour vocation

d'émettre des avis scientifiques, de rassembler et d'analyser les informations sur les risques éventuels. Les modalités de coordination entre les agences nationales et la future Autorité alimentaire européenne restent à définir.

À propos de la gestion des risques, les gouvernements ont insisté sur l'importance de la traçabilité et des contrôles. Ainsi, l'article L. 214-1 du Code de la consommation oblige-t-il les producteurs et les distributeurs à mettre en œuvre des procédures qui permettent de connaître l'origine des produits, ainsi que leurs conditions de production et de distribution. Et le décret n°99-260 du 2 avril 1999 impose l'étiquetage et la traçabilité des viandes bovines. Enfin, la traçabilité des aliments figure dans les principes de sécurité alimentaire énoncés dans le Livre blanc de la Commission européenne.

Pour garantir la crédibilité des activités d'évaluation et de gestion des risques, il convient de séparer les autorités de tutelle de la production, comme le ministère de l'Agriculture, des autorités qui effectuent les contrôles. En France, les inspections sont principalement assurées par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), qui a pour mission principale la détection des fraudes, la mise hors circuit et la destruction des denrées dangereuses, et la fermeture, provisoire ou définitive, d'établissements qui ne répondent pas aux normes sanitaires. Ces actions sont complémentaires des actions de contrôle menées par la Direction générale de l'alimentation (DGAL) et la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS). Les problèmes de coordination entre ces différents organismes se posent notamment en cas d'alertes sanitaires, lorsqu'une efficacité maximum est recherchée. Ainsi, un dispositif de veille sanitaire a été mis en place le 1<sup>er</sup> juillet 1998 (loi 98-535) avec la création du Comité national de la sécurité sanitaire et d'un Institut de veille sanitaire (Code de santé publique, article L. 792-1 et L. 796-1)<sup>7</sup>.

Parallèlement, les professionnels ont de plus en plus recours à des procédures d'autocontrôle et

d'autocertification destinées à garantir la provenance (nationale et/ou européenne) et la qualité : c'est le cas des procédures HACCP (*Hazard Analysis at Critical Control Point*) qui permettent des contrôles spécifiques à chaque point critique de la filière de production. Ces activités de contrôle, qu'elles soient d'origine publique ou privée, peuvent dans certains cas être un moyen de protection contre d'éventuelles poursuites (Henson et Caswell, 1999).

## Conclusion

La demande sociale en matière de sécurité alimentaire est aujourd'hui très forte alors que le risque zéro n'existe pas. Cela soulève d'ailleurs un problème majeur pour la définition du principe de précaution<sup>8</sup>. Par ailleurs, l'évaluation des risques et les choix réglementaires sont-ils toujours de nature strictement sanitaire ? Les décisions se justifient la plupart du temps par les connaissances scientifiques dont on dispose à une période donnée, et un arbitrage coûts-bénéfices a parfois lieu de manière implicite dans la détermination des politiques réglementaires. L'exemple de l'interdiction des activateurs de croissance (hormones) pour la viande bovine par l'Union européenne en est une illustration : initialement motivée par des raisons de santé publique (accidents dus à l'utilisation des stilbènes dans les années 80), elle obéit aujourd'hui à deux types d'impératifs : culturels (les consommateurs, suite à la crise de la vache folle, répugnent à consommer des produits à base d'hormones), et socio-économiques (dans un contexte de surproduction communautaire, le recours à des activateurs de croissance ne ferait que rendre la situation plus critique). Quoiqu'il en soit, une réglementation efficace, incluant une meilleure évaluation et gestion des risques, est un préalable indispensable pour que le principe de responsabilité puisse être davantage utilisé comme mécanisme régulateur dans le domaine de la sécurité alimentaire.

Bibliographie

- Akerlof, G. (1970), « The Market for Lemons ; Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, 84, p. 488-500.
- Buzby, J. et Frenzen P., (1999), « Food Safety and Product Liability », *Food Policy*, 24, p. 637-651.
- Collart Dutilleul, F. (1997), « Regards sur les actions en responsabilité civile à la lumière de l'affaire de la vache folle », *Revue de droit rural*, 252, p. 227-233.
- Collart Dutilleul, F. (1998), « Les analyses en agroalimentaire et le droit de la responsabilité civile », *Revue de droit rural*, 266, p. 450-455.
- Darby, M. et Karni, E. (1973), « Free Competition and the Optimal Amount of Fraud », *Journal of Law and Economics*, 16, p. 67-88.
- Goni, P. (1999), « La responsabilité pénale de l'agriculteur du fait de ses produits », *Revue de droit rural*, 276, p. 457-462.
- Henson, S. et Caswell, J. (1999), « Food Safety Regulation : an Overview of Contemporary Issues », *Food Policy*, 24, p. 589-603.
- Lorvellec, L. (1999), « Rapport de synthèse : le droit face à la recherche des produits agricoles et alimentaires », *Revue de droit rural*, 276, p. 463-468.
- Shavell, S. (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Londres.
- Viscusi W., Vernon J. et Harrington, J. (1996), *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge, Ma : MIT Press.

Notes

1. *Bulletin d'Information et de Documentation, Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*, n° 3, 1999, p. 62-65 et n° 5, 2000, p. 71-77.
2. *Loi 98-398 du 19 mai 1998, correspondant aux articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.*
3. *Voir les cas de l'ergot de seigle et de salmonelle, cités à la page 5 de son article, et le jugement concernant la viande chevaline (Cour d'appel, Toulouse, Chambre 3, 22/02/2000, 112632), postérieur à la loi du 19 mai 1998.*
4. *Cet article qui définit et punit le délit de mise en danger d'autrui, qu'il y ait ou non dommage, est un texte de portée générale pouvant très bien s'appliquer à des situations dans lesquelles des consommateurs ont été mis en danger par des produits. Des personnes morales peuvent être rendues responsables sur le fondement de cet article alors que selon les articles du Code de la consommation, seules les personnes physiques peuvent être rendues responsables.*
5. *Dans le même esprit, l'article 221-6 du nouveau Code pénal sanctionne le manquement délibéré à une obligation de sécurité imposée par la loi ou les règlements. Cf. Goni (1999).*
6. *L'Afssa a aussi une fonction de consultation sur les projets de dispositions législatives ou réglementaires.*
7. *Un foyer épidémique est déclaré et la veille sanitaire mise en place lorsque trois personnes sont infectées par une même souche (Cf. Guillou pour le cas de listériose provenant des rillettes Coudray en 1999, dans le Bulletin d'Information et de Documentation, DGCCRF, n° 5, 2000, p. 71-72).*
8. *Le principe de précaution figure dans l'article 174 (ex-article 130 R) du traité d'Amsterdam ; il est aussi inscrit au Code rural depuis la loi Barnier du 2 février 1995.*

# LE JUGE, LE MÉDECIN ET L'HÔPITAL

*François Stasse*

*Conseiller d'État*

*Ancien directeur général de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris*

*Jadis à l'abri du contentieux, l'activité hospitalière a été progressivement soumise par la jurisprudence au même régime de responsabilité que les autres secteurs professionnels. À ce jour, il n'en est pas résulté d'inflation contentieuse. Les tribunaux restent attentifs à bien distinguer la faute de la simple erreur ou maladresse et les patients ne saisissent le juge que lorsqu'ils estiment qu'un grave dysfonctionnement s'est produit. Il faut souhaiter que cette sagesse perdure.*

L'hôpital, de même que la médecine en général, sont longtemps restés à l'abri du contentieux. Sans remonter aux médecins dont Molière raillait la prétention, leurs confrères des siècles suivants jusqu'à Pasteur, disposèrent de bien peu d'acquis scientifiques pour donner prise à une critique rationnelle de leur art. Il était justement question de l'« art médical » et ce vocabulaire illustre combien l'on était loin de la méthode expérimentale chère aux sciences exactes.

Avec Pasteur et Claude Bernard, on entre dans l'univers des faits observés et des connaissances démontrables. La médecine devient une science et son rapport à la société et au droit en est progressivement bouleversé. Il n'était pas concevable, en effet, de demander des comptes aux professionnels de santé tant qu'il était admis que les forces obscures du destin étaient supérieures au maigre savoir médical. Mais, dès lors que celui-ci pénètre pas à pas les causalités d'un nombre croissant de pathologies et avance vers la découverte des remèdes, l'idée que ces professionnels puissent être responsables de décisions erronées fait son chemin.

## La responsabilisation des médecins

Le juge a accompagné avec prudence cette évolution de la relation de confiance entre le malade et son médecin. D'un côté, le juge administratif devant lequel sont déférés les actes des personnes publiques a, en 1935, admis qu'un médecin hospitalier pouvait commettre une faute, mais il a précisé que seule une faute lourde serait de nature à engager la responsabilité de la puissance publique<sup>1</sup>. A la même époque, le juge judiciaire, arbitre des litiges entre personnes privées, opérait une évolution jurisprudentielle majeure en transférant la responsabilité des médecins libéraux du terrain délictuel vers le terrain contractuel<sup>2</sup>. De ces deux décisions apparemment éloignées, puisque fondée l'une sur la faute et l'autre sur le contrat, devait résulter, pour deux raisons, une approche convergente des problèmes.

D'une part, aucun des deux ordres de juridiction n'a jamais soumis la médecine à une obligation de résultat mais seulement à une obligation de

moyens. Cette relative modestie des exigences juridiques préserve des foudres contentieuses le médecin consciencieux qui n'a pu sauver son patient. Elle trouve sa source dans la sagesse des Anciens qui enseignent depuis l'Écclésiaste qu'il y a « un temps pour chaque chose sur cette terre : un temps pour vivre et un temps pour mourir... » et que, lorsque vient le temps de mourir, il serait absurde de demander à un médecin une potion d'immortalité et de demander à un juge de lui reprocher d'en ignorer la formule.

Une seule exception, très récente, a été apportée à cette position juridictionnelle. Il s'agit des activités de transfusion sanguine<sup>3</sup>, à propos desquelles la Cour de cassation et le Conseil d'État ont jugé que les centres qui distribuent des produits sanguins sous diverses formes avaient obligation de livrer des produits sains, quel que soit l'état des connaissances scientifiques sur les facteurs de contamination potentiels. En réalité, ce cas particulier ne constitue pas une véritable exception au principe de l'obligation de moyens dans la mesure où l'on se trouve en l'espèce devant une activité quasi industrielle de fabrication d'un produit à laquelle s'applique la très classique jurisprudence civile sur le vice caché de la chose. Cela étant, si les principes sortent indemnes de ces deux arrêts, les finances des centres de transfusion risquent, elles, de ne pas s'en remettre, surtout si la contamination par le virus de l'hépatite C se révèle d'ici à dix ou vingt ans, aussi ample que le craignent certains scientifiques. On ne peut exclure, devant l'importance des indemnités, qu'il faille faire appel à une contribution exceptionnelle des sociétés d'assurances, à la solidarité nationale ou à une nouvelle cotisation d'assurance maladie voire les trois à la fois.

D'autre part, le juge judiciaire n'a longtemps accepté de mettre en cause la responsabilité des médecins libéraux que pour des ruptures graves du contrat de soins le liant à son patient, ce qui fait en quelque sorte écho à l'idée de faute lourde du juge administratif.

En 1935, l'activité médicale hospitalière est entrée dans le régime de la responsabilité pour

faute lourde : la médecine quittait ainsi le champ de l'inconnaissable, voire du sacré, pour se rapprocher de celui des autres activités professionnelles.

## De la faute lourde à la faute simple

Pour qu'elle devienne une activité tout à fait ordinaire, il fallait que l'idée de faute lourde s'efface au profit de la faute simple. Le chemin fut long, mais il est désormais accompli à l'issue de plusieurs étapes majeures.

Les premières étapes ont concerné des activités-frontières entre l'acte médical et des décisions concernant l'organisation des soins. C'est ainsi que le défaut de surveillance des patients – problème, hélas, assez courant – a été soumis, dès 1968, au régime de la responsabilité pour faute simple<sup>4</sup>, de même qu'en 1971 des délais excessifs d'intervention d'une équipe soignante hospitalière<sup>5</sup>. Sur ce point très sensible des délais d'intervention, le juge administratif a récemment conduit l'évolution jusqu'à son terme, puisqu'en 1997 il a soumis à ce régime de la faute simple des services d'intervention d'urgence, notamment le Samu<sup>6</sup>, alors que chacun sait les conditions souvent délicates dans lesquelles ces services sont susceptibles d'intervenir pour sauver des vies humaines. Bien entendu, on peut s'attendre à ce que le juge tienne compte des difficultés spécifiques aux situations d'urgence pour apprécier si l'échec d'une intervention a été fautif ou pas, mais il est significatif de l'évolution jurisprudentielle que même ces activités médicales extrêmes aient rejoint, sur le plan du régime de responsabilité, le lot ordinaire des activités professionnelles.

Une autre étape marquante de la jurisprudence a consisté à présumer la faute lorsqu'aucun autre facteur ne pouvait expliquer rationnellement l'état du malade<sup>7</sup>. Cette inflexion a pu paraître modeste lorsqu'il s'est agi de cas de négligence ou d'incompétence manifestes tels qu'une brûlure ou une frac-

ture survenue à un patient au cours des soins qui lui étaient prodigués pour une autre affection. En revanche, l'inflexion a été considérable lorsqu'il s'est agi de soumettre à ce régime de la présomption de faute le fait pour un patient hospitalisé de contracter une maladie nosocomiale, c'est-à-dire d'être contaminé par un germe infectieux à l'intérieur de l'hôpital<sup>8</sup>. Le juge judiciaire a d'ailleurs suivi le juge administratif dans cette voie audacieuse qui soumet l'hôpital public et, désormais, la clinique privée<sup>9</sup>, à une rigoureuse discipline d'aseptisation.

Cette exigence n'est-elle d'ailleurs pas excessive lorsque l'on sait à quel point il est difficile d'éliminer tout risque infectieux d'un environnement hospitalier qui, par définition, accueille des malades porteurs de germes pathogènes susceptibles de se transmettre à d'autres ? Le problème est d'autant plus sérieux que ce risque se présente de manière assez fréquente et que l'on peut craindre une inflation de contentieux en ce domaine. Il est question de manière récurrente qu'une loi vienne organiser l'indemnisation de ce type de préjudice par un financement relevant de la solidarité nationale et non, comme le font actuellement les décisions de justice, par une condamnation pécuniaire des établissements de soins. Ce serait assurément une solution plus équitable à l'égard des établissements qui ont pris toutes les mesures de précaution raisonnables pour prévenir ces infections et qui n'ont donc aucune faute à se reprocher. Mais on peut se demander si la solution optimale ne serait pas d'abandonner l'idée que toute infection nosocomiale doit donner lieu à indemnisation (ce qui est la conséquence potentielle du régime actuel de la présomption de faute) et de limiter l'hypothèse indemnitaire aux seuls cas où une faute prouvée a été commise par l'établissement de santé dans l'organisation des soins. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, le fautif payerait. C'est le régime normal de la responsabilité en matière civile comme en droit administratif.

On objectera d'abord qu'en ce domaine, il sera toujours difficile à un patient d'apporter la preuve qu'une faute a été commise dans l'entretien normal

de l'établissement de soins. Cet argument n'est pas sans force, mais il existe aujourd'hui des corps d'inspection sanitaire et une agence d'accréditation des établissements de soins susceptibles d'éclairer le juge sur la bonne tenue d'un hôpital ou d'une clinique, sans omettre la traditionnelle compétence du juge à ordonner une expertise spécifique.

On objectera surtout qu'une telle position restreignant l'indemnisation aux seuls cas de préjudices provoqués par une faute, laisserait hors champ indemnitaire tous les autres cas où une contamination est le fruit d'un malheureux concours de circonstances, c'est-à-dire des aléas inhérents à toute activité humaine et, particulièrement, à l'exercice de la médecine qui n'est pas une science infallible. C'est, en effet, la philosophie même du régime de la responsabilité pour faute. Ne pas l'accepter soulève une question de principe, que nous évoquons ici à propos des préjudices éventuels d'une infection nosocomiale mais qui concerne en réalité tout le contentieux de l'accident thérapeutique, c'est-à-dire toute situation où un patient subit, du fait de son traitement ou d'une intervention chirurgicale, des dégâts collatéraux par rapport à son affection initiale voire, si l'on pousse cette logique à son extrémité, si le patient ne se remet pas aussi bien qu'il aurait pu l'espérer de la pathologie pour laquelle il s'est fait soigner. La question est de savoir si tout préjudice de cette nature doit donner lieu à indemnisation.

La réponse est évidemment positive si l'individu concerné est couvert par un contrat d'assurance visant expressément ce risque. Le préjudice médical est alors traité comme tout autre. Mais, qu'en est-il en l'absence de couverture assurantielle ? Le moins que l'on puisse dire est que, contrairement à ce qu'affirment les partisans du « tout indemnitaire », la réponse ne va pas de soi.

On a vu, en effet, qu'il est contestable sur le plan de l'équité que des établissements de soins soient condamnés à verser des indemnités pour des préjudices résultant de situations où aucune faute ne peut leur être imputée. En outre, il paraît également contestable, dans ce cas, de faire appel à la

solidarité nationale, autrement dit à l'impôt, pour réparer de tels préjudices, car on ne voit pas en quoi ceux-ci seraient singuliers au regard de tout autre préjudice, sauf dans un cas de conséquences particulièrement dramatiques résultant d'un acte de soins, comme cela se produit parfois, hélas. On conçoit, dans cette hypothèse, que la solidarité s'exprime à l'égard d'individus sur lesquels le sort s'est abattu avec une particulière cruauté. En revanche, ce serait faire la part belle à l'idéologie de la victimisation récemment importée des États-Unis que de considérer que tout préjudice médical transforme le patient en une victime de la société vers laquelle il peut se retourner pour obtenir une compensation financière.

Cette distinction entre le préjudice exceptionnel et le préjudice ordinaire est d'ailleurs celle qu'a adoptée le juge administratif au cours de ces dernières années afin de pallier l'absence de disposition législative sur l'aléa thérapeutique. Le Conseil d'État n'a retenu l'indemnisation du patient qu'au cas où l'acte de soins entraîne des conséquences imprévisibles, sans rapport avec l'état initial du malade, et d'une extrême gravité<sup>10</sup>. On peut souhaiter que la loi vienne confirmer prochainement cette approche du problème, qui permet de trouver une solution aux drames humains les plus douloureux tout en conservant à l'acte de soins sa part de malchance extérieure à toute précaution, sans transformer chaque patient en victime potentielle de celui qui le soigne ou de la société tout entière.

Les mêmes réflexions peuvent être faites à propos de l'évolution jurisprudentielle du contentieux de la faute médicale. On a dit qu'en plusieurs étapes, la faute lourde a connu un recul au profit de la faute simple. Cet assouplissement progressif du régime juridique de la responsabilité médicale à l'hôpital a connu son aboutissement en 1992 lorsque, par une décision solennelle prise en Assemblée, le Conseil d'État a abandonné le régime de la faute lourde<sup>11</sup>.

On s'est interrogé, à l'époque, sur les risques qu'un tel changement de jurisprudence pouvait faire courir à la nécessaire sérénité de l'acte médi-

cal : si toute faute, fût-elle bénigne, pouvait désormais donner lieu à un recours du patient contre son hôpital, n'allait-on pas entrer dans l'ère du soupçon généralisé et assister à un déferlement contentieux ? Il faut reconnaître que ce risque n'était pas nul *a priori* puisque le fâcheux exemple américain, où des avocats/hommes de loi attendent parfois les patients sur le trottoir, face à la sortie de l'hôpital, pour leur suggérer de l'attaquer en justice, précède l'Europe sur la voie de l'obsession contentieuse. Heureusement, depuis bientôt une décennie que l'accès au prétoire a été rendu plus facile par l'arrêt de 1992, on ne constate qu'une légère augmentation du nombre d'affaires portées devant le juge, mais ce n'est pas l'explosion que d'aucuns redoutaient. Nos concitoyens paraissent ainsi adopter une attitude raisonnable qui sait opérer la distinction entre une faute médicale condamnable et une erreur ou une maladresse que tout un chacun peut commettre, même dans ce domaine particulièrement précieux qu'est la sauvegarde de la santé.

Si cette sage ligne de partage est respectée à l'avenir, on peut penser qu'elle constituera longtemps une solution optimale sous trois aspects essentiels :

- une attitude excessivement contentieuse des patients conduirait bien sûr les professionnels de santé, comme aux États-Unis, à développer une attitude défensive, prudente, méfiante, voire pusillanime, qui porterait tort, à terme, à la santé des personnes soignées. Il faut savoir prendre des risques calculés pour sauver des vies humaines mais si ce doit être sous la menace permanente des tribunaux, alors le médecin s'abstiendra et, avec cette abstention, une éventuelle chance de guérison disparaîtra sans doute.

- À l'inverse, le maintien du régime de la responsabilité pour faute lourde aurait fait de l'activité médicale hospitalière une sorte d'exception dans notre paysage juridique. Or les Français n'aiment plus les exceptions juridiques. Ils l'ont dit brutalement, trop brutalement parfois, aux hommes politiques qui se sont vu mettre en cause devant le juge pénal ou, pour les ministres, devant la Cour de

justice de la République, avec d'autant plus d'empressement que les citoyens avaient le sentiment que c'était là le seul moyen de leur demander des comptes. Si le régime de la faute lourde avait perduré pour les activités médicales, une telle dérive de la pénalisation aurait très bien pu se produire. Un habile dosage de l'ouverture des juridictions civiles et administratives est, à cet égard, le meilleur garant du bon rapport de ces professions avec les patients ainsi qu'avec la justice.

– Enfin, l'entrée de la médecine hospitalière sous le régime de la faute simple préserve d'un autre écueil : celui de la suppression de toute idée de faute. Certains sont partisans de cette solution, qui consisterait à créer par la loi un régime d'indemnisation qui apporterait une compensation financière à tout patient qui justifierait avoir subi un dommage du fait d'une activité de soins, que l'origine de ce dommage soit fautive ou non. L'avantage incontestable de ce système est sa radicale simplicité. Le patient n'a plus à se poser de question sur la responsabilité du dommage qu'il a subi ; un fonds d'indemnisation intervient, le dommage est ou n'est pas reconnu et l'affaire est close. Mais derrière cette simplicité se cache une redoutable menace qui est la disparition de la responsabilité individuelle du médecin. Car s'il convient, on l'a fortement souligné, de permettre à celui-ci de prendre des risques maîtrisés dans l'intérêt du patient, on ne peut qu'être réticent face à une perspective où plus aucune différence juridique n'existerait entre une maladresse et une faute, entre une défaillance et une grave négligence. On entrerait, au sens premier du terme, dans un univers d'irresponsabilité et, malgré la conscience professionnelle des médecins et des professionnels de santé qui les entourent à l'hôpital, un tel régime n'est souhaitable dans aucune

activité humaine. Le maintien de la distinction juridique entre le risque acceptable et la faute, fût-elle la faute simple, demeure la garantie fondamentale d'un comportement responsable.

## Conclusion

**A**vec l'évolution jurisprudentielle de la dernière décennie et la préparation annoncée d'une loi permettant d'indemniser les aléas thérapeutiques graves, la relation entre le juge, le médecin et l'hôpital paraît trouver la voie médiane entre un sanctuaire juridique qui se tromperait d'époque et une dérive contentieuse qui perturberait gravement la confiance entre le médecin et son patient. Bien sûr, rien n'est jamais joué en ce domaine et le citoyen « à la française » n'a pas encore définitivement repoussé la tentation contentieuse de la victime « à l'américaine ». Mais, à ce jour, il a su raison garder.

### Notes

1. CE 8 nov. 1935, *Dame Vion*.
2. Cass. 20 mai 1936, *Mercier*.
3. Cass. 12 avril 1995, *Centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne* et CE 26 avril 1995, *Consorts NG*.
4. CE 23 octobre 1968, *Hôpital-hospice de Beaumont-sur-Oise*.
5. CE 28 mai 1971, *Centre hospitalier de Reims*.
6. CE 20 juin 1997, *Theux*.
7. CE 1er mars 1989, *Époux Peyres*.
8. CE 9 décembre 1988, *Cohen*.
9. Cass. 1re civ. 21 mai 1996.
10. CE 9 avril 1993, *Bianchi*.
11. CE 10 avril 1992, *Époux V*.

# LE PATIENT, LE MÉDECIN, LE JUGE... ET LES AUTRES

*Denise Forest*

*Directeur du Risque médical, MACSF*

*La médecine connaît de plus en plus les honneurs des médias et la responsabilité des médecins emprunte les couloirs du Palais. Face à un « nouveau patient », la judiciarisation croissante de la responsabilité médicale, soutenue par un légitime souci d'indemnisation mais qui repose uniquement sur les mécanismes de l'assurance de responsabilité, est-elle une solution pérenne ?*

**N**ous connaissons depuis longtemps la mise en cause judiciaire des fabricants, suivie de celle des prestataires de service. Le domaine médical avait longtemps semblé échapper à cette tendance. Au cours des dix dernières années, nous avons constaté :

- un développement des mises en cause de la responsabilité des médecins et des établissements de santé devant les tribunaux ;
- une perception accrue de ces mises en cause, les domaines auxquels elles s'appliquent – la vie, la santé, le handicap, la mort – constituant un thème de médiatisation privilégié.

Peut-on parler d'une judiciarisation du risque médical ? Celle-ci apporte-t-elle les solutions attendues par la victime ? N'y a-t-il point de salut hors les tribunaux ?

---

## Causes et amplitude du mouvement

---

**L**es pays industrialisés constatent une judiciarisation des problèmes de société qui résultent de facteurs philosophiques, politiques, économiques, sociétaux, dont

les grandes lignes se retrouvent dans tous les États, indépendamment des spécificités locales qui peuvent en atténuer ou en amplifier les effets.

Au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, imprégnés de positivisme et de scientisme, nous pensions accéder à un monde de certitudes. Nous avons basculé ensuite dans un univers où le progrès repose sur la prise de risque mais avec des populations vieillissantes, et donc de plus en plus hostiles à cette idée. Fasciné par le développement de la science, découvrant que plus de savoir c'est aussi plus de peur, l'homme s'est trouvé pris dans une contradiction : développement du progrès, sécurité de plus en plus grande. Dans cette optique, un risque résiduel devient un risque social assumé par un individu au nom du progrès et doit être systématiquement réparé.

Parallèlement, la mondialisation célébrée ou honnie, la redéfinition du rôle de l'État et l'écart qui s'est creusé entre la société civile et la classe politique ont pu donner à l'individu une impression d'effondrement de ses repères et d'insécurité profonde, corroborée par le fait que si le nombre des incidents mineurs (la fréquence) diminue, celui des catastrophes (l'intensité) largement médiatisées augmente.

Cette évolution est très aiguë en matière de santé (on voit bien l'inquiétude actuelle au sujet des produits alimentaires), dans le domaine médi-

cal notamment, là où la science a le plus évolué depuis cinquante ans, dans un contexte de forte médiatisation. La médecine semble toute-puissante : pourquoi ne connaîtrions-nous pas l'éternité en bonne santé et sans risque ? Aussi, en cas d'accident médical, ce ne sont pas les limites d'une science quasi divinisée que l'on déplore mais celles de son bras séculier : le médecin. Dans l'esprit du public, aléa médical et faute ne font qu'un.

À cela s'ajoute, en France, l'onde de choc du « sang contaminé » qui a certainement cristallisé peur, rancœur, incompréhension face à l'attitude des politiques (la formule « responsable mais pas coupable », sans doute trop juridique, a été mal perçue par le public), et suscite des interrogations sur le comportement du monde médical.

Des associations, comme il en existe dans le cas des attentats et du terrorisme, ont alors été créées, dans le but d'indemniser les patients mais également de faire toute la lumière sur les causes du dommage, voire d'obtenir des condamnations pénales.

Parallèlement, face aux atermoiements du législateur, malgré des actions ponctuelles d'individualités pugnaces (comme la loi Huriet pour les recherches biomédicales), les tribunaux ont élaboré, pas à pas, un droit médical et ont « rendu justice », diront certains, « fait entendre des raisonnements juridiques mais non la justice », diront d'autres.

Malgré les particularismes inhérents à chaque ordre de juridiction, tribunaux judiciaires et administratifs ont adopté une démarche analogue qui va dans le sens d'une meilleure satisfaction des demandes présentées par les patients devenus victimes.

La voie judiciaire qui comporte une indemnisation mais aussi, dans certains cas, une incrimination pénale a pu apparaître comme « la » solution, que l'on recherche l'indemnisation de la victime ou la punition du coupable, et les assureurs ont constaté une diminution du nombre de transactions au profit des affaires contentieuses (de l'ordre de 3 000 affaires par an, domaines privé et public confondus).

Pour leur part, la MACSF et le Sou médical ont enregistré en 1998, 241 plaintes pénales, 231 plaintes ordinaires, 538 assignations en référé et 628 réclamations écrites. Plaintes pénales, ordinaires et assignations sont en augmentation de 1 à 2 % chaque année depuis trois ans. Si le nombre de réclamations semble peu important eu égard au nombre d'actes accomplis, les conséquences en sont néanmoins financièrement lourdes, s'agissant de risque d'intensité dont le financement repose sur une population réduite.

## Effets

C'est à une montée en puissance progressive et continue de l'indemnisation de la victime qu'ont abouti les actions devant les tribunaux administratifs et judiciaires, tant au niveau de la reconnaissance de la responsabilité qu'à celui du montant des indemnités.

Tous les maillons de la chaîne (création d'obligations, nature de la faute, charge de la preuve) aboutissant à la reconnaissance d'une responsabilité ont été successivement « retravaillés », « ciselés », « ajustés » pour, ultime étape, changer de dimension et atteindre « l'indemnisation pour risque couru »

Dès 1960, les tribunaux administratifs, développant la notion de présomption de faute en matière d'infection nosocomiale, facilitaient l'indemnisation des malades ayant contracté une infection à l'hôpital. S'il s'agissait d'une présomption réfragable, cela n'en constituait pas moins une amélioration des conditions d'indemnisation. Ils seront rejoints par les tribunaux judiciaires, en 1996, pour ce qui concerne des établissements privés.

En 1992, le Conseil d'État abandonnant l'exigence de la faute lourde médicale, aligne les conditions de mise en cause de l'administration en matière de thérapie sur celles en vigueur pour les soins.

Autre technique : admettre la responsabilité lorsque le dommage semble ne pouvoir s'expliquer que par une faute d'organisation ou une maladresse. Cette position, aujourd'hui condamnée par la Cour de cassation, s'appuyait sur les notions de « faute révélée », « faute virtuelle », le dommage révélant la faute.

On a évoqué la création d'une « obligation de moyens renforcée », à mi-chemin entre obligation de moyens traditionnelle et obligation de résultat. Obligation de moyens renforcée ou gestation d'une obligation de résultat encore inachevée ?

Les tribunaux s'attacheront ensuite au contenu de l'obligation d'information, sa preuve et son indemnisation :

Si de longue date, la preuve en la matière incombait au patient, la Cour de cassation, suivie par le Conseil d'État le 5/1/2000, rendra en 1997 et 1998 des décisions qui modifieront la responsabilité médicale et les relations médecin-patient :

- c'est au médecin de prouver qu'il a donné une information « claire, loyale, appropriée » (ou d'expliquer les raisons de son silence : refus, état du patient ou urgence) ;
- l'information doit porter sur les risques graves encourus (décès, incapacité, préjudice esthétique important), que ceux-ci soient exceptionnels ou non.

Certes, dire que la preuve d'une obligation contractuelle pèse sur le débiteur de celle-ci ne fait qu'appliquer la règle retenue pour d'autres professionnels ; exiger du médecin la recherche d'un consentement éclairé du patient n'est que l'application du Code de déontologie, et la preuve peut être apportée par n'importe quel moyen.

Néanmoins, même si les tribunaux ont précisé qu'informer n'est pas convaincre, il y a là un levier qui facilite l'indemnisation selon la façon dont les juges du fait, souverains en la matière, apprécieront les moyens présentés.

Enfin, à défaut d'existence d'un lien de causalité entre le dommage et une insuffisance d'information, on a fait appel à la notion de « perte de chance » : on évaluera la perte de chance de survie ou d'amélioration de l'état de santé. Les tribunaux

ont néanmoins exigé que cette perte de chance soit analysée et réelle. Dans cette droite ligne, le 20/6/2000, en matière de coloscopie, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt qui refusait l'indemnisation pour perte de chance, le caractère inéluctable de l'acte en fonction du cas étudié permettant de penser que, même dûment informé, le patient s'y serait soumis. Il reste que le triptyque : preuve à la charge du médecin, étendue du contenu de l'information, notion de perte de chance, facilite l'indemnisation.

Enfin, dernière étape : « de l'obligation de sécurité-résultat à l'indemnisation pour risque social ». En 1996, la Cour de cassation avait, nous l'avons vu, établi une présomption réfragable en matière d'infection nosocomiale. En 1999, dans les trois arrêts « des staphylocoques dorés », elle crée une obligation de sécurité-résultat à la charge de la clinique et du chirurgien.

Les juridictions administratives, pour leur part, grâce à trois arrêts – Gomez, Bianchi et Mehrz –, vont :

- permettre, sans faute établie ni présumée, l'indemnisation de deux sortes de dommages : l'un, subi au cours d'une thérapeutique nouvelle ne s'imposant pas pour des raisons vitales (aléa médical *stricto sensu*). C'est en quelque sorte la réparation due à celui qui accepte de se prêter à des expériences qui profiteront à l'humanité. L'autre, très grave, sans rapport avec l'état initial du patient, causé au cours d'une thérapie connue mais présentant un risque exceptionnel (risque thérapeutique).

– accepter, au nom de l'égalité devant le service public et de l'équité, la prise en charge d'un dommage subi du fait d'une anesthésie pratiquée sur un jeune patient à l'occasion d'une circoncision rituelle.

Ces décisions, et particulièrement l'affaire Gomez, vont dans le sens d'une responsabilité pour risque, d'un droit « social » à réparation que le Conseil d'État, non lié par le droit civil des obligations, peut exprimer plus aisément.

Cela étant, comme l'a précisé le conseiller Sargos au cours d'un colloque tenu en novembre 1999

sous la présidence de Messieurs Huriet et Évin : « La distorsion dans la réparation des accidents médicaux entre les deux ordres de juridiction est devenue très réduite en pratique et, de plus, si elle [la Cour de cassation] étendait le champ de l'obligation de sécurité-résultat, la situation des victimes d'accidents médicaux serait plus favorable que devant le juge administratif puisque c'est l'intégralité des dommages qui serait réparée et non pas comme dans l'arrêt Bianchi, ceux d'une extrême gravité. »

L'étude de l'impact de la judiciarisation des accidents médicaux ne serait pas complète si nous n'abordions pas la forte augmentation du montant des indemnités allouées par les tribunaux judiciaires, notamment sur deux points :

– Les postes de préjudice personnel, communs à la réparation de tout préjudice corporel : depuis vingt ans, nous avons connu une augmentation constante du nombre de postes : préjudice esthétique, sexuel, d'agrément, souffrances endurées. Pendant longtemps, certains d'entre eux n'ont pas été distincts de l'incapacité permanente sauf situation particulière. Le préjudice d'agrément était réparé si la victime justifiait de la pratique régulière d'un sport, d'un instrument de musique, etc. Aujourd'hui ces postes ont acquis une autonomie et sont indemnisés sans justificatifs particuliers.

– Sur le plan médical, la fréquente mise en cause de disciplines attachées à la périnatalité (échographie, accouchement...) peut aboutir selon les cas à des indemnités de 10 à 25 millions de francs (65,5 à 163,7 millions d'euros), conséquences indirectes des possibilités d'avortement ouvertes par la législation de l'IVG et de l'ITG.

Si l'on peut comprendre que la voie judiciaire soit de plus en plus utilisée en l'absence d'autres modalités de réparation, on ne peut que constater que ce système semble avoir atteint ses limites.

Se pose également la question de la légitimité des recours de la Sécurité sociale en l'absence de faute, dans la mesure où elle est l'organe de la solidarité nationale pour la réparation des dommages corporels.

## Limites

**D**es limites à l'efficacité de la judiciarisation apparaissent au niveau du système judiciaire et du financement. Sur le plan judiciaire, les limites à l'efficacité tiennent à la lenteur des procès, qu'il s'agisse de satisfaire la victime dans sa recherche d'indemnisation ou dans son attente de voir punir le coupable.

Par ailleurs, il subsiste, indépendamment des démarches parallèles effectuées par les deux ordres de juridiction, des différences substantielles, source d'inégalité, quant à la durée de la prescription (quatre ans devant les tribunaux administratifs, trente ans, voire quarante-huit, devant les tribunaux judiciaires) et quant au montant de l'indemnisation, l'échelle entre les sommes allouées par les tribunaux judiciaires et celles accordées par les tribunaux administratifs étant de l'ordre de 1 à 3.

Enfin, en médecine privée, l'édifice jurisprudentiel élaboré repose sur la solvabilité du médecin ou de l'établissement et, *in fine*, de l'assureur de responsabilité de ce médecin ou de cet établissement... Or, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle du risque, les assureurs de responsabilité médicale se font rares et certaines spécialités (chirurgiens, gynécologues-obstétriciens, sages-femmes...) frôlent l'inassurabilité.

## Qu'en est-il dans les autres pays ?

### Aux États-Unis

Parler de responsabilité civile à l'étranger, c'est se tourner vers les États-Unis : nous entendons alors des propos « pessimistes » devant la systématisation de l'indemnisation des victimes par les tribunaux, le montant élevé de celle-ci (rôle du jury, honoraires des avocats, etc.), le niveau des cotisations de l'assurance ou, au contraire, des

propos selon lesquels il s'agirait d'une « exagération européenne » à l'égard des États-Unis.

Tout assureur international ayant réglé des sinistres aux États-Unis a pu mesurer l'amplitude du phénomène, certes différente selon les États concernés (la Floride et la Californie étant « en pointe ») mais d'une façon générale beaucoup plus forte qu'en Europe. Les réformes envisagées n'aboutissent guère, et la résistance des États les plus extrémistes est forte. À cela correspondent des cotisations d'assurance très élevées et des exigences drastiques à la souscription des risques (notamment sur le niveau de prévention au sein des établissements).

Cela a abouti à la fuite de certains spécialistes d'un État vers un autre ou encore à l'utilisation de pratiques permettant d'éviter les procès (comme, par exemple, la multiplication des césariennes exigées non par l'état de la parturiente mais parce que, évitant la souffrance fœtale, cette pratique limite le nombre de réclamations).

En tout état de cause, le système judiciaire des États-Unis s'inscrit dans un contexte socio-économique différent du nôtre, et le danger serait grand d'effectuer, dans une volonté d'indemnisation aveugle, des transpositions partielles qui, n'entrant pas dans la même logique globale, ne pourraient qu'entraîner des conséquences socio-économiques désastreuses.

Plus sensibles que les États-Unis à la régulation des activités humaines, ne pouvons-nous pas élaborer des relais à l'assurance de responsabilité médicale et limiter ainsi le recours aux tribunaux ?

## ■ En Europe

Les diverses études du Comité européen des assurances font état de constatations identiques : indemnisation des victimes d'accidents médicaux facilitée – voire systématisée – par les tribunaux (renversement de la charge de la preuve, développement des présomptions de faute ou de responsabilité, etc.) et développement du nombre de procès (multiplication par trois en cinq ans au Royaume-Uni, en Belgique, en Espagne, au Luxembourg,

rejoints récemment par le Portugal du fait de l'action des organisations de protection des consommateurs). Dans tous les pays, les réclamations concernant les obstétriciens sont nombreuses.

On constate un afflux d'affaires devant les tribunaux dès lors qu'on applique uniquement les règles classiques de responsabilité. Les conséquences pratiques ne se font pas attendre : dans de nombreux pays la responsabilité civile de certaines spécialités (anesthésistes, obstétriciens, chirurgiens) est devenue quasi inassurable.

Dans certains États, les assureurs nationaux laissent les médecins s'assurer auprès d'assureurs étrangers. D'autres ont créé des mécanismes d'indemnisation ne reposant pas sur le trio « RC – tribunal – assureur RC » : la Suède et d'autres pays du Nord, se sont orientés vers l'assurance du patient. Depuis, la Suède enregistre une dizaine de litiges judiciaires par an, un niveau des cotisations RC médicale modéré, un marché de réassurance ouvert.

Ces pays nordiques ne méconnaissent pas l'assurance de responsabilité mais lui laissent une place résiduelle en cas de faute prouvée, avec des délais de prescription souvent plus courts qu'en France (de trois à dix ans).

Enfin, concernant les postes d'indemnisation du préjudice corporel, des travaux sont en cours à l'échelon européen afin d'unifier et d'encadrer les mécanismes d'évaluation.

**N**ous n'avons pas souhaité enrichir ici la polémique sur les excès de juges « qui ne diraient plus le droit mais le feraient », et simplement montrer qu'une judiciarisation excessive des problèmes liés à l'acte médical entraînera, si d'autres solutions ne prennent pas très rapidement le relais, des effets que patients comme tribunaux ne peuvent guère souhaiter :

- absence d'indemnisation... faute de financement ;
- apparition d'une médecine de plus en plus défensive ;
- manque de praticiens d'exercice libéral dans certaines spécialités particulièrement exposées

comme les anesthésistes, les gynécologues-obstétriciens, les sages-femmes, les chirurgiens.

On arrive à cette curieuse situation qui fait que la reconnaissance de la responsabilité civile du praticien est de plus en plus facile à établir, les indemnités allouées par les tribunaux sont de plus en plus élevées mais qu'il y aura de moins en moins d'assureurs (et de réassureurs) de responsabilité médicale pour régler les sommes accordées :

- une quarantaine en 1980 ;
- une quinzaine en 1990 ;
- six en 2000 et parmi ceux-ci, certains n'assurent pas d'établissement de santé, d'autres n'assurent plus les spécialités les plus exposées, lesquelles ne disposent guère que de trois assureurs.

Si le mouvement jurisprudentiel se poursuit, il est vraisemblable que le nombre se réduira encore et que certaines professions, comme celle des gynécologues-obstétriciens, ou certaines pratiques, comme celle des échographies fœtales, deviendront inassurables.

On nous excusera de notre faible enthousiasme devant les éventuelles décisions que pourrait rendre la Cour de cassation en matière d'extension de l'obligation de sécurité-résultat. Nous n'y voyons aucun progrès, ni en tant qu'assureur ni en tant que futur patient ! « Le mieux est l'ennemi du bien », dit-on... Cela pourrait s'appliquer ici à notre sujet, alors que des solutions alternatives sont possibles tant au niveau des systèmes d'indemnisation qu'à celui des relations patient-médecin. Sur le premier point :

- l'assurance directe, solution retenue dans certains pays européens, est une voie récemment adoptée en France dans le cadre du contrat « accidents de la vie », comprenant les accidents médicaux ;
- les pouvoirs publics pour leur part, étudient la constitution d'un fonds pour les cas graves relevant de l'aléa médical ;
- l'assurance de responsabilité conserverait son rôle en cas de faute prouvée, la notion de faute, confortée dans un récent rapport de l'IGAS, facteur de responsabilisation, devant être conservée en matière médicale.

Au niveau des relations médecin-patient :

- si selon divers sondages, les patients font majoritairement confiance aux médecins, les rapports « médecin-patient » ont néanmoins évolué au fil du temps. Certains patients « ne veulent pas savoir », d'autres souhaitent recevoir une information claire et participer au choix de la thérapie les concernant. On parle de « nouveaux patients ».

La reconnaissance « active » de ce fait, par l'ensemble du corps médical, évitera bien des réclamations – notamment devant les tribunaux répressifs – la voie pénale répondant parfois plus au besoin de savoir ce qui s'est passé et au souhait de voir une peine infligée au médecin qu'à un souci d'indemnisation.

Enfin, une meilleure prise en compte de l'influence des médias par les médecins devrait permettre d'éviter les « effets de mousse » conduisant à la judiciarisation, non seulement en cas de survenance d'un accident mais aussi quant à la communication à des succès médicaux. Nous ne pouvons que joindre notre voix à celle d'éminents praticiens, rappelant que la médecine ne doit pas être une « médecine spectacle ».

En conclusion, il semble que :

- un système de financement comprenant assurance RC traditionnelle, assurance directe, solidarité nationale,
- un régime de faute prouvée laissant sa place à la notion de responsabilité indispensable en matière médicale,
- un droit du patient garantissant à celui-ci le niveau d'information souhaité, et améliorant la représentation des associations de malades,
- une réforme de l'Ordre des médecins, afin qu'il soit vigilant, notamment sur le maintien de la compétence des praticiens,

devraient permettre les indemnisations nécessaires sans remettre en cause les progrès de la médecine et contribuer à sécuriser les patients que nous sommes.

Ce sont, à notre sens, des voies préférables à une fuite en avant judiciaire qui semble avoir atteint ses limites économiques.

Bibliographie

- Arrêt CE du 18/11/1960, Savelli REC., p. 640.
- Arrêt Gomez, CAA Lyon 21/12/1990, Cons. Gomez REC. CE, p. 498.
- Arrêt du 10/04/1992, Recueil CE, p. 171 Concl. légal. CE, ass, 10/04/92, req. n° 79027 M. et Mme V.
- Arrêt Bianchi CE 9/4/1993, REC CE p. 127, Concl. Dael RD P 93, p. 1099, note Pailler.
- Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 21/05/1996, Bull. Liv. 1 n° 219.
- Arrêt 25/02/1997, Cass. 1<sup>re</sup> Civ., Gaz. Palais 97, 1, p. 274, Rapport P. Sargos note J. Guigne JCP G 1997.1.4025, Obs. G. Viney D. 1997, somm. P. 319, ob J. Penneau.
- Arrêt du 17/02/1998, Cass. 1<sup>re</sup> Civ., Bull. Civ. 1 n° 67.
- Arrêts du 7/10/1998, JCP G 1998 II 10179, concl. J. Sainte Rose, note P. Sargos.
- Arrêts du 29/06/1999, JCP 1999, G II 10138, « Staphylocoques dorés ».
- Rapport de l'Inspection générale des Affaires sociales, septembre 1999 : Sur la responsabilité et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique.
- « Droit des victimes et responsabilité médicale : vers une solution législative », Actes du colloque, novembre 99, M et M conseil, Organisation Édition communication.
- CE 5/1/2000 Lariboisière, Hospices de Lyon.
- Picard D., « Non à la médecine spectacle », L'Express, 30 mars 2000.
- Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 17/06/2000 Bull. Civ 1 n°187.
- « Spécial colloque : les nouveaux patients » Panorama du Médecin , n°4730, juin 2000.
- Glorion B., *Quelle médecine au XXI<sup>e</sup> siècle ?* Plon, Paris, 2000.

# LA NOUVELLE DÉFINITION DU DÉLIT NON INTENTIONNEL

*Pierre Fauchon*

*Sénateur, Loir-et-Cher*

*Face à la multiplication des poursuites et condamnations pénales de personnes physiques du chef d'imprudance, la réforme de l'article 121-3 du Code pénal, réprimant les délits non intentionnels, répond à un objectif d'équité en mettant fin à l'assimilation par la jurisprudence de la faute civile et de la faute pénale et en révisant la définition même de ce délit.*

O n sait ce qui rendait légitime et nécessaire la réforme de l'article 121-3 du Code pénal instituant les délits « non intentionnels » : c'est le nombre croissant de poursuites et de condamnations pénales procédant d'une analyse abstraite des circonstances et de raisonnements théoriques jusqu'à l'absurde tels que celui qui qualifie de « délit » l'absence de pancartes signalant au public le danger de falaises abruptes ou du mouvement des marées, ce qui devrait, en bonne logique, conduire à couvrir de pancartes nos montagnes et nos rivages.

Cependant ces décisions trouvent leur justification juridique dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis 1912, assimile l'imprudance faute civile et l'imprudance délictueuse pour des raisons de similitude textuelle d'ailleurs tardivement découvertes. Une telle assimilation heurte le bon sens à double titre :

- elle méconnaît la nature foncièrement différente de la faute civile – fondement de la responsabilité civile (assurable) – par rapport à la faute pénale – fondement d'une condamnation de caractère moral (non assurable) ;
- elle méconnaît également le principe essentiel de droit pénal selon lequel il n'y a pas de délit « sans intention de le commettre », principe auquel des

exceptions existent, mais à la condition de rester des exceptions, ce qui ne permet pas d'ériger en délits des « poussières de fautes<sup>1</sup> ».

En fonction de ces considérations, le législateur, par la loi du 13 mai 1996, issue déjà d'une initiative sénatoriale, avait posé le principe de l'exigence d'une appréciation « concrète » des circonstances du délit, celui-ci étant exclu si l'auteur des faits a « accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que des pouvoirs et moyens dont il disposait ».

Sans chercher à démontrer ce que cette exigence avait de novateur par rapport aux analyses de la doctrine confirmées par bon nombre de décisions et sans oublier que trois années sont un délai trop court pour apprécier la portée d'un tel texte, il est apparu que cette première réforme ne touchait pas directement au cœur du problème, c'est-à-dire à la définition même du délit, alors que l'évolution générale de la jurisprudence et de l'esprit public dans le sens d'une « pénalisation » justifiait de plus en plus que l'on s'attaque à cette définition.

Ce fut l'objet de la proposition de loi du 2 octobre 1999 – à l'origine de la loi nouvelle qui en adopte le champ d'application mais diffère dans l'énoncé proprement dit de la nouvelle définition des délits non intentionnels.

## Le champ d'application de la réforme

**L**e champ d'application a été conçu dès l'abord comme général afin d'éviter toute suspicion de protection catégorielle. Il comportait cependant deux limitations d'importance : ne pas modifier le système de responsabilité pénale dans le domaine des accidents de la circulation et ne pas concerner la responsabilité pénale des personnes morales.

C'est la première de ces préoccupations qui explique la distinction fondamentale établie par le texte entre les circonstances de causalité selon que celles-ci présentent un caractère direct ou indirect, le nouveau texte ne s'appliquant qu'aux secondes. On fera observer que le souci d'équité qui inspire la réforme se trouve ainsi contredit. C'est vrai, mais il convient de rappeler que l'existence même de délits non intentionnels est une atteinte à l'équité, atteinte rendue nécessaire par des préoccupations de sécurité.

Le principe de proportionnalité a trouvé ici son emploi. S'il autorise une conception plus restrictive du délit lorsque la causalité est indirecte, ce qui signifie que le préjudice n'était pas « nécessairement » la conséquence de la faute, il recommande au contraire un concept beaucoup plus large du délit lorsque la causalité est directe, parce que c'est le cas de la plupart des accidents de la circulation et qu'il convient ici, et en France spécialement, de maintenir à un niveau aussi élevé que possible la protection du public et ce, même au prix d'un moindre respect de l'exigence d'équité.

On notera d'ailleurs qu'à aucun stade des débats, dans l'une ou l'autre des assemblées, le principe de cette distinction n'a été remis en cause, encore qu'au plan pratique il est à prévoir des problèmes quelquefois délicats de mise en œuvre. L'Assemblée nationale en première lecture et le gouvernement en deuxième lecture au Sénat ont cependant apporté des précisions tendant utilement à définir le sens qu'il convenait de donner à la notion de « cause directe ».

Observons au passage que l'assimilation totale faite par certains de la causalité indirecte et de la causalité multiple, qui débouche sur la théorie de la « causalité adéquate », ne paraît pas tout à fait juste dans la mesure où il peut exister des circonstances de causalité « indirecte » indépendamment de toute pluralité de causes. Le poteau de basket a pu tomber sur des joueurs pour l'unique raison que l'heure de sa chute était venue, ce qui peut être reproché d'une manière indirecte au responsable de cet équipement sans qu'aucune autre intervention se soit produite.

En ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, c'est le caractère très original de ce concept nouveau, dont la problématique est toute différente, qui explique et suffit à justifier que la proposition, non plus que la loi, ne l'ait pas directement concernée, la portée du texte étant limitée à la responsabilité pénale des personnes physiques, domaine dans lequel les préoccupations d'équité sont évidemment beaucoup plus concrètes et vives que pour les personnes morales.

Si le champ de la démarche s'est trouvé ainsi défini dès le départ et n'a pas été remis en cause par les débats, il en va tout autrement de la redéfinition du délit.

## La nouvelle définition

**L**a proposition tendait essentiellement à mettre fin à la confusion des notions d'imprudence pour faute civile et d'imprudence pour faute pénale, en exigeant que la seconde ne soit plus « la moindre faute mais une faute caractérisée ». On pouvait s'en tenir là. La faute caractérisée ne pouvant être n'importe quelle faute.

La proposition allait plus loin, non pas en indiquant un degré d'intensité dans la caractérisation (faute grave, très grave...) mais en mettant l'accent sur ce qui, à défaut d'intention délictueuse proprement dite, exclue par hypothèse, constitue tout de même une manifestation de volonté : la conscience

de faire courir un danger, exploitant ainsi la distinction qu'il convient de faire entre ce qu'un acte peut avoir de « volontaire » et ce qu'il peut avoir « d'intentionnel ». Le Code pénal comporte déjà une rédaction qui paraissait répondre à cette préoccupation dans la « mise en danger » prévue à l'article 121-3. Il a paru plus opérationnel de transposer purement et simplement la notion de « manifestement délibéré » pour donner des délits d'imprudence et de négligence causés indirectement par une personne physique, la définition suivante : « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence ».

Le Sénat avait approuvé cette rédaction. L'Assemblée nationale cependant jugea nécessaire d'opérer une distinction dans les hypothèses de violation d'une obligation de sécurité, distinguant celles où cette obligation résultait d'un texte (loi et règlement), et elle retenait alors la formule, de celles où l'imprudence existe en soi-même indépendamment de toute contravention à un texte. Dans ce dernier cas, l'Assemblée nationale a mis au point, à la suite d'une concertation entre les rapporteurs, une formule plus élaborée exigeant une « faute d'une exceptionnelle gravité exposant autrui à un danger que (l'auteur de la faute) ne pouvait ignorer ».

L'auteur de cette formule et, avec lui, la majorité des députés ont considéré cette rédaction comme « moins réductrice » du champ délictuel parce qu'elle n'exigeait pas que la faute soit « manifestement délibérée », dès lors qu'elle était d'une exceptionnelle gravité, étant entendu que le danger, lui, ne « pouvait » être ignoré, notion évidemment différente aussi bien de celle du danger « effectivement » connu que de celle du danger que l'on « doit connaître » : en effet, cette dernière notion est tellement extensive que son adoption aurait quasiment privé la réforme de toute efficacité.

Le Sénat aurait volontiers adopté cette rédaction, qui pouvait être considérée comme meilleure

par sa plus grande précision, sans être pour autant tout à fait convaincu de son caractère moins restrictif, compte tenu de l'interprétation susceptible d'être donnée de l'expression « faute d'une exceptionnelle gravité ».

C'est précisément cette expression qui devait d'ailleurs créer des difficultés, certains députés et surtout une partie de l'opinion y voyant une inacceptable réduction du champ délictuel, alors que dans l'esprit du rapporteur de l'Assemblée nationale, il ne s'agissait que d'une référence à la jurisprudence bien établie sur la faute inexcusable. C'est cette difficulté qui conduisit le gouvernement à user des pouvoirs exorbitants que lui donnait l'article 44-3 de la Constitution pour bloquer la discussion devant le Sénat.

L'ensemble de la démarche aurait peut-être achoppé sur cet obstacle, le Sénat comme l'Assemblée nationale ne pouvant accepter une rédaction qui aurait fait de la réforme un simple placebo. Heureusement, la volonté commune du Garde des Sceaux et des deux Assemblées de sortir de la jurisprudence de 1912 assimilant les fautes civile et pénale permit d'aboutir à une solution transactionnelle au prix sans doute d'un certain laconisme, ce dont la jurisprudence ne saurait se plaindre.

Cette solution consiste à maintenir l'exigence d'une violation manifestement délibérée quand il s'agit d'enfreindre un texte législatif ou réglementaire, et pour le reste, à se borner à l'exigence d'une faute « caractérisée », à la condition cependant que celle-ci, en outre, « fasse courir un risque d'une particulière gravité que l'auteur de la faute ne pouvait ignorer ».

Telle est la solution adoptée finalement à l'unanimité, et en accord avec le gouvernement, par les deux Assemblées.

#### Note

1. Loi du 10 juillet 2000.

# RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS : RISQUES ET ASSURANCE

*Alain Mourot*

*Secrétaire général, AIG Europe*

*La médiatisation des responsabilités encourues par les dirigeants d'entreprise n'est que le reflet d'une évolution des comportements et de la judiciarisation de la société française. Cette évolution a fortement contribué à celle des couvertures d'assurances avec la mise à disposition de nouveaux services destinés à favoriser les mesures de prévention.*

**I**l y a quelques années encore, il était audacieux, voire hors de propos, de parler à un dirigeant des risques personnels auxquels il pouvait être exposé du fait de sa gestion quotidienne. La tendance procédurière semblait en effet réservée et cantonnée à ses homologues d'outre-Atlantique ou d'outre-Manche, dont les déboires étaient connus, notamment face à leurs actionnaires.

Pourtant, la majeure partie des grandes multinationales françaises s'était déjà penchée sur le sujet, découvrant avec stupeur que les menaces pesant sur les dirigeants de leurs filiales américaines étaient issues de sources juridiques également valables dans l'Hexagone.

La seule différence résidait en fait dans l'évolution des mentalités : il était alors peu envisageable de mettre en cause un dirigeant sur l'une de ses décisions de gestion. C'est désormais de moins en moins le cas, même si la majorité des procédures « officielles » résultent toujours des décisions qui ont étendu le comblement de passif aux dirigeants.

Les actionnaires minoritaires soucieux de faire respecter leurs droits et soutenus par des associations spécialisées sont à l'origine des procédures les plus nombreuses à l'encontre des dirigeants ; on a ainsi noté une augmentation de 20 % de cas par an.

La médiatisation de quelques affaires et la place importante des procédures pénales soulignent cette nouvelle judiciarisation dans la vie des affaires des sociétés. L'internationalisation des groupes et la place importante des fonds de pensions ont accentué ces dernières années les mises en cause des dirigeants d'entreprises qui, de ce fait, se tournent de plus en plus vers un transfert de risques aux assureurs.

---

## L'assurance responsabilité des dirigeants

---

**L**es garanties proposées par les assureurs ont très largement évolué au cours des cinq dernières années. D'une part, pour mieux s'adapter aux particularités françaises et européennes et, d'autre part, pour mieux accompagner les entreprises de la nouvelle économie.

C'est ainsi que la couverture a été étendue afin d'inclure la prise en charge des frais de défense devant les juridictions pénales, car l'accroissement des enquêtes et mises en examen des chefs d'entreprises et de leurs collaborateurs suscitaient une vive inquiétude de la part de l'ensemble des dirigeants.

La prise en charge des frais de défense en amont de tout jugement reconnaissant la responsabilité pénale des personnes physiques a été l'une des premières prises en compte significatives de la judiciarisation des affaires par les assureurs.

Il est d'ailleurs apparu très rapidement que, dans ce même contexte de responsabilité pénale, les entreprises avaient mis en place des délégations de pouvoir qui, si elles ont atténué la responsabilité du président ou du directeur général, ont en contrepartie transféré cette responsabilité chez les délégués. Ce transfert des responsabilités, notamment au sein des petites et moyennes entreprises françaises est actuellement très en vogue, car souvent recommandé par les avocats conseils des entreprises. La mise en place de délégations ou parfois de subdélégations entraîne une diversification des personnes pouvant être impliquées dans le cadre de poursuites pénales, modifiant ainsi le périmètre de garantie décrit par le contrat d'assurance.

Les assureurs ont tenu compte de cette modification de la structure de prise de décision en élargissant dans leurs couvertures la notion de dirigeant de fait à toute personne concernée par ces délégations de pouvoirs.

Dans un autre domaine, les nouvelles réglementations en vigueur à l'étranger n'ont pas été oubliées. Ce fut notamment le cas en Italie lorsque les deux décrets-lois du 18 décembre 1997 ont modifié la réglementation fiscale en imposant des sanctions administratives aux dirigeants de sociétés italiennes. Ces sanctions, qui peuvent être légalement prises en charge par l'assurance, ont immédiatement fait l'objet d'une extension de garantie dans le cadre des contrats responsabilité des dirigeants.

L'accroissement du nombre d'introductions en Bourse au cours des dix-huit derniers mois et la sensibilisation des dirigeants des sociétés aux risques personnels encourus ont incité les assureurs à créer des contrats spécifiques « Introduction en

Bourse ». Cette initiative très récente – elle date de début 2000 – souligne la volonté des professionnels de l'assurance de prendre en compte les particularités économiques et juridiques des sociétés.

---

## La prévention grâce à la mise à disposition de nouveaux services

---

Ces professionnels estiment aujourd'hui que la très grande majorité des entreprises cotées ou fortement implantées à l'international recourent à l'assurance responsabilité pour leurs dirigeants.

L'accroissement des risques est particulièrement significatif dans les secteurs des nouvelles technologies, où les aléas boursiers de certaines sociétés ont suscité de vives inquiétudes chez les actionnaires minoritaires.

L'assureur contribue, de par l'information sur les mesures de prévention, à améliorer la « qualité des risques souscrits ». À titre d'exemple, la prise en compte de l'adoption du principe du « gouvernement d'entreprise » dans le calcul des cotisations témoigne du désir des chefs d'entreprises de modifier certaines habitudes.

On notera également la mise à disposition de services proposés par les assureurs dans leurs contrats et ce, tant par l'accès à des panels d'avocats que dans l'aide à la communication lors d'une crise. Très utilisés par les chefs d'entreprises (dans le cadre de responsabilités nouvelles qui sont les leurs à l'aube de ce millénaire), ces services permettent une prévention active, adaptée à chaque événement majeur dans la vie des sociétés. Ils permettent un transfert des risques vers l'assurance qui est de plus en plus complet en associant la garantie aux services permettant ainsi de mieux appréhender les risques dans leur globalité.

4.

# Croniques

## Droit

Georges Durry

*L'obligation précontractuelle d'information :  
deux coups d'arrêt salutaires*

## Économie

Jean-Luc Besson

*L'assurance française : le retour de la croissance*

## Social

Rose-Marie Van Lerberghe

*L'assurance chômage :  
de l'indemnisation à l'aide au retour à l'emploi*

## CHEA

Francis Pehau Parciboula

*Une gestion actif-passif pour quoi faire ?*

# L'obligation précontractuelle d'information : deux coups d'arrêt salutaires

Georges Durry

*Président honoraire de l'université Panthéon-Assas (Paris II)*

**L'**un des débats juridiques les plus importants de notre époque porte sur l'équilibre contractuel<sup>1</sup>. Le mot fameux, toujours cité, selon lequel « qui dit contractuel, dit juste », n'a heureusement plus cours : il ne faisait en effet que consacrer la faculté accordée aux plus forts de faire conclure les contrats les plus déséquilibrés, dont ils exigeaient ensuite l'exécution à leur profit. Aussi a-t-on multiplié les techniques, dont l'objectif est de rétablir, sinon un impossible équilibre (le terme de proportionnalité<sup>2</sup> est aujourd'hui à la mode), tout au moins davantage de justice dans les rapports contractuels. La lutte contre les clauses abusives, entreprise en France à la fin des années 70, en est l'un des plus beaux exemples, d'autant que la loi a autorisé les associations de consommateurs à agir en ce domaine, palliant ainsi la réticence des individus à saisir les tribunaux.

**T**rès souvent aussi est invoqué un devoir de loyauté de chaque contractant envers l'autre. Spécialement au moment de la conclusion du contrat<sup>3</sup>, la loyauté n'imposerait-elle pas à chacun des contractants une obligation particulière de renseigner et d'informer l'autre, pouvant même aller contre

les intérêts bien compris de celui sur lequel elle pèserait ? Le problème, de grande actualité en droit commun des contrats (1), se retrouve naturellement en droit des assurances (2).

**1.** L'évolution générale va dans le sens d'une obligation de renseignement fort lourde. Cela se traduit par un recours facilité, pour celui des contractants qui prétend n'avoir pas été assez renseigné, à la théorie des vices du consentement. Mais un arrêt récent de la Cour de cassation, rendu le 3 mai dernier, revient énergiquement sur cette tendance.

Deux vices du consentement peuvent être invoqués : principalement le dol, mais aussi l'erreur. Sur le terrain du dol tout d'abord, la position traditionnelle, qui remonte au droit romain, était de tolérer le « bon » dol, la simple exagération des qualités de sa prestation – dans le contrat de vente, de la chose vendue –, à condition qu'il n'y ait pas eu manœuvre ou mise en scène, destinée à avérer le propos. Mais la législation sur la publicité mensongère est passée par là, et il n'est de nos jours plus guère de « bon » dol. Par ailleurs, il était classiquement enseigné que la simple réticence – le fait donc de simplement cacher une

information connue de soi seul et de nature à déprécier sa prestation – n'équivalait pas à un dol. Au contraire, aujourd'hui, il est fréquent de juger qu'un simple silence vaut dol. Le banquier, qui omet de porter à la connaissance d'une caution qui s'engage envers lui la situation financière désespérée du débiteur cautionné (Comm. 18 février 1997, Bull. IV, n° 61) comme l'acheteur d'actions, qui néglige d'informer le vendeur d'éléments de nature à valoriser les titres (1<sup>re</sup> Civ., 27 février 1996, Bul. I, n° 65) ont été également sanctionnés.

L'idée sous-jacente est évidente : mieux informé, le contractant aurait refusé de contracter ou ne l'aurait fait qu'à des conditions différentes. Le dol par réticence a engendré une erreur. C'est d'ailleurs sur le seul terrain de l'erreur que s'était placée la Cour de cassation dans la célèbre affaire dite « du Poussin ». Une vente a été annulée parce que le vendeur ignorait que le tableau qu'il vendait était peut-être un Poussin, alors que cette possible attribution n'avait pas échappé au spécialiste du Louvre, qui avait préempté le tableau vendu à bas prix.

En définitive, on est passé progressivement de l'idée qu'il appartient à chaque contractant de se renseigner

par ses propres moyens sur l'intérêt pour lui du contrat projeté à celle que chacun doit, dans une certaine mesure, défendre les intérêts de l'autre : l'égoïsme céderait la place à l'altruisme. N'est-ce pas, cependant, faire bon marché, au nom de l'équité, de la défense de ses propres intérêts, baptiserait-on autre part contractuel ? Les juristes de *common law* sont, en général, très surpris par une jurisprudence telle que celle du Poussin. Et, en France, même si tous sont d'accord pour sanctionner les actes caractérisés de déloyauté, beaucoup, dont nous sommes, pensent qu'on est allé trop loin.

Ceux-là accueilleront donc avec satisfaction un arrêt tout récent de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation (3 mai 2000, Bull. I, n°131), qui semble de principe et qui va susciter certainement plus d'un commentaire. Une dame avait vendu, aux enchères, en 1986, cinquante photos dues à Baldus, au prix de 1 000 francs pièce. Elle prit ensuite l'initiative de retrouver l'acquéreur et de lui proposer, au même prix, quatre-vingt-cinq nouvelles photos. Or celles-ci valaient en réalité bien plus, comme l'acquéreur le savait fort bien pour avoir revendu les premières entre-temps avec un substantiel bénéfice. Une Cour d'appel, estimant qu'il avait manqué à « l'obligation de bonne foi qui pèse sur tout contractant », l'avait condamné à verser un supplément de prix, calculé pour que la venderesse reçût l'exacte valeur des photos.

Or la Cour de cassation a sèchement cassé cet arrêt, reprochant à la

Cour d'appel d'avoir ainsi statué « alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ». Ainsi l'altruisme a-t-il ses limites ! Si, comme nous le souhaitons personnellement, cette nouvelle jurisprudence devait se maintenir, il est clair que bien des solutions antérieures seraient à revoir.

**2.** Le droit des assurances a toujours présenté une spécificité marquée sur le terrain de l'obligation précontractuelle d'informer, en ce qu'il a, de tout temps, imposé des obligations légales de renseignement avant la conclusion du contrat, à l'une et l'autre partie.

La plus connue est certainement celle qui incombe au souscripteur, même si l'évolution l'a quelque peu restreinte. La loi de 1930, ne faisant d'ailleurs qu'entériner la pratique antérieure dans la profession, lui imposait de porter à la connaissance de l'assureur toutes les informations, connues de l'assuré, de nature à influencer sur l'appréciation par l'assureur de l'étendue exacte du risque qu'on cherchait à lui faire couvrir. Ce dernier avait en effet besoin de cette information, que seul le souscripteur était à même de lui fournir, pour décider en connaissance de cause s'il acceptait d'accorder sa garantie et, dans l'affirmative, en fixer le prix. Et, à l'époque, le principe était que l'assuré devait fournir ces renseignements spontanément, c'est-à-dire même si l'assureur ne posait aucune question.

Allant encore plus loin que la jurisprudence, qui avait déjà beaucoup affaibli cette obligation de spontanéité, dans les cas où l'assureur

avait rédigé un questionnaire à remplir par le souscripteur avant la conclusion du contrat, la loi du 31 décembre 1989 l'a carrément fait disparaître. Depuis, le souscripteur n'a plus d'autre devoir que celui de répondre avec sincérité aux seules questions – encore doivent-elles être formulées avec précision (art. L. 112-3, al. 2, C. ass.) – posées par l'assureur. C'est donc à ce dernier de réfléchir, avant la conclusion, à ce qu'il lui importe de connaître. Après, il sera trop tard ! Le système est donc plus favorable aux souscripteurs qu'il ne l'était auparavant, à une réserve près toutefois. Si un souscripteur a fourni une réponse inexacte à une question précise, il sera aisé à l'assureur d'établir sa mauvaise foi, et donc d'obtenir la nullité du contrat, sanction prévue par la loi (art. L. 113-8). Et, de fait, l'examen des décisions des juges du fond depuis dix ans semble démontrer qu'ils sont moins indulgents que naguère pour les fausses déclarations du risque.

Pour ce qui concerne l'assureur, le mouvement est inverse : son devoir d'information envers l'assuré, avant la conclusion du contrat, est allé croissant. Citons quelques exemples, en nous limitant aux assurances individuelles (pour l'assurance de groupe, *cf.* Beignier, *Droit du contrat d'assurance*, PUF, 1999, p. 223 et sq.). À l'obligation d'attirer l'attention (ce qui est une façon d'informer) de l'assuré sur ces clauses spécialement dangereuses que sont les déchéances, par une typographie appropriée du contrat, s'est ajoutée, en 1981, celle de faire

de même pour les clauses d'exclusion. De 1981 également date, en assurance sur la vie, l'obligation pour l'assureur d'informer l'assuré sur la possibilité, remarquable, de revenir sur la conclusion du contrat dans les trente jours qui suivront le premier versement (art. L. 132-5-1). Et, si l'assurance conclue comporte une valeur de rachat, il doit également lui indiquer celles des huit premières années au moins. La sanction d'une information insuffisante est le report du point de départ du délai de trente jours, donc la perpétuation de la faculté de rétractation. On citera encore, même si elle ne comporte pas de sanction – directe en tout cas – l'obligation datant de 1989 de fournir au candidat à la souscription d'un contrat, une fiche de renseignement sur le tarif et les garanties, et, à défaut d'un exemplaire complet du contrat, une notice décrivant notamment les garanties et les exclusions (art. 112-2, al. 2). Faut-il aller plus loin encore et imposer à l'assureur, non plus au titre d'une obligation légale précise, mais en vertu d'un devoir, plus général, de conseil qui serait la manifestation particulière du devoir de loyauté de l'assureur envers l'as-

suré<sup>4</sup>, d'avertir son client avant la conclusion du contrat de tel ou tel danger qui le menace ? De plus en plus fréquemment, des assurés, en situation difficile, le prétendent.

Une affaire, récemment jugée par la Cour de cassation (1<sup>re</sup> Civ., 28 mars 2000, Bull. I, n° 101, second moyen) fournit un excellent exemple à cet égard. Souscrivante à une assurance de groupe contre les risques d'incapacité et d'invalidité, un emprunteur, se prétendant en bonne santé, avait caché qu'il suivait depuis dix ans un traitement contre l'hypotension et qu'il était, au moment de conclure le contrat, en arrêt de travail, le huitième en un an ! L'assureur n'eut guère de mal à faire annuler le contrat. Le souscripteur eut alors l'idée de reprocher à l'établissement financier de ne pas avoir attiré son attention sur les conséquences désastreuses d'une fausse déclaration.

La réponse de la Cour de cassation a été brutale : ce moyen ne pouvait être « accueilli dès lors que l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion de l'adhésion à une assurance relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en

matière contractuelle, et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe, ou les conséquences de sa transgression à une autre partie ».

Concernant en l'espèce un établissement de crédit, il est hors de doute que cette réponse, que l'on doit applaudir, vaudrait également au profit d'un assureur.

Le rapprochement entre ce dernier arrêt et celui du 3 mai 2000 (*supra*, 1) s'imposait à nos yeux : à chacun de veiller à ses propres intérêts, au lieu de s'en remettre à son partenaire contractuel sous prétexte d'un immensurable devoir d'information.

#### Notes

1. Voir Mazeaud, D. « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'Avenir du droit. Mélanges en l'honneur de François Terré*, p. 603 et sq.

2. Voir Legac-Pech, S. La Proportionnalité en droit privé des contrats, *LGDJ*, 2000, préface d'H. Muir-Watt.

3. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat (c'est le titre de la thèse de notre collègue Picod, LGDJ, 1989), est un problème différent, non abordé ici.*

4. Voir Sargos : L'Obligation de loyauté de l'assureur et de l'assuré, *RGDA*, 1997, p. 988 et s.).

# L'assurance française : le retour de la croissance

Jean-Luc Besson

*Directeur des études et des statistiques de la FFSA*

**L**es années se suivent et ne se ressemblent pas : l'adage bien connu s'applique aux résultats du marché français de l'assurance lorsque l'on compare les années 1998 et 1999. Cette dernière a en effet été marquée par des événements qui ont concouru à donner aux résultats des sociétés une tonalité sensiblement différente de celle de l'année précédente :

- le retour de la croissance, très nette en assurance vie, plus timide en assurances de biens et de responsabilité ;

- la contribution très significative de la gestion financière aux résultats des sociétés grâce aux performances excellentes des marchés d'actions ;

- l'impact exceptionnel des tempêtes de fin décembre.

Ainsi, aussi bien les marchés d'assurances que les résultats comptables des sociétés ont connu en 1999 une évolution qui, pour certains aspects, annonce une nouvelle tendance qui se concrétise en 2000.

## ◆ Les marchés d'assurances en 1999 et 2000

**L**a situation et les évolutions sont très sensiblement différentes en assurance vie et en assurance non-vie.

### *L'assurance vie*

**L**e chiffre d'affaires de l'assurance vie (assurance en cas de vie, assurance en cas de décès, bons de capitalisation : affaires directes France) a connu une augmentation de 15 % en 1999. Cette forte progression a porté le total des cotisations à 490 milliards de francs (75 milliards d'euros), montant encore inférieur aux 507 milliards de francs (77,5 milliards d'euros) de 1997. La vigueur de cette reprise de la croissance s'explique par deux types de considérations assez différentes :

- l'absence d'annonce de nouvelles modifications du régime fiscal de l'assurance vie a permis de restaurer un climat de confiance parmi les souscripteurs (à la différence de 1998 où de telles annonces avaient conduit à une baisse de 16 % du chiffre d'affaires) ;

- les excellentes performances des marchés financiers (actions) ont renforcé l'attrait des ménages pour les contrats d'assurance vie multi-supports dont l'offre par les assureurs s'est fortement développée depuis deux ans.

Ainsi, les versements effectués sur des supports en unité de compte s'élèvent-ils à 153 milliards de francs (23,3 milliards d'euros) en

1999 contre 98 milliards l'année précédente.

Tout au long de l'année 1999, l'assurance vie a bénéficié de transferts d'épargne (livret A dont le taux a baissé le 1<sup>er</sup> août, PEP bancaires arrivés à échéance), mais une partie du chiffre d'affaires provient d'une augmentation du taux de réemploi des sommes correspondant à des contrats arrivés à échéance – le réemploi se faisant très largement au profit des contrats multi-supports et au détriment des contrats en francs.

Ainsi, la collecte nette (différence entre les cotisations et les prestations versées) s'établit à 214 milliards de francs (32,6 milliards d'euros) en 1999.

Cette tendance forte que connaît l'assurance vie par le développement des produits multi-supports se traduit dans la composition des provisions mathématiques. Avec un total de 3 810 milliards de francs (581 milliards d'euros) à fin 1999, celles-ci progressent de 13 % par rapport à l'année précédente, les provisions correspondant aux unités de compte augmentent de 51 %, passant de 436 à 660 milliards de francs en un an.

Ainsi en 1999, la plus grande partie (près de 60 %) de l'accroissement des provisions mathématiques a-t-

elle été due à un effet valorisation (produits financiers crédités aux provisions mathématiques et ajustements actu). Cet effet a bien évidemment sa traduction dans la structure des placements des sociétés d'assurance vie et mixtes.

### *Les assurances santé et accidents*

**L**e chiffre d'affaires – 59 milliards de francs (9 milliards d'euros) – a peu évolué puisque la croissance a été d'à peine 1 % en 1999. Les cotisations des contrats individuels – 28 milliards de francs – augmentent à un rythme plus soutenu du fait du développement des garanties de versement d'indemnités alors que celles des contrats collectifs – 31 milliards de francs – sont en repli. Le fonctionnement du marché de l'assurance santé reste perturbé par le maintien de distorsions de concurrence de nature fiscale entre ses différents acteurs (sociétés d'assurances, mutuelles du code de la mutualité, institutions de prévoyance).

### *Les assurances de biens et de responsabilité*

**A**près deux années de stagnation et même de léger repli, les assurances de biens et de responsabilité ont renoué en 1999 avec une croissance qui reste cependant modeste. Le chiffre d'affaires – 199 milliards de francs (30 milliards d'euros) – est en effet en augmentation de 1,8 % par rapport à l'année précédente.

La principale explication de ce changement est à rechercher dans la meilleure tenue de la conjoncture économique, qui s'est traduit en particulier en assurances automobile et construction. En effet, la pression concurrentielle sur les tarifs est toujours aussi intense, conduisant à une baisse des prix particulièrement sensible pour les risques d'entreprises.

En assurance automobile, le total des cotisations de 92,7 milliards de francs (14 milliards d'euros) a progressé de 1,5 % tandis que le parc assuré a augmenté de 2,5 % du fait d'un afflux accru de véhicules neufs (le nombre d'immatriculations de véhicules neufs est en hausse de 10,6 %), véhicules qui ont en règle générale une couverture d'assurance plus étendue que les véhicules anciens (vol, dommages aux véhicules).

En assurance construction, le chiffre d'affaires a progressé de 13,5 % : la très nette reprise de l'activité dans l'industrie du bâtiment et l'augmentation du nombre de chantiers ouverts ont fortement accru la demande d'assurance, aussi bien des particuliers (assurances de dommages ouvrage) que des artisans et des entreprises (assurance de responsabilité civile décennale).

En assurance de transport, le chiffre d'affaires a bénéficié du retour d'affaires précédemment placés sur le marché de Londres.

Pour les assurances de dommages aux biens, la situation est contrastée entre l'assurance des habitations, dont le chiffre d'affaires a progressé de 1,3 %, et celle des professionnels

et des entreprises, qui a régressé de 1 % sous l'effet d'une baisse des tarifs dans un marché où la concurrence est toujours aussi vive. Les assurances de responsabilité civile, elles, ont connu une croissance décevante (1,2 %).

Les autres catégories d'assurances (crédit, caution, protection juridique) et l'assistance se sont développées à un rythme soutenu, voisin de celui des années précédentes.

L'événement majeur de l'année a été sans conteste la survenance des tempêtes Lothar et Martin de fin décembre. L'ampleur exceptionnelle des dommages et leur étendue géographique sont sans précédent connu dans notre pays. La prolongation des délais de déclaration des sinistres jusqu'à fin janvier, les difficultés rencontrées par les professionnels du bâtiment, débordés par l'importance de la demande, et la mise en jeu fréquente de garanties de pertes d'exploitation (toujours difficiles à évaluer) ont retardé une vision précise du montant des dommages. À la fin juin 2000, ce montant total pour l'industrie de l'assurance et de la réassurance était de 45 milliards de francs (environ 7 milliards d'euros).

Ces coûts pèsent bien évidemment sur les comptes des sociétés d'assurances de dommages et de réassurance.

### *Tendances 2000*

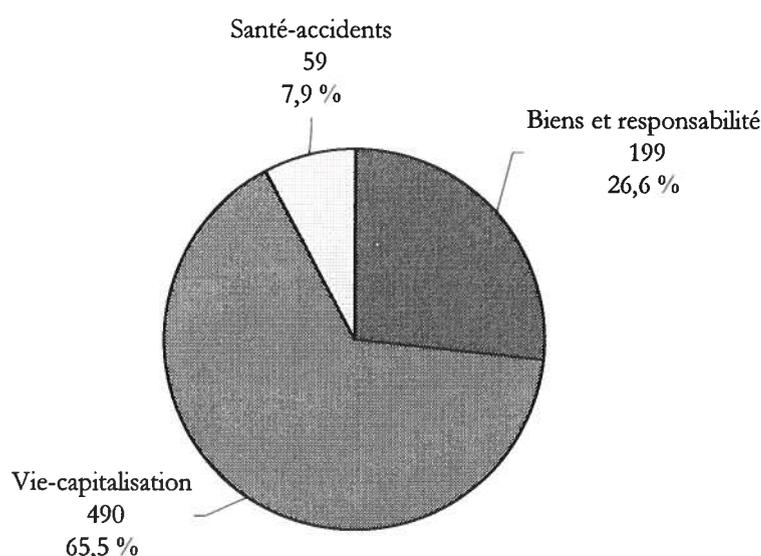
**C**omme cela a déjà été indiqué, le premier semestre de l'année 2000 s'inscrit dans cette même donne de retour à la croissance.

Celle-ci est particulièrement forte en assurance vie, où les cotisations ont progressé de 38 % au 1<sup>er</sup> semestre par rapport au 1<sup>er</sup> semestre de l'année précédente ; elle est plus modérée en assurances

de biens et de responsabilité, où une croissance de 3,5 % a été enregistrée au cours du premier semestre. Pour le deuxième semestre, on peut s'attendre à une décélération de la croissance en

assurance vie, du fait notamment d'un moindre transfert des PEP bancaires et d'une croissance plutôt plus soutenue en assurance de biens et de responsabilité.

Répartition des cotisations-affaires directes France en 1999



#### ◆ L'activité financière et les résultats

**E**n 1999, les activités financières des sociétés d'assurances ont été largement tributaires des marchés financiers marqués par la hausse des taux obligataires et par les performances des marchés d'actions. Le succès des contrats multi-supports et l'importance prise par les unités de compte ont nettement augmenté la part des actions et des titres à revenus variables dans les placements des sociétés.

Globalement, les résultats du marché (ensemble des sociétés vie et non-vie) se sont améliorés en 1999.

#### *Les placements des sociétés d'assurances en 1999*

**L**e dynamisme de l'économie américaine, le rebond de la croissance en Europe et les craintes d'une accélération de l'inflation se sont traduits sur les marchés financiers par une nette tension sur les taux d'intérêt à long terme. Ainsi le taux des emprunts d'État à dix ans est passé de 3,8 % en fin d'année 1998 à 5,3 % à fin 1999.

Le resserrement de la politique monétaire a mis un terme à la détente des taux d'intérêt à court terme, qui se sont stabilisés en 1999. Dans le même temps, les marchés d'actions, dopés par les

performances des valeurs technologiques, ont connu une année 1999 exceptionnelle. Ainsi l'indice CAC 40 a-t-il progressé de 51 % entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre. Dans ce contexte, l'encours des placements de l'ensemble des sociétés d'assurances a atteint, en valeur de marché, un total de 5 220 milliards de francs en fin d'année 1999 (796 milliards d'euros), en augmentation de 11 % par rapport à fin 1998. Ce total correspond à 4 680 milliards de francs en valeur d'acquisition (valeur inscrite au bilan) et 540 milliards de plus-values latentes.

Il est notable que la part dans le total des placements obligataires ou

en titres à revenus fixes ait reculé de 71 % en fin d'année 1998 à 65 % en fin d'année 1999, alors que dans le même temps, la part des actions ou des placements en titres à revenus variables a augmenté de 21 % à 27 %, la part de l'immobilier reste inchangée à 5 %.

L'explication de cette modification de la structure de l'encours des

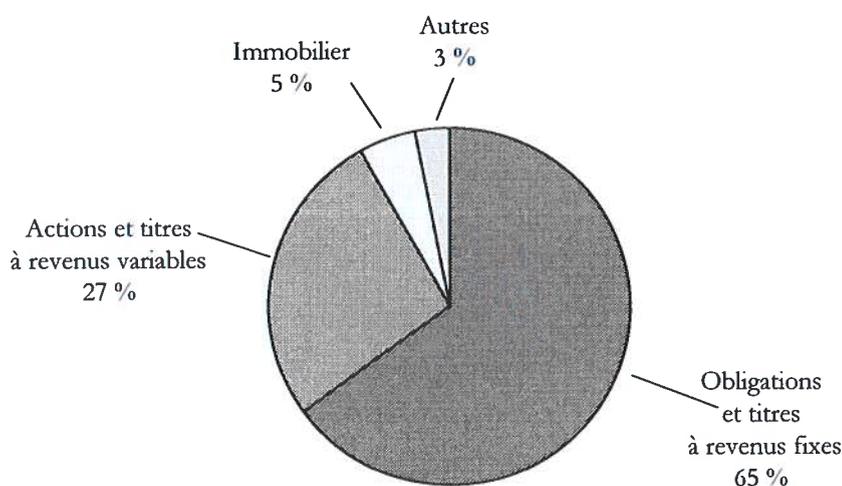
placements peut être articulée en deux arguments complémentaires :

- le succès des contrats multi-supports en assurance vie, a fortement accru le poids des unités de compte dans les placements ;
- la hausse des taux d'intérêt et la très bonne tenue des marchés d'actions ont contribué à valoriser les titres à revenus variables et, au

contraire, à amoindrir la valeur de marché des obligations et des titres à revenus fixes.

On peut d'ailleurs remarquer que, globalement, les plus-values latentes ont légèrement reculé, passant de 560 milliards de francs à fin 1998 à 540 milliards de francs à fin 1999.

Répartition de l'encours des placements à fin 1999 (valeurs de marché)



### Les résultats du marché

**L'**activité financière déployée par les sociétés d'assurances du marché français en 1999 a permis une amélioration des résultats d'en-

semble, nette pour les sociétés d'assurance vie et de capitalisation (puisque le résultat est passé de 10 milliards de francs en 1998 à 15,4 milliards de francs en 1999) ; plus modeste pour les sociétés d'as-

surances de dommages (dont le résultat comptable est resté faible à 4,1 milliards de francs en 1999 pour 2,5 milliards de francs l'année précédente).

Ensemble des sociétés d'assurances en 1999 (montants en milliards de francs)				
Sociétés agréées	Cotisations	Placements	Plus-values latentes	Résultats
Vie et mixtes	524	4 074	395	15,4
Dommages	278	606	145	4,1
Ensemble	802	4 680	540	19,5

Globalement, pour les sociétés d'assurance vie et mixtes, le montant des produits financiers s'est établi à 212 milliards de francs (32,3 milliards d'euros), en augmentation de 12 milliards par rapport à l'année précédente. Cet excédent a été pour partie imputé aux assurés et bénéficiaires des contrats sous la forme de participation aux résultats, qui a augmenté de 10 milliards de francs entre 1998 et 1999. Au cours de la même période, la valorisation des supports en unités de compte a fortement progressé pour dépasser les 100 milliards de francs en 1999 (contre 36 en 1998).

L'amélioration du solde technique a permis un accroissement du résultat comptable de 54 % pour atteindre 15,4 milliards de francs en 1999.

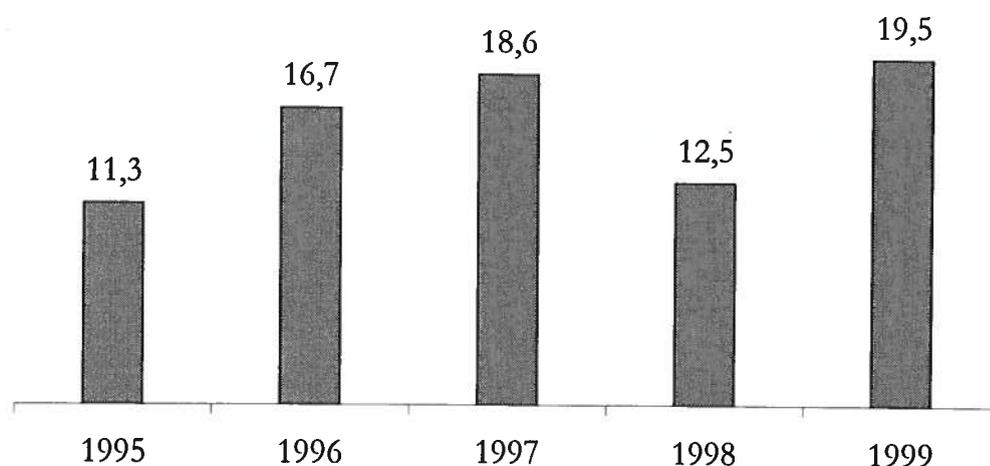
Les sociétés d'assurances de dommages ont, de manière traditionnelle, une part plus importante

de leurs placements en actions ou en titres à revenus variables. L'excellente tenue des marchés d'actions a permis la réalisation de plus-values sur cessions d'actifs qui ont contribué à une forte augmentation des produits financiers (au total 46 milliards de francs en 1999 contre 33 en 1998). Ces ressources supplémentaires ont été les bienvenues pour financer le surcoût des tempêtes de fin d'année. Au total, avec la contribution de la réassurance et la reprise de la provision d'égalisation, le résultat du compte technique est resté sensiblement identique en 1998 et 1999 (respectivement 6 et 6,3 milliards de francs). En effet, l'augmentation de 17 points du ratio combiné (ensemble des charges de prestations et des frais rapportés aux cotisations) constatée entre 1998 et 1999 (il passe de 106 % à 123 %) a été compensée par un accroissement relatif des produits finan-

ciers de 3,5 points, une augmentation de la contribution de la réassurance de 12 points et une reprise de la provision d'égalisation de 1,5 point.

Le résultat net comptable des sociétés d'assurances de dommages (4,1 milliards de francs) est resté très modeste puisqu'il représente 3 % des fonds propres des sociétés. Il est certes en légère augmentation par rapport à celui de 1999, qui n'était que de 1,8 % (2,5 milliards de francs) alors que celui de 1997 s'élevait à 6,9 % (8,9 milliards de francs). On doit cependant observer que ces ratios moyens résultent de situations très différenciées selon les sociétés, tout particulièrement en 1998 et 1999. Une autre approche permet de compléter cette vision ; la médiane des résultats rapportés aux fonds propres décroît de 7,2 % en 1997 à 6,7 % en 1998 et 5,5 % en 1999.

Résultats de l'ensemble des sociétés vie et non-vie (en milliards de francs)



## ◆ Conclusion

**I**l est toujours téméraire, et en général arbitraire, de vouloir dater les évolutions en profondeur d'un marché. Il apparaît cependant que la période 1999-2000 pourrait prétendre à une telle élection d'époque charnière pour le marché de l'assurance à plusieurs titres.

### *L'émergence d'un nouveau cycle de croissance soutenu par l'innovation et l'offre*

**O**n peut à juste titre faire observer que l'assurance vie, par exemple, est familière de taux de croissance élevés et que l'année 1998 a été en quelque sorte l'exception qui confirme la règle. Il apparaît cependant que la croissance actuelle, avec l'essor remarquable des contrats multi-supports, marque une phase nouvelle. L'offre abondante et très diversifiée des sociétés d'assurances rencontre à l'évidence une demande de protec-

tion des ménages qui trouvent dans ce type de contrat l'équilibre quasi-idéal entre sécurité et performance, avec les possibilités d'arbitrage entre les supports en francs et les supports en unités de comptes.

On peut également constater en assurance de biens et de responsabilité que la croissance retrouvée du marché de l'assurance est le corollaire de la bonne tenue de l'économie en général. Cette observation est bien sûr fondée, mais ce rebond est relayé par le développement de l'offre de nouveaux services ou de garanties nouvelles, que ce soit dans le domaine des assurances de particuliers (la garantie des accidents de la vie en est un exemple éclairant) ou des assurances des professionnels et des entreprises.

### *Une meilleure intégration des équilibres à long terme*

**L**es tempêtes de fin d'année 1999, par l'ampleur des

dommages et par leur étendue géographique sans précédent connu en France, ont montré la capacité des sociétés d'assurances, soutenues par leurs réassureurs, à faire face financièrement et à gérer efficacement un afflux de sinistres considérable.

Cela amène cependant à examiner les conditions de prise en compte d'événements dont la probabilité de survenance est si faible que beaucoup les jugeaient ex ante impossibles, et conduit notamment à une révision des modes de tarification, des procédures et des méthodes de gestion des risques pour garantir la rentabilité à long terme des opérations d'assurances.

Finalement, si l'on devait en quelques mots résumer les caractéristiques de cette période 1999-2000, on pourrait dire qu'elle révèle la capacité du marché de l'assurance à adapter son offre à la demande de la nouvelle donne économique et sociale.

## L'assurance chômage : de l'indemnisation à l'aide au retour à l'emploi

Rose-Marie Van Lerberghe

*Directeur général, Altedia ressources humaines*

**L**a renégociation de la convention d'assurance chômage devait être le premier acte de la démarche de refondation sociale proposée par le Medef, par le hasard du calendrier et la nécessité de renégocier la précédente convention qui venait à échéance le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et avait été prorogée pour 6 mois. Mais cette question a valeur de test en tous les sens du terme.

**O**n remarquera tout d'abord que la méthode utilisée pour cette négociation est nouvelle. Traditionnellement, le patronat arrivait aux négociations interprofessionnelles sans véritables propositions et se positionnait le plus souvent en réaction de défense par rapport aux propositions syndicales. Cette fois, la discussion a été précédée par un séminaire de réflexion organisé par l'Unedic à la demande des partenaires sociaux et alimenté par une analyse de la situation économique et du marché de l'emploi et de leur évolution d'une part, par la description des exemples étrangers d'autre part.

**C**e type de démarche avait été esquissé par Jean Gandois, qui avait proposé aux partenaires sociaux en

1996 de faire précéder une éventuelle réforme des accords sur la formation professionnelle par un groupe de travail paritaire. Ce groupe s'est déplacé dans des entreprises françaises mais aussi à l'étranger et parmi les participants, les points de vue se sont progressivement rapprochés, les syndicats acceptant de parler de compétences et le patronat acceptant la nécessité d'une validation des qualifications externes à l'entreprise.

**C**e type de méthode, qui permet aux partenaires de partager des éléments de constat, de réfléchir ensemble sur des exemples concrets – notamment sur les expériences étrangères trop souvent caricaturées car mal connues se révèle de nature à renouveler en profondeur la qualité du dialogue social sans gommer pour autant les antagonismes et divergences.

**U**n syndicaliste d'une organisation non signataire m'a ainsi confié : « je ne partage pas les conclusions mais je partage le constat ». C'est déjà un grand progrès de discuter à partir d'une analyse commune et partagée et en utilisant un vocabulaire commun. La négociation n'a

pas pour objet de tendre à la confusion des rôles et ou à la fusion des points de vue, elle est la recherche du meilleur compromis, dans une situation donnée, entre des opinions qui ont intérêt à s'exprimer clairement pour être prises en compte.

**À** propos de l'accord, on ne peut s'empêcher de s'étonner en entendant certains commentateurs parler de « victoire du patronat » comme si l'avis des organisations syndicales ne s'était à aucun moment ni imposé ni même exprimé, alors que des avancées significatives ont été faites.

**C**e qui frappe en second lieu, c'est la rupture avec le passé et l'approche renouvelée du problème de l'indemnisation du chômage. Au-delà de l'indemnisation de la perte d'emploi, le nouveau régime d'assurance chômage serait désormais dédié au retour à l'emploi. On remarquera que la seule partie à avoir été approuvée par l'ensemble des organisations syndicales, à savoir le préambule, affirme « la nécessité de promouvoir un nouveau dispositif incitatif à la reprise d'emploi ». C'est d'ailleurs aussi sur ce point que le gouvernement a donné

acte aux signataires de l'intérêt de la démarche.

**C**ertes, le thème de l'activation des dépenses dites « passives » est ancien, il a été très développé par la commission européenne et l'OCDE. En France, certains syndicats comme la CFDT militent depuis longtemps pour une activation des dépenses d'indemnisation du chômage, et les conventions de coopération qui consistaient à verser au nouvel employeur le solde de l'indemnisation auquel aurait eu droit le chômeur indemnisé en sont une illustration.

**L**ors de la négociation de 1995 sur l'emploi, la CFDT avait d'ailleurs proposé de créer un fonds d'activation des dépenses et de l'affecter partiellement à la réduction de la durée du temps de travail, ce qui peut expliquer en partie, l'incompréhension affichée par le gouvernement devant son refus obstiné de faire participer les régimes sociaux au financement des 35 heures !

**C**ette priorité donnée, au retour à l'emploi a fondé dans différents pays européens comme la Grande-Bretagne, le Danemark ou encore les Pays-Bas, des politiques actives de lutte contre le chômage qui se sont révélées très efficaces si l'on en juge par les résultats, ces pays affichant des taux de chômage très nettement inférieurs à celui de la France. Dans l'ensemble, les

systèmes étrangers reposent sur un meilleur accompagnement des chômeurs, mais aussi sur l'idée de droits et de devoirs : droit à recevoir une indemnisation mais surtout droit à une aide effective ou à un reclassement et devoir de rechercher activement un travail. En France, cette notion n'est pas absente, elle est même inscrite dans la loi qui définit le demandeur d'emploi comme celui qui effectue des « actes positifs de recherche d'emploi » pour être indemnisé. Cette notion est ancienne mais jusqu'à présent, les partenaires sociaux n'avaient pas souhaité se charger du contrôle de la recherche d'emploi et s'étaient en quelque sorte « débarrassés » de cette tâche délicate sur les services de l'État.

**Q**u'ils acceptent désormais de se saisir de cette question est à mon avis plutôt une bonne nouvelle ; voilà, en effet, un bel objet de négociation : définir l'emploi qui ne peut être refusé sans motif légitime.

**D**epuis des années, ce type de négociation se fait dans les entreprises en cas de plan social. Progressivement s'est imposée la notion « d'offre valable d'emplois » (la célèbre « OVE »). Il n'y a pas de définition unique puisque tout dépend des possibilités du bassin d'emplois, mais on retrouve généralement toujours la notion de distance géographique, du niveau de salaire et de cohérence avec le niveau de qualification et les compétences.

**L'**exemple des plans sociaux est intéressant car il apporte la preuve que, lorsque des moyens efficaces sont mis au service des salariés (accueil et appui individualisés, bilan de compétence, accompagnement et entraînement à la recherche d'emploi, formation si nécessaire...), les scores de reclassement atteignent généralement 90 voire 95 % de la population dite « active », c'est-à-dire celle qui vient effectivement dans les antennes emploi. On a pu l'observer dans une période où la situation de l'emploi était nettement plus mauvaise qu'elle ne l'est aujourd'hui, y compris dans des bassins d'emplois particulièrement sinistrés. Et les commissions paritaires de suivi exercent leur rôle de façon incontestée.

**L**es pouvoirs publics ont précisément commencé à mettre en œuvre pour les « chômeurs de longue durée » un accueil et un traitement individualisés des demandeurs d'emploi ; cette décision s'inscrit dans le cadre de la loi contre l'exclusion et a été étendue avec le plan d'action pour l'emploi, procédure prévue par le processus de Luxembourg au niveau européen.

**C**e genre de démarche est en train de faire ses preuves le nombre de chômeurs de longue durée est en baisse, ce qui ne va pas de soi : en période d'amélioration de l'emploi, ce sont en général les chômeurs les plus récents et les plus qualifiés qui retrouvent d'abord du travail, et la baisse du chômage de longue durée

n'est pas automatiquement en corrélation avec la baisse générale du chômage.

**D**epuis le début de la réflexion sur les lignes directives pour l'emploi qui doivent inspirer les États membres pour décider de leur plan national d'action pour l'emploi, la Commission européenne avait insisté sur la nécessité de prévenir le chômage de longue durée : de son point de vue, il ne sert à rien de lutter contre le chômage de longue durée si on ne commence pas par chercher à l'éviter. Plus les mesures sont précoces, plus elles sont efficaces. La France a longtemps craint que cette attitude n'amène l'ANPE à « faire le plus facile ». En fait, on peut aisément pronostiquer dès le premier entretien quelles sont les personnes ayant une forte probabilité de devenir chômeur de longue durée (les critères d'âge et de qualification permettent une assez bonne prédictibilité) et concentrer sur elles les efforts. Que l'assurance chômage financée par les cotisations des employeurs et des salariés finance l'action préventive n'est pas en soi choquant, surtout si une articulation judicieuse est assurée avec l'action de l'ANPE.

**E**nfin, cet accord contient des avancées pour les demandeurs d'emploi : suppression de la dégressivité (ce qui veut dire que le niveau d'allocation servie ne baisse pas tant que le demandeur ne s'est pas vu proposer un emploi convenable), meilleure prise en compte de la

précarité (le système était jusqu'alors très injuste : les personnes travaillant moins de 4 mois sur une période de 8 mois perdaient leur droit à indemnisation alors même qu'elles avaient cotisé, l'allongement de la période de référence à 14 mois va dans le bon sens). Enfin, des dispositions intéressantes sont prévues pour les créateurs d'entreprises.

**A**lors pourquoi tant d'imprécisions contre cet accord, pourquoi n'a-t-il pas été agréé par les pouvoirs publics et pourquoi n'a-t-il été signé que par deux organisations syndicales ?

**L'**explication tient probablement à un mélange de malentendu, de préoccupations légitimes, d'arrière-pensées et de problèmes financiers.

**L**e malentendu porte sur la nature même de l'indemnisation : pour FO, le salarié qui a cotisé a droit à des allocations – un peu comme le retraité a droit à sa retraite. Si l'on pousse au bout le raisonnement, il aurait le droit de refuser tout emploi pendant une certaine période et la dégressivité des allocations – qui est d'ailleurs fonction de la durée de cotisation serait le seul moyen de le faire renoncer à ce droit. Ce type d'approche ne peut qu'alimenter la suspicion d'un grand nombre de nos concitoyens à l'égard des « faux chômeurs ».

**E**ncore une fois, la question des garanties concernant la définition de « l'emploi qui ne saurait être valablement refusé » est parfaitement légitime, mais s'opposer au principe même de la sanction en cas de refus participe d'une vision très discutable de l'assurance chômage qui est l'assurance contre un risque et non un droit contributif comme le droit à la retraite.

**C**ette conception est d'ailleurs d'autant plus inadéquate que la situation de l'emploi s'améliore et que commencent à apparaître des tensions sur le marché du travail. La thèse des droits et des devoirs aurait été rude à établir au moment où le chômage de masse augmentait inexorablement. Elle apparaît beaucoup plus légitime avec le retour à la croissance et l'augmentation du nombre de créations nettes d'emplois.

**L**es préoccupations légitimes portent sur le risque d'un « traitement à deux vitesses des chômeurs » selon qu'ils sont ou non indemnisés. Il ne serait pas juste, en effet, que tous les emplois du secteur marchand soient « confisqués » au seul profit des chômeurs indemnisés. Mais on remarquera que le système à deux vitesses existe déjà du point de vue de l'indemnisation, puisqu'au terme de la dégressivité, c'est l'État qui finance l'allocation de solidarité versée par l'Unedic. Par ailleurs, comme c'est l'ANPE qui gère les offres d'emplois, ce service

public sous l'autorité de l'État est en mesure de garantir l'accès des chômeurs de longue durée aux offres d'emplois. On se souviendra que le risque d'exclusion des chômeurs les plus éloignés de l'emploi existait déjà et correspond au fonctionnement naturel du marché qui privilégie spontanément les chômeurs les plus récents et les plus qualifiés. En 1998, il a fallu mettre en place un nouveau contrat de progrès avec l'ANPE pour que celle-ci concentre davantage ses efforts sur les chômeurs de longue durée et ceux qui risquent de le devenir. Une discussion entre les gestionnaires de l'assurance chômage et l'État qui exerce la tutelle de l'ANPE aurait dû permettre de prendre les dispositions de nature à lever les préoccupations des uns et des autres.

Une autre crainte légitime concerne la qualité des emplois qui ne pourraient être refusés sans entraîner de sanction pour le chômeur. Sur ce point, je l'ai dit, la négociation paraît mieux adaptée qu'une définition générale, forcément inadéquate, à rendre compte des situations concrètes – sauf à suspecter la capacité des représentants des salariés à défendre les intérêts des chômeurs. Maintenant, qu'il y ait une possibilité de recours en dernier ressort auprès des autorités de l'État n'aurait pas été choquant. Mais il faut rappeler que le contrôle actuel de la recherche d'emploi par les services de l'État est à la fois inefficace et contesté (à chaque amélioration de la situation de l'emploi, on suspecte le gouver-

nement de donner des consignes aux services pour « nettoyer les fichiers »).

Les arrière-pensées portent sur les relations entre les partenaires sociaux et l'État, entre la loi et l'accord.

Notre pays a une conception centralisatrice ancienne, le rôle de l'État y est plus développé que dans les autres pays européens. Mais cette situation s'est longtemps alimentée de l'absence d'initiatives des partenaires sociaux. C'est ce qui a pu faire dire qu'il fallait dans ce pays que l'État donne le *la* pour que les choses avancent.

Cette fois, l'initiative est venue des partenaires sociaux. Que son origine soit une réaction très vive à la loi des 35 heures n'est un secret pour personne. Mais si le résultat va dans le bon sens, il serait dommage que la position des pouvoirs publics puisse être influencée par cette origine.

Reste la question des financements. La réaction des partenaires sociaux, unanimes à refuser que l'assurance chômage finance les 35 heures, doit être mise en perspective avec ce qui s'est passé lors de la précédente renégociation de 1993, lorsque le régime d'assurance chômage était en faillite et qu'il a fallu trouver des milliards pour rétablir la situation.

À cette époque, l'État a accepté de mettre 30 milliards « au pot » (dont il a versé 10 milliards de francs [4,5 milliards d'euros] récemment en regrettant de ne pas avoir négocié une clause de retour à meilleure fortune). Mais il faut dire aussi que le rétablissement a été principalement dû à l'effort des partenaires sociaux (hausse des cotisations employeurs et salariés, diminution drastique des droits).

Au total, l'Unedic estime que les employeurs ont mis 120 milliards de francs (18,3 milliards d'euros) et les salariés 90 milliards de francs (13,7 milliards d'euros) pour rétablir la situation lorsque l'État en a mis 30.

L'accord prévoit donc un retour progressif au niveau des cotisations de 1992, ce qui ne paraît pas illégitime en période d'amélioration de l'emploi. On remarquera que le régime d'assurance chômage a un financement cyclique qui le fragilise : moins la situation de l'emploi est bonne, moins il y a de cotisations et plus il y a de chômeurs à indemniser ; meilleure est la situation de l'emploi, meilleur est le rapport de cotisations et plus faible le nombre de chômeurs à indemniser.

Le rapport Cabannes préconisait un système de réserves contre-cycliques. Faute d'un tel système, il ne semble pas déraisonnable d'envisager une baisse des cotisations,

surtout si, comme le soutiennent les organisations signataires, les moyens de financer la politique active de retour à l'emploi ont été dégagés.

**C**ependant, on ne peut ignorer que les contraintes de Maastricht s'imposent à l'ensemble des dépenses publiques, y compris l'assurance chômage, ce qui amène nécessairement le gouvernement à s'intéresser à ce sujet. D'une certaine façon, on peut dire que tout ce qui aura été fait en baisse de cotisations ne pourra pas être fait en baisse d'impôts et il n'est pas anor-

mal que l'État ait un mot à dire sur l'évolution des prélèvements obligatoires.

**S**ur le plan juridique, la situation est complexe : pour s'appliquer, la convention d'assurance chômage doit être agréée. En principe, cet agrément est fondé seulement sur des considérations de légalité et non d'opportunité, mais dans la mesure où la nouvelle approche retenue dans l'accord déborde du rôle traditionnel de l'indemnisation des chômeurs, une loi s'avère nécessaire. C'est cette situation qui a permis aux pouvoirs publics de faire savoir

qu'ils ne donneraient pas leur agrément à l'accord dans la forme actuelle.

**O**n voit donc bien à quel point ce dossier prend valeur de test : d'un côté les signataires considèrent que leur accord forme un tout et doit être agréé en l'état, d'un autre côté les pouvoirs publics considèrent avoir été mis devant le fait accompli. L'issue de cette situation dépasse très largement le dossier de l'assurance chômage et concerne autant l'avenir de la négociation sociale dans ce pays que les relations entre l'État et les partenaires sociaux.

# Une gestion actif-passif pour quoi faire ?

Francis Pehau Parciboula

*Directeur financier, Prépar-vie*

*Ancien élève du Centre des hautes études d'assurances*

**L**e secteur de l'assurance vie française ou européenne a évolué depuis le début de la décennie 80 dans un contexte marqué à la fois par la montée progressive de son leadership en tant que support d'épargne, et l'imprégnation du cœur de son métier par les aspects financiers.

Une porosité de fait considérée désormais comme naturelle, s'est installée entre les activités financières que mène l'assureur vie dans le cadre de sa gestion pour compte propre ou pour compte de tiers, et celles d'autres institutions qui avaient encore dans un passé récent des domaines d'intervention bien distincts (banques, gestionnaires pour compte de tiers ou « Asset Managers », fonds de pension). La sphère financière s'est étendue.

Quelques-unes des origines de ce mouvement de convergence des métiers se trouvent dans les cadres légal, fiscal et réglementaire que l'on a construits pour rendre particulièrement attrayants les produits d'épargne assurance vie, dans l'arrivée sur ce marché de nouveaux acteurs (principalement les bancassureurs), mais aussi dans une conjoncture économique porteuse. La recomposition du paysage de l'assurance vie a connu récemment une brusque accélération marquée

partout en Europe par des fusions, des rapprochements, des alliances (avec les banques) ou des associations transfrontalières.

À la recherche d'une taille critique, qui se mesure à présent à l'aune des milliards d'euros d'encours géré, l'enjeu est de capter l'épargne de millions de clients, présents et futurs, par un maillage important et serré de toutes les formes de distributions traditionnelles (agents généraux, guichets de banque...) et nouvelles (marketing direct, Internet...).

Assureurs et assurés ont bien compris qu'une tendance lourde de constitution d'une épargne longue de précaution et capitalisée prévaut et viendra en complément de pensions de retraite très sensiblement rognées par les évolutions démographiques (vieillesse des populations), voire par des situations économiques encore éloignées du taux de chômage naturel.

Fidéliser la clientèle est désormais le maître mot pour s'assurer un fond de commerce stable et, par effet cumulatif de notoriété, un facteur de soutien et de développement du chiffre d'affaires de la société.

Les enjeux financiers sous-jacents sont considérables, tant au niveau de la gestion de la structure du bilan de la société, donc de son risque intrinsèque, qu'au niveau de

la création d'un véritable concept de marque qui doit inspirer la confiance des épargnants (notamment par la qualité des performances servies), et donc drainer leurs nouveaux flux d'épargne.

Dès lors, une activité financière performante est devenue capitale dans la formation du résultat des sociétés d'assurances. Elle est la clef du succès pour accroître la compétitivité et répondre aux exigences d'actionnaires résolument tournés vers la rentabilité de leurs fonds propres. Elle est aussi endogène à toute stratégie de conquête commerciale.

## *Des passifs sous fortes contraintes*

**O**r les assureurs sont aujourd'hui confrontés, dans la conduite de leur politique financière, à des équations difficilement solubles. On attend d'eux à la fois performance et sécurité de l'épargne assurée et rémunération conséquente des actionnaires, le tout dans un environnement économique (marchés de taux, marchés boursiers) frappé de volatilité et une réglementation qui, légitimement rigoureuse et prégnante, permet difficilement d'optimiser la gestion financière.

Les produits d'assurance épargne portent actuellement en eux-mêmes toutes ces évolutions voire contradictions par rapport à ce que l'on devrait attendre en théorie de contrats vie, assumant sur le long terme les aléas de la vie humaine comme les aléas économiques.

À moins, bien sûr, que la notion de risque commune à toute activité d'assurance ne soit ici totalement à reconsidérer ou à repenser.

L'assurance vie s'est dénaturée au profit de la gestion d'épargne, avec ce paradoxe qu'elle est jugée sur du court terme. La flexibilité que l'on a conférée aux contrats en euros, sous la pression que se sont livrés les différents acteurs du marché, semble en l'état actuel de la réglementation, peu conforme aux caractéristiques d'une épargne à long terme.

Les assureurs portent ainsi aujourd'hui dans leurs bilans des risques de taux complexes à couvrir, sans avoir véritablement pour l'instant la possibilité d'un recours à la réassurance financière, au travers des marchés des options longues.

Les degrés de liberté de leur gestion restent à organiser.

En réaction à cet état de fait, mais aussi sous l'argument de la transparence de leurs performances, les contrats adossés à des actifs libellés en unités de compte (UC) organisent le transfert du risque financier de l'assureur vers l'assuré. Ne recrée-t-on pas alors paradoxalement une nouvelle opacité, cette fois-ci sur leurs risques intrinsèques ?

Le terme d'assurance pourrait-il être accolé dans l'esprit du souscripteur « moyen » à la chute du

compte d'épargne, en cas de retournements violents et durables des marchés financiers ? Les assureurs ont-ils appréhendé les dommages commerciaux qu'ils auraient à subir, ainsi que les impacts sur leur marge « d'intermédiation » ?

### *La gestion actif-passif : instrument de décision*

**L**a transparence de la gestion financière, la mise en lumière des performances réalisées sur les passifs au regard des risques supportés par les uns ou les autres, tels sont les enjeux qui se posent aux assureurs s'ils veulent, d'une part, inventer l'assurance vie de demain et acquérir un avantage comparatif par rapport aux autres gestionnaires et, d'autre part, gagner la confiance à long terme de leurs assurés.

La gestion actif-passif est là pour les y aider. Elle est à la fois un outil d'arbitrage des décisions stratégiques de l'entreprise, et le futur vecteur de communication et d'ouverture de l'assureur vers ses assurés, ses actionnaires, en un mot le marché.

Les problématiques traitées par la gestion actif-passif recouvrent l'ensemble des activités d'une société d'assurance vie.

Cette gestion trouve son point de départ dans l'analyse des passifs de l'entreprise :

– en étudiant de la manière la plus exhaustive possible la typologie de chaque ensemble homogène de passif : la structure de la clientèle, le comportement de ces passifs (rachat, décès, prorogations), leur engagement de taux minimum

garanti, de manière à en modéliser les traductions financières ultérieures ;

– en proposant éventuellement la réorientation des passifs (par une politique commerciale réactive) en fonction de leurs risques financiers propres (unités de compte, contrats en euros).

La gestion actif-passif intervient aussi dans le processus de création, de tarification et de faisabilité financière des produits. Partant de là, elle veille à définir une politique d'allocations d'actifs cohérente qui satisfasse les engagements donnés aux passifs, la recherche de taux de rendement commercialement compétitifs et une rémunération des fonds propres en ligne avec les attentes de l'actionnaire. Au détail près que cette gestion financière devra se réaliser dans le cadre d'une exposition aux risques de marché quantifiée et sciemment acceptée.

Enfin, elle doit s'assurer du financement de la marge de solvabilité, soit par incorporation totale ou partielle des bénéfices futurs, soit par recours à la levée de dettes sur les marchés financiers (actions ou obligations).

Il va sans dire que la politique de distribution de la société est, au cœur du métier de l'assureur, le levier qui doit être piloté par la gestion actif-passif.

Dès lors, cette dernière ne peut, pour satisfaire la recherche d'un équilibre acceptable ou jouer à plein son rôle d'arbitrage entre toutes ces différentes contraintes, qu'être dynamique et prospective dans son approche. Le modèle de gestion actif-passif devra donc être

capable de dérouler des comptes d'exploitation futurs sous la contrainte de scénarios qui seront eux-mêmes enrichis de paramètres variant dans le temps. Selon l'organisation financière de la société, on pourra envisager autant de chroniques de compte d'exploitation qu'il y aura de portefeuilles distincts en adossement d'engagements contractés au passif. Leur agrégation reflétera la situation globale de la société. Notons au passage que les évaluations des sociétés d'assu-

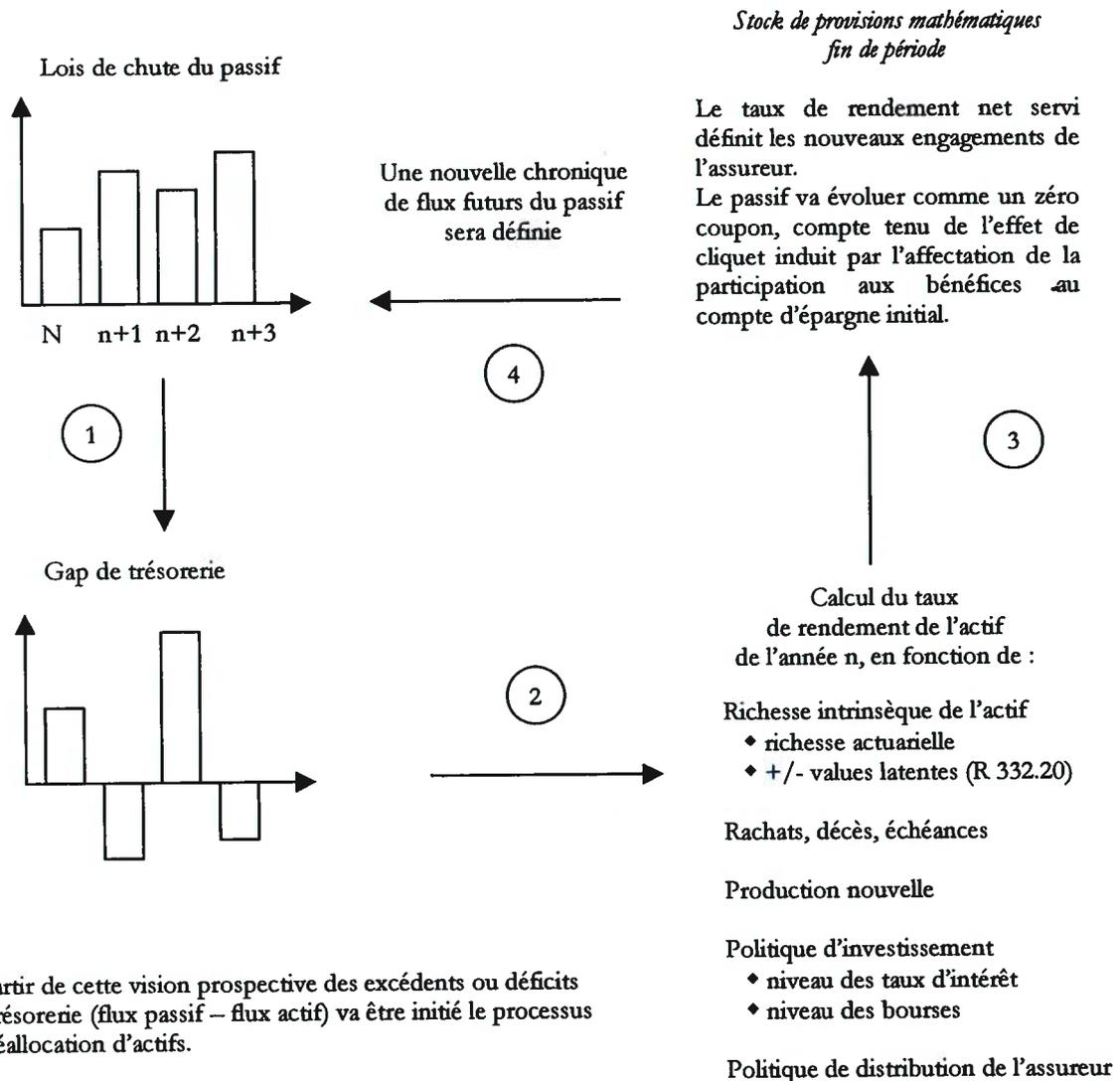
rance vie (*embedded value, appraisal value*) procèdent de la même méthodologie.

*La gestion actif-passif : un modèle itératif*

**N**ous allons voir ici la difficulté de simuler par un modèle itératif (actif et passif agissant l'un sur l'autre) la traduction comptable de l'activité d'assurance vie, tout en la rapprochant de la réalité financière

– qui est au final le juge de paix de la pérennité et/ou de la rentabilité d'une société.

Afin de circonscrire notre présentation du modèle de gestion actif-passif, nous allons aborder simplement la problématique des risques de hausse ou de baisse de taux et ses impacts sur le bilan de la société. Toute focalisation sur un autre aspect couvert par la gestion actif-passif procéderait de la même démarche générale.



En déroulant ainsi les comptes d'exploitation, on peut analyser les résultats, notamment :

- apprécier l'évolution de la marge de solvabilité future (comment la financer ? Par une politique agressive de dotation de la réserve de capitalisation ? Par incorporation des résultats nets d'exploitation aux fonds propres ? Par une augmentation de capital ?)
- mesurer la rentabilité des contrats, mais cela nécessite par ailleurs une comptabilité analytique pointue.
- piloter le résultat de l'entreprise
- estimer l'évolution des provisions techniques : réserve de capitalisation, provision globale de gestion, provision pour aléas financiers, provisions pour risque d'exigibilité.
- analyser le différentiel de taux dans le temps : taux de rendement nets servis – conditions offertes par la concurrence sur un nouveau contrat (« benchmark » de taux) ;
- quelle probabilité de rachat est attachée à ce différentiel de taux ?
- quantifier éventuellement la perte maximale encourue par l'assureur : calcul du différentiel ; valorisation des actifs « marked to market » et PM aux taux de rendement servis ou au(x) taux minimum garanti(s) ;
- calculer le pourcentage de sorties maximales de PM supportable par l'assureur sous contrainte de servir le taux minimum garanti ou tout autre taux qui serait jugé commercialement incompressible.

### *Valorisation de l'épargne et long terme*

**L**a logique qui doit prédominer dans la gestion actif-passif des

contrats en euros est une logique de taux variable car il n'y a pas d'équité dans la durée des actifs et des passifs compte tenu des clauses optionnelles contenues dans ces derniers<sup>1</sup>.

La question fondamentale à laquelle on doit répondre techniquement pour satisfaire aux contraintes du passif et au total pour répondre aux intérêts de l'assuré, de l'actionnaire et de l'assureur est : comment va-t-on donner de la variabilité à la hausse ou à la baisse aux taux de rendement comptables distribués ? La problématique ne se pose bien évidemment pas pour les passifs adossés à des contrats en unités de compte, qui transfèrent totalement le risque de volatilité de performance à l'assuré.

Cette notion de variabilité est parfaitement implicite dans l'essence même de la réglementation qui privilégie sécurité et lissage des rémunérations servies, via la réserve de capitalisation, ou ce que nous appellerons encore la provision pour excédents financiers (PPE).

Cependant, des considérations comportementales de la part des assureurs, souvent issues de la concurrence qu'ils se livrent et des manquements ou effets secondaires de la réglementation, rigidifient au total la gestion financière et la contraignent à ne s'adapter que difficilement ou avec retard aux nouvelles données du monde.

Après une longue phase de surrémunération des contrats en euros – les assureurs continuant à servir des rendements très largement supérieurs à leur taux marginal d'investissement – l'exposition des

entreprises d'assurance vie à une remontée des taux qui serait brusque et pérenne s'est accrue. En fin de compte, la réserve de capitalisation n'a pas ou peu joué son rôle de lissage des taux de rendement, pas plus que celui de réserve de richesse en cas de hausse des taux.

L'utilisation généralisée de la notion de garantie de fidélité pourrait avoir une fonction réellement fédératrice des intérêts de l'assureur et de l'assuré.

Un tel mécanisme de provisionnement d'une quantité des revenus pourrait également être mis en place pour les contrats en UC, mais encore faudrait-il sortir de la logique purement bancaire qui sous-tend cette forme de valorisation de l'épargne.

La communication de l'assureur avec ses assurés le positionnerait dans une relation de confiance et de « gagnant-gagnant » avec ses clients. De même, il serait souhaitable d'étendre les possibilités d'intervention des assureurs sur les marchés financiers aux actions ou aux produits dérivés notamment en mettant en œuvre une comptabilisation des actifs qui intégrerait nécessairement la notion de temps. Les débats portant sur la comptabilité au prix de revient ou à la *fair value*, sont trop doctrinaux pour être appliqués en tant que tels.

Il faut redonner à la gestion des passifs de l'assureur (et donc à ses actifs) un cadre réglementaire et technique adapté qui réconcilie « juste valorisation de l'épargne » et long terme.

La sécurité financière de l'épargne de l'assuré doit à notre sens rester la

philosophie de l'assurance vie. Encore une fois, la clef est dans la gestion comptable que l'on fait du temps. Les cinq dernières années, les marchés occidentaux ont été euphoriques : baisse des taux, hausse des actions, mais il faut garder à l'esprit, l'effet de mimétisme des grands investisseurs et les retournements de tendance qui peuvent s'ensuivre.

Reposons-nous la question : quel type de passif gérerons nous demain ? Vraisemblablement de la retraite, même si les formes légales et juridiques restent encore à définir en France. Ce seront des engagements à très long terme.

Des politiques d'investissements diversifiées visant des performances variables ou lissées dans le temps par application de véritables politiques de distribution de revenus, nous semblent constituer des stratégies de juste équilibre entre gestion

des risques actif-passif et satisfaction des engagements.

La course à la performance de court terme amenuise les marges d'intermédiation de l'épargne, et peut conduire à des stratégies de « casino ».

Au total, l'importance de la gestion actif-passif est aujourd'hui croissante dans la conduite d'une société d'assurance vie, et témoignera vraisemblablement d'un déplacement du pouvoir de décision des commerciaux et des financiers vers la cellule ou le service qui lui sont désormais consacrés. Deux types de défis s'offrent à elle. Tout d'abord, elle doit être opérationnelle le plus rapidement possible dans chaque structure même si l'importance des moyens informatiques et humains qu'elle traite ou explore fait qu'il s'agit d'une construction en perpétuelle évolution.

Enfin, elle va devenir de plus en

plus un vecteur de communication pour satisfaire les besoins croissants d'information et de transparence que vont réclamer les investisseurs par le truchement des analystes financiers et des agences de notations mais aussi les assurés sous les influences consuméristes.

Cette chronique reprend les principaux éléments du rapport de fin d'étude du Centre des hautes études d'assurances (1998/2000) de l'auteur. *Risques* publie désormais régulièrement les bonnes feuilles de mémoires des récents diplômés du CHEA (8 rue Chaptal, 75009 Paris).

#### Note

1. Nous mentionnons que dans le cadre de la gestion du risque de taux d'une société d'assurance vie, les approches par égalisation des durations de l'actif et du passif sous contrainte que la convexité de l'actif soit supérieure à celle du passif ne supportent pas l'épreuve des simulations.

	France et CEE	Étranger		France et CEE	Étranger
<input type="checkbox"/> N° 2 : Les visages de l'assuré (1 <sup>re</sup> partie)	125 F	125 F	<input type="checkbox"/> N° 35 : L'expertise aujourd'hui	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 3 : Les visages de l'assuré (2 <sup>e</sup> partie)	125 F	125 F	<input type="checkbox"/> N° 37 : Sortir de la crise financière. An 2000. Concentrations dans l'assurance	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 4 : La prévention	125 F	125 F	<input type="checkbox"/> N° 38 : Le risque urbain. Révolution informatique médicale. Assurer les OGM	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 6 : Le risque thérapeutique	125 F	125 F	<input type="checkbox"/> N° 39 : Santé : une réforme de plus. Internet et assurance. Perception du risque	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 7 : Assurance crédit/Assurance vie	125 F	125 F	<input type="checkbox"/> N° 40 : XXI <sup>e</sup> siècle : Le siècle de l'assurance	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 11 : Environnement : le temps de la précaution	150 F	150 F	<input type="checkbox"/> N° 41 : L'Europe. La confidentialité. Assurance : la fin du cycle ?	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 13 : Risk managers-assureurs : nouvelle donne ?	150 F	150 F	<input type="checkbox"/> N° 42 : L'image de l'entreprise. Risque de taux. Les catastrophes naturelles	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 14 : Innovation, assurance, responsabilité	150 F	150 F	<input type="checkbox"/> N° 43 : Nouveau partage des risques dans l'entreprise. Solvabilité des sociétés d'assurance. Judiciarisation de la société française.	190 F	220 F
<input type="checkbox"/> N° 15 : La vie assurée	150 F	150 F			
<input type="checkbox"/> N° 16 : Fraude ou risque moral ?	150 F	150 F			
<input type="checkbox"/> N° 18 : Éthique et assurance	150 F	150 F			
<input type="checkbox"/> N° 19 : Finance et assurance vie	150 F	150 F			
<input type="checkbox"/> N° 20 : Les risques de la nature	150 F	150 F	<b>Numéros hors série</b>		
<input type="checkbox"/> N° 21 : Assurance et maladie	190 F	190 F	Responsabilité et indemnisation	100 F	
<input type="checkbox"/> N° 22 : L'assurance dans le monde (1 <sup>re</sup> partie)	190 F	190 F	Assurer l'avenir des retraites	100 F	
<input type="checkbox"/> N° 23 : L'assurance dans le monde (2 <sup>e</sup> partie)	190 F	190 F	Les Entretiens de l'assurance 1993	100 F	
<input type="checkbox"/> N° 24 : La distribution de l'assurance en France	190 F	190 F	Les Entretiens de l'assurance 1994	150 F	
<input type="checkbox"/> N° 25 : Histoire récente de l'assurance en France	190 F	190 F			
<input type="checkbox"/> N° 26 : Longévité et dépendance	190 F	190 F	<b>Numéros épuisés</b>		
<input type="checkbox"/> N° 27 : L'assureur et l'impôt	190 F	190 F	<input type="checkbox"/> N° 1 : Les horizons du risque		
<input type="checkbox"/> N° 28 : Gestion financière du risque	190 F	190 F	<input type="checkbox"/> N° 5 : Âge et assurance		
<input type="checkbox"/> N° 29 : Assurance sans assurance	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 8 : L'heure de l'Europe		
<input type="checkbox"/> N° 30 : La frontière public/privé	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 9 : La réassurance		
<input type="checkbox"/> N° 31 : Assurance et sociétés industrielles	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 10 : Assurance, droit, responsabilité		
<input type="checkbox"/> N° 32 : La société du risque	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 12 : Assurances obligatoires : fin de l'exception française ?		
<input type="checkbox"/> N° 33 : Conjoncture de l'assurance. Risque santé	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 17 : Dictionnaire de l'économie de l'assurance		
<input type="checkbox"/> N° 34 : Le risque catastrophique	190 F	220 F	<input type="checkbox"/> N° 36 : Rente et risque. Risque pays. Risque et environnement		

## BON DE COMMANDE DE LA REVUE RISQUES

	France et CEE	Étranger
<input type="checkbox"/> Abonnement de soutien (4 n <sup>os</sup> /an) du n° 43 au n° 46 inclus	2 000 F	2 000 F
<input type="checkbox"/> Abonnement (4 n <sup>os</sup> /an) du n° 43 au n° 46 inclus	700 F	800 F

Je commande ..... ex. des numéros .....

Nom et prénom .....

Institution ou entreprise .....

Fonction exercée et nom du service .....

Adresse .....

Code postal ..... Ville .....

Pays ..... Tél. ....

Fax .....

Je joins le montant de : ..... F à l'ordre de L.G.D.J. par :

Chèque bancaire                       Chèque postal                       Virement en francs français

Banque Société générale, compte L.G.D.J. 30003 03081 00020053769 36

A retourner à : L.G.D.J. – Montchrestien – 31, rue Falguière 75741 PARIS Cedex 15  
Tél. : [33] (0)1 56 54 16 29 – Fax : [33] (0)1 43 22 68 09



# Risques

Les cahiers de l'assurance

## Responsable de la rédaction

Jean-Hervé Lorenzi

*Professeur à l'université Paris-Dauphine*

## Rédaction

Tél. [33] (0)1 42 47 93 56

Fax [33] (0)1 42 47 91 22

## Diffusion

### *Abonnement*

L.G.D.J

31, rue Falguière - 75015 Paris

Tél. [33] (0)1 56 54 16 32

Fax [33] (0)1 43 22 68 09

Prix de l'abonnement (4 n<sup>os</sup>) France 700 F

Prix au numéro France 190 F

Prix de l'abonnement (4 n<sup>os</sup>) étranger 800 F

Prix au numéro étranger 220 F

### *Vente au numéro*

Librairie des Éditions juridiques associées

L.G.D.J-Montchrestien

20, rue Soufflot - 75005 Paris

Tél. [33] (0)1 46 33 89 85

Fax [33] (0)1 40 51 81 85

## Photocomposition, photogravure, impression, routage

Morel et Corduant

11, rue des Bouchers 59800 Lille

Tél. : [33] (0)3 28 36 18 00

## Directeur de la publication

Marc Maillefer

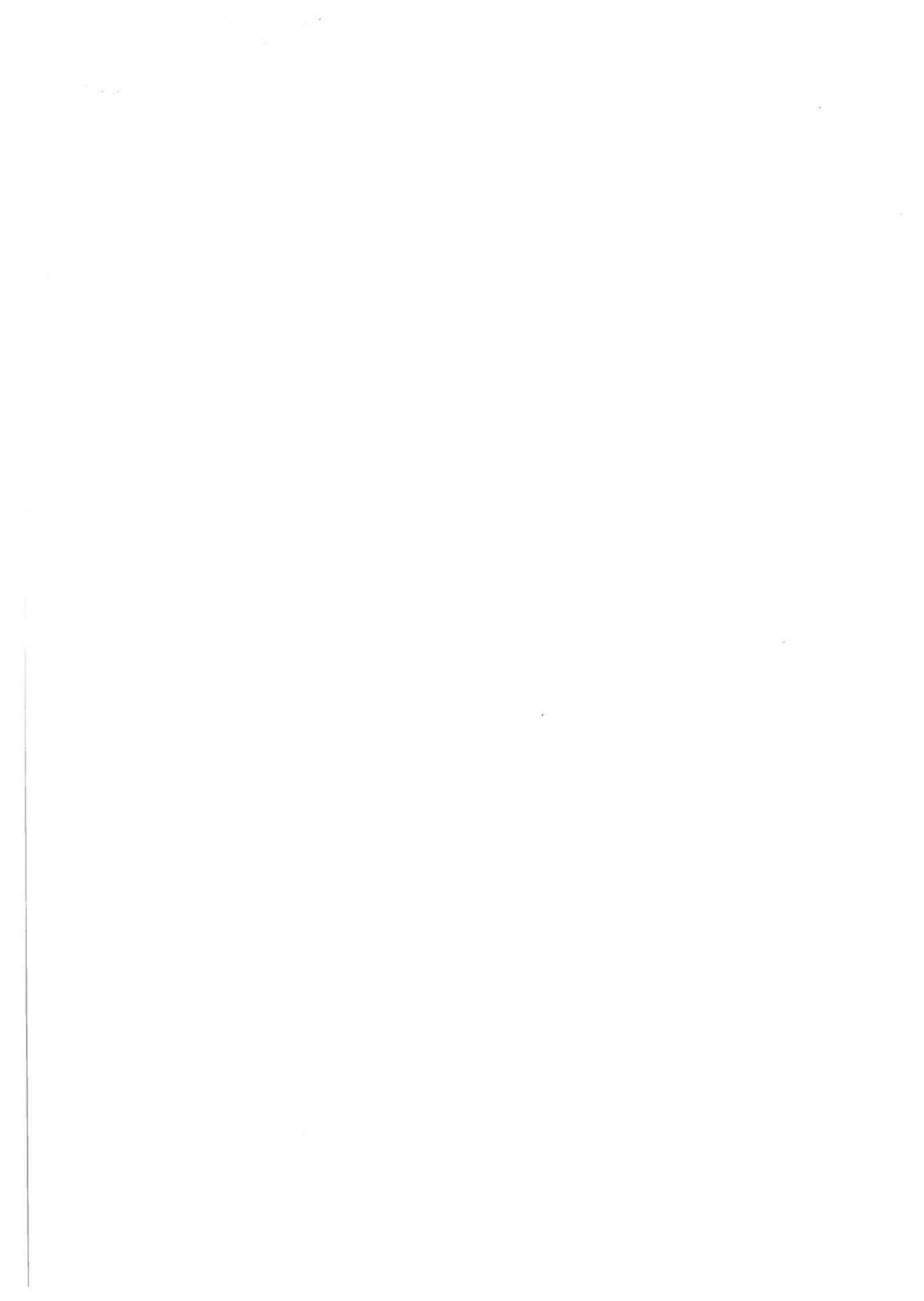
**CPPAP : 72.325**

**Dépôt légal : Septembre 2000**

**ISSN : 1152-9253**

Revue éditée par la SCEPRA

9, rue d'Enghien 75010 Paris





# Risques

Les cahiers de l'assurance

## 1. Société

Le nouveau partage des risques dans l'entreprise

## 2. Techniques

La solvabilité des sociétés d'assurances

## 3. Analyses

La judiciarisation de la société française

## 4. Chroniques

Droit

Économie

Social

CHEA

ISSN : 1152-9253

2-909303-03-9



ISBN : 2-909303-03-9

Prix : 190 F