

Risques climatiques majeurs : quelle indemnisation ?

Tempêtes, fortes pluies, crues torrentielles, montée inexorable du niveau des rivières... ces événements climatiques se sont multipliés ces dernières années. Face à ces risques majeurs, s'interroger sur l'efficacité des mécanismes d'indemnisation et sur la vérité des coûts de transfert, est une démarche délicate mais nécessaire, que les membres de l'AMRAE (Association pour le management des risques et des assurances de l'entreprise), réunis en atelier, ont entrepris le 31 janvier 2002 à Lille : cherchant à réduire l'exposition aux risques des entreprises, ils doivent faire face actuellement à de dures conditions de souscription et souhaitent être créatifs.

**par Anne-Charlotte Taillandier
Consultante**

Les aléas météorologiques sont fréquents et connus mais leur intensité est parfois exceptionnelle. Les divers événements vécus récem-

ment ont ravivé dans la population certains souvenirs enfouis dans la mémoire collective. Considérant les inondations de 2001, dans le département de la Somme, ainsi que les nouvelles menaces, les médias nous ont rappelé, entre autres, l'inondation de Paris en 1910, consécutive à une crue lente de la Seine. Inversement, la montée des eaux fut très rapide ces deux dernières décennies dans le Sud (Languedoc-Roussillon, Provence...), mais les résultats sont, hélas, comparables à ce qu'ont vécu les habitants de la Somme !

L'année 1999, particulièrement, a présenté plusieurs phénomènes à caractère exceptionnel qui ont suscité, depuis, bien des réflexions : tempêtes du mois de décembre, au nord comme au sud de la France, dont l'intensité a surpris - une telle vitesse de vent n'ayant pas été prévue - pluies dans l'Aude d'une densité incroyable et chutes de neige dans les Alpes, qualifiées, elles aussi, du fait des avalanches consécutives, d'« exceptionnelles ».

En mars 2000, à l'initiative des deux instances représentatives des assureurs, la FFSA (Fédération française des sociétés d'assurances) et le Gema (Groupement des entreprises mutuelles d'assurances), a été créée la mission des risques naturels, structure destinée à être l'interface avec les pouvoirs publics pour toutes les questions relevant de ce domaine. Parmi les objectifs affirmés figure, bien sûr, la volonté de fournir aux professionnels des outils pour prévenir les risques et évaluer, plus précisément, les conséquences de ces sinistres majeurs.

Même si la climatologie est reconnue comme discipline scientifique, la météorologie réserve encore bien des surprises. De plus, les statistiques

concernant les phénomènes d'intensité anormale sont rares et difficiles à établir. On procède, le plus souvent, par extrapolation et les résultats varient avec les méthodes choisies.

Assurance facultative ou obligation ?

Invité à lancer les débats sur ce sujet fort actuel, le Professeur Jérôme Kullmann, Directeur de l'Institut des Assurances de Paris, a évoqué rapidement les différents comportements envisageables face à ces risques climatiques majeurs :

- ne rien prévoir, en l'absence d'assurance, laisser les victimes prendre en charge leurs propres dommages ou se retourner contre ceux qu'elles considèrent être les responsables de cet état de fait...

- indemniser en dehors d'un système d'assurance au moyen de fonds de garantie ; la France est loin d'être la dernière à se doter de ce type d'orga-

nisme mais encore faut-il trouver les financements (assurés, assureurs...?) ; il convient de noter que, parfois, ces fonds sont financés par un prélèvement obligatoire sur les contrats d'assurance et que les victimes qui sont indemnisées n'ont pas toutes la qualité d'assuré ;

- plus classiquement, si l'on reconnaît le rôle important des assureurs, et même si, en France, le problème semble maintenant résolu avec la mise en place depuis plus de 10 ans de deux régimes légaux concernant l'un, les catastrophes naturelles (1), l'autre, les effets du vent (2), plusieurs questions restent pendantes.

(1) Loi du 13 juillet 1982 intégrée dans le Code des assurances aux articles L.125-1 à L.125-6.

(2) Loi du 25 juin 1990 reprise à l'article L.122-7 du Code des assurances.

Mais il convient de choisir, tout d'abord, entre une assurance facultative ou une obligation : un assureur n'acceptera de couvrir un risque que s'il estime être en état de le répartir, de le compenser au sein de la mutualité des assurés. Un risque d'une ampleur catastrophique pose précisément un problème de capacité de souscription. Dans ce cas, l'Etat (3) peut imposer l'assurance à tous : les assureurs recueilleront ainsi suffisamment de cotisations pour que la mutualisation soit rendue efficace du fait de l'importance du chiffre d'affaires, de la suppression de l'anti-sélection, de la dispersion géographique...

Si l'on opte pour l'obligation, il faut s'interroger sur son mode de généralisation. S'agit-il d'un contrat autonome obligatoire pour tous ou d'une garantie obligatoirement attachée à un contrat socle, la souscription du contrat lui-même étant facultative ? C'est précisément un régime de ce type qu'a retenu le législateur français pour les catastrophes naturelles comme pour les tempêtes, ouragans et cyclones : dès lors qu'une garantie dommages aux biens est souscrite, l'assureur est tenu de couvrir les deux risques (comme d'ailleurs les attentats, objets d'une autre loi) en extension au contrat et l'assuré ne peut s'y opposer.

Autre question : la souscription doit-elle se faire de manière individuelle ou collective, une collectivité locale étant, par exemple, le souscripteur pour le compte de ses administrés, obligatoirement adhérents ? On imagine que, dans ce cas, l'encaissement des cotisations pourrait se faire au travers du prélèvement des impôts locaux !

On peut aussi s'interroger sur le degré de solidarité à créer. Doit-on réellement obliger chacun ? Comment imposer cela aux contribuables non exposés aux risques... à supposer qu'une personne puisse à l'heure actuelle être certaine de ne jamais encourir un quelconque risque dans ce domaine...

Quand considère-t-on que le sinistre constituant un risque majeur est réalisé ?

Pour les effets anormaux du vent, on peut évoquer des rafales de plus de 145 km/h ou de plus de 120 km/h, pendant plus de 10 minutes (au lieu d'un seuil de 100 Km/h pour une tempête

« classique » !)... La fixation d'un seuil est nécessaire. Faut-il faire intervenir une autorité compétente ? Une autorité politique (élu local ou autorité administrative) doit-elle constater l'état de sinistre ? Là encore, c'est l'option qui a été prise en France dans le régime particulier des catastrophes naturelles : pour que la garantie puisse être mise en œuvre, l'état de catastrophe naturelle doit être constaté par arrêté interministériel (Intérieur, Economie et Finances, Budget) déterminant la zone et la période ainsi que la nature des dommages repris.

Et qu'en est-il de l'indemnité ? Le sinistré est-il libre, comme en droit commun, de l'utiliser pour ce qu'il désire ou doit-on exiger qu'il affecte ce qui lui a été versé à la réparation des dommages, avec même une certaine récupération pour la mise en place de mesures destinées

à prévenir un autre risque ? Si l'on envisage une contrainte de ce type, doit-elle être prévue par la loi ou simplement figurer dans les clauses contractuelles ? Ce type de questions amène à une réflexion plus large sur le contrôle de l'utilisation et les modalités d'affectation des fonds versés...

Enfin, comment interviennent ou interviennent les différents acteurs ?

Entre l'assurance, la réassurance et la garantie de l'Etat, qui supporte au final ? Dans quelles conditions ? Doit-on faire appel à de nouvelles techniques pour gérer les risques climatiques ?

Les « produits dérivés » que tentent de développer certains professionnels sont-ils encore de l'assurance ? Comment les qualifier ?

Un véritable défi lancé aux scientifiques

Avant de tenter de répondre à plusieurs de ces questions, il est intéressant d'évoquer les analyses que conduisent, au plan international, notamment les réassureurs face à l'évolution des risques climatiques et aux tendances qu'ils dégagent.

Eux aussi se posent un certain nombre de questions sur un éventuel changement du climat :

- les modifications constatées ont-elles un caractère exceptionnel ?

- les causes de changement sont-elles imputables aux hommes ?

- d'autres événements lourds sont-ils encore susceptibles de se produire ?

Ces questions et bien d'autres sont étudiées en permanence par les chercheurs de l'ONU qui ont publié, pour la première fois en 1990, un important document sur le réchauffement global de la Terre, l'effet de serre et les conséquences des interventions humaines.

Dans d'autres contextes, les recherches sont aussi nombreuses : une analyse de l'indice climatique portant sur les années 1825 à 2000 a été conduite ; les modèles climatologiques établis par différents pays prévoient tous une aug-

mentation du risque de tempête sur le nord de l'Europe ; les inondations consé-

cutives à d'intenses précipitations affectent tous les continents ; les prévisions à 90 ans indiquent que nos hivers seront plus humides et nos étés plus secs ; l'action combinée des marées et des tempêtes devrait provoquer une augmentation des inondations en Europe, notamment aux Pays-Bas, en Allemagne du Nord et au Royaume-Uni ; les températures seraient en augmentation de 1 à 5 °...

Tout le problème réside dans la fiabilité de ces prévisions : c'est un véritable défi qui est lancé aux scientifiques !

Malgré toute l'attention qu'ils y portent depuis maintenant plus de deux décennies, ces données restent difficiles à interpréter précisément pour les assureurs. Les analyses et les déductions diffèrent et les couvertures restent très disparates d'un pays à l'autre : globalement, on peut retenir qu'on couvre d'office, en Europe, dans les contrats multirisques habitation et professionnelle, les conséquences directes des catastrophes naturelles et des effets du vent, mais les divergences apparaissent sur les effets secondaires et sur les garanties non standards. Aux Etats-Unis, ni les inondations, ni les effets du vent

(3) J. KULLMAN, L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé, thèse Paris 1987.

ne sont repris... A la certitude d'une dégradation, déjà en cours, et qui devrait aller croissante, les assureurs des différents pays opposent des visions, certes, unanimement inquiètes mais des solutions divergentes.

Cette difficulté à harmoniser ainsi que les capacités considérées par beaucoup comme insuffisantes en cas de sinistre majeur encouragent à l'inventaire d'autres possibilités.

Soucieux précisément d'accroître les capacités existantes et de faire évoluer les techniques de couverture, notamment dans le domaine des risques naturels, certains acteurs du marché de l'assurance, souvent intermédiaires de réassurance, se sont tournés vers les marchés financiers. Les premières démarches datent de la fin des années 1980, du début des années 1990. Elles correspondent pour les entreprises clientes à une prise de conscience plus nette de leurs risques et à une vision plus globale. Des inquiétudes étaient par ailleurs apparues quant à l'insuffisance de la réassurance. Les tenants de ces démarches espéraient aussi en obtenir une meilleure transparence des prix.

Le transfert alternatif des risques (ART), une réalité ?

Force est de constater qu'après vingt ans d'existence des différents régimes nationaux, bien des questions demeurent : l'inflation des cotisations, la modestie des réserves face à l'ampleur de certains risques, le coût de certaines gestions, l'efficacité très relative des mesures d'incitation à la prévention... Evoquer les évolutions possibles, c'est se demander si l'ouverture des marchés et le développement de l'économie virtuelle peuvent contribuer, là encore, à remettre en cause les filières traditionnelles, voire les métiers, en transformant les modalités de transfert des risques : l'ART (4) est-il une réalité ?

Il convient de préciser *a priori* qu'il est difficile de définir exactement en quoi consiste le « transfert alternatif » : il regroupe un certain nombre de techniques qui oscillent entre l'assurance et la finance mais relèvent plus de cette

dernière que de la première, qui demeure une activité très délimitée et réglementée. On retrouve, dans l'ART, des garanties financières, des produits dérivés, les « captives » et différents types de montages, dont les « swaps » (5).

Certains de ces montages, par exemple, dénommés « finite » sont des conventions pluriannuelles qui ont pour objet un partage des gains de gestion de provisions entre assureurs et assurés. Ces derniers temps, du fait des hausses tarifaires, ils ont connu un sérieux regain d'intérêt !

Dans le domaine climatique qui nous préoccupe, les tenants des produits dérivés reconnaissent que les tentatives ne peuvent porter que sur la couverture des risques extrêmes, en aucun cas sur les

événements courants et que les entreprises susceptibles d'être intéressées doivent être d'une importance certaine. La caractéristique de ces propositions consiste dans la « titrisation » des risques sous forme d'obligations et dans la mise en place de contrats optionnels. Bien évidemment, avant toute mise en place et même toute décision, ces démarches imposent des recherches les plus précises possibles sur les corrélations générales du secteur concerné et la variabilité des performances financières. En ce qui concerne les risques climatiques, les contrats d'assurance de nombreux domaines économiques pourraient, *a priori*, constituer des marchés : parcs à thème et tourisme, agriculture, construction, collectivités locales et services publics, énergie et industrie, maintenance juste à temps et produits saisonniers...

Il s'agit particulièrement ici de mettre en œuvre des techniques rigoureuses de *risk management* afin d'identifier, d'évaluer et de quantifier les risques encourus pour mieux les transférer à des systèmes susceptibles d'en financer plus avantageusement les conséquences...

Cela impose donc, dans chaque domaine, de déterminer les typologies des expositions : fréquence et intensité des phénomènes, inventaire des personnes touchées (entreprises, sous-traitants,

distribution, clients), analyse de l'activité (mono-industrie ou multi-activités) et références en terme de cyclicité (année, saisons...). L'importance actuelle des éventuels préjudices immatériels dont l'incidence va souvent bien au-delà du matériel conduit à déterminer le plus clairement possible la structure des coûts (où sont les variables avec le niveau d'activité ? quelles charges doivent être considérées comme fixes ?) et à analyser les différents éléments de la marge. La localisation géographique a, bien sûr, une grande importance et le problème du degré d'impact (local, régional, national, voire international) d'un événement doit être posé. Au regard de

Le contrôle de l'utilisation et les modalités d'affectation des fonds versés posent question

l'entreprise qui souhaiterait transférer son risque, les questions porteraient aussi sur le type de structure organisationnelle (centralisation ou non...) et sur son statut (structure publique, privée, cotée ou non...).

Toutes ces études étant conduites avec le plus grand soin - recueil des données brutes et retraitement par recours à des techniques de modélisation - le choix des modalités de transfert peut alors être posé. S'agissant de risques identifiés comme particulièrement lourds, aucune improvisation n'est possible, l'alternative est claire : reste-t-on dans le cadre de l'assurance traditionnelle, complétée par la réassurance ou fait-on appel à d'autres techniques ? Et, précisément, ces techniques apparaissent-elles comme concurrentes de l'assurance traditionnelle ou simplement complémentaires ?

Produits dérivés sur indices de sinistralité

Outre le fait que les marchés ne sont pas forcément les mêmes, l'ART pouvant interpellé aussi bien les assureurs, au moment de négocier un traité de réassurance, que des grandes entre-

(4) ART, « alternative risk transfer » : transfert alternatif des risques.

(5) Swaps : cf. en droit bancaire, l'ensemble des lois de 1985 à 1993 et les décrets de 1989 et de 1994.

prises, intéressées par le management rigoureux de leurs risques, il y a lieu de rechercher ce qui justifie que l'on cherche à gérer des risques assuranciers majeurs par des produits financiers...

Les dérivés de climat, de type titrisation de risque, peuvent apparaître comme un moyen d'apporter aux entreprises d'assurance et de réassurance les

énormes liquidités nécessaires à la prise en charge de risques qui sont ressentis, depuis la dernière décennie, comme plus lourds et plus nombreux. De plus, ces produits peuvent sembler attractifs pour les grands investisseurs, leur permettant une diversification par rapport aux marchés financiers traditionnels.

Par ailleurs, les produits dérivés, comme certaines obligations catastrophes, consistant dans la conception d'un titre financier dont la valeur va fluctuer en fonction d'indices déterminés (sinistralité du secteur ou niveau de sinistralité au-delà d'un seuil retenu...) peuvent tenter certaines entreprises qui acceptent mal ce qu'elles considèrent comme une information insuffisante de la part des assureurs, voire un manque de transparence...

Le principe est que l'on se réfère à un chiffre connu et publié régulièrement par des organismes officiels. La couverture suit le décalage entre le risque indiciel et le risque réel.

Les mécanismes d'options sur indice de sinistralité peuvent être rapprochés de ceux que l'on connaît pour les indices boursiers : l'acquisition d'une option d'achat, le « call », ouvre droit à l'achat, en échange d'une prime, de l'indice de sinistralité au prix fixé contractuellement ; c'est le prix d'exercice. L'acheteur (entreprise qui a transféré) exerce son option si la valeur de l'indice à l'échéance dépasse le prix d'exercice. Si l'indice est inférieur, il n'exerce pas l'option. Les contrats peuvent combiner l'achat et la vente d'un call : le prix d'exercice de l'achat est inférieur au prix de la vente. On parle alors de stratégie d'écart.

Sans entrer davantage dans la technique financière, on peut reconnaître que ces modalités contractuelles permettent aux sociétés d'assurances cédantes ou, plus

rarement, aux grandes entreprises de bénéficier d'une couverture à partir d'un certain seuil de sinistralité que ne gèrent pas, en principe, les techniques actuarielles traditionnelles.

L'autre technique proposée consiste à convertir des actifs financiers en titres obligataires « cat bonds » dont la rémunération - intérêt ou capital -

dépend de l'occurrence d'un risque assurance ou d'une catastrophe. Il s'agit de déclencheurs paramétriques ou physiques comme la survenance d'une catastrophe d'une amplitude donnée. Ce peut être aussi le dépassement d'un seuil de sinistralité, dans un certain type de risque, pour une société d'assurance donnée.

Si la condition qui déclenche se réalise, le paiement des intérêts n'a pas lieu ou même le remboursement principal peut être partiellement ou totalement annulé : l'investisseur perd tout ou partie de sa mise.

Si rien ne se produit, la rémunération des investisseurs correspond aux intérêts des placements majorés, en principe, d'une prime de réassurance dont l'importance est fonction du risque que ces investisseurs ont porté : c'est l'assuré qui rembourse à terme, selon un mode de fonctionnement que l'on peut rapprocher d'un crédit qui serait déclenché par l'événement...

Les agences de *rating* apprécient le rendement de l'obligation et le prix d'achat : comme tous les actifs financiers, les obligations catastrophes donnent lieu à des calculs complexes pour leur évaluation.

Différentes alternatives de montage sont prévues en ce qui concerne l'allocation d'actifs à investir sur les marchés financiers. Pour plusieurs raisons, les *risk managers* sont en général très discrets lorsqu'il s'agit d'évoquer les programmes d'assurance : on sait qu'il est possible de réaliser un placement direct au moyen de la trésorerie de l'entreprise souscrivant des *cat bonds*, mais que l'on peut préférer le passage par un assureur, le principal avantage des obligations-assurance étant, en principe, la déductibilité, l'émission émanant d'un tiers, l'assureur.

L'entreprise, qui passe ce type de convention en remplacement d'un contrat d'assurance, n'est plus l'assuré, bénéficiaire de la couverture d'un risque, qui en cas de sinistre perçoit une indemnité. C'est un investisseur qui achète, qui vend et se positionne sur le marché financier... Dans le contrat d'assurance, l'engagement financier du client se traduit par une cotisation ; sur le marché financier, il s'agit d'un prix d'achat. De plus, au regard de la prestation de l'assureur, on parle d'indemnisation pour réparer le dommage alors que pour les produits dérivés, il n'est question que de flux financiers : le versement de fonds est effectué du seul fait de l'événement redouté, sans qu'il soit exigé de survenance d'un dommage.

Parmi les différences citées entre les deux types de convention, produits dérivés ou produits d'assurance, on évoque aussi l'aspect fiscal non négligeable : le contrat d'assurance portant sur les aléas climatiques est soumis, en France, à la taxe d'assurance de 9 %, mais surtout les primes figurent parmi les charges déductibles de l'entreprise assurée. En l'état actuel de la législation, il n'y a pas de taxe sur les conventions de produits financiers. Les tenants de cette technique estiment qu'il n'y a pas lieu de craindre une requalification à terme de ce type de convention en contrat d'assurance car, malgré la similitude d'objet, il n'y a pas transfert des risques. Ce que l'on protège avant tout, c'est le compte de résultats. Tous les intervenants dans ce domaine affirment que les montages sont conformes à la législation fiscale. Sans en douter, on peut au moins, là encore, garder un regard critique et rester très prudent en se demandant comment les fonds alloués dans le cadre d'un tel programme de gestion des risques et concernant forcément des risques futurs, pourraient être considérés comme charges de l'exercice.

Des marchés très étroits

Il convient, par ailleurs, de constater que malgré le développement rapide des marchés financiers avec les différents procédés qui s'y rattachent et l'adaptation nécessaire des mentalités

et des métiers, beaucoup des raisonnements développés dans ce domaine échappent encore à bien des professionnels ! Méconnaissance, méfiance ou excessive confidentialité ? Il est encore difficile de bien cerner l'importance globale actuelle des marchés bien qu'on les sache très loin d'être négligeables... On peut aussi s'interroger sur les potentialités de développement de ces nouveaux produits ! Beaucoup d'économistes restent réservés sur le caractère attractif de ce type d'obligations...

Même si le produit n'est pas corrélé aux fluctuations des marchés financiers, mais à celles du climat, et si certains professionnels semblent enthousiastes, force est de constater qu'un des obstacles au développement actuel de ces techniques est la faiblesse du nombre d'intervenants dans ce domaine... Beaucoup considèrent que c'est la nature même du métier de réassureur qui est remise en cause : un simple traité ne suffit plus ! Certains grands réassureurs deviendraient des groupes financiers aux activités multiples : assurance directe, réassurance, gestion d'actifs, banque d'affaires... Seuls les très grands cabinets de courtage internationaux sont équipés de structure ART (6).

Ces systèmes alternatifs de transfert sont, à l'évidence, plus répandus aux Etats-Unis qu'en Europe (7), encore que les statistiques soient difficilement comparables (8). Par ailleurs, ces marchés qui concernaient, il y a encore très peu de temps, quasi exclusivement les sociétés d'assurances, peuvent s'étendre, actuellement, tout au plus aux grandes entreprises et sont donc très étroits. Les principaux acteurs se retrouvent, sur le marché de gré à gré, dans le secteur de l'énergie ; on peut citer certaines banques, mais c'est essentiellement dans le domaine de l'assurance et de la réassurance que l'on titrise le risque. Non seulement les émetteurs sont peu nombreux, mais les possibilités de revente sont aussi très restreintes... En ce qui concerne les marchés organisés, aux Etats-Unis, on peut citer le « Chicago Board of Trade » et, en Europe, Euronext (Paris, Bruxelles, Amsterdam).

Toujours parmi les techniques de l'ART, restent aussi les montages particuliers et plus anciens (9) des « captives », installées aux Bermudes, aux Iles Caïmans ou dans le Vermont... et plus récemment en Irlande ! Il s'agit de la mise en place, par le biais d'une filialisation, d'un instrument de gestion de fonds que la société mère pourra utiliser lors d'un sinistre. Là encore, le système, techniquement (gestion de la fréquence difficilement assurable, économies d'échelle, conservation d'une partie des résultats...) et financièrement

(report des déficits de création dans les comptes de la maison mère, transferts internationaux des cotisations comme des risques, accès à un marché de gros...) séduisant *a priori*, peut se révéler, d'une part, fiscalement dangereux, notamment lors de la cessation d'activité de la captive et, d'autre part, particulièrement complexe à gérer, long et coûteux.

Pour autant, plusieurs types de captives existent et après avoir stagné pendant plusieurs années, leur nombre est à nouveau en augmentation depuis l'année 2000. On ne peut que constater que les actifs financiers qu'elles représentent sont impressionnants, ce type d'organisation ne pouvant, là encore, concerner que des très grands groupes...

La question du jeu et du pari

Pour le Professeur Kullman, face à ces différentes solutions de transfert alternatif, la question n'est pas de se prononcer sur l'opportunité des produits mais de se souvenir des principes juridiques qui dominent la matière, notamment, en ce qui concerne l'interprétation de la nature des produits, les organismes compétents pour les délivrer et le contrôle qu'il y a lieu d'exercer. De tout temps, le législateur s'est montré réservé à cet endroit...

Il est bon de rappeler à ce propos, les règles affirmées dans le Code civil reprenant celles déjà énoncées au temps de l'Empereur Justinien : le contrat qui a pour objet d'indemniser

l'un des partenaires si l'aléa se réalise, est un pari, un jeu... et entre gagnant et perdant, il ne peut y avoir d'action en paiement... Ces contrats sont licites mais hors du Droit, on ne peut donc forcer leur exécution !

L'interdiction de l'assurance sur la vie humaine, prévue dans l'Ordonnance de Colbert de 1681, a perduré pendant la Révolution, et Portalis, dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, a exprimé toute sa réprobation à l'égard

Seuls les très grands cabinets de courtage internationaux sont équipés de structure ART

des Anglais qui pratiquaient déjà l'assurance. Il a fallu attendre 1818 pour que l'assurance

vie devienne licite... Mais l'idée du jeu et du pari s'est maintenue en jurisprudence jusqu'en 1885 et, même après que le législateur soit intervenu pour affirmer qu'un marché à terme était exécutable (10), les juges continuaient à distinguer entre marchés à terme sérieux et marchés spéculatifs.

Plus proche de nous, en ce qui concerne les « swaps », la question du jeu et du pari s'est reposée, c'est pourquoi le législateur a dû intervenir en 1985 pour compléter le droit bancaire dans ce domaine !

A propos des produits dérivés, nous sommes bien dans le domaine aléatoire mais assez proche du pari... Il convient donc de se demander s'il existe des textes, si l'on peut se rattacher à des éléments existants pour permettre de faire échapper ces techniques, en tant qu'instruments financiers, à la réglementation des jeux.

L'exercice de l'activité d'assureur par une entreprise requiert, au sein de l'Union européenne (11), la délivrance d'un agrément préalable par l'autorité de contrôle du pays dont elle est ressortissant. Le Code des assurances (12)

(6) On peut citer entre autres Marsh, Aon, Gras Savoye-Willis Corroon.... L'intervenante sur le sujet lors des rencontres AMRAE était Mme M.A. Van Buren, Directeur management des risques financiers de Marsh SA.

(7) Même si chez certains de nos voisins européens, la fiscalité est plus favorable qu'en France...

(8) L'autoassurance est incluse aux Etats-Unis dans les chiffres de l'ART du fait de règles techniques et comptables spécifiques.

(9) Ces structures datent souvent des années 1970, les premières mises en place concernaient l'industrie pétrolière.

(10) Articles 1965 et 1967 du Code civil.

(11) Principe de l'agrément ou licence unique.

(12) Article L.310-1 du Code des assurances.

définit précisément les entreprises qui relèvent du contrôle de l'Etat au titre de la pratique d'opérations d'assurance, et l'exercice illégal de l'activité d'assurance fait encourir des peines lourdes (trois ans d'emprisonnement et 500 000 francs d'amende). En France, cet agrément est délivré par le ministre de l'Economie et des Finances, après consultation de la Commission de contrôle des assurances et sur avis du Conseil national des assurances. De plus, depuis 1994 (13), un dispositif comparable à celui du secteur bancaire, de contrôle de l'actionariat et des dirigeants a été mis en place.

Entre autres éléments, le dossier d'agrément présenté doit reprendre le programme d'activités, c'est-à-dire la nature des risques que l'entreprise souhaite garantir, le mode d'établissement des tarifs et les bases de calcul des cotisations, la politique de réassurance que l'entreprise compte appliquer, des données concernant l'organisation et les moyens matériels et humains qu'elle prévoit de mettre en œuvre... Sans compter, bien sûr les comptes prévisionnels pour les cinq premiers exercices et bien d'autres éléments chiffrés concernant notamment la marge de solvabilité !

Par ailleurs, les entreprises d'assurances doivent respecter une réglementation financière et technique stricte destinée à protéger les droits des assurés, c'est-à-dire à garantir leurs engagements : fonds propres assurant la marge de solvabilité, constitution de provisions techniques représentées par des placements financiers équivalents congruents (réalisables sans opération de change) inscrits au bilan (14). Un

décret de 1990, modifié en 2000, fixe la liste des actifs admis en représentation ainsi que les ratios de répartition et de dispersion que les entreprises sont tenues de respecter.

L'activité de réassurance, c'est-à-dire sans souscription de risques directement auprès des assurés, est dispensée d'agrément préalable : le législateur a considéré que la protection de ces derniers était acquise du fait que seul l'assureur direct est responsable à leur égard. Pour autant, les entreprises qui pratiquent la réassurance sont soumises au contrôle de l'Etat (15). Le Code des assurances fixe les règles d'évaluation des engagements et actifs correspondants ainsi que les modalités de publication des comptes, mais n'exige rien de particulier en matière de solvabilité.

Etre inventif

Après ce bref rappel de quelques règles parmi celles qui régissent l'activité d'assureur, il peut être intéressant de reprendre quelques points susceptibles d'alimenter la réflexion et qui soulignent le soin apporté de longue date par le législateur, dans ce domaine...

Si la convention passée est totalement déconnectée du dommage, il ne s'agit pas d'assurance, et toutes ces règles prudentielles ne sont donc pas applicables mais, s'il s'avérait, par exemple, que l'on insère une condition quant à l'affectation des fonds versés à la prévention du dommage, l'interprétation serait remise en cause !

On ne peut ignorer l'importance du principe indemnitaire, qui figure à l'article 121-1 du Code des assurances et interdit l'enrichissement suite à la réali-

sation d'un fait dommageable ayant entraîné indemnité. Le principe forfaitaire n'est prévu, lui, qu'en assurance de personnes... Est-il alors possible de trouver quelque analogie entre les dérivés climatiques et les règles applicables en assurance pour l'atteinte à la personne humaine ? Peut-être !

Au-delà de la boutade, le débat reste, en tous cas, ouvert... Les techniques présentées sont très éloignées, dans les méthodes et les formes, des principes traditionnels de l'assurance. En l'état des marchés, on ne voit pas bien dans quelle proportion, cette activité pourrait être remise en cause. Etre inventif, c'est nécessaire, surtout si l'on considère les difficultés actuelles pour couvrir les grands risques et les conditions exigées par la réassurance traditionnelle : encore faut-il que les solutions proposées correspondent réellement aux besoins et qu'elles soient quelque peu pérennes ! Cela signifie qu'elles présentent un intérêt suffisant pour justifier une éventuelle adaptation législative. Lorsque l'on mesure qu'avec ce type de conventions l'on avance à grands pas dans une zone financière importante, mais de quasi « non-droit » et statistiquement encore bien mal cernée, sans vouloir légiférer à tout prix, on peut au moins s'interroger sur la sécurité et les conséquences d'éventuelles extensions rapides du marché. ●

(13) Loi du 2 janvier 1994, intégrée à l'article L. 321-1 du Code des assurances, qui a introduit en droit français les troisièmes directives européennes.

(14) La réglementation des placements financiers existe depuis le décret-loi du 14 juin 1938, repris dans le Code des assurances aux articles R.332-1 et suivants... Elle a été remaniée plusieurs fois notamment par des décrets de 1993, 1994, 1995 et 2000.

(15) Loi du 8 août 1994 insérée au code des assurances à l'article L.310-11.