



HAL
open science

L'ÉTAT ET LES RISQUES DES ENTREPRISES

Charles-André Dubreuil

► **To cite this version:**

Charles-André Dubreuil. L'ÉTAT ET LES RISQUES DES ENTREPRISES. Droit. Université Paris II (Panthéon-Assas), 2005. Français. NNT: . tel-02101432

HAL Id: tel-02101432

<https://uca.hal.science/tel-02101432>

Submitted on 16 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Panthéon-Assas (Paris II)
(Droit – Économie – Sciences sociales)

THÈSE

pour l'obtention du grade de

Docteur de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Droit – Économie – Sciences sociales

Discipline : Droit

présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2005 par

Charles-André Dubreuil

L'ÉTAT ET LES RISQUES DES ENTREPRISES

devant le jury composé de :

M. François COLLY, Professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne, Doyen de la Faculté de
Droit, rapporteur

M. Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Mme Martine LOMBARD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Mme Agathe VAN LANG, Professeur à l'Université de la Rochelle, rapporteur

M. Didier TRUCHET, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de thèse

L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (Paris II) Droit-Économie-Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, ces opinions devront être considérées comme propres à son auteur.

TABLE DES ABREVIATIONS

A.- Juridictions

C.A.A.	arrêt de cour administrative d'appel
C.C.	arrêt du Conseil constitutionnel
C.E.	arrêt du Conseil d'État (sous-sections)
C.E., Ass.	arrêt du Conseil d'État (Assemblée du contentieux)
C.E., Section	arrêt du Conseil d'État (Section du contentieux)
C.E.D.H.	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Civ.	arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile)
C.J.C.E.	arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
Com.	arrêt de la Cour de cassation (Chambre commerciale)
Soc.	arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale)
T.A.	jugement de tribunal administratif
T.C.	arrêt du Tribunal des conflits
T.Com	jugement de tribunal de commerce

B.- Périodiques

A.J.D.A.	Actualité juridique, Droit administrative
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Droit administratif
D.E.	Droit de l'environnement
Dr. Soc.	Droit Social
E.D.C.E.	Études et documents (revue du Conseil d'État)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P.	La semaine juridique
J.C.P.A.	La semaine juridique. Administration
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes

L.P.A.	Les petites affiches
Rev. adm.	La revue administrative
R.C.C.	Revue concurrence et consommation
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.E.D.P.	Revue européenne de droit public
Risques	Revue Risques. Les cahiers de l'assurance
R.J.E.	Revue juridique de l'environnement
R.F.A. P.	Revue française d'administration publique
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.F.P.	Revue française de finances publiques
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.E.	Revue internationale de droit économique
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey

C.- Autres abréviations

Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions de Commissaire du Gouvernement
Ed.	Editions
G.A.J.A.	grands arrêts de la jurisprudence administrative
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Obs.	Observations
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-MARseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
T.	Tables du recueil Lebon
T. déc.	Tables décennales du recueil Lebon

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : LE CONTEXTE JURIDIQUE DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES

TITRE PREMIER : LES CONDITIONS DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES

Chapitre premier : La typologie des risques des entreprises

Chapitre second : Les contraintes imposées à l'action publique

TITRE SECOND : LES FONDEMENTS DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES

Chapitre premier : Une nécessaire adaptation des fondements traditionnels de l'action publique aux risques des entreprises

Chapitre second : Les fondements propres aux risques des entreprises

SECONDE PARTIE : LES MOYENS DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES

TITRE PREMIER : L'ATTITUDE ATTENTIVE DES POUVOIRS PUBLICS

Chapitre premier : La prévention des risques des entreprises

Chapitre second : La prévoyance des risques des entreprises

TITRE SECOND : L'ATTITUDE REACTIVE DES POUVOIRS PUBLICS

Chapitre premier : Le rétablissement d'une situation économique viable

Chapitre second : L'indemnisation des préjudices des entreprises

CONCLUSION

Tables et index

INTRODUCTION

1. Le 1^{er} novembre 1756, un tremblement de terre suivi d'un raz-de-marée et d'un incendie ravagea la ville de Lisbonne et fit 30 000 victimes. Voltaire saisit l'occasion pour réfuter les thèses optimistes de Pope et Leibniz dans un poème demeuré célèbre¹ auquel Rousseau répondit dans la non moins célèbre « lettre sur la Providence »². Qui devait-on blâmer pour les malheurs et souffrances des habitants de la capitale portugaise ? La Providence ? Les hommes³ ? À qui devait-on en attribuer la charge⁴ ?

L'imagination permet de faire revivre les deux philosophes et renaître leur polémique. Deux siècles et demi plus tard, les deux hommes conversant de la même manière sur les raisons des malheurs de l'homme seraient très certainement surpris du caractère concret des problématiques que soulève aujourd'hui la réalisation des risques. Délaissant la question des buts de la Providence, les auteurs contemporains, au terme d'une longue et lente évolution des mentalités et des valeurs⁵, s'intéressent dorénavant prioritairement à la question de la prise en charge des risques.

¹ VOLTAIRE, *Poème sur le désastre de Lisbonne*, 1756.

² J.-J. ROUSSEAU, *Lettre sur la Providence*, La Pléiade édition, T.IV, 1880-1884, p.1059.

³ « (...) la nature n'avait point rassemblé là vingt mille maisons de six à sept étages, et (...) si les habitants de cette ville eussent été dispersés plus également, et plus légèrement logés, le dégât eût été beaucoup moindre, et peut-être nul » in J.-J. ROUSSEAU, *Lettre sur la Providence*, 1756.

⁴ « (...) je lui prouvai que de tous ces maux, il n'y en avait pas un dont la Providence fut disculpée, et qui n'eût sa source dans l'abus que l'homme a fait de ses facultés plus que dans la nature elle-même. » in J.-J. ROUSSEAU, *Confessions*, IX, à propos de la *Lettre sur la Providence*.

⁵ Voir F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, Paris, 1986.

L'auteur de la « Lettre sur le commerce »⁶, serait en revanche moins surpris de la place qu'ont acquise les entrepreneurs au sein du débat national sur les risques. Peut-être serait-il satisfait de constater que les pouvoirs publics prennent en charge les risques des entreprises en adaptant leur politique et leurs moyens à la situation des opérateurs et en leur appliquant par ailleurs des mesures spécifiques. Ce constat constitue l'objet de cette thèse.

2. Le contexte actuel n'est cependant pas comparable à celui de ces illustres auteurs. Si les risques naturels continuent d'être aggravés par une occupation des sols désastreuse marquée par une concentration des constructions dans des zones spécialement dangereuses⁷, « la société du risque »⁸ a fait apparaître de nouveaux types de risques provoqués par l'action humaine, auto-produits, fruits des activités techniques, industrielles et technologiques. L'expression de « nouveaux risques »⁹ désigne une double réalité¹⁰. Celle-ci résulte d'une part de la prise de conscience par l'opinion publique du caractère potentiellement catastrophique d'activités environnantes : Tchernobyl, Erika, AZF, pollutions agricoles, etc. Elle résulte d'autre part de l'émergence de risques produits par le développement des connaissances techniques et scientifiques : ESB, OGM¹¹. Ces derniers provoquent un « changement de

⁶ VOLTAIRE, *Lettre sur le commerce*, in *Lettres philosophiques*, 1734 : « je ne fçais pourtant lequel eft le plus utile à un État, ou un Seigneur bien poudré qui fçait précifément à quelle heure le Roi fe lève, à quelle heure il fe couche, & qui fe donne des airs de Grandeur en jouant le rôle d'efclave dans l'antichambre d'un Miniftre, où un Négociant qui enrichit fon Pais, donne de fon Cabinet des ordres à Suratte & au Caire, & contribue au bonheur du monde », p.91.

⁷ Les inondations catastrophiques de la dernière décennie ou l'explosion de l'usine AZF à Toulouse, témoignent d'une politique d'urbanisme privilégiant la maximisation de l'occupation des sols au détriment de la sécurité des habitants et entrepreneurs.

⁸ U. BECK, *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Champs Flammarion, Paris, 2001 ; P. PERETTI-WATEL, *La société du risque*, Éditions La Découverte, Paris, 2001.

⁹ O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Folio actuel, Paris, 2002.

¹⁰ « D'une part, (...) la perception du public et celle des experts divergent même lorsque les dangers sont bien connus. D'autre part, le débat public est avivé de manière répétée par l'irruption peu prévisible de nouveaux risques mal connus (...). » in *La décision publique face aux risques*, Rapport du Commissariat Général du Plan, La documentation française, p.111.

¹¹ « La période récente, on le sait, offre d'autres images. Les crises paraissent anormalement nombreuses, et leur gestion chaotique. Certains risques importants, bien qu'ils soient clairement

registre » dans la relation qu'entretiennent les hommes avec les progrès du savoir¹². Étant difficilement connaissables tant dans leurs causes que dans leurs conséquences, les nouveaux risques, marqués par un contexte de forte incertitude et de controverse entre experts, provoquent l'expression d'un irrésistible besoin de sécurité et le rejet de la fatalité comme justification de leur réalisation. Non que la société contemporaine soit moins sûre qu'auparavant, bien au contraire¹³, mais elle se caractérise par un rejet généralisé des potentialités de dommages - même minimes -, les reliquats d'insécurité devenant alors intolérables¹⁴.

De là résulte la formulation d'une exigence généralisée de sécurité que l'on tente d'opposer à l'État dont on attend « qu'il assure la sauvegarde des biens et des personnes, qu'il prescrive des réglementations susceptibles de prévenir les événements dommageables, qu'il intervienne pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes de compensation ou qu'il s'engage lui même dans la réparation. »¹⁵ Cette réclamation, qui se double d'une demande de mise en œuvre systématique de la solidarité nationale, se fonde sur une peur exacerbée par les tenants « catastrophistes »¹⁶ d'un principe de

analysés, et fassent l'objet de campagnes d'explication, sont très imparfaitement maîtrisés. En même temps, l'attention et l'anxiété de l'opinion publique sont attirées vers des risques imparfaitement connus, qui *a posteriori*, se révèlent parfois très lourds, mais parfois aussi bénins », Ibid, p.41.

¹² « Cette nouvelle donne s'est accompagnée d'un basculement dans l'idée que nos contemporains se font de la science et de la technique. Le postulat du progrès, selon lequel l'acquisition de nouvelles connaissances scientifiques et techniques engendre le progrès économique et social (...) est très largement mis en doute. », in O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc., p.28.

¹³ « Parallèlement, les études statistiques ont révélé les progrès considérables de la sécurité et de la santé réalisés dans les pays industriels occidentaux durant le XX^e siècle. C'est le résultat de l'amélioration de l'hygiène quotidienne, des progrès médicaux, du développement des Etats-providence et des systèmes d'assurance, mais aussi des progrès considérables réalisés par la technique industrielle. », Ibid, p.29.

¹⁴ Ceci étant d'autant plus paradoxal que le sentiment d'insécurité s'alimente des progrès de la sécurité et est donc condamné à être insatisfait.

¹⁵ In C. DOURLENS, J.P. GALLAUD, J. THEYS, P.-A. VIDAL-NAQUET, *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1991, p.

¹⁶ Ce terme ne doit pas être compris dans un sens péjoratif, il vise un « courant juge(ant) qu'il faut prendre pleinement en compte l'éventualité de la catastrophe, et donc refuser de s'engager dans une voie nouvelle lorsque la menace qui pèse sur les êtres humains du fait d'une activité économique apparaît majeure. (...) Face à la menace d'une catastrophe majeure, fût-elle de très faible probabilité, il est légitime de s'engager dans une nouvelle voie », in *La décision publique face aux risques*, préc., p.35.

précaution extrême, visant le risque zéro, supposant la preuve absolue et préalable de l'innocuité d'un produit ou d'une activité avant d'être exploités, invitant donc à l'adoption d'une règle d'abstention.

En conséquence, la réalisation d'un risque, même connu, conduit à ce que les autorités publiques soient jugées coupables soit de l'avoir provoqué soit de ne pas l'avoir empêché¹⁷. Il leur est alors demandé réparation des dommages subis, y compris lorsqu'elles n'en sont pas la cause¹⁸.

3. Ce constat n'est pas applicable aux seuls particuliers. Si tel était le cas, la demande accrue de sécurité ne serait pas si paradoxale puisqu'il est de l'essence même de l'État d'assurer la sécurité des citoyens. Or, par une sorte d'anthropomorphisme, qui n'est d'ailleurs pas propre à la matière des risques¹⁹, les entreprises tendent à exiger des pouvoirs publics qu'ils prennent en charge, comme pour les particuliers, les risques qu'elles courent. « Prendre des risques est (pourtant) le fait des entrepreneurs »²⁰, et l'appel à l'État pour assurer la prévention, la prévoyance ou la réparation d'événements imprévisibles qui sont pour eux autant une chance de profit qu'une probabilité de pertes, semble d'autant plus étonnant que, dans un contexte d'économie libérale, ils sont peu enclins à laisser l'administration s'immiscer dans la gestion de leurs activités.

Voir H. JONAS, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, Paris, 1998.

¹⁷ « L'idée prévaut qu'il n'y a pas de pur aléa : le fait qu'un risque se réalise conduit automatiquement à se retourner vers l'État en se demandant s'il n'aurait pas pu empêcher sa réalisation, mieux, en considérant que l'État aurait dû empêcher sa réalisation. », in Rapport du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, Paris, 2005, p.275.

¹⁸ « C'est à lui que réparation (est) demandée. Et de plus en plus, il intervient. Il n'intervient pas comme distributeur d'aumônes, mais comme débiteur naturel de la victime. L'évolution a commencé avec les lois sur les dommages de guerre. Mais qu'il s'agisse d'inondations, de tempêtes de glissements de terrain, de ruptures de barrages ou de cataclysmes quelconques, on voit, de plus en plus naturellement une loi intervenir pour assurer, aux dépens de l'État la réparation des dommages privés. », in R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Première série : Panorama des mutations*, 3^e édition, Dalloz, Paris, 1964, p.342.

¹⁹ On peut en prendre pour preuve, l'assimilation juridique des personnes morales et physiques en matière de responsabilité pénale.

²⁰ In O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc., p.9.

Le paradoxe est alors important, qui amène les entreprises à contredire la liberté économique dont elles bénéficient, qui exclut en théorie les interventions publiques jugées perturbatrices des marchés, par une demande d'intervention publique intégrale²¹, au nom de la sécurité. Les exemples sont nombreux, où l'on a vu les entreprises du secteur aérien en appeler aux autorités publiques à la suite des attentats du 11 septembre 2001, l'industrie hôtelière et du tourisme réclamer une prise en charge des conséquences de la crise de la vache folle ou de la fièvre aphteuse, etc.

Or, pour paradoxale qu'elle soit, cette demande tend à être entendue par les pouvoirs publics qui développent une politique de prise en charge des risques des entreprises. Afin d'en étudier précisément les conditions et modalités, il convient au préalable de définir les termes exacts des problèmes juridiques qu'elle pose.

DEFINITION DES RISQUES DES ENTREPRISES

4. L'objectif de cette étude est d'analyser et de théoriser les motifs et les modalités de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques que supportent les entreprises. Or, la diversité de ces derniers ainsi que des sens qu'on leur attribue, celle des événements qui en sont la cause, la multiplicité des dommages susceptibles d'en résulter et celle des entités sur qui pèsent les risques exigent nécessairement de délimiter plus strictement ce sujet. Ce n'est qu'à cette condition que la thèse développée pourra être précisément présentée.

²¹ La demande des entrepreneurs porte d'une part sur une intervention en amont de la réalisation des risques pour le prévenir ou garantir ses conséquences dommageables, et d'autre part sur une action en aval, visant à faire cesser les troubles économiques, restaurer une situation économique viable et indemniser les préjudices subis.

5. Exposer l'objet et l'intérêt de la thèse suppose au préalable d'en avoir défini et circonscrit les termes. Il convient alors de préciser ce qu'il faut entendre par prise en charge des risques des entreprises.

Tout d'abord, la prise en charge par l'État des risques des entreprises sera entendue dans un sens volontairement large, excédant la simple politique d'indemnisation des préjudices subis. Elle comprendra alors toutes les étapes de la gestion des risques, de sa détection et de son analyse à sa réparation en passant par les tentatives de prévention et de prévoyance des dommages. Le terme d'État s'étendra par ailleurs à l'ensemble des collectivités territoriales²² : État, régions, départements et communes. On se référera alors souvent au terme de pouvoirs publics²³ ou d'autorités publiques pour désigner l'ensemble de ces entités dotées d'un pouvoir de décision²⁴.

6. Ensuite, la polysémie du terme de risque²⁵, le succès qu'il connaît²⁶ auxquels s'ajoutent les divers qualificatifs qu'on lui attribue (sanitaire, industriel, technologique, naturel, politique, environnemental, etc.), impose au juriste de se référer à une définition

²² Le terme d'État sera volontairement utilisé dans sa signification générique, incluant ses composantes territoriales. Et ce pour deux raisons : d'une part la matière des risques des entreprises ne remet pas en cause de manière substantielle la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales. D'autre part, on constate que c'est en priorité à l'État que sont adressées les demandes de prise en charge des risques sans que soient considérées les collectivités locales, qui sont pourtant responsables de la mise en œuvre concrète des politiques publiques. Il en est ainsi par exemple de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité qui impose à *l'État* le devoir d'assurer la sécurité.

²³ La Constitution de la Ve République fait référence au terme de pouvoirs publics à plusieurs reprises, notamment à son article 5 qui confie au Président la tâche d'assurer « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ».

²⁴ Il s'agit de l'ensemble des organes « susceptibles de prendre une décision politique », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992, V° « Pouvoirs publics ». Voir A. BILLIER-MARYIOLI, « La notion de pouvoirs publics », *R.R.J.* 2001, p.1623. Le terme d'autorités publiques est utilisé dans la Charte de l'environnement sans qu'aucune distinction ne soit faite entre les diverses collectivités territoriales chargées de mettre en œuvre « les politiques publiques » de prévention.

²⁵ « Le concept de risque est polysémique : il est philosophique, économique, culturel, technique, anthropologique, juridique (...) », in Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 12^e édition, Paris, 2005, p.

unique, définition cadre, en vue de déterminer les effets de droit et le régime juridique qui résulteront de la qualification qu'il aura opérée. Une telle définition, nécessairement large, n'empêche cependant pas d'y adjoindre par la suite certains critères supplémentaires afin de pouvoir rendre compte de ses diverses manifestations.

L'étymologie du terme « risque » permet d'en dégager les deux aspects principaux : son caractère imprévisible tout d'abord, son caractère dommageable ensuite. On peut alors retenir qu'est un risque toute menace d'événement dommageable²⁷. On notera le caractère éminemment relatif de la notion, qui tient à la définition de ce qui est imprévisible²⁸ et dommageable, et qui transparaît parfaitement dans les définitions que lui donnent les dictionnaires : « danger *plus ou moins* éventuel, *plus ou moins* prévisible »²⁹, « danger, inconvénient *plus ou moins* prévisible »³⁰. On en déduit alors le caractère subjectif³¹ du risque puisqu'un événement imprévisible pour un

²⁶ P. PERETTI-WATEL, *La société du risque*, Ed. La découverte, coll. Repères, Paris, 2001, p.12.

²⁷ L'étymologie du terme « risque » est discutée. Certains font venir le mot du latin « rixare » qui signifie « se quereller » et renvoie à la notion de danger. D'autre le font venir du latin « rescare » signifiant « couper » et du grec moderne « rhizikon » signifiant « hasard » ou de « riscus » donnant l'espagnol « riesgo » signifiant « écueil ». Voir pour une étude étymologique détaillée : N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, P.U.A.M., 2005, p.12 et s. Quelle que soit l'origine retenue, les deux composantes de la notion de risque sont présentes : l'idée de hasard et celle de dommage.

²⁸ L'étude de la notion de risque et de l'imprévisible qui le caractérise renvoie inévitablement à l'histoire de probabilités et des statistiques, intimement liée aux jeux de toutes sortes. Présents pour la première fois dans le *Liber de Ludo Aleae* de Cardan en 1525, les principes statistiques de la probabilité seront développés par Pascal, Fermat et mis en pratique par Graunt et Halley. Le calcul des probabilités a en effet permis de ne plus voir dans les risques les seuls fruits du hasard, de la fatalité ou de la volonté divine, mais de les considérer comme des objets d'une prévisibilité quantifiable. En combinant les données statistiques et le calcul probabiliste, il devient alors possible de déterminer avec précision la probabilité d'occurrence d'un événement. Ces outils mathématiques inestimables permirent le développement de l'assurance qui accompagna le commerce maritime puis le développement industriel par la suite. Voir en ce sens : P. L. BERNSTEIN, *Plus forts que les dieux, la remarquable histoire du risque*, Flammarion, Paris, 1998.

²⁹ Dictionnaire Robert.

³⁰ Larousse, *Dictionnaire de la langue française*.

³¹ « En soi, rien n'est un risque, il n'y a pas de risque dans la réalité. Inversement, tout peut être un risque ; tout dépend de la façon dont on analyse le danger, considère l'événement », in F. EWALD, *Histoire de l'État providence*, Grasset et Fasquelle, Paris, 1996, p.136. C'est Bernoulli qui pour la première fois pose le principe d'utilité et qui l'applique aux décisions et aux choix que font les individus : « l'utilité (...) dépend des circonstances dans lesquelles la personne fait son estimation. (...) Il n'y a pas de raisons pour que (...) les risques anticipés soient de valeur égale pour tous ». Cité in P.L. BERNSTEIN, *préc.*, p.96.

individu peut ne pas l'être pour un autre, les dommages subis par l'un pouvant être bénéfiques à l'autre.

Cette définition exclut donc l'ensemble des effets positifs que peut entraîner un fait imprévisible. Non que ce dernier ne puisse pas engendrer simultanément des dommages et des bienfaits, mais le terme de risque, tel qu'il est appréhendé par les pouvoirs publics, exclut sa connotation positive. Ceci revêt une importance pratique considérable dans la mesure où l'imprévisible correspond pour un entrepreneur tant à une éventualité de pertes qu'à une éventualité de profits³². On évoque en effet fréquemment le risque comme le moteur de toute activité économique et la justification du profit. La prise de risque constitue alors une vertu dont sont récompensés les entrepreneurs innovants et audacieux, provoquant l'admiration par leur « goût du risque »³³. Cette « recherche délibérée des occasions, inévitablement aléatoires, de conduire des aventures profitables. »³⁴, ne fait pas l'objet d'une politique de prise en charge publique. Elle sera donc exclue de l'analyse qui se concentrera sur l'aspect potentiellement dommageable du risque.

Par ailleurs, l'objet de cette étude ne concerne que les événements déjouant les prévisions ordinaires des entreprises. Le risque doit en effet être différencié des simples aléas que supporte tout opérateur durant l'exploitation de son activité. S'ils ont en commun d'être « plus ou moins » imprévisibles, le risque et l'aléa ne désignent cependant pas la même réalité. Ce dernier désigne en effet ce qui doit être normalement supporté par un entrepreneur raisonnablement prévoyant en contrepartie de l'activité qu'il exerce librement. On parlera alors d'aléa inhérent à l'activité économique³⁵, résultant notamment de la concurrence qu'elle doit affronter, des variations de la

³² La théorie économique de la décision associe d'ailleurs au risque des chances de gain comme des possibilités de pertes. Voir O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc., p.37 et s.

³³ « le simple calcul nous dissuaderait d'investir, si le goût du risque n'était pas inscrit dans la nature humaine » in KEYNES, *The general theory on employment, interest and money.*, Harcourt and Brace, 1936, p.159.

³⁴ In *La décision publique face aux risques*, Commissariat Général du Plan, La documentation française, 2001, p.69.

³⁵ Voir en ce sens, C.A.A. de Lyon, 8 février 1993, *Epx Bougarel-Tessier*, *A.J.D.A.* 1993, p.744, note J.P.J. La Cour parle des aléas « auxquels toute activité commerciale est par nature soumise ».

demande et du prix des matières premières, des réglementations de marché, de la conjoncture économique, etc. À l'inverse, le risque constitue ce qui ne peut être raisonnablement prévu par un opérateur, qui excède ses capacités de prévisions et lui cause des dommages anormaux.

7. Enfin, les entreprises³⁶ seront définies comme des entités économiques et sociales dont l'activité vise « la production, la transformation, la distribution de biens et de prestations de services ou de certaines de ces fonctions. »³⁷. Elles sont constituées d'un ensemble de moyens humains, matériels et financiers affectés à un but économique : rentabilité, profit, performance, compétitivité, etc. Elles sont susceptibles de prendre diverses formes dont la principale est la société³⁸, définie à l'article 1832 du Code civil comme étant « instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. ».

La Cour de justice de Communautés européennes, définissant le champ d'application des règles de concurrence, donne une définition voisine, quoi que plus restreinte, limitée à l'activité économique de l'entreprise. Il s'agit de « toute entité qui exerce une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement »³⁹.

Si le statut juridique adopté par l'entreprise importe peu, il faut cependant retenir l'hypothèse des entreprises publiques afin de la mettre partiellement à l'écart. Considérées comme des entreprises industrielles et commerciales dotées de la personnalité morale dont le patrimoine appartient en majorité à des personnes publiques, les entreprises publiques entretiennent nécessairement des relations

³⁶ Voir J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.* 1999, p.157. L'auteur définit l'entreprise à partir de sa réalité économique et sociale.

³⁷ *Ibid*, p.161.

³⁸ « La société est d'abord une technique d'organisation juridique des entreprises », *Ibid*, p.163.

³⁹ C.J.C.E., 27 avril 1991, *Höffner*, C-41/90, Rec. I, p.1979.

privilégiées avec les collectivités actionnaires⁴⁰. Or ces rapports entretenus par « l'État actionnaire »⁴¹ ne sont pas l'objet de cette étude. Les entreprises publiques seront donc traitées à l'égal des entreprises privées dans ce qu'elles ont de commun : leur statut d'entreprise agissant dans les mêmes conditions sur les marchés économiques, sans toutefois nier la particularité de certaines d'entre elles, liée aux missions d'intérêt général ou de service public qu'elles exercent.

INTERET DE L'ETUDE ET PROBLEMATIQUE

8. La politique publique de prise en charge des risques des entreprises n'est pas née avec l'ère technologique. Elle remonte bien au-delà, l'État ayant toujours indemnisé, de façon ponctuelle et circonstancielle, les conséquences dommageables des calamités naturelles, des guerres ou autres émeutes pour les commerces, récoltes et troupeaux⁴².

Cependant la nature et l'intensité des risques ayant changé, la conception que s'en font l'opinion publique et les entrepreneurs ayant évolué et la demande d'intervention publique s'étant développée, on peut s'interroger sur la question de savoir si l'action publique au profit des entreprises n'a pas elle-même changé son visage. Et ce, au regard des deux éléments qui en constituent l'objet : l'entreprise sur qui pèse le risque et le risque lui-même.

9. On peut d'une part s'interroger sur l'influence qu'exerce la nature économique des entreprises sur l'action des pouvoirs publics. En effet, si les

⁴⁰ Voir le décret n°2004-963 du 9 septembre 2004, créant « l'Agence des participations de l'Etat » exerçant la mission de l'État actionnaire.

⁴¹ Voir A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, Thèse Paris II, 2005.

⁴² Voir J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, Berger-Levrault, Paris, 1980, et M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, T. 174.

entrepreneurs tentent de se voir reconnaître, au même titre que les particuliers, le bénéfice d'une prise en charge intégrale des risques qu'ils courent, il convient de déterminer si le traitement qu'on leur accorde diffère de celui dont bénéficient généralement les administrés. Cette interrogation n'est pas artificielle puisque les risques des entreprises se différencient de multiples façons des risques des particuliers. En premier lieu, certains sont spécifiques aux entreprises. Il s'agira par exemple de comportements imprévisibles et potentiellement dommageables adoptés par des opérateurs concurrents : espionnage industriel, contrefaçons, concurrence déloyale, etc. En second lieu, lorsque les risques sont également subis par les particuliers, les préjudices que doivent supporter ces derniers diffèrent de ceux que subissent les entrepreneurs : diminution des recettes, perte de clientèle, destruction des stocks, perte de parts de marché, chute de la valeur des actions, etc. En dernier lieu, des risques de plus en plus nombreux sont créés par des entreprises (risques industriels et technologiques). Dès lors, à la nature économique des victimes des risques s'ajoute celle de leurs causes.

L'analyse juridique impose alors de se demander si, et dans quelle mesure, les fondements de l'action publique, les contraintes qui s'imposent à elle, et les modalités qu'elle adopte sont influencés par la matière économique. Ceci revient à déterminer et à évaluer l'effet déformant qu'elle peut avoir sur l'intervention des pouvoirs publics, c'est-à-dire à déterminer si les règles de droit public qui encadrent de façon générale l'exercice des missions des collectivités publiques sont modifiées ou adaptées à la particularité de la situation des opérateurs. Ceci suppose également d'apprécier les conséquences de l'intégration de considérations économiques à la politique publique de gestion des risques, que l'on ne retrouverait pas, ou dans une moindre mesure, dans le cas des particuliers : exigences financières, protection de la liberté d'entreprendre, respect des règles des marchés et de la concurrence, recherche de l'efficacité économique, réponses aux carences des marchés, etc.

10. D'autre part, et quelles que soient les réponses apportées aux problématiques sus-évoquées, une seconde question doit être posée, portant sur l'influence des nouveaux risques sur la prise en charge publique. En effet, tant les fondements ou les

méthodes utilisées, que les moyens mis en œuvre sont susceptibles d'être réinterprétés à la lumière de ces risques marqués par une forte incertitude et de nombreuses controverses. Il convient alors de déterminer si l'imprévisible impose que les fondements de l'action publique soient modifiés, notamment par le principe de précaution, ou que les méthodes gouvernant la prise de décision intègrent de nouveaux paramètres tels la démocratisation et la transparence dans la délimitation du risque socialement et économiquement acceptable. Il convient ensuite de déterminer si le contexte de crise et d'incertitude qui caractérise ces risques impose de revoir les outils classiques de prévention ou de réaction.

METHODE RETENUE

11. L'étude théorique de la prise en charge des risques des entreprises, si elle relève fondamentalement du champ du droit public et fait une large place à la police administrative, à la responsabilité de la puissance publique, et au droit de l'environnement, suppose néanmoins l'adoption d'une méthode d'analyse pluridisciplinaire et comparatiste en raison de la multiplicité de ses sources.

Elle nécessite en effet de recourir à une comparaison systématique des techniques juridiques mises en œuvre par les pouvoirs publics avec celles qui sont adoptées à l'égard des particuliers d'une part, et avec celles que mettent en œuvre les entreprises dans le cadre de leur politique de gestion des risques d'autre part. Ce n'est qu'à cette condition qu'il sera possible de répondre à la question de la spécificité de l'action publique qui résulterait de la nature économique des entreprises victimes de risques.

Aussi faudra-t-il dépasser l'étude du droit public pour s'intéresser à la matière technique et parfois aride de ce que les Anglo-saxons appellent le « risk-management », se plonger dans le droit des assurances, plus particulièrement les assurances des risques

d'entreprises⁴³, et se référer fréquemment au droit des affaires (droit des sociétés, droit de la concurrence). Les comparaisons que permet l'exploration de ces matières demeureront principalement des comparaisons de droit interne. L'ampleur du sujet, résultant lui-même de la diversité des phénomènes à appréhender, nécessite en effet de limiter le champ d'analyse. Cependant, les sources internationales ou communautaires du droit public interne ne seront pas délaissées et permettront de fréquentes références et illustrations destinées à appuyer les raisonnements suivis.

12. L'évaluation des effets et influences de la matière économique sur l'intervention publique exige en outre, de façon transversale, de recourir à des outils mis en œuvre par l'analyse économique du droit. Celle-ci consiste à « appliquer les outils de l'analyse économique à des domaines du droit qui ne portent pas explicitement sur des relations économiques »⁴⁴ afin d'évaluer et d'expliquer les effets de l'adoption d'une norme, de déterminer ses conséquences imprévues et d'envisager celle qui devrait être adoptée⁴⁵. Le recours à une telle analyse permettra de comprendre les raisons de l'intervention publique dans un domaine théoriquement laissé à la seule compétence des opérateurs et à la régulation des marchés. Il s'agira alors d'étudier des phénomènes tels que les carences de marché ou les externalités négatives, notions développées par les

⁴³ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, Précis Dalloz, Paris, 1991.

⁴⁴ In B. LEMENNICIER, *Économie du droit*, Ed. Cujas, Paris 1991. L'apparition de l'analyse économique du droit est relativement récente. On peut la faire remonter au début des années 60 lorsque G. CALABRESI (« Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, 1961) et R. COASE (« The problem of social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960) appliquèrent le raisonnement économique à des problèmes de responsabilité civile et de coûts sociaux. Par la suite, R. POSNER a tenté d'appliquer l'analyse économique à tous les domaines du droit. Voir notamment : R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 5e édition, 1998.

p.8 : « Dans peu de temps, le juriste ne pourra plus se permettre d'ignorer les apports des économistes à son propre domaine d'étude ».

⁴⁵ Ces trois buts correspondent aux trois niveaux de l'analyse économique du droit : critique, normative et prédictive. Voir TH. KIRAT, *Économie du droit*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris, 1999, p.12. « C'est d'abord un projet qui revendique une orientation positive, qui consiste à comprendre et à évaluer économiquement les règles et les institutions juridiques (...). C'est aussi une entreprise qui n'est pas exempte d'un contenu normatif, dans la mesure où l'analyse économique du droit fournit les bases d'une évaluation économique du droit et, ce faisant, définit les conditions d'élaboration et de sélection des règles qui sont conformes à un principe d'efficacité. C'est enfin, un système d'analyse qui prend la dimension d'une théorie explicative du droit. ».

économistes, que l'on pourra appliquer à la situation des risques des entreprises. Cette analyse permettra également de comprendre comment s'opère le choix des instruments les plus adaptés à la situation des entrepreneurs, ainsi que les raisons pour lesquelles il est parfois préférable de recourir à des outils économiques de gestion des risques plutôt que de mettre en œuvre des outils juridiques plus classiques. Il conviendra en ce sens de recourir à la notion d'efficacité économique, considérée comme une norme que doit promouvoir l'action publique. Le recours à de tels outils sera utilement complété par des références aux théories économiques de la réglementation⁴⁶ qui, en soulignant les défauts et inconvénients du recours à la réglementation⁴⁷, permettent de déterminer laquelle, de la solution publique ou des autres solutions alternatives, doit être retenue.

13. Largement teintée d'économique, l'étude entreprise, n'en demeure pas moins une étude de droit public⁴⁸ dans la mesure où elle vise à analyser les règles relatives au fonctionnement de l'État, à ses missions, obligations et devoirs dans le cadre des relations entretenues avec les entreprises. Elle se concentrera donc sur les contraintes imposées à la prise en charge des risques des entreprises, sur ses fondements, ses moyens et ses modalités, en conservant en toile de fond l'intérêt général que poursuivent nécessairement les autorités publiques. Les notions de police administrative, d'ordre public⁴⁹, de service public, de responsabilité de la puissance publique, de libertés publiques, de finances publiques, baliseront donc le chemin de la démonstration.

Faut-il néanmoins accoler l'adjectif économique à cette étude de droit public ? On le peut à plusieurs titres. D'une part parce qu'il s'agit d'analyser les fondements et

⁴⁶ Voir F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La Découverte, 2004 et A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p.146 et s.

⁴⁷ Et non pas simplement les défauts du marché que la réglementation pourrait corriger, comme le font les tenants de l'économie publique. Voir F. LEVEQUE, préc., p.3 et 11.

⁴⁸ Voir D. TRUCHET, *Le droit public*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 2003.

⁴⁹ « Le recours à la police administrative est bien aujourd'hui le réflexe dominant », in J.-B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque », in Rapport annuel du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, p.353. Plus loin l'auteur

les modalités d'interventions publiques en matière économique, d'autre part parce que l'économie imprime certains caractères particuliers à l'action des pouvoirs publics qui l'influence en retour⁵⁰.

Considérée comme une intervention publique en matière économique, la prise en charge des risques des entreprises peut être considérée comme relevant du droit public de l'économie⁵¹. Son étude suppose alors de décrire les techniques « d'encadrement public de l'économie »⁵² mises en œuvre - techniques budgétaires, techniques de planification territoriales – ainsi que les mesures de maintien du bon ordre des marchés économiques, notamment la police de la concurrence⁵³.

Influencée par la matière économique, la prise en charge des risques des entreprises relève également de l'étude du droit économique⁵⁴ dans la mesure où certaines de ses modalités sont incontestablement spécifiques, quoi que de façon inégale, par rapport aux outils traditionnels qu'offre le droit public, et amènent ainsi à les percevoir sous un jour différent⁵⁵. Les autres modalités, si elles ne subissent pas une telle déviation, connaissent cependant diverses adaptations en raison de la nature économique des entreprises qui supportent les risques.

énonce que « C'est le droit public, naturellement, qui fournit le cadre institutionnel de la gestion politique des risques ».

⁵⁰ « L'ordre juridique affecte le système économique existant et en est affecté. Le fonctionnement harmonieux d'un système économique déterminé requiert un certain nombre de règles de droit qui assurent l'appropriation et l'usage des facteurs de production, des produits et des services. En sens inverse, tout ordre juridique a des répercussions, recherchées ou non, sur le système économique qu'il encadre, régit et normalise », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, P.U.F, coll. Que sais-je ?, 4^e édition, Paris, 2003.

⁵¹ Voir P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Paris, 1998. L'auteur définit le droit public de l'économie comme « le droit applicable aux intervention des personnes publiques dans l'économie et aux organes de ces intervention », p.16.

⁵² Ibid, p.321.

⁵³ Selon G. FARJAT, « La notion de droit économique », Archives de philosophie du droit, T.37, *Droit et Economie*, p.27, le droit économique est un droit organisateur de l'économie et des marchés.

⁵⁴ « Le droit économique (...) est une qualification du droit, le droit vu dans ses conséquences économiques », in A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, cités par TH. KIRAT, *Economie du droit*, préc., p.23. Voir D. TRUCHET, « Réflexions sur le droit économique public en droit français », *R.D.P.*, 1980, p.1009.

⁵⁵ « (...) l'économie est une matière trop originale pour que les règles de droit général puissent s'y appliquer sans de sensibles déviations. », Ibid, p.1012.

THESE PRESENTEE

14. Tentant d'appréhender la prise en charge des risques des entreprises par les pouvoirs publics, le juriste est d'emblée confronté à la diversité des hypothèses qu'il lui incombe de traiter: diversité des origines du risque (naturel, technologique, humain, politique, administration etc.), diversité des victimes potentielles (petits commerces, grandes multinationales, industriels, agriculteurs, etc.), diversité des dommages matériels et financiers, diversité des branches du droit concernées. A celle-ci s'ajoutent l'absence d'unité apparente de la matière et le dépassement des schémas classiques qu'offre le droit public, tous éléments qui peuvent le conduire à craindre l'impossibilité de mener à son terme une analyse cohérente fondée sur un certain nombre de constantes.

En effet, si le droit public connaît la notion de risque⁵⁶, ceux qu'il s'agit d'étudier ici, et principalement « les nouveaux risques », dépassent son cadre conceptuel et modifient les catégories juridiques sur lesquelles il repose⁵⁷.

Ainsi, « l'appareillage que le droit public fournit à la gestion politique des risques se trouve-t-il, lui aussi, perturbé (...) parce que les questions qui viennent vers lui ne sont plus tout à fait les mêmes »⁵⁸. Par exemple, la police et la responsabilité de la puissance publique subissent, du fait de l'existence de nouveaux risques, des inflexions sensibles. Leur efficacité est remise en cause du fait de risques irrésistibles et de plus en plus indétectables, dont l'intensité des conséquences est de plus en plus importante.

⁵⁶ Le droit de la responsabilité de la puissance publique connaît par exemple la notion de risque. Elle s'applique aux hypothèses d'engagement de responsabilité sans faute du fait de l'utilisation de choses ou de méthodes dangereuses, d'accidents de travaux publics, de dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public. Le droit public connaît par ailleurs de l'imprévisible et tente de lui faire produire certains effets : exonération de responsabilité en cas de force majeure ou de cas fortuit, obtention d'aides ou d'indemnités en cas d'imprévision ou de fait du prince, assouplissement des exigences de légalité en cas de circonstances exceptionnelles, etc.

⁵⁷ Voir en ce sens : J.-B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque », Rapport du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, p.351. Selon l'auteur, le droit administratif est un instrument de gestion des risques qui permet d'imputer la charge de prévoir, prévenir et réparer les conséquences des risques à une entité déterminée. Il permet en outre d'organiser des régimes de prévention et de prévoyance des risques. Il fournit enfin des outils de gestion politique des risques.

⁵⁸ Ibid, p.354.

Leur rôle même est remis en cause : on tend à exiger de la police qu'elle ne se limite plus à assurer le bon ordre, mais la sécurité absolue en maintenant une situation de risque zéro pratiquement inaccessible. Par ailleurs, la responsabilité n'est plus uniquement un instrument de régulation des comportements, mais tend à devenir un outil de garantie ou d'assurance.

15. Si l'entreprise n'est pas aisée, elle n'est toutefois pas impossible à mener. Derrière cette diversité, la prise en charge des risques des entreprises par les pouvoirs publics connaît en effet une unité. Celle-ci réside en premier lieu dans le fait que, quelle que soit la source du risque et quelles que soient les modalités adoptées, *a priori* ou *a posteriori*, l'action publique s'adapte à la situation des entreprises et à la spécificité des préjudices qu'elles subissent. Cette prise en compte constante de la nature économique des victimes des risques se retrouve aussi bien dans les contraintes qui s'imposent à l'action publique, que dans ses fondements et ses modalités concrètes. Elle ne se manifeste cependant pas toujours de la même façon et avec la même intensité. Il s'agira tantôt d'une simple adaptation d'outils classiques de droit public, tantôt de l'adoption d'outils spécifiques, parfois économiques, mieux à même de traiter des risques considérés.

Il s'agit en second lieu du fait que les modalités de la prise en charge des risques des entreprises suivent toujours un schéma identique : tenter d'empêcher leur réalisation (prévention), se prémunir contre leurs conséquences dommageables (prévoyance), faire cesser la situation de trouble, restaurer une situation économique viable et indemniser les préjudices subis.

En dernier lieu, l'unité réside dans l'objectif que s'assignent les pouvoirs publics qui est d'assurer un équilibre permanent entre le risque considéré comme un danger, une probabilité de pertes économiques, et le risque considéré comme une opportunité, celle des innovations, du développement, de la réussite. Il vise à assurer la sécurité des opérateurs tout en n'imposant pas de contraintes ou d'aides excessives, et nécessite un subtil dosage d'interventionnisme et de libéralisme.

16. À ces constantes viennent s'ajouter des tendances qui, si elles n'irriguent pas entièrement la matière des risques des entreprises et ne l'unifient pas à elles seules, lui apportent cependant une cohérence certaine. Elles s'entrecroisent, n'entraînent pas les mêmes conséquences, et ne conduisent donc pas à des conclusions univoques : elles n'en structurent pas moins la prise en charge publique.

Il en va ainsi tout d'abord lorsque l'on s'intéresse à l'origine des risques que courent les entrepreneurs. Une première tendance conduit en effet à distinguer la prise en charge des risques selon qu'ils sont créés ou non par les pouvoirs publics. Cette distinction influence fortement la nature des fondements de l'action publique ainsi que l'étendue de l'indemnisation. Une seconde tendance vise en outre à distinguer les risques selon qu'ils sont créés ou non par d'autres entreprises. La double nature économique du risque, du fait de son origine et de sa victime, conduit alors les pouvoirs publics à adopter des modalités de prévention et de prévoyance particulières.

Il en va de même ensuite, de la tendance qui conduit les pouvoirs publics à n'intervenir que subsidiairement, non pour remplacer les entreprises dans la gestion de leur activité, mais pour pallier leurs carences ou insuffisances, principalement lorsqu'il s'agit de prévenir les risques et d'en faire cesser les conséquences dommageables.

Enfin, la dernière tendance conduit à distinguer parmi les victimes éventuelles, celles qui entretiennent des relations privilégiées avec l'administration du fait d'une promesse ou de la conclusion d'un contrat. L'indemnisation de leurs préjudices ainsi que le rétablissement de leur situation économique tiennent compte de ce lien qui les unit.

17. Faire part de l'unité de la prise en charge des risques des entreprises par l'État alors que la matière semble foisonnante et marquée par la diversité suppose de retenir un plan d'étude qui permette de démontrer l'un tout en soulignant l'autre. Il s'agit alors d'intégrer la simplicité dans un domaine particulièrement complexe. Un plan simple, trouvant ses bases dans des références juridiques stables est essentiel. On retiendra donc une analyse en deux temps consistant respectivement à exposer le contexte juridique de la prise en charge des risques des entreprises et les modalités de

ces dernières. Ce faisant, il sera possible d'étudier comment les fondements et les contraintes qui s'imposent à l'action publique s'adaptent à la spécificité de la situation des entrepreneurs et prennent en compte la réalité des nouveaux risques. Ensuite, on pourra distinguer parmi les modalités d'action, celles qui relèvent d'une attitude attentive, et celles qui relèvent d'une attitude réactive, toutes imprégnées de considérations économiques et soumises à des tendances parfois contradictoires : une demande accrue de prise en charge publique provenant du monde économique et une volonté de conserver aux entreprises une liberté et une autonomie suffisantes.

Première partie : Le contexte juridique de la prise en charge des risques des entreprises.

Seconde partie : Les modalités de la prise en charge des risques des entreprises.

PREMIERE PARTIE :
LE CONTEXTE JURIDIQUE DE LA PRISE EN
CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES

18. Identifier le contexte juridique dans lequel s'inscrit l'intervention publique en matière de risques des entreprises exige de s'intéresser à l'ensemble des éléments qui la déterminent et la délimitent. Cela suppose, dans un premier temps, d'étudier les conditions de l'action publique, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics prennent à leur charge les événements imprévisibles et dommageables que peuvent subir les entrepreneurs, ainsi que les contraintes qui s'imposent à eux (**Titre premier**). Puis, dans un second temps, de déterminer les fondements en vertu desquels ces risques sont assumés (**Titre second**).

Ceci permettra d'exposer les raisons pour lesquelles les risques des entreprises entraînent dans certaines hypothèses l'application du même régime juridique que les risques des particuliers tout en lui imposant certaines adaptations, alors que, dans d'autres hypothèses, ils impliquent un régime propre.

Cette analyse théorique revêt en outre un intérêt pratique considérable puisque le contexte juridique de l'action publique conditionne la manière dont les risques seront concrètement pris en charge. Il explique pourquoi certains outils économiques doivent nécessairement venir compléter l'utilisation des outils traditionnels que mettent en œuvre les pouvoirs publics.

TITRE PREMIER :
LES CONDITIONS DE LA PRISE EN CHARGE DES
RISQUES DES ENTREPRISES

19. Que les pouvoirs publics prennent en charge les risques pesant sur des entreprises, censées assumer seules les conséquences de leur activité, semble à première vue paradoxal, tant il ne revient pas en principe à l'État de s'immiscer dans la gestion des activités économiques privées. Limitée au maintien des conditions optimales de fonctionnement des marchés, son action ne semble en effet pas devoir s'étendre jusqu'à assumer des événements qui devraient relever de la seule prévision des opérateurs.

Pour comprendre les raisons qui le conduisent alors à mener une telle politique, il convient de déterminer les conditions dans lesquelles s'inscrit la prise en charge publique. Ceci revient à exposer en premier lieu les situations constitutives de risques pour une entreprise qui entraînent l'intervention publique (**Chapitre premier**) et en second lieu les contraintes qui s'imposent à cette dernière (**Chapitre second**).

Cette démarche permettra de souligner la double spécificité des risques des entreprises par rapport aux simples aléas qu'elles doivent assumer d'une part, et par rapport aux risques que courent les particuliers d'autre part. Elle permettra également de caractériser les relations particulières entretenues par l'État avec les entreprises victimes d'un risque, qui modifient la vision traditionnelle du rôle qu'on lui attribue.

CHAPITRE PREMIER :

TYPOLOGIE DES RISQUES DES ENTREPRISES

21. Affirmer que l'action des pouvoirs publics visant à prendre en charge les risques connaît une certaine spécificité du fait de la nature économique des entreprises qui les subissent, suppose nécessairement de comprendre ce qui distingue ces risques des simples aléas inhérents aux activités économiques d'une part, et des risques que subissent les particuliers d'autre part.

Or, si la notion de risque est caractérisée par un certain nombre d'éléments communs à toutes ses manifestations, elle revêt néanmoins une signification particulière lorsqu'il pèse sur une entreprise. Économique par son objet, le risque est en effet appréhendé différemment par la règle de droit et justifie l'application d'un régime juridique adapté. C'est pour cette raison que les caractères dommageable et imprévisible du risque acquièrent un sens particulier lorsqu'ils sont appliqués à des entreprises (**Section première**). De la même manière, ses diverses origines et la façon dont il est créé sont influencées par la nature économique des entreprises (**Section seconde**).

SECTION PREMIERE :

LES CARACTERES DES RISQUES DES ENTREPRISES

22. Le risque est une menace, il est imprévisible et potentiellement dommageable. Ces deux caractères se retrouvent quelles que soient son origine et la nature juridique de celui qui le supporte. En ce sens, le fait qu'une entreprise coure un risque ne modifie pas la définition de ce dernier. En revanche, la notion d'imprévisibilité (§1) tout comme celle de dommage (§2) revêtent une signification particulière lorsqu'elles s'appliquent à des entrepreneurs. C'est la raison pour laquelle les risques des entreprises se distinguent de ceux que supportent les particuliers, l'imprévisible, mais plus encore le dommageable, ne désignant pas la même chose dans les deux cas.

§ 1 - L'imprévisibilité des risques des entreprises

23. On pourrait avancer qu'il n'est pas possible de définir ce que l'on ne peut pas prévoir. Cela supposerait alors que l'imprévisible et l'inconnu soient synonymes, ce dernier ne pouvant donner lieu à une autre définition que négative : est inconnu, ce que l'on ne connaît pas. Mais on ne peut se satisfaire d'une telle synonymie puisque les deux notions renvoient à des idées différentes. D'une part en effet, un événement que l'on connaît peut se manifester de façon imprévisible ; d'autre part, le droit se préoccupe d'événements inconnus dont il cherche à protéger les individus, il en donne donc certaines définitions, ou à défaut, des indices : force majeure, imprévision, etc.

Il n'en demeure pas moins que définir ce qui est imprévisible n'est pas chose aisée. Il convient alors, afin de déterminer ce qui est imprévisible pour un entrepreneur (B), de savoir précisément ce que recouvre la notion d'imprévisibilité (A).

A- La notion d'imprévisibilité

24. Est imprévisible ce qui ne peut être prévu, soit que l'on ne sait pas comment le prévoir, soit que l'on n'en a pas les moyens. La détermination de ce qui est imprévisible est alors subjective, car elle est fonction des moyens dont on dispose et des connaissances que l'on a acquises. Un événement déterminé n'est donc pas nécessairement imprévisible pour tous.

En outre, un phénomène est dit imprévisible lorsque soit sa cause soit ses conséquences sont imprévisibles : un fait prévisible peut-il ainsi se réaliser de façon imprévisible en raison du lieu, de la date, de l'intensité de sa réalisation ou de ses conséquences.

L'ensemble de ces paramètres est appréhendé par le droit qui tente de faire produire à l'imprévisible certains effets juridiques précis (1°). Cette approche classique est toutefois soumise à une évolution contemporaine de la notion d'imprévisibilité (2°).

1° L'appréhension de l'imprévisible par le droit

25. De nombreuses branches du droit, si ce n'est toutes, font une place à la notion d'imprévisibilité afin de lui faire produire certains effets juridiques particuliers : exonération de responsabilité⁵⁹, obtention d'indemnités⁶⁰, possibilité de ne pas exécuter des obligations contractuelles⁶¹, etc. Certaines, comme le droit des assurances, sont d'ailleurs exclusivement construites autour de cette notion, puisque l'aléa qu'il s'agit de

⁵⁹ Il s'agit par exemple de la force majeure en matière de responsabilité de la puissance publique (par exemple : C.E., 26 juin 1963, *Calkeus*, p.401), et en matière de responsabilité civile (par exemple : C. Cass., 2^e civ., 13 juillet 2000, *L.P.A.* 12 juillet 2001, n°138, p. 24, note C. MARIE. : « L'imprévisibilité de l'événement invoqué comme cause exonératoire de la présomption de responsabilité est exigée au titre des éléments constitutifs de la force majeure. »

⁶⁰ Par exemple, application de la responsabilité pour risque en matière contractuelle : article 1138 du Code civil.

couvrir porte soit sur la réalisation de l'événement que l'on assure, soit sur sa date, soit sur ses conséquences⁶².

Sans prétendre vouloir répertorier l'ensemble de ces exemples, on peut tenter d'en dégager certains caractères communs.

26. À défaut d'avoir établi une définition stricte de la notion d'imprévisibilité, la jurisprudence tant administrative que judiciaire tend à la reconnaître négativement. L'imprévisible étant alors ce qui n'est pas prévisible, elle se réfère pour le déterminer à des indices tels que la fréquence de la réalisation d'événements similaires ou l'existence de précédents⁶³. Ainsi, des événements naturels se réalisant régulièrement seront considérés comme n'étant pas imprévisibles⁶⁴. Et ce, d'autant plus que dans une région géographique déterminée ou un secteur d'activité donné, des événements similaires se sont déjà produits⁶⁵. Si en revanche, l'événement n'entre pas dans le cadre de « tous les précédents connus », il pourra être considéré comme imprévisible⁶⁶.

L'opération de qualification juridique des faits à laquelle procède le juge tient ainsi nécessairement compte des données concrètes de chaque cas d'espèce. Ceci se manifeste également à l'égard de la personne qui n'a pu ou su prévoir l'événement dommageable. Ainsi, le fait d'avoir eu connaissance de l'imminence ou de l'existence

⁶¹ Application de la théorie de l'imprévision applicable aux contrats administratifs : C.E., 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, p.125, concl. CHARDENET.

⁶² Voir en ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 12^e édition, 2005, p.253 et s ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, P.U.A.M., 2005, p.71 et s.

⁶³ Voir en ce sens : S. NAUGUES-FENIOUX, *Le risque et le droit*, Thèse, Paris I, 2001, p.15 et s.

⁶⁴ Par exemple : C.E., 29 juin 1888, *Delpuch*, p.589, le Conseil considère que des inondations n'ont pas été imprévisibles compte tenu de la fréquence des inondations à cette période, dans cette région déterminée.

⁶⁵ C.E., 22 février 1967, *Ville de Royan*, p.951 : « des précipitations atmosphériques d'une importance au moins égale, s'étaient produites dans le même lieu en 1935 ; C.E., 14 mars 1986, *Commune de Val d'Isère c/Mme Boisy*, *A.J.D.A.* 1986, p.300, chron. M. AZIBERT et M. FORNACCIARI ; *D.* 1996, IR, P.463 ; *J.C.P.* 1986.II.20670, concl. B. LASSERRE, note F. MODERNE. Le juge déclare une avalanche prévisible dans la mesure où, depuis 1917, trois avalanches de même provenance, s'étaient déjà produites ». C.Cass., Crim, 8 février 2000, n°99-84-130, « les dangers inhérents à l'utilisation du gaz argon étaient notoires et prévisibles. », exemple tiré de S. NAUGUES-FENIOUX, p.17.

⁶⁶ En ce sens : C.E., 27 juillet 1988, *Cie marseillaise de Madagascar*, *R.D.P.*1989, p.546.

d'un événement déterminé, ne fera-t-il plus de celui-ci un événement imprévisible. Cette exigence est renforcée lorsque la victime de dommages, de par sa qualité de professionnel, devait raisonnablement prévoir ce qui les a causés. Un professionnel de l'immobilier étant présumé maîtriser les règles d'urbanisme applicables aux opérations d'aménagement est donc considéré comme devant raisonnablement prévoir les modifications des documents d'urbanisme⁶⁷. De même, un transporteur aérien, est considéré comme devant avoir prévu les conséquences d'un conflit imminent⁶⁸.

27. Le caractère imprévisible d'un risque peut être déduit de l'imprévisibilité de l'événement qui en est à l'origine, mais également de celle des conséquences dommageables qui peuvent en résulter. En effet, un événement prévisible peut entraîner des conséquences qui ne le sont pas en raison de leur intensité, ou de leur nature exceptionnelles. C'est alors parce qu'elles sont anormales, qu'elles seront considérées rétrospectivement comme imprévisibles⁶⁹. Il en va ainsi en matière d'imprévision lorsque le caractère imprévisible de l'événement ayant bouleversé l'économie du contrat administratif est déduit de l'anormalité de ses conséquences⁷⁰.

28. Enfin, si l'imprévisibilité du risque est une condition constante visant à lui faire produire des effets de droit, il peut parfois lui être adjoint d'autres conditions. En plus d'être imprévisible, le risque devra alors être extérieur aux personnes qui le courent ou qui le créent. Il en ira ainsi de la force majeure, caractérisée en matière de responsabilité par son extériorité au regard du défendeur. C'est d'ailleurs en ce sens

⁶⁷ Par exemple : C.E., 16 novembre 1998, *Sille*, p.148. : le requérant « ne pouvait ignorer les aléas qui pèsent nécessairement sur la réalisation d'un programme immobilier tel que celui qui était projeté en l'espèce et pour la réalisation duquel il fallait notamment modifier les dispositions du plan d'occupation des sols et obtenir l'accord du conseil municipal ».

⁶⁸ C.Cass., civ.1ère, 15 juillet 1999, Bull. civ. I, n°242 : « l'imminence d'un conflit armé était hautement prévisible ».

⁶⁹ Voir en ce sens, pour une étude de l'anormalité des risques des entreprises, Première partie, Titre second, Second chapitre, n°192 et s.

⁷⁰ C.E., 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, *A.J.D.A.*, 1948, p.331. Le caractère imprévisible résulte en l'espèce de « l'ampleur des hausses » de prix causées par un événement donné.

qu'est utilisé le terme de cause extérieure⁷¹ par la doctrine et le législateur⁷². Cette condition n'est toutefois pas toujours exigée, un événement pouvant être qualifié de risque alors même que ce qui l'a provoqué n'est pas extérieur à l'activité de celui qui l'a causé⁷³. De la même manière, en matière d'assurance, il est exigé que la réalisation du risque ne soit pas le fait de la faute intentionnelle de l'assuré⁷⁴, la faute non intentionnelle n'empêchant pas en principe la garantie de jouer.

2° La conception contemporaine de la notion d'imprévisibilité

29. Le risque, en tant qu'événement imprévisible tend aujourd'hui, dans le langage courant et au sein de l'opinion publique, à être assimilé à la notion de danger à l'exclusion de celle de chance et d'opportunité. Et ce, parce que l'imprévisible est assimilé à l'inconnu qui recèle, au moins dans l'imaginaire, une potentialité dommageable très importante. Une telle conception de l'imprévisible, que l'on retrouve à tous les niveaux de l'étude des risques des entreprises est due à une double prise de conscience.

La première est née à la suite d'une série de crises ayant donné lieu à des erreurs de jugement des pouvoirs publics initiés par des controverses entre experts : (Tchernobyl, Amoco Cadiz, ESB, transfusions sanguines, etc.). Le public s'est alors rendu compte du caractère dangereux d'activités ou de produits qu'il croyait sûrs et qui se sont en réalité révélés particulièrement dommageables. Il en est allé ainsi récemment des techniques industrielles lors de l'explosion de l'usine AZF, des produits de

⁷¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e édition, Domat droit public, Montchrestien, T.1, n°1415.

⁷² Par exemple, l'article 1147 du Code civil emploie le terme de cause extérieure, comme élément exonératoire en matière contractuelle.

⁷³ En ce sens : N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, préc., p.87 : l'auteur se réfère à la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail. Le risque professionnel n'est pas extérieur à l'activité de celui qui le crée.

⁷⁴ Article L.113-1 al. 2 du Code des assurances.

construction tels que l'amiante, du transport de matière première lors du naufrage de l'Erika ou du Prestige, etc.⁷⁵.

Par la suite, il a pris conscience du caractère potentiellement catastrophique de risques dont il n'imaginait pas l'existence et que les progrès techniques et scientifiques font apparaître quotidiennement : risques liés à la génétique, aux nanotechnologies, aux biotechnologies, etc. Ces *nouveaux risques*, caractérisés par une grande incertitude, ne relèvent alors plus du même registre. Ils ne donnent plus seulement lieu à des interrogations relatives à leur réalisation, mais à leur existence même. C'est à propos des connaissances scientifiques que l'on se questionne, et l'on s'inquiète des effets dommageables que peuvent provoquer les progrès de la recherche⁷⁶.

En conséquence, une forte revendication de sécurité⁷⁷ s'est développée ainsi qu'un rejet général des situations à risques s'appliquant, parfois sans distinction, à toute hypothèse caractérisée par l'imprévisible.

Cette assimilation entre imprévisible et danger méconnaît cependant la réalité des manifestations des risques puisqu'elle n'intègre pas la relativité de la notion d'imprévisibilité⁷⁸.

⁷⁵ « ce que l'on croyait inoffensif se révèle dangereux, (...) Les sources de richesses célébrées autrefois (le nucléaire, la chimie, la technologie génétique, etc.) se muent en imprévisibles sources de danger » in U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Champs Flammarion, Paris, 2001, p.92.

⁷⁶ « Le postulat du progrès, selon lequel l'acquisition de nouvelles connaissances scientifiques et techniques engendre le progrès économique et social, qui profite à tous par diffusion et percolation est très largement mis en doute. Il n'est pas de percées scientifiques et d'innovations qui ne suscitent la réserve, la crainte, voire la controverse. », in O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHELKERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Folio actuel, Paris, 2002, p. 28.

⁷⁷ Voir infra, Première partie, Titre second, Premier chapitre, n° 174 et s.

⁷⁸ Voir en ce sens : R. CHAPUS, « Responsabilité publique et responsabilité privée », LGDJ, 1957, §439, p.446. L'imprévisible absolu n'existe pas : un événement est imprévisible dans son lieu de réalisation et dans le temps, dans son ampleur et sa durée, dans son ordre et dans ses causes. Mais l'imprévisible absolu ne se conçoit pas puisqu'il relève de l'inimaginable, et donc de l'inconcevable et de l'inconnaissable : il n'est alors nulle action humaine susceptible de venir appréhender ce phénomène sauf à assurer tout et tout le monde contre tout événement dommageable de quelque nature qu'il soit. Le risque est donc un phénomène *relativement* imprévisible, on ne connaît pas tous les facteurs de sa réalisation, mais on le conçoit ; en toute hypothèse on l'a appréhendé intellectuellement (parfois statistiquement). Il est donc possible d'agir sur lui. L'imprévisibilité ne se comprend que par rapport à l'homme et à ses activités, il est fonction des lieux, des époques et de la nature des activités humaines en cause. Voir : J.-M. PONTIER, « L'imprévisibilité », *R.D.P.*, 1986, p.5.

30. L'imprévisibilité d'un événement est en effet fonction des connaissances que l'on a pu acquérir à son sujet : un événement semble d'autant moins imprévisible que le savoir qui s'y rapporte est grand. Or ces connaissances sont évolutives et varient au même rythme que la recherche scientifique. On peut ainsi considérer qu'il existe une échelle de l'imprévisibilité aux extrémités de laquelle se situent les événements parfaitement connus, mais dont certains paramètres demeurent incertains (lieu, date, intensité) et ceux qui ne le sont pas. Les premiers étant considérés comme relativement prévisibles, les seconds comme totalement imprévisibles. Entre les deux, se situent alors une multitude d'échelons correspondant à des phénomènes au sujet desquels on a acquis plus ou moins de connaissances⁷⁹. Une telle situation n'est pas statique, un risque donné étant susceptible de monter ou de descendre le long de cette échelle en fonction des progrès du savoir⁸⁰. Un événement imprévisible peut alors devenir plus prévisible en raison de l'augmentation des informations que l'on a pu recueillir à son sujet. Il peut alors se rapprocher du risque-opportunité ou du risque-danger et provoquer la prise de mesures adéquates : exploitation du progrès ou protection.

Imprévisible et inconnu ne doivent donc pas être assimilés tant ce qui est imprévisible à un instant donné peut ne plus l'être celui d'après. Ceci est en pratique extrêmement important dans la mesure où les décisions adoptées en matière de risques, si elles veulent être proportionnées et efficaces⁸¹, doivent tenir compte de ce caractère

⁷⁹ Ceci suppose donc qu'un événement même probabilisable puisse être qualifié de risque si certains de ses paramètres demeurent inconnus ou s'il se manifeste de manière imprévisible. En ce sens, un événement assurable peut constituer un risque pour un entrepreneur : incendie accidentel, explosion, pertes d'exploitation qui en résultent, etc. Le risque assuré est en effet nécessairement aléatoire (Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 12^e édition, 2005, p.191), si on en connaît la nature, on n'en connaît en revanche ni le lieu et la date de réalisation, ni la nature et l'intensité de ses conséquences. Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, pour une étude de l'assurance des risques des entreprises.

⁸⁰ L'augmentation des connaissances est susceptible de rendre un événement plus prévisible tout comme elle peut le rendre encore plus imprévisible. Les progrès de la science démontrent régulièrement que plus on en sait, plus on découvre que l'on en sait peu. Ainsi, un produit paraissant inoffensif durant des décennies, peut-il apparaître soudainement dangereux en raison des progrès de la recherche scientifique. Le domaine sanitaire en connaît de nombreuses illustrations dont l'amiante n'est qu'une des plus récentes.

⁸¹ La proportionnalité des mesures adoptées par les pouvoirs publics en matière de risques des entreprises est une condition de leur efficacité, elle se retrouve à tous les niveaux de la prise en charge, en amont comme en aval. Voir, infra, Seconde partie.

évolutif. Ne pas le faire conduirait à engendrer des situations immuables et rigides, nécessairement préjudiciables aux divers intérêts en jeu. Considérer que l'absence de connaissances et l'imprévisibilité qui en découle constituent nécessairement une source de grave danger conduirait alors à interdire de façon permanente toute activité au seul motif qu'elle recèle un danger tout juste probable. Cet exemple extrême conduirait à exclure la prise de mesures temporaires et transitoires dans des hypothèses où il conviendrait de pouvoir confronter les avantages et les dangers potentiels d'un risque donné. Cette problématique est particulièrement sensible dans les domaines d'incertitude scientifique où la compréhension du principe de précaution et des obligations qu'il implique pour les pouvoirs publics est liée à celle de la notion d'imprévisibilité⁸².

B- L'imprévisibilité économique

31. Est imprévisible pour une entreprise ce qui, dans le cadre de l'exploitation de son activité, n'a pu ou n'a su être prévu. Compréhensible, l'expression mérite cependant d'être précisée tant les relations entre risques et entreprise sont multiformes.

Le risque est en effet le moteur de l'activité économique : la prise de risque, l'initiative, l'innovation, etc., sont des engagements « risqués » qui justifient le profit. L'entreprise économique est-elle ainsi souvent considérée comme un pari couru « aux risques et périls » de celui qui le prend et soumis à de nombreux éléments aléatoires. La réussite et les bénéfices sont alors considérés comme la juste contrepartie des efforts de prévision réalisés par l'entrepreneur. Maîtrisant les paramètres de son activité et du marché sur lequel elle s'exerce, celui-ci peut tourner à son profit l'ensemble des éléments initialement imprévisibles : réalité quantitative et qualitative de la demande, variation des coûts de production, des matières premières, modifications de réglementation, etc.

⁸² Voir en ce sens infra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°253.

Ces aléas sont propres à toute activité économique, on parle alors d'aléas inhérents à la vie des affaires ; ils correspondent à la part d'incertitude qui conditionnent le succès d'une opération. Ils sont la conséquence et la contrepartie des libertés économiques reconnues aux opérateurs, qui les autorisent à entrer en compétition sur un marché donné, à entreprendre et exploiter une activité et à bénéficier des résultats de cette exploitation. Ceux-ci pouvant être positifs ou négatifs, il s'agit donc d'une liberté de gagner ou de perdre⁸³.

Cette réalité est parfois désignée par le terme de risque d'exploitation. Il ne recouvre pas uniquement le risque financier de l'exploitation mais également celui qui affecte les résultats économiques de l'entreprise dans leur ensemble⁸⁴. Tout opérateur y est soumis de façon égale, cette égalité étant une égalité dans la réussite ou dans l'échec.

L'ensemble de ces aléas, même incertains, est considéré comme devant être raisonnablement prévisible pour un opérateur avisé. Ils demeurent donc en principe à sa seule charge. Ceci se vérifie en jurisprudence où il est fréquemment rappelé que les risques inhérents aux activités économiques doivent être supportés par celui qui les court⁸⁵. Le juge considère alors que les aléas « auxquels toute activité commerciale est par nature soumise »⁸⁶ ne peuvent donner lieu à une indemnisation⁸⁷.

⁸³ C.E. 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, D. 1916.25, concl. CHARDENET ; R.D.P. 1916.206 et 338, concl., note JEZE ; S.1916.3.17, concl., note HAURIOU : « La variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls (...) ».

⁸⁴ Pour un exemple voir C.E. 20 mai 1994, *Sté de gardiennage industriel de la Seine*, D.A. 1994, n° 397, T., p.1038 : le Conseil considère que le déficit d'exploitation subi par l'entreprise a été causé par une insuffisante fréquentation du parc, qui constitue un aléa de gestion qu'elle doit supporter.

⁸⁵ On retrouve une analyse identique en droit civil, lorsque le juge considère les risques inhérents aux activités sportives. Par exemple : Cass. 2^e civ. 8 novembre 1976, J.C.P. G. 1977.II.18759, note A. BENABENT. Voir pour plus de précisions : N. VOIDEY, préc., p.111 et s.

⁸⁶ Voir en ce sens, C.A.A. de Lyon, 8 février 1993, *Epx Bongarel-Tessier*, A.J.D.A. 1993, p.744, note J.P.J.

⁸⁷ Dans le même sens : C.E., 12 octobre 1988, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'urbanisme, du logement et des transports, chargé de la mer et ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Compagnie nationale algérienne de navigation*, p.339 : Le Conseil d'Etat se réfère à « un aléa normal du commerce international ». De même, C.E., 9 février 1951, *Groupement des mareyeurs de Brest*, p.85, le Conseil juge

32. Les risques des entreprises excèdent ces simples aléas dans la mesure où ils sont réellement imprévisibles⁸⁸. Ils sont *extraordinaires* et dépassent ce qu'un opérateur raisonnablement avisé devrait prévoir dans le cadre de son exploitation. Ces risques sont protéiformes : catastrophes naturelles ou technologiques, actes de terrorisme, pollutions, crise économique, émeutes, etc. Ils peuvent être imprévisibles à plusieurs égards, en raison de leur nature, de leur intensité, de leurs conséquences, de leur lieu ou date de réalisation.

La notion de risque étant éminemment subjective, l'imprévisibilité n'est pas ressentie de la même façon par tous les entrepreneurs. Certains, disposant d'importants moyens tant matériels, humains que financiers, peuvent obtenir suffisamment d'informations pour qu'un événement, qui apparaît imprévisible pour d'autres, ne le soit pas pour eux. De la même manière, les entreprises particulièrement sensibles à certains événements seront considérées comme ayant dû normalement les prévoir, alors qu'ils constitueraient de véritables risques pour d'autres opérateurs : si la guerre constitue un aléa inhérent à la vente d'armes⁸⁹, elle constitue un véritable risque pour de nombreuses activités telles le transport aérien, l'hôtellerie ou la restauration.

Ceci permet de relever que la notion d'imprévisibilité ne désigne pas la même chose lorsqu'elle est ressentie par un particulier ou par un entrepreneur. Il est en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles ce dernier, en tant que professionnel, sera considéré comme ayant dû prévoir certains événements qui constituent pour des particuliers de réels risques. Le cas des professionnels de l'immobilier ou du transport aérien, déjà cité⁹⁰, en est une bonne illustration, tout comme celui des producteurs à

en l'espèce que la responsabilité de l'État doit être engagée « dans la mesure où le préjudice a excédé la proportion de perte qu'aurait normalement comportée le commerce dont s'agit (...) » ; C.E., 12 février 2002, *Michel, D.A.* 2002, n°97 : le juge se réfère aux aléas que doivent en principe supporter les exploitants.

⁸⁸ Une hausse du prix « hors de proportion avec les conditions économiques normales régulières, une hausse qu'aucune des parties contractantes n'avaient pu prévoir au moment de la passation du marché (...) ». Concl. CHARDENET sur C.E. 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*. Dans le même sens : C.E. 14 juin 2000, *Commune de Staffelden*, B.J.C.P. 2000, p.434 : « ce coût d'achat a largement dépassé les limites extrêmes de majoration qu'un acteur économique normalement raisonnable pouvait prévoir. ».

⁸⁹ C.E., Ass., 29 juin 1962, *Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin*, préc.

⁹⁰ Voir supra, ce Chapitre, n°26.

l'égard des produits mis sur le marché. Ces derniers sont en effet tenus de se renseigner sur « l'état des connaissances scientifiques et techniques, y compris en son niveau le plus avancé, au moment de la mise en circulation du produit en cause »⁹¹, ce qui ne saurait être le cas des consommateurs.

A ceci s'ajoute le fait que certains événements ou certaines conséquences n'étant subis que par des entreprises, ils ne sont logiquement imprévisibles que pour ces dernières. Il en va ainsi des risques qu'elles seules subissent (espionnage industriel, contrefaçon, concurrence déloyale, etc.) ou des dommages qu'elles sont seules à devoir supporter (baisse du chiffre d'affaires, perte de clientèle, perte de stocks, etc.).

§ 2 - Le caractère potentiellement dommageable des risques des entreprises

33. Tout événement imprévisible n'est pas nécessairement dommageable. Il existe heureusement autant de chances que de risques ; l'imprévisible pouvant conduire à la satisfaction d'une multitude d'intérêts, tout comme il peut leur être préjudiciable. En outre, ce qui constitue un risque pour certains constitue très certainement une chance pour d'autres tant il est vérifiable en matière économique que le malheur des uns fait le bonheur des autres : une entreprise bénéficiera-t-elle ainsi du fait que sa concurrente directe aura été la victime d'une calamité naturelle ou d'une explosion conduisant à la fermeture de ses usines.

Cependant, pour être qualifié de risque, un phénomène imprévisible doit nécessairement être potentiellement dommageable : sans probabilité de dommage, il n'y a de risque ni pour les entreprises ni pour les particuliers. Les dommages qu'elles subissent connaissent toutefois un certain nombre de spécificités et de caractères propres. En ce sens, la nature économique des activités touchées ainsi que celles des préjudices subis modifient la notion de dommage **(B)**. Notion qui a par ailleurs subi

⁹¹ C.J.C.E., 29 mai 1997, *D.* 1998, note A. PENNEAU, cité in S. NOGUES-FENIOUX, préc., p.42.

une transformation sur le même modèle que celle qu'a subie la notion d'imprévisibilité, en raison de l'apparition et la prise de conscience de nouveaux risques (A).

A- Évolution de la notion de dommage

34. Le terme de dommage, signifiant « dégât causé à quelqu'un ou à quelque chose », a considérablement évolué sous l'effet de l'apparition contemporaine de risques potentiellement catastrophiques. Il ne désigne dorénavant plus la même réalité.

Le démontrer suppose d'apporter une précision terminologique. En effet, le terme de dommage ne permet plus à lui seul de désigner l'ensemble des conséquences préjudiciables d'un risque. Il convient alors d'opérer quelques distinctions.

Le dommage n'est plus uniquement ce qui est observable, visible, déterminable lorsque cessent les troubles causés par la réalisation de risques. Si ces derniers ont toujours entraîné divers effets induits qu'il n'était pas possible de déterminer immédiatement, il était en revanche possible, dans un délai relativement court, de les évaluer par la suite. Il en allait ainsi des conséquences des intempéries sur les récoltes à venir. Or, à côté de ces dommages observables, sont apparus des dommages invisibles, indéterminables, incalculables, latents, diffus, provoqués par l'apparition de nouveaux risques, liés à l'industrialisation, aux progrès technologiques et scientifiques.

Il convient donc, afin d'avoir une vision précise de ce que recouvre la notion de dommage, de distinguer celui qui est immédiatement observable, que l'on constate dès que s'achève la réalisation d'un risque, et une multitude d'autres qui ont en commun d'être difficilement appréciables⁹².

⁹² « de plus en plus de gens savent que les sources de la richesse sont « souillées par le nombre croissant de menaces dues aux effets induits », in U. BECK, préc., p.38. Plus loin, l'auteur poursuit : « D'un côté il existe des menaces et des destructions qui sont déjà bien réelles (...). D'un autre côté, la véritable force sociale de l'argument du risque réside justement dans les dangers que l'on projette dans l'avenir. »

35. Jusqu'alors cantonnés au patrimoine d'une personne, ou d'un groupe de personnes (la famille, l'entreprise, la collectivité territoriale), dans une zone géographique limitée, les dommages que portent en eux certains risques sont aujourd'hui globaux et transnationaux⁹³, dépassant largement le cadre des frontières. L'exemple des pollutions qui ne connaissent pas les délimitations artificielles des États l'illustre bien : la pollution massive ou le réchauffement important d'un cours d'eau, d'une mer ou d'un océan, emporte-t-elle ainsi des dommages à l'échelle planétaire. Il en va de même de la disparition des forêts⁹⁴. L'étendue d'un dommage ne se limite donc plus uniquement au lieu dans lequel il s'est produit, il ne touche plus uniquement les personnes et les patrimoines alentours.

L'intensité des dommages augmente corrélativement. Ils deviennent financièrement démesurés en raison de la concentration des populations et des richesses dans des zones à risque, ils ne sont dès lors plus totalement réparables. Ceci pose alors un problème d'acceptabilité des risques dans la mesure où l'opinion est encore largement répandue, selon laquelle un risque est acceptable s'il est indemnisable⁹⁵. S'ils ne sont en outre pas évaluables en argent, les dommages ne seront plus susceptibles d'être réparés par l'octroi de dommages-intérêts : les dommages causés à l'environnement en sont un exemple.

Ils deviennent enfin irréparables, irréversibles. Il n'est parfois plus possible de reconstituer les ressources naturelles endommagées par une catastrophe industrielle, la destruction d'espèces animales ou végétales est en outre irrémédiable.

⁹³ CH. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, P.U.F., les voies du droit, Paris, 2003, p.4.

⁹⁴ « ils (les risques liés à la modernité) sont caractérisés par une tendance immanente à la globalisation. La production industrielle s'accompagne d'un universalisme des menaces indépendant de leur lieu d'origine (...) », in U. BECK, préc., p66.

⁹⁵ En ce sens, CH. NOIVILLE, préc., p.180 et s.

36. Le développement des techniques, des technologies, des recherches scientifiques, tout en accroissant le sentiment d'insécurité face à l'imprévisibilité de leurs conséquences, ont également produit des dommages nouveaux, dont la diversité n'empêche pas d'en déterminer certains caractères.

Ils sont tout d'abord de moins en moins visibles⁹⁶, ils se diffusent sans que l'on puisse sensiblement les repérer dans les produits et les ressources naturelles. Ils sont microscopiques, parfois indétectables. Nombre de dommages sanitaires sont ainsi subis sans que l'on en ait conscience : prions, amiante, plomb, ondes hertziennes, radioactivité, etc. Ces dommages diffus interagissent parfois entre eux sans que l'on soit capable d'en déterminer les conséquences. Ils s'accumulent, sans que le temps ne réduise, à une échelle raisonnable, leurs effets.

De multiples risques entraînent ensuite des effets induits latents. Ils ne se manifestent pas immédiatement, mais après l'écoulement d'une certaine période non déterminable. On ne peut dès lors pas en connaître la nature précise, les victimes probables, l'étendue ni l'intensité ; ils sont donc inquantifiables : effets du réchauffement planétaire, de la déforestation, de la disparition des ressources pétrolières, etc.

Ces conséquences dommageables ont enfin des répercussions sociales et politiques importantes. La société civile ayant pris conscience de la réalité de ces nouveaux risques, exige un renouvellement des rapports qu'elle entretient avec le monde politique dont elle fustige les erreurs, les lenteurs et parfois même les mensonges⁹⁷, mais également avec le monde scientifique et celui des experts que les controverses répétées ont conduit à dévaloriser. Elle exige alors de pouvoir s'introduire dans le processus de décision de gestion des risques en amont comme en aval⁹⁸, y

⁹⁶ « Les risques qui sont actuellement au centre des préoccupations sont de plus en plus fréquemment des risques qui ne sont ni visibles ni tangibles pour les personnes qui y sont exposées, mais en ont pour leur descendance (...) », in U. BECK, préc., p.49.

⁹⁷ O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Folio, Paris, 2002, p.199 et s.

⁹⁸ « On voit très nettement ici l'enjeu véritable du débat public sur la définition des risques : il ne s'agit pas uniquement des problèmes sanitaires induits par la modernisation qui frappent la nature et

compris dans les domaines les plus techniques⁹⁹. Cette intrusion, toute légitime qu'elle soit, est susceptible d'engendrer à son tour des conséquences dommageables importantes : effondrement de certains marchés, dévaluation du capital, etc.,

B- Les dommages propres aux entreprises

37. Les dommages que peuvent subir les entreprises connaissent un certain nombre de spécificités par rapport à ceux que supportent les particuliers. Si cela semble logique, du fait que les premiers exercent une activité économique et non les seconds, il faut néanmoins y porter une grande attention puisque de cette originalité découle un nombre important de conséquences juridiques, tant au niveau des fondements de l'action publique que de ses modalités concrètes. Ainsi, avant de préciser en quoi consiste cette particularité (2°), il convient de déterminer ce que constituent les dommages que peut subir une entreprise (1°).

1° Nature des dommages des entreprises

38. Ils sont constitués des pertes subies et des gains manqués¹⁰⁰. Les premières regroupent les pertes matérielles subies, les dépenses induites par le désordre, ainsi que les pertes immatérielles. Les secondes concernent quant à elles le gain manqué par diminution des volumes (diminution de la capacité de production par exemple), le gain manqué par augmentation du prix unitaire, et la perte de chance. Ces différents chefs de préjudice ne sont pas nécessairement indépendants les uns des autres, un même fait

l'homme, mais des *effets sociaux, économiques et politiques induits par ces effets induits eux-mêmes* » in U. BECK, préc., p.43.

⁹⁹ P. PERETTI-WATEL, *La société du risque*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris, 2001, p.26 et s.

¹⁰⁰ Voir en ce sens : F. BOUCHON, *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, Affaires finances, Paris, 2002.

générateur pouvant entraîner la réalisation de plusieurs d'entre eux. Il conviendra alors de les évaluer séparément.

L'établissement des pertes matérielles subies nécessite logiquement que soit dressée la liste des biens matériels endommagés en recourant soit à l'inventaire soit aux documents comptables. Il conviendra alors, en vue de les évaluer, de distinguer les marchandises courantes, les biens plus anciens, les biens amortis, mais encore utiles, etc. Les dépenses induites désignent quant à elles l'ensemble des frais que l'entreprise a dû engager en raison de la réalisation d'un risque et qui visent soit à assurer la continuité de l'exploitation (location de locaux, de machines, déménagement, etc.) soit à maintenir le volume de production (embauche de personnel)¹⁰¹. Enfin, les pertes de biens incorporels constituent les pertes immatérielles : brevets, marques, dessins, modèles, etc., dont il faudra établir qu'ils auraient permis de réaliser des profits sur une période déterminée.

Le gain que l'exploitant aurait réalisé si le risque ne s'était pas réalisé est plus difficile à établir puisqu'il suppose de pouvoir calculer la différence entre ce qui a été gagné après la réalisation du sinistre et ce qui l'aurait été si rien ne s'était produit. Il faut alors recourir à des outils tels que l'évolution du chiffre d'affaires ou des indicateurs propres à certaines productions qui permettent alors une comparaison avec des entreprises similaires : nombre de véhicules vendus par un concessionnaire du même groupe, tirage dans la presse, tonnage dans le commerce de matières premières, taux de remplissage dans l'hôtellerie, etc. Le gain manqué ne sera réellement établi que si l'exploitant parvient à démontrer que le sinistre a fait évoluer ces indicateurs, manifestant par là même une incidence sur l'activité de l'entreprise.

La perte de chance est enfin le chef de préjudice le plus difficile à établir, puisqu'elle désigne les hypothèses dans lesquelles il n'est pas possible de prouver de façon satisfaisante un gain manqué. L'absence ou l'imprécision des données ne permet

¹⁰¹ Voir pour un exposé détaillé de ces dépenses : F. BOUCHON, préc., p.35 et s.

alors que de probabiliser une éventuelle chance de profit. Cette difficulté peut s'illustrer lorsque l'on envisage la situation d'une entreprise nouvelle, utilisant un procédé nouveau pour produire un objet nouveau ne répondant pas encore à un besoin¹⁰².

Afin d'illustrer ces diverses conséquences dommageables, il est possible de considérer l'exemple d'une entreprise ayant subi une catastrophe naturelle, dont l'activité a dû être interrompue du fait de dommages matériels importants : destruction de matériels, de bâtiments, de stocks, etc. Ceux-ci entraîneront alors une diminution voire une disparition du chiffre d'affaires. Le carnet de commande, les coûts de production, les parts de marché en seront affectés.¹⁰³ En outre, des dépenses seront nécessairement engagées pour faire face à la situation : location de nouveaux locaux et matériels, paiement d'heures supplémentaires. On peut enfin considérer que des éléments immatériels seront touchés : perte de clientèle, perte du droit au bail, etc. À ceci s'ajouteront les pertes de chance de réaliser des perspectives d'avenir prometteuses, d'engager des projets d'innovations, etc.

2° Spécificité des dommages des entreprises

39. Les dommages que sont susceptibles de subir une entreprise, y compris lorsqu'ils sont de la même nature que ceux que doivent supporter des particuliers, connaissent une certaine originalité du fait même qu'ils sont causés à des entreprises. Ceci entraîne alors des conséquences non négligeables puisqu'il est tenu compte de cette originalité *a priori*, lorsqu'il s'agit de prévenir le risque, et *a posteriori* lorsqu'il s'agit de réparer et d'indemniser ses conséquences¹⁰⁴.

¹⁰² Exemple tiré de F. BOUCHON, préc., p.69.

¹⁰³ On peut se référer utilement à la circulaire du ministre de l'intérieur n° 82-102 du 24 juin 1982 fixant des critères économiques de l'entreprise en difficulté : diminution du carnet de commandes, incidents de paiement, diminution des horaires de travail, chômage technique, licenciement pour cause économique...

¹⁰⁴ Voir infra, Seconde partie.

D'une part, la spécificité des dommages que subissent les entreprises s'explique assez logiquement par le fait que certains d'entre eux ne peuvent être subis que par des entrepreneurs. Il en va ainsi de l'ensemble des préjudices commerciaux étudiés précédemment (perte de clientèle, baisse du chiffre d'affaires, perte de parts de marché, perte de brevets, etc.), qu'ils soient le fait d'un risque également subi par des particuliers ou d'un risque propre aux entreprises (maladies des animaux d'élevage, calamités agricoles, concurrence déloyale, etc.). Il en va de même de certains dommages matériels tels que les pertes de récoltes ou de bétail que sont susceptibles de subir les seuls agriculteurs.

D'autre part, cette spécificité se manifeste également lorsque le risque, touchant à la fois des particuliers et des entreprises, provoque des dommages du même ordre, principalement matériel. Ceci s'illustre fréquemment lorsque des catastrophes naturelles entraînent la destruction de biens matériels de tous ordres : bâtiments industriels et commerciaux, habitations, véhicules ou autres machines. L'événement imprévisible, s'il est alors le même, n'entraîne cependant pas les mêmes conséquences. Elles sont en effet d'une tout autre importance pour les entrepreneurs que pour les particuliers.

Elles sont non pas plus graves, mais financièrement plus importantes. L'exemple de l'indemnisation par le FIPOL des dommages consécutifs au naufrage de l'Érika l'illustre parfaitement puisque des sommes bien plus considérables furent attribuées à l'industrie touristique et agricole en compensation des dommages subis¹⁰⁵.

Ceci s'explique en partie par le fait que les dommages matériels subis par les entreprises entraînent ensuite des conséquences financières indirectes bien plus vastes et nombreuses pour les entrepreneurs¹⁰⁶. En effet, les biens endommagés sont affectés à l'exploitation d'une activité économique et peuvent provoquer l'immobilisation d'une

¹⁰⁵ Voir en ce sens : Rapport d'information, Sénat, n°441, session ordinaire 1999-2000, relatif à la marée noire provoquée par le naufrage de l'Érika.

¹⁰⁶ Voir J. MOREAU, « L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle. », Mélanges R. CHAPUS, p.443.

activité, le chômage technique, l'arrêt des livraisons, etc. Dès lors, l'évaluation de ces dommages exige le recours à des outils et techniques propres¹⁰⁷.

Les personnes touchées par de telles conséquences sont en outre bien plus nombreuses : actionnaires¹⁰⁸, employés, clients, créanciers, assureurs, etc., qui exigeront souvent une compensation des pertes que leur a fait subir le risque. Des intérêts plus généraux peuvent également être affectés, tels que les conséquences induites sur le niveau de l'emploi ou la compétitivité de l'économie régionale ou nationale.

40. Le fait qu'un risque soit subi par une entreprise plutôt que par un particulier ne modifie pas fondamentalement sa définition. Il demeure en effet, quelle que soit sa victime, une menace imprévisible de dommages. Néanmoins, tant l'imprévisible que le caractère dommageable revêtent une signification propre lorsqu'ils sont appliqués à la situation d'une entreprise. Une telle adaptation se manifeste également lorsque l'on étudie la diversité des origines des risques des entreprises.

¹⁰⁷ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Second chapitre, n°511 et s.

¹⁰⁸ Des études ont été menées afin de déterminer si la réalisation de catastrophes dans les secteurs aériens ou de l'énergie entraîne des conséquences dommageables pour les actionnaires, notamment la baisse des titres échangés sur le marché boursier. Elles se fondent pour cela sur l'analyse des résidus consistant à calculer la différence entre les taux de rendement observés au cours d'une période donnée et ceux qui auraient dû être observés en l'absence de l'événement. Voir en ce sens : J.-M. SURET, T. PAUCHANT, M. DESNOYERS, « Prévention et marchés financiers », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.139.

SECTION SECONDE :

LA DIVERSITE DES RISQUES DES ENTREPRISES

41. Définir les risques des entreprises en ne se référant qu'à leurs caractères imprévisible et dommageable ne permet pas d'en avoir une vision suffisamment précise permettant de déterminer par la suite les fondements de l'intervention publique ainsi que ses modalités concrètes. Les situations constitutives de risques sont en effet protéiformes, et ne permettent pas, sans plus de précision, d'appréhender correctement leur prise en charge. C'est pourquoi il convient de compléter leur définition par deux types de considérations. Les premières concernent l'origine des risques subis par les entreprises (§1), les secondes la façon dont ils sont causés et se réalisent (§2).

§ 1 - L'origine diverse des risques des entreprises

42. S'intéresser à l'origine des risques des entreprises peut sembler étonnant lors de l'étude de leur prise en charge par les pouvoirs publics puisque c'est de la nature économique de leurs effets et des victimes qui le subissent que découlent la spécificité et l'originalité de l'action publique. Une même cause peut en effet entraîner des conséquences tant profitables que dommageables, tant économiques que non économiques.

La prise en compte de l'origine des risques est cependant nécessaire puisque selon l'événement qui les cause, et la manière dont ils sont causés, les notions de dommages et d'imprévisibilité varient. Par ailleurs, les fondements de l'intervention publique aussi bien que ses modalités sont pour partie fonction du type d'événement considéré. Il conviendra donc, après avoir étudié la diversité des événements à l'origine des risques des entreprises (A), de préciser leur nature (B).

A- La diversité des événements à l'origine des risques des entreprises

43. Deux catégories de risques doivent être distinguées : ceux que créent les pouvoirs publics (1°) et l'ensemble des autres (2°). Une telle séparation n'est pas arbitraire ni artificielle, on la retrouve présente dans l'ensemble de l'étude de la prise en charge des risques des entreprises. Ceci se comprend assez bien puisque les autorités publiques ne prennent pas en charge les risques de la même manière et pour les mêmes raisons selon qu'elles en sont ou non à l'origine.

1° Les risques créés par les pouvoirs publics

44. Toute intervention publique susceptible d'être économiquement dommageable (c) ne constitue pas nécessairement et pour cette seule raison un risque pour une entreprise. L'action publique doit en outre être imprévisible (b). Or il faut s'entendre sur le sens à donner à ces deux caractères lorsqu'ils s'appliquent à un comportement de l'administration, sous peine d'exagérer l'ampleur des risques qu'elle est susceptible de créer. Ceci exige d'avoir préalablement déterminé ce que désigne le terme de pouvoirs publics ou d'administration lorsqu'il désignent les auteurs d'un risque (a).

a) Les auteurs

45. Avancer que les pouvoirs publics peuvent être à l'origine de risques suppose de déterminer précisément de quelles entités administratives il est question. Et ce, pour une raison simple qui tient au fait que la définition retenue déterminera le régime juridique applicable à sa prise en charge.

L'ensemble des collectivités publiques est susceptible de provoquer des risques dans le cadre de leurs compétences. Il en va bien entendu ainsi de l'État. On peut noter qu'étant à la fois institution politique régie par le droit constitutionnel et institution administrative, les risques qu'il crée peuvent résulter de l'action d'une autorité à la fois politique et administrative. C'est le cas notamment lorsqu'ils résultent de l'action du Gouvernement, particulièrement dans le cadre de l'exercice de son pouvoir décisionnel, réglementaire¹⁰⁹ ou individuel. Les risques peuvent par ailleurs résulter de l'action d'une autorité déconcentrée de l'État telle le préfet¹¹⁰, le maire¹¹¹ ou les diverses directions départementales. Il faut également considérer le cas des autorités administratives indépendantes¹¹², susceptibles, elles aussi, d'engendrer des risques pour les entreprises¹¹³.

De la même manière, les collectivités territoriales, par le truchement des représentants de la Commune¹¹⁴, du Département et de la Région peuvent, dans le

¹⁰⁹ Par exemple : C.E., 22 mars 1991, *Association fédérale des nouveaux consommateurs et Société Tousalon*, T. dec., p.1213 : le Conseil censure en l'espèce une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

¹¹⁰ En vertu de l'article 72 al. 3 de la Constitution, le Préfet « a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». L'article 34 de la loi du 2 mars 1982 lui octroie des attributions de police administrative dont l'exercice est susceptible de créer certains risques pour les entreprises. Voir en ce sens : C.E., 16 janvier 1987, *Auclair*, T. dec., p.1214.

¹¹¹ Le maire dispose de compétences particulières en tant que représentant de l'Etat dans sa commune, notamment en matière d'urbanisme, et qui peuvent, lorsqu'elles s'exercent de façon imprévisible, constituer des risques : refus de délivrance de permis de construire (article L 421-2-1 du Code de l'urbanisme.), pouvoir de prescrire l'interruption de certains travaux (article L 480 du Code de l'urbanisme.), etc.

¹¹² Bien que disposant d'un statut hiérarchiquement indépendant au sein de l'administration, ces autorités restent cependant rattachées à l'administration que cela soit budgétairement ou par la présence dans certains cas de commissaires du gouvernement.

¹¹³ En tant qu'autorités placées à la tête de services non personnalisés, ces autorités sont dotées pour la plupart d'un pouvoir de décision susceptible d'être à l'origine de risques pour les opérateurs économiques. Par exemple, C.E., Ass., 30 novembre 2001, *Min. éco. fin. ind.*, préc. : le Conseil d'État engage la responsabilité de l'État pour faute lourde du fait des dommages causés à une banque, notamment la faillite, du fait de l'activité de contrôle confiée à la Commission bancaire.

¹¹⁴ Les lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983, modifiées par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 sur les libertés et responsabilités locales fixent les attributions et domaines de compétence des collectivités locales. Ainsi, la Commune peut-elle intervenir en matière économique, d'urbanisme, d'environnement, de ports et de voies d'eau, de police municipale. Le Département peut intervenir en matière de planification et d'aménagement du territoire, de ports et de voies d'eau, d'urbanisme

cadre de leur compétence¹¹⁵ être à l'origine de risques du fait de décisions¹¹⁶ ou d'agissements matériels¹¹⁷. En pratique, c'est la commune qui en constitue la source principale du fait de l'étendue de ses compétences et de l'importance de ses interventions en matière économique.

Il convient enfin de s'intéresser aux diverses institutions spécialisées¹¹⁸ relevant de collectivités publiques : établissements publics, entreprises publiques sous forme de sociétés anonymes, entreprises privées et associations chargées de missions de service public et disposant pour ce faire de prérogatives de puissance publique.

De la même manière que les autorités administratives sus évoquées, on considérera que l'ensemble de ces entités ne sont à l'origine de risques pour des entreprises que dans la mesure où elles agissent au titre de la puissance publique et non comme des opérateurs économiques se comportant sur les marchés comme le ferait une entreprise privée. Elles constituent donc des « origines administratives » de risques lorsque, en raison de leur rattachement à une collectivité publique, elles agissent en tant qu'autorités publiques, notamment dans le cadre des missions de service public qui leur sont confiées. Dès lors, et même lorsqu'elles interviennent sur un marché économique, elles ne s'y comportent pas comme des entreprises privées ordinaires. Les risques

et de police départementale. La Région peut intervenir en matière de planification, en matière économique, de ports et de cultures marines. Tous domaines dans lesquels ces collectivités peuvent être à l'origine de risques économiques par le fait de décisions ou de faits matériels imprévisibles et potentiellement dommageables. Voir M. VERPEAU, « La loi du 13 août 2004 : le demi succès de l'acte II de décentralisation », *A.J.D.A.* 2004, p. 1960.

¹¹⁵ L'article 72 al. 3 de la Constitution dispose que. « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

¹¹⁶ Il s'agira d'actes réglementaires, notamment en matière de police, ou de décisions individuelles. Par exemple, C.E., 13 mai 1987, *Aldebert*, prec ; C.E., 26 avril 1993, *Commune de Méribel-les-Allues c/ Société Banan'alp*, T. dec. p.1214.

¹¹⁷ Ces agissements matériels peuvent par exemple consister en des accidents résultants de travaux publics ou d'opérations matérielles d'exécution en matière de police administrative.

¹¹⁸ Ce terme est employé par R. CHAPUS in *Droit administratif général*, T.1, Domat droit public, Montchrestien, 15^e édition, 2001, p.347, n°490. L'auteur les définit comme étant spécialisées dans l'exercice de certaines activités, rattachées pour la plupart à une collectivité publique, dotées de la personnalité juridique publique ou privée et bénéficiant d'une autonomie de gestion.

qu'elles sont susceptibles de créer de ce fait différent donc de ceux que provoquent les entreprises privées¹¹⁹.

Dans le cas contraire, soumises de façon générale à un régime de droit privé¹²⁰, leur étude rejoint celle des risques extérieurs à l'action des pouvoirs publics¹²¹. Le rattachement à une collectivité publique n'entraîne aucun caractère particulier relatif aux risques qu'elles sont susceptibles d'engendrer. Ainsi, la violation d'une réglementation de marché par une entreprise publique ne diffère-t-elle pas de la violation de cette même réglementation par une entreprise privée. Elle est sanctionnée par les mêmes règles¹²² et relève des mêmes juridictions. Les deux situations seront alors assimilées.

b) Les agissements imprévisibles des pouvoirs publics

46. On considère généralement que l'État est un réducteur d'incertitude et qu'il est de bonne administration et de l'intérêt des citoyens dont il assure le bien être, que ses agissements soient prévisibles. En ce sens, les entreprises s'attendent raisonnablement à ce que l'administration se comporte à leur égard de façon prévisible. Dans le cas contraire, et si son action est susceptible d'être dommageable, elle constitue pour elles un risque.

Il convient toutefois de préciser cette affirmation en recourant à nouveau à la distinction existant entre les aléas inhérents à toute activité économique et ce que l'on a défini comme de véritables risques.

¹¹⁹ Voir par exemple : T.C., 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, p.470, concl. SCHWARTZ : « les décisions (...) constituent l'usage de prérogatives de puissance publique ».

¹²⁰ T.C., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, D.1921.3.1, concl. MATTER ; S. 1924.3.34, concl.; *G.A.J.A.*, n°39 : « (...) la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire. »

¹²¹ Voir infra, ce chapitre, n°49 et s.

¹²² Il s'agit par exemple des violations des règles de marché, notamment celles de concurrence : T.C., 19 janvier 1998, *Préfet de la Région Ile de France*, p.534 : « (...) le litige (...) tend à la cessation et à la réparation des dommages occasionnés par des pratiques commerciales imputées à la Poste et susceptibles (...) de fausser le jeu de la concurrence (...). »

En effet, les pouvoirs publics peuvent être à l'origine d'événements qui ne constituent pour les entreprises que de simples aléas devant entrer dans leurs prévisions. Ils sont inhérents à l'activité économique et doivent à ce titre être supportés par les opérateurs. Ainsi, l'administration rejette-t-elle des offres de contracter, entreprend-elle des travaux, est-elle amenée à modifier des réglementations à objet économique, modifie-t-elle unilatéralement certaines modalités d'exécution de contrats administratifs, etc., tous agissements considérés comme normaux, que les entrepreneurs doivent d'ailleurs anticiper au même titre que les particuliers. La jurisprudence administrative en matière de responsabilité de la puissance publique reconnaît de tels aléas et les laisse à la charge de ceux qui les subissent. Ainsi, un armateur devait-il s'attendre à ce qu'un navire notoirement peu sûr et transportant une cargaison dangereuse puisse être détruit par les forces de la Marine nationale¹²³. De la même manière, un entrepreneur devait avoir prévu que les locaux dangereux dans lesquels il s'était installé étaient susceptibles de faire l'objet d'une fermeture par l'autorité de police¹²⁴.

À ces aléas s'opposent les véritables risques, non susceptibles d'entrer dans les prévisions d'un opérateur ordinaire. Les pouvoirs publics peuvent être à l'origine d'événements anormaux, extra-ordinaires, dépassant ce qui est inhérent à l'exercice de toute activité et à la vie en société de façon générale. La jurisprudence relative à la responsabilité sans faute en est d'ailleurs la preuve, qui met en cause des agissements de l'administration dont les conséquences sont anormales pour ceux qui les subissent. Il en est ainsi par exemple lorsque la mesure ou le comportement adopté entraîne la cessation totale d'une activité économique¹²⁵.

Dès lors qu'il est réellement imprévisible, un comportement de l'administration, qu'il se traduise par l'édition d'un acte ou la réalisation d'un fait, peut constituer un

¹²³ C.E., Section, 23 octobre 1987, *Sté Nachfolger navigation company Ltd.*, p.319, R.F.D.A. 1987, p.963, concl. MASSOT, R.D.P. 1988, p.836, note AUBY.

¹²⁴ C.E., 10 juillet 1996, *Meunier*, p.289, préc.

¹²⁵ C.E., 13 mai 1987, *Aldebert*, T. p.983; C.E., Section, 31 mars 1995, *Lavaud*, p.155, A.J.D.A. 1995, p.384, chron. TOUVET et STAHL.

risque. Ceci ne signifie cependant pas que le même fait ou le même acte soient également considérés comme tels dans d'autres hypothèses. En effet, si certains agissements tels les fautes ou les illégalités commises par les pouvoirs publics peuvent toujours être considérés comme imprévisibles¹²⁶, d'autres en revanche ne seront des risques que dans certaines circonstances particulières, fonction de la situation des entreprises qui les subissent. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la responsabilité sans faute, un acte légalement pris pourra-t-il être considéré comme anormal pour un entrepreneur et non pour un autre en raison des conséquences qu'il aura eues sur chacun d'entre eux¹²⁷. Il en ira de même pour une expropriation, des travaux publics, etc.

c) Les agissements potentiellement dommageables des pouvoirs publics.

47. Tout comportement imprévisible de l'administration pourra constituer un risque s'il est potentiellement dommageable pour une entreprise. Or les dommages ainsi causés par les pouvoirs publics sont nombreux. Le contentieux de la responsabilité le montre parfaitement, puisqu'il n'exclut en principe aucun des chefs de préjudices que peuvent subir les entrepreneurs¹²⁸ : dommages aux biens meubles et immeubles, atteintes aux intérêts économiques, dommages moraux¹²⁹.

Ces dommages, s'ils sont susceptibles de s'apprécier en termes financiers, ne se limitent cependant pas aux pertes de recettes ou à l'augmentation des charges pour l'entreprise. Ils comprennent plus largement l'ensemble des éléments qui participent à ses résultats et qui ne s'apprécient pas, dans un premier temps, en termes financiers :

¹²⁶ Voir infra, ce chapitre, n°55 et s.

¹²⁷ Le juge vérifiera par exemple que la baisse du chiffre d'affaires a été telle qu'elle ne pouvait raisonnablement pas être prévisible pour un opérateur donné : C.E., 27 novembre 1974, *Amouzegh*, p.595.

¹²⁸ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Second Chapitre, n°495 et s., pour une étude détaillée des préjudices économiques indemnifiables.

¹²⁹ Voir en ce sens : F. SENERS, *Préjudice réparable*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, juin 2003.

modification de parts de marché, baisse de la demande, diminution du carnet de commande, chômage technique, licenciement, etc.

Ainsi, les pouvoirs publics pourront-ils causer la faillite d'une entreprise¹³⁰, une atteinte à sa réputation¹³¹, l'aggravation de son passif¹³², la perte de sa clientèle, la diminution de ses recettes¹³³, l'impossibilité de produire¹³⁴, d'importer¹³⁵ ou de vendre ses produits¹³⁶, la hausse du prix de ses matières premières¹³⁷, etc.

48. Il convient par ailleurs de noter que certaines entreprises peuvent subir des dommages spécifiques en raison des rapports particuliers qu'elles entretiennent avec les pouvoirs publics. Il en va ainsi des cocontractants de l'administration. Le lien juridique qui les relie explique que certains risques leur soient propres : appels d'offre irréguliers¹³⁸, modification illégale d'une clause tarifaire, non-exécution fautive d'une clause contractuelle, fait du prince, etc.¹³⁹. Il peut en aller de même de la relation

¹³⁰ C.E., Ass., 30 novembre 2001, *Min. éco. fin. ind.*, préc.

¹³¹ T.A. de Paris, 11 avril 2002, *Deloison, D.A.* 2002, n°168 : atteinte à la réputation professionnelle et perte de revenus.

¹³² C.A.A. de Paris, 9 août 2000, *Me Charrière, D.A.* 2001, n°131.

¹³³ C.E., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, p.10.

¹³⁴ C.E., 21 juin 1957, *Sté d'exploitation des établissements Pathé-Cinéma*, p.415.

¹³⁵ C.E., 6 janvier 1956, *Manufacture française des armes et de cycles de St Etienne*, p.3.

¹³⁶ C.E., 31 mai 1961, *Cie française des cuirs*, p.358.

¹³⁷ C.E., 15 juillet 1957, *Sté de décorticage*, p.485.

¹³⁸ Voir en ce sens, C.E., 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, T. p.1016.

¹³⁹ En matière contractuelle, il est nécessaire de distinguer ce qui relève de l'aléa ou du risque causés par l'administration. Ainsi, l'ensemble des mesures prises par l'administration à l'encontre de son cocontractant en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs relève du simple aléa et non du risque. En contractant, l'entrepreneur accepte l'aléa consistant à voir modifier certaines modalités dans l'exécution de son contrat (C.E., 2 février 1983, *Union des transports publics*, R.D.P. 1984, 212, note AUBY), ou la possibilité d'une résiliation pour motif d'intérêt général (C.E., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, A.J.D.A.* 1958, II, concl. KAHN) Ces mesures à défaut d'être réellement imprévisibles, ne constituent pas des risques. En revanche, constitue bien un risque le fait du prince défini comme une mesure légale et *imprévisible*, excédant les aléas pris en compte lors de la conclusion du contrat, et entraînant des conséquences sur l'exécution du contrat.

privilegiée qu'entretient un entrepreneur avec l'administration sous la forme d'une promesse ou de tout autre engagement¹⁴⁰.

2° Les risques extérieurs à l'action des pouvoirs publics

49. Il existe une multitude d'événements imprévisibles potentiellement dommageables pour des entreprises. On serait parfois tenté d'affirmer que tout est susceptible de constituer un risque dans la mesure où les conditions liées à l'imprévisibilité et au caractère dommageable sont remplies. Il faut cependant tenter d'en réaliser une typologie afin de ne pas en exagérer l'ampleur.

Il est en effet possible de distinguer les risques dont l'origine réside dans un comportement humain et l'ensemble des autres.

50. Il est nécessaire d'opérer une seconde distinction au sein des premiers. Certains risques sont en effet la conséquence d'un agissement volontaire, d'autres d'un agissement involontaire. Dans le premier cas, on relèvera les manifestations de violences telles que les actes de terrorisme, certaines manifestations, attroupements, infractions, etc., dont les auteurs ne sont pas facilement identifiables. La plupart ont un caractère politique, mais ils peuvent tout aussi bien n'être que des actes de vandalisme : « casseurs » au sein d'une manifestation, déversement volontaire de produits polluants, opérations de dégazage, etc. À ceux-ci s'ajoutent les risques dont l'origine réside dans un comportement économique volontairement dommageable. Leurs auteurs seront alors des opérateurs économiques, souvent concurrents des entreprises victimes du dommage. Il s'agira par exemple d'actes de concurrence déloyale, d'espionnage industriel, de contrefaçon, de violation des règles de fonctionnement des marchés, etc.

¹⁴⁰ C.E., 3 mars 1989, *Société Sagatour et Ministre des départements et territoires d'outre-mer*, T. déc. p.6868.

Dans le second cas, des erreurs, des omissions ou l'inertie de certaines personnes, naturellement imprévisibles puisqu'involontaires, seront à l'origine de risques pesant sur des entreprises¹⁴¹. Ainsi, des risques d'incendie, de pollution, d'explosion pourront-ils résulter d'erreurs commises par certains employés d'une usine ou d'une installation classée. Ceux-ci pourront en outre par leur imprudence ou leurs omissions aggraver certains risques extérieurs tels que les risques de catastrophes naturelles en ne prenant pas les mesures de précaution nécessaires pour s'en protéger¹⁴².

S'y ajoutent les risques produits par le développement technologique et industriel dont certaines manifestations accidentelles et parfois certaines conséquences dommageables sont imprévisibles : pollutions industrielles, radioactivité, explosions, etc.

Une précision importante doit par ailleurs être apportée. Certains de ces risques étant produits par des entreprises, la nature économique de l'activité qui les courent se double de celle de l'activité qui les crée. Ceci influencera alors souvent la façon dont les pouvoirs publics auront à les prendre en charge, notamment lorsqu'ils tenteront de les prévenir ou de les prévoir¹⁴³. La spécificité des risques des entreprises sera alors double puisque l'action publique devra tenir compte à la fois de la particularité des entreprises créatrices de risques et de celle des entreprises sur qui ils pèsent. Ainsi, prévenir ou prévoir la réalisation d'un risque industriel susceptible d'engendrer diverses conséquences dommageables pour les entrepreneurs alentours suppose à la fois d'adapter les mesures de prévention à la nature économique de l'activité qui le crée et à celle des activités qui peuvent en subir les conséquences.

¹⁴¹ Ceci n'inclut pas les erreurs commises par les agents publics dont le sort relève des risques créés par les pouvoirs publics dans la mesure où il ne s'agit pas de fautes personnelles susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle.

¹⁴² On soulignera par la suite l'impréparation fréquente des entreprises face à la survenance de tels risques, les mesures de prévention les plus élémentaires n'étant parfois pas adoptées. Voir infra, Seconde partie, Titre second, Premier chapitre, relatif à la prévention des risques.

¹⁴³ Voir infra, Seconde partie, Titre premier.

51. Les risques dont l'origine ne réside pas dans l'action humaine sont logiquement d'origine naturelle. Les plus nombreux, et certainement les plus médiatisés, sont les risques d'intempéries météorologiques : pluies, tempêtes, cyclones, ouragans, etc., pouvant donner lieu à des inondations, des glissements de terrain. Il s'agit également des sécheresses, incendies d'origine naturelle, chaleurs exceptionnelles. Si ces intempéries sont souvent prévisibles, notamment parce qu'elles interviennent dans des régions et pendant des périodes fréquemment soumises à de tels événements, leurs conséquences peuvent en revanche être réellement imprévisibles en raison de leur intensité et de leur manifestation.

Seront également considérés comme des risques d'origine naturelle, les risques d'infections, de virus et autres maladies touchant tant les productions végétales que les animaux d'élevage : E.S.B., tremblante du mouton, fièvre aphteuse, grippe aviaire, etc.

S'ils sont extérieurs à l'action des pouvoirs publics, certains de ces événements ne seront considérés comme des risques que si l'administration les considère comme tels. Il en va ainsi des risques de catastrophes naturelles, calamités agricoles et catastrophes technologiques. Ces trois types de risques sont définis par le législateur comme des événements imprévisibles¹⁴⁴. Toutefois, ce caractère ne sera officiellement reconnu qu'après que l'autorité compétente l'aura déclaré¹⁴⁵. C'est donc aux vues des conséquences dommageables des risques que leur caractère imprévisible sera déterminé.

¹⁴⁴ Article L.125-1 du Code des assurances pour les catastrophes naturelles, article L. 361-1 du Code rural pour les calamités agricoles et Article L.128-1 du Code des assurances pour les catastrophes technologiques.

¹⁴⁵ L'état de catastrophe naturelle, de calamité agricole ou de catastrophe technologique est constaté par arrêté interministériel qui détermine la période et la zone où s'est située la catastrophe.

B- La nature des événements créateurs de risques

52. Selon qu'ils sont provoqués par les pouvoirs publics (1°) ou qu'ils leur sont extérieurs (2°), les risques que peuvent subir les entreprises sont de nature diverse, nature que la matière économique influence avec plus ou moins d'intensité.

1° La nature des agissements des pouvoirs publics

53. Tant les faits matériels¹⁴⁶ que les actes juridiques peuvent engendrer des risques pour des entreprises. S'il n'y a pas lieu ici de distinguer entre les différents agissements des pouvoirs publics, on peut en revanche opérer une distinction entre les différents actes juridiques qu'ils adoptent, résultant soit de leur intervention positive, soit de leur omission ou carence¹⁴⁷.

De prime abord, tant les traités internationaux que les lois ne semblent pas pouvoir créer de risques pour des entreprises. Les premiers donnent en effet lieu à des négociations parfois longues, laissant aux intéressés le temps de s'informer des modifications de leur situation juridique. À défaut d'être imprévisibles, ils ne peuvent donc constituer des risques. L'adoption des lois donne également lieu à des débats ainsi qu'à l'information du public, notamment par le biais de la presse, qui permettent aux intéressés de prévoir les conséquences de leur adoption. Elles ne sont donc pas en elles-mêmes imprévisibles.

¹⁴⁶ Il peut s'agir par exemple d'opérations d'abattage de bétail telles que celles qui ont résulté des crises sanitaires de l'ESB ou de la fièvre aphteuse, de la réalisation de travaux publics en cas de trouble à l'ordre public (C.E., 31 mai 1989, *Etablissements Soufflets*, T. dec., p.7761 : en l'espèce, des travaux publics réalisés sur un canal pour faire face à une inondation ont causé un dommage économique à des transporteurs de céréales se trouvant dans l'impossibilité d'exercer leur activité) ou plus généralement de tout accident résultant d'opérations matérielles.

¹⁴⁷ Voir par exemple : C.E., 12 octobre 1988, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'urbanisme, du logement et des transports, chargé de la mer et ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Compagnie nationale algérienne de navigation*, p.339.

Deux considérations exigent toutefois de nuancer ces propos. D'une part, il est des hypothèses dans lesquelles, répondant lui même à une situation imprévisible ou de crise¹⁴⁸, le législateur adopte des lois de circonstances que les entrepreneurs n'ont pas été à même de prévoir. D'autre part, tout prévisibles qu'ils soient, traités et lois peuvent avoir des conséquences imprévisibles, que les opérateurs n'avaient pu raisonnablement prévoir lors de leur adoption¹⁴⁹.

Le cas des actes réglementaires et non réglementaires est moins problématique. Tant les uns que les autres sont susceptibles d'engendrer des risques pour les entrepreneurs, qu'ils interviennent de façon imprévisible ou que leurs conséquences le soient. Il pourra en aller ainsi d'une modification brusque de réglementation, du retrait illicite d'une décision, d'un refus d'autorisation fautif, etc.

54. Deux questions doivent être posées au regard de ces brefs développements. La première vise à déterminer s'il existe des situations dans lesquelles un agissement des pouvoirs publics est systématiquement considéré comme imprévisible **(a)**. La seconde consiste à se demander si un agissement imprévisible est pour cette raison automatiquement qualifié de faute **(b)**.

a) L'existence d'agissements toujours imprévisibles

55. Deux hypothèses doivent être ici distinguées : celle des fautes et des illégalités que commet l'administration d'une part, celle des dommages qu'elle cause à des entreprises d'autre part.

¹⁴⁸ Une telle situation peut par exemple résulter de graves troubles tels que ceux causés par une guerre, un acte de terrorisme, une catastrophe naturelle, une crise sur un marché (choc pétrolier, crack boursier).

¹⁴⁹ Si les conséquences peuvent être prévues, c'est bien souvent leur gravité ou leur intensité qui sont imprévisibles. Il en va ainsi des conséquences anormales pour les éleveurs de la protection de certaines espèces animales : loup, cormorans, etc. Voir par exemple : C.E. Sect., 30 juillet 2003,

56. Concernant la première de ces hypothèses, il convient de se demander si toute illégalité ou toute faute commise par les pouvoirs publics constitue un élément imprévisible pour les entreprises. Si la réponse est positive, il sera alors possible de déduire que toute faute ou toute illégalité dommageable constitue un risque pour les entrepreneurs.

Il est possible de le démontrer en partant du privilège du préalable dont bénéficie l'administration et plus particulièrement de la présomption de légalité dont bénéficient ses agissements. Ce principe permet aux autorités publiques de prendre des décisions exécutoires et de leur faire produire des effets directement¹⁵⁰. « Le privilège du préalable (...) entraîne directement le résultat que (la décision) prescrit, et (...) commande son respect par ses destinataires, sauf à exercer un recours contre elle »¹⁵¹.

En conséquence, si un administré conteste la validité d'une décision administrative, il lui revient de prouver son illégalité – de renverser la présomption – en saisissant à cette fin le juge compétent. On peut donc résumer ce qui précède en affirmant qu'en vertu du privilège du préalable l'action de l'administration est présumée légale jusqu'à ce que les tribunaux en décident autrement. Il est alors possible d'en déduire que, légitimement, tout administré suppose légale l'action de l'administration à son égard. Ceci est encore renforcé par le principe de légalité en vertu duquel tout acte adopté par les autorités publiques doit être conforme au droit. L'illégalité revêt alors un caractère d'imprévisibilité pour les administrés.

Si l'on transpose ce raisonnement à la matière économique, on observe en effet que c'est en présumant légaux tous les actes émanant des autorités publiques que les entrepreneurs établissent leur exploitation et fondent leurs prévisions et objectifs économiques. La réglementation des activités et des marchés, les prescriptions, les

Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres, A.J.D.A., 13 octobre 2003, p.1815, chron. F. DONNAT, et D. CASAS.

¹⁵⁰ C.E., 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S.1915, p.9, note HAURIOU.

¹⁵¹ G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, T.1, Thémis droit public, P.U.F., 12^e édition mise à jour, 1992, p.245.

autorisations, les contrats, etc., constituent autant de mesures sur lesquelles se fondent les activités des entreprises et qu'elles supposent naturellement et légitimement légales. L'illégalité n'entre donc pas dans leurs prévisions raisonnables, il ne s'agit pas pour eux d'un aléa inhérent à leur l'activité.

Il est possible de tenir un raisonnement similaire quant aux fautes que peuvent commettre les pouvoirs publics¹⁵². Celles-ci ne constituent pas des aléas de la vie des affaires. Les entreprises présument non fautive l'action des pouvoirs publics à leur égard et établissent leurs prévisions et objectifs commerciaux en considérant que l'administration se comportera conformément aux obligations qui s'imposent à elle¹⁵³. Les fautes que commettent involontairement les agents publics sont donc imprévisibles pour les entrepreneurs qui les subissent.

57. Concernant la seconde de ces hypothèses, il convient de déterminer les rapports existant entre les notions de dommage et d'imprévisibilité. Un dommage causé à une entreprise par l'administration constitue-t-il, du fait de ce caractère dommageable, un événement imprévisible ? Une réponse positive amènerait alors à constater que tout dommage étant imprévisible, il manifeste en lui-même la réalisation d'un risque. Elle reposerait sur l'idée que l'action administrative, destinée à satisfaire l'intérêt général, est supposée ne pas être dommageable et que, malgré certaines exceptions¹⁵⁴, les administrés s'attendent à ce qu'elle ne le soit pas.

Plusieurs éléments amènent toutefois à répondre par la négative à cette question.

D'une part, même si l'on accepte le postulat selon lequel tout dommage est marqué par une certaine dose d'imprévisibilité, il faut considérer que certains d'entre

¹⁵² Il s'agit ici d'envisager les hypothèses de fautes non constituées par des illégalités. Si toute illégalité est fautive, toute faute n'est en effet pas une illégalité.

¹⁵³ Selon la célèbre formule de PLANIOL, la faute est « un manquement à une obligation préexistante » in M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, 2^e édition.

¹⁵⁴ Notamment lorsque l'intérêt général autorise que l'on cause un préjudice à certains pour satisfaire l'intérêt de tous.

eux ne sont que de simples aléas de la vie des affaires qu'il appartient aux opérateurs de supporter. Ainsi, le juge administratif a-t-il pu décider qu'un chasseur mis dans l'impossibilité de vendre le fruit de son activité à la suite de l'interdiction faite par le préfet de vendre tout gibier en période d'épizootie, ne fait que subir un aléa qu'il doit en conséquence supporter¹⁵⁵.

D'autre part, certains agissements dommageables de l'administration sont tout à fait prévisibles. Il existe un nombre important d'hypothèses dans lesquelles les entreprises disposent de suffisamment d'informations pour que le dommage résultant de l'action administrative ne soit pas pour eux un risque. C'est le cas par exemple des dommages permanents de travaux publics. Étant des dommages non accidentels¹⁵⁶, les victimes sont très souvent informées ou conscientes de leur survenance future. Ils ne sont donc par eux-mêmes pas imprévisibles. Ce n'est que si leurs conséquences préjudiciables sont anormales, raisonnablement non prévisibles pour un entrepreneur ordinaire, qu'ils pourront alors être considérés comme manifestant l'existence d'un risque.

b) Imprévisibilité et caractère fautif de certains agissements des pouvoirs publics

58. L'imprévisibilité de certains agissements des pouvoirs publics les rend-elle nécessairement fautifs ? Afin de répondre à cette question, deux cas doivent être distingués.

Le premier vise les agissements matériels entrepris par l'administration. Ceux-ci peuvent être imprévisibles sans pour autant être fautifs : les accidents de travaux publics

¹⁵⁵ C.E., 12 février 2002, *Michel*, préc.

¹⁵⁶ Voir en ce sens, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.2, 14^e édition, Montchrestien, 2000, p.655. L'auteur prend comme exemple celui d'une maison mise en contrebas d'une rue à la suite de travaux de voirie : « on sait d'avance avec certitude qu'il en résultera des troubles (...). S'il serait excessif de dire que de telles conséquences ont été voulues, on peut les présenter comme ayant été acceptées et envisagées *autrement que comme une simple éventualité*. ».

peuvent par exemple résulter d'un comportement non fautif d'un agent public ou intervenir sans qu'aucune action humaine ne l'ait provoqué¹⁵⁷.

Le second vise le cas plus problématique des actes juridiques. Considérer qu'un acte imprévisible est nécessairement fautif suppose d'établir l'existence d'une obligation juridique de prévisibilité s'imposant à l'administration. Dans cette hypothèse, toute décision imprévisible serait contraire à cette obligation juridique et de ce fait fautive. Il n'en est pas ainsi en réalité.

Aucun principe général de prévisibilité de l'action administrative n'est en effet reçu dans l'ordre juridique interne : aucun texte ni aucune décision de jurisprudence n'a consacré un tel principe autonome. Pour autant, on ne saurait en déduire l'inexistence d'un principe non autonome. En effet, l'obligation de prévisibilité peut trouver son fondement juridique dans un autre principe qui pourrait être celui de sécurité juridique¹⁵⁸. En vertu de ce principe, les pouvoirs publics ont pour mission de protéger les administrés contre tout bouleversement arbitraire de leur situation juridique. Dans ce cadre, les décisions prises se doivent d'être l'application de normes connues à l'avance, « prévisibles »¹⁵⁹. Ainsi, l'action administrative ne doit-elle pas apporter à la situation de ses administrés de modifications imprévisibles, excédant leurs prévisions raisonnables. Pour autant, la question n'est que déplacée, et reconnaître un principe de prévisibilité découlant du principe de sécurité juridique suppose de reconnaître à ce dernier une valeur juridique.

Or le droit français n'a longtemps reconnu aucun principe général de sécurité juridique. S'il a rapidement été reconnu par le droit communautaire comme principe

¹⁵⁷ Il en va ainsi notamment lorsque le dommage résulte d'un cas fortuit. Les dommages résultant de la rupture du barrage de Malpasset furent ainsi attribués par le Conseil d'État à un événement imprévisible et irrésistible, « qui ne peut être regardée comme extérieure au barrage ». Voir C.E., Ass. 28 mai 1971, *Département du Var c/ entreprise Bec frères*.

¹⁵⁸ Voir pour plus de précisions : S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2001. ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.* 1996, numéro spécial, p.178. ; B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.* 1995, numéro spécial, p.151. ; Rapport public du Conseil d'État pour 1991, *E.D.C.E.* 1991, n°43.

inhérent à l'ordre juridique communautaire¹⁶⁰, le Conseil constitutionnel a clairement refusé de le reconnaître¹⁶¹ alors que certains pensaient en trouver l'origine dans le préambule de la Constitution, notamment aux articles 2 et 16 de la Déclaration de 1789¹⁶². Les juridictions judiciaires n'ont pas plus reconnu l'existence d'un tel principe invocable à l'appui d'un recours présenté devant eux.

Cependant, par deux décisions récentes fort remarquées¹⁶³, le Conseil d'Etat a élevé au rang de principe général du droit le principe de sécurité juridique. Plus précisément, la haute juridiction a considéré que l'adoption d'une réglementation nouvelle devait si nécessaire s'accompagner de l'adoption de mesures transitoires¹⁶⁴ sous peine de méconnaître la sécurité des situations juridiques constituées en leur portant une atteinte excessive.

Ainsi, dans de telles hypothèses, peut-on considérer que l'adoption ou la modification imprévisible d'une réglementation sans qu'aient été adoptées de mesures transitoires peut constituer un risque pour les entreprises, à la condition d'être potentiellement dommageable.

On ne saurait toutefois étendre cette solution à l'ensemble de l'action administrative. La jurisprudence récente se limite en effet aux seules modifications de réglementation, et enserme ses effets dans des conditions bien précises destinées à sauvegarder le principe de mutabilité des actes réglementaires¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Voir S. CALMES, *Ibid*, p. 115.

¹⁶⁰ C.J.C.E., Aff. 61/79 du 2 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italia*, Rec. 1980, 1205

¹⁶¹ Par exemple, C.C., n°89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, p.41.

¹⁶² Ces deux articles reconnaissent respectivement le droit à la sûreté et la garantie des droits.

¹⁶³ C.E. Ass. 24 mars 2006, *KPMG*, R.F.D.A. 2006 p. 463, concl. Y. AGUILA ; C.E., Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, A.J.D.A. 2006 p. 582, chron.. C. LANDAIS et F. LENICA ; D. 2007 p.848, note O. BUI-XUAN ; R.F.D.A. 2007, p.6, concl. M. GUYOMAR.

¹⁶⁴ Voir notamment : G. EVEILLARD, note sous C.E., Sect., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix* ; J.-M. WOEHLING, « L'obligation d'édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées », R.D.P. 2007 p.285.

¹⁶⁵ Selon l'arrêt *Mme Lacroix*, « Considérant que l'exercice du pouvoir réglementaire implique pour son détenteur la possibilité de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les

2° La nature des événements extérieurs aux pouvoirs publics

59. Les risques extérieurs à l'action des pouvoirs publics peuvent, tout comme ceux qu'ils créent, résulter de faits ou d'actes juridiques.

Même si leur réalisation peut être facilitée par certaines décisions humaines, les risques d'origine naturelle trouvent *naturellement* leur origine dans des faits matériels. On peut en revanche distinguer au sein des risques provoqués par une activité humaine, ceux qui résultent d'un fait matériel (accidents, travaux) et ceux qui résultent d'un acte juridique.

Il convient alors, parallèlement à ce qui a été fait plus haut, de s'interroger sur l'existence de circonstances permettant de qualifier systématiquement d'imprévisibles certains événements résultant d'activités humaines. Il faudra également se demander si un agissement imprévisible constitue automatiquement une faute.

60. Il est possible de considérer que les fautes et illégalités commises par des tiers sont pour un entrepreneur donné des événements imprévisibles qui, s'ils sont porteurs de dommages, constituent pour lui des risques.

Ceci se vérifie d'une part lorsque c'est d'un agissement fautif ou illégal d'un concurrent que provient le risque. Il faut en effet considérer que chaque entrepreneur établit ses prévisions, ses choix et objectifs économiques, en tenant compte du comportement présumé de ses concurrents. Cette prévision n'est cependant possible qu'à partir du moment où le respect par tous des règles de concurrence et plus généralement des règles de fonctionnement des marchés est posé en postulat de départ. La concurrence n'est ainsi loyale et égale que dans la mesure où chacun respecte les « règles du jeu » posées *a priori*. Dès lors, chaque illégalité ou faute que commet un

personnes auxquelles sont, le cas échéant, imposées de nouvelles contraintes, puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante ; qu'en principe, les nouvelles normes ainsi édictées ont vocation à s'appliquer immédiatement, dans le respect des exigences attachées au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. ».

concurrent, potentiellement dommageable pour une entreprise, constitue pour elle un risque puisqu'elle dépasse les simples aléas de la concurrence.

Ainsi, si la baisse des prix des produits qu'offre un concurrent est le résultat de la diminution des coûts de sa production, il ne s'agit en réalité que d'un aléa inhérent à l'activité considérée. Les préjudices commerciaux qui peuvent en résulter pour les autres entreprises du fait de la réduction de leurs ventes et des pertes de recettes consécutives sont considérés comme normaux et doivent alors être supportés par ceux qui les subissent. Il en va tout autrement si la baisse des prix résulte d'une entente illicite¹⁶⁶. Ne respectant pas les règles de concurrence, cet agissement excède ce qu'un opérateur ordinaire doit prévoir lorsqu'il fixe ses objectifs et sa stratégie commerciale. Il constitue dès lors pour lui un risque.

Ceci peut d'autre part être généralisé à l'ensemble des fautes ou illégalités que sont susceptibles de commettre des tiers. Le déversement illicite de produits polluants dans une rivière ou un océan est imprévisible pour les pisciculteurs ou les conchyliculteurs. Il en va de même des infractions commises lors d'une manifestation pour le commerçant dont les vitrines ont été brisées et les produits dérobés.

61. Peut-on enfin considérer que tout agissement imprévisible d'un tiers constitue nécessairement une faute ? Une réponse négative s'impose puisqu'il n'existe pas plus d'obligation de prévisibilité s'imposant de façon générale aux entreprises ou aux particuliers, qu'il n'en existe qui s'impose de façon générale à l'action des pouvoirs publics. L'imprévisibilité peut d'ailleurs être considérée comme une vertu économique au même titre que l'innovation : surprendre les clients comme les concurrents est un objectif recherché, qui permet, par le développement de nouveaux produits ou services, de gagner des parts de marché et d'augmenter les profits. Elle est d'ailleurs le fruit d'une prise de risque dont les conséquences étaient initialement incertaines. La qualifier de

¹⁶⁶ L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe les ententes qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché qui tendent à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse.

faute reviendrait alors à considérer que la prise de risque d'une entreprise, considérée comme une opportunité, est condamnable et doit dès lors être sanctionnée.

§ 2 - Causalité et risques des entreprises

62. En vue d'obtenir une vision plus précise de ce que recouvrent les risques des entreprises, il est nécessaire d'ajouter à l'étude de l'origine des risques et de leurs auteurs, celle de la façon dont les préjudices qui sont susceptibles d'en résulter sont causés. En effet, que les risques soient créés par les pouvoirs publics ou qu'ils leur soient extérieurs, le terme de causalité ne recouvre pas nécessairement la même réalité. Il existe en effet de nombreuses et diverses configurations dans lesquelles un événement est susceptible de constituer un risque pour une entreprise. Il convient alors de s'interroger sur la signification de cette notion afin de pouvoir déterminer par la suite si les pouvoirs publics les prennent en charge en vertu des mêmes fondements et selon les mêmes modalités.

On peut retenir qu'« (...) un fait est considéré comme la cause d'un autre quand on vérifie de façon constante que, les mêmes circonstances étant réunies, le premier est suivi du second. »¹⁶⁷. Pour autant ce rapport matériel existant entre deux faits peut être plus ou moins étroit. Un événement donné peut n'être qu'une condition parmi d'autres de la réalisation du dommage ou ne pas être initial ou immédiat. Au contraire, le dommage peut résulter de façon directe et *naturelle* d'un fait initial. Il est alors possible de distinguer deux conceptions de la causalité: la causalité directe **(A)** et la causalité indirecte **(B)**.

¹⁶⁷ In P. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité. », *D.1964*, chron., 205. L'auteur appelle cette causalité la causalité matérielle qu'il distingue de l'imputabilité.

A- La causalité directe

63. Afin de détailler les différentes configurations que peut revêtir le lien de causalité liant directement un événement donné, causé ou non par les pouvoirs publics, à la situation d'un entrepreneur (**2°**), on précisera dans un premier temps ce qu'il faut entendre par causalité directe (**1°**).

1° Détermination de la causalité directe

64. En droit, un fait dommageable n'ouvre droit à réparation que dans la mesure où il est une cause directe du dommage, c'est-à-dire lorsqu'aucun fait intermédiaire ne s'intercale entre lui et le dommage considéré. C'est ainsi qu'en vertu de la théorie de la causalité adéquate, le juge administratif ne retient parmi les antécédents qui ont concouru de façon nécessaire à la réalisation d'un dommage, que celui qui n'est pas marginal et qui l'entraîne de façon naturelle¹⁶⁸.

A l'inverse, la causalité sera indirecte « lorsque entre le fait initial imputé (...) et la réalisation du préjudice dont la réparation est demandée, se sont interposés des circonstances ou des faits intermédiaires qui ne permettent pas d'établir avec certitude la relation de cause à effet entre ce fait initial et la réalisation du préjudice »¹⁶⁹. Un fait sera alors une cause indirecte d'un dommage si le second ne découle pas naturellement du premier¹⁷⁰. Il contribue cependant à sa réalisation. En ce sens, la causalité indirecte se rapproche de la théorie de l'équivalence des conditions qui retient comme signification de la causalité, celle en vertu de laquelle un fait est considéré comme la

¹⁶⁸ Voir P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Thèse, Aix-Marseille, 1914, p.91 : la cause adéquate sera celle qui rend « objectivement possible une conséquence de même nature par le seul fait de son apparition ».

¹⁶⁹ M. WALINE, in *Précis de droit administratif*, 1969, T.II.

¹⁷⁰ Voir en ce sens, C.A.A. de Paris, 10 décembre 1991, *Société Drouard Frères*, T. dec., p.7057.

cause d'un dommage s'il en est une condition nécessaire¹⁷¹. Elle permet donc de retenir comme fait dommageable plusieurs antécédents directs ou indirects qui ont été une condition *sine qua non* de la réalisation du dommage.

2° Manifestation de la causalité directe

65. Il est possible de transposer la définition de la causalité directe aux risques des entreprises. On constate alors que tant l'action des pouvoirs publics **(a)** que des événements qui leur sont extérieurs **(b)** peuvent être considérés comme la cause directe de dommages imprévisibles pour des opérateurs.

a) Les dommages causés directement par les pouvoirs publics

66. Il est assez aisé de répertorier les diverses hypothèses dans lesquelles des risques trouvent leur origine directe dans l'action des pouvoirs publics. Pour ce faire, il convient et il suffit d'apporter la preuve de l'absence de tout autre fait ou acte intermédiaire venant rompre la chaîne de causalité. On considérera alors le comportement des pouvoirs publics comme cause directe d'un dommage imprévisible si, étant une condition nécessaire à son existence, aucun autre événement ne vient faire écran entre le fait de l'administration et l'entreprise qui le subit¹⁷².

¹⁷¹ Selon J.S. MILL in *Logique*, Livre III, Ch.V, cité in P. VIALLE, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *R.D.P.* 1974, p.1243, la causalité est « l'antécédent ou l'ensemble d'antécédents dont le phénomène appelé effet est invariablement et inconditionnellement le conséquent ».

Voir en ce sens, C.cass. Civ., 7 août 1895, *R.D.P.*1896.I.81 : en l'espèce le lien de causalité est établi entre un accident survenu du fait d'une imprudence de l'ouvrière et le fait que son employeur l'emploie en dehors des heures légales.

¹⁷² *A contrario* : C.E., 17 janvier 1964, *Sté thermale de l'Aude*, p.25 : en l'espèce, l'arrêté du maire interdisant à un hôtel situé au pied d'une falaise menacée d'éboulement de recevoir des clients n'est pas la cause directe du dommage commercial qui en résulte.

Il peut tout d'abord trouver son origine directe dans un fait matériel. Il peut par exemple s'agir d'accidents liés¹⁷³ ou non¹⁷⁴ à des travaux publics ainsi qu'à des opérations matérielles d'exécution¹⁷⁵. Divers actes juridiques peuvent ensuite en constituer la cause directe : réglementations d'activités économiques¹⁷⁶, refus d'autorisation¹⁷⁷, refus de contracter¹⁷⁸, interdiction d'exercer une activité¹⁷⁹, etc.

Deux précisions méritent alors d'être apportées.

Lorsque certaines de ces mesures, principalement des mesures de police, visent à faire face à une situation de crise et tentent de la faire cesser, les pouvoirs publics peuvent être amenés à cette occasion et de façon imprévisible, à causer directement des dommages à des entreprises qui n'avaient initialement pas été touchées par les troubles¹⁸⁰. Le cas de l'amiante en est une bonne illustration : afin de réagir au risque sanitaire que constitue l'amiante, l'État décida d'interdire la production de matériaux qui

¹⁷³ Voir, C.E. Section, 17 décembre 1948, *Département des Alpes-Maritimes c/ Pirra et autres*, p.485 : des travaux entrepris par le département et par l'État destinés à endiguer le cours du Var ont eu pour conséquences directes les dommages subis par les maraîchers du fait de la suppression de l'irrigation naturelle assurée par une vanne n'ayant pas été rétablie; De même : C.E., 1^{er} juillet 1964, *Commissaire du Gouvernement près la commission régionale des dommages de guerre de Marseille c/ Falconetti*, p.376,

¹⁷⁴ C.E., 12 décembre 1958, *Section d'État aux forces armées c/ E.D.F.*, p.642, concl. BRAIBANT, le Conseil trouve dans un accident causé par un véhicule militaire l'origine directe des versements que l'établissement à dû effectuer sans la contrepartie d'un travail effectif; C.E., 19 octobre 1983, *Laboutte et autres*, p.418, la mort d'animaux d'élevage trouve son origine directe dans le versement accidentel d'une quantité importante d'eau salée dans des canaux d'irrigation.

¹⁷⁵ Voir C.A.A. de Bordeaux, 27 décembre 1990, *Valiente*, T. dec., p.6855, : destruction d'une œuvre sans le consentement de son auteur; C.A.A. de Bordeaux, 31 décembre 1993, *Blanco*, préc., suite à un attentat, des fouilles sont opérées à l'entrée d'un magasin entraînant une perte de clientèle.

¹⁷⁶ Par exemple : C.A.A. de Bordeaux, 25 février 1993, *S.A. des cafés du midi*, T. dec., p.6878, C.E., 22 février 1987, *Aldebert*, préc.

¹⁷⁷ C.E., 26 octobre 1988, *S.C.I. « Les Moulins d'Hyères »*, p.382; C.A.A. Paris, 15 décembre 1999, *Epoux Maranne*, Tables 1999, p.543.

¹⁷⁸ C.A.A. de Douai, 21 mai 2002, *Société Jean Bebotas*, *A.J.D.A.* 10 février 2003, p.232, note S. TORCOL.

¹⁷⁹ C.E., 3 juillet 1992, *Ministre de l'Intérieur c/ Sté Carmag*, p.280, C.E. Section, 25 janvier 1980, *Gradiaga et autres*, p.44, C.E., 21 février 1986, *Commune d'Agde*, T., p.425, C.E., 4 décembre 1981, *Ville de Narbonne*, p. 461

¹⁸⁰ Voir par exemple, C.E., 12 octobre 1988, *Société Vinalmar*, p.340, interdiction fait à un navire d'entrer dans un port en raison de troubles à l'ordre public; C.E., 17 mai 1989, *Société Bouchara Frères c/ Ville de Strasbourg*, T. dec., p.5605, interdiction de soldes saisonniers pour des motifs d'ordre public. Dans le même sens : C.E., 16 février 1979, *Malisson*, T. dec., p.5496.

en contenait, conduisant ainsi à la disparition d'entreprises dont l'unique activité consistait à les produire.

D'autres de ces mesures peuvent par ailleurs ne concerner que des entrepreneurs et non des particuliers. Il s'agira par exemple des hypothèses dans lesquelles les risques sont directement causés par des mesures à objet économique : mesures d'organisation et d'exercice des activités¹⁸¹, réglementation des marchés économiques¹⁸², etc.

b) Les dommages causés directement par des événements extérieurs aux pouvoirs publics

67. Qu'ils soient le fait d'événements d'origine naturelle ou d'agissements humains, les hypothèses de dommages causés directement à des entreprises à la suite de la réalisation d'un risque sont presque aussi nombreuses que les risques eux-mêmes.

Les phénomènes naturels sont en effet à l'origine directe de nombreux dommages tant matériels que financiers subis de façon imprévisible par des entreprises. Les tempêtes de décembre 1999 en furent un bon exemple puisqu'elles causèrent directement d'immenses dégâts matériels aux bâtiments, véhicules, récoltes sur pied, etc., mais également financiers du fait des pertes de recettes dues à l'interruption des activités économiques, notamment sylvicoles, voire à leur disparition. Les récentes inondations catastrophiques le montrent également, qui touchent tous les secteurs économiques : industrie, commerce, artisanat, agriculture¹⁸³, tourisme. Lors des

¹⁸¹ *A contrario*, C.E., 15 mai 1987, *Société « Transports et affrètements fluviaux »*, p.176 : réglementation des activités de transport par voie navigable. De même C.E., 8 avril 1994, *S.A. Etablissements Charbonneaux-Brabant*, p.187 : modification des conditions d'activités pour les dépositaires du service des alcools.

¹⁸² En ce sens : C.E., Ass., 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur c/ Société Alivar*, p.128. : afin de lutter contre l'état de pénurie du marché de la pomme de terre, l'Etat français avait pris une mesure restrictive à l'exportation, dommageable pour une entreprise.

¹⁸³ Les dommages résultant de la destruction des hortillonnages par les inondations dans la Somme en 2001, furent évalués à 23 millions de francs. En outre, les cultures d'hiver furent détruites et la structure du sol dégradée. L'approvisionnement en fourrage fut donc interrompu.

inondations de 2001 dans la Somme, l'industrie touristique a-t-elle ainsi subi une chute de la fréquentation évaluée jusqu'à 35%¹⁸⁴. Les diverses épizooties enfin, maladies infectieuses touchant de nombreux animaux d'élevage, entraînent tant la mort naturelle ou l'abattage de têtes de bétail que les pertes de recettes résultant de l'impossibilité de les vendre par la suite. Elles provoquent l'engagement de nombreux frais supplémentaires, tels que frais de désinfection ou d'équarrissage.

68. De la même manière, les événements imprévisibles résultant d'activités humaines causent directement de nombreux dommages aux opérateurs.

Certains d'entre eux sont à la fois matériels et financiers. Il en va ainsi des activités industrielles dont l'exploitation peut être à l'origine de pollutions ou d'accidents. L'explosion de l'usine AZF à Toulouse détruisit-elle ainsi de nombreux bâtiments et véhicules à usage d'exploitation et interrompit des activités qui souffrirent alors d'importantes pertes. Le naufrage de l'Érika au large des côtes françaises provoqua notamment la destruction des récoltes des conchyliculteurs, l'endommagement des matériels de pêche et une baisse de fréquentation touristique qui toucha l'industrie hôtelière et la restauration.

Il en va également ainsi des événements de nature politique tels que les guerres ou les attentats. Les attentas du 11 septembre outre les dégâts matériels aux bâtiments, meubles et véhicules, causèrent par exemple la faillite de compagnies d'assurance et de réassurance, ainsi que des pertes d'exploitation pour les compagnies aériennes. Les récents conflits militaires ont engendré une flambée du prix du pétrole ainsi que des dommages touristiques en raison du sentiment d'insécurité qu'ils provoquaient.

Certains autres, n'étant subis que par des entreprises, ne sont qu'économiques. Ils sont en effet causés par des agissements d'entreprises concurrentes tels que des ententes illicites, des abus de position dominante, des actes de concurrence déloyale, de

¹⁸⁴ In Rapport du Sénat n°34, session ordinaire 2001-2002, Commission d'enquête sur les inondations dans la Somme.

l'espionnage industriel, etc. Les conséquences dommageables directes seront alors constituées de baisses ou hausses artificielles des prix, d'un accès restreint au marché, conduisant à une perte de parts de marché, une perte de clientèle, des pertes financières, etc.

B- La causalité indirecte

69. Il est diverses hypothèses dans lesquelles un événement imprévisible, causé (1°) ou non (2°) par les pouvoirs publics, participe à la réalisation d'un dommage sans en être pour autant directement à l'origine. Quoique moins nombreux que les situations précédemment étudiées, les cas de causalité indirecte exigent d'être précisés afin de pouvoir déterminer par la suite si les fondements et modalités de leur prise en charge sont identiques à ceux des risques causés directement.

1° Les dommages causés indirectement par les pouvoirs publics

70. Dans la mesure où le lien de causalité entre l'entreprise et l'action publique est plus distendu, la détermination d'hypothèses de causalité indirecte est assez difficile.

Elles concernent des situations dans lesquelles l'action publique ne se trouve pas, dans la chaîne de causalité, dans une relation directe et immédiate avec l'entreprise sur qui pèse le risque. Deux cas peuvent être distingués. Dans le premier, les pouvoirs publics ne sont pas à l'origine directe du risque, mais en facilitent la survenance ou créent un contexte favorable à son apparition (a). Dans le second, ils aggravent ses conséquences dommageables (b).

a) La création d'un contexte favorable au risque

71. Les pouvoirs publics peuvent, tout en n'étant pas à l'origine d'un risque en favoriser la survenance, en créant un contexte propice à sa réalisation. Il s'agit alors d'une causalité « lointaine », la cause directe venant s'intercaler entre l'administration et l'entreprise.

Deux exemples permettront d'illustrer cette réalité. Le premier concerne les incitations¹⁸⁵, le second les autorisations ou les interdictions.

72. Les incitations recouvrent l'ensemble des moyens dont usent les pouvoirs publics afin de persuader des entreprises de se comporter d'une façon déterminée. Ils sont alors amenés à offrir un certain nombre de compensations financières, matérielles ou juridiques. Dans la mesure où le comportement adopté diffère de celui qu'aurait adopté l'opérateur considéré en vue de ses prévisions ordinaires, le risque économique que celui-ci subit le cas échéant trouve une part de son origine dans l'incitation sans laquelle il ne se serait pas produit¹⁸⁶. On peut ainsi considérer que la commune qui incite par des aides financières ou des avantages en nature une entreprise à venir s'installer sur son territoire est indirectement à l'origine des dommages qu'elle subit par la suite. Il en va de même pour l'État qui incite une entreprise à investir ou à s'installer à l'étranger où elle fera l'objet d'une procédure de nationalisation ou sera la victime d'un acte de terrorisme.

¹⁸⁵ Il faut noter que certains types d'incitations permettent aux pouvoirs publics de prévenir la réalisation de risques en amenant les entreprises à adopter des comportements précautionneux. Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Premier chapitre, n°309 et s.

¹⁸⁶ En revanche, la cause sera directe si l'incitation est fautive ou illégale. Par exemple : C.E., 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, p.282 : l'administration avait incité une entreprise à exécuter des travaux préparatoires à un marché qui ne fut jamais signé alors que l'administration avait assuré à la société qu'elle était attributaire du marché ; C.A.A. Nancy, 12 décembre 1991, *Rizki*, T. dec. p.6863 : une commune avait incité un commerçant à ne pas vendre son fonds de commerce, car elle allait l'acquérir par voie d'expropriation. En ne mettant en œuvre la procédure que sept ans après, la commune commet une faute.

73. L'autorisation ou l'interdiction peuvent également constituer des causes indirectes dans la mesure où elles concernent une activité créant directement un risque pour certaines entreprises. Ainsi, l'administration, en autorisant ou interdisant une activité donnée, se trouvera-t-elle à l'origine indirecte du risque qui en résultera puisqu'elle aura permis que soit créée une potentialité de dommage. L'autorisation ou l'interdiction ne sont donc pas la cause directe des préjudices subis, mais ceux-ci n'auraient pu exister sans elles.

Par exemple, en interdisant, sur le fondement de la législation portant protection de certaines espèces animales, la destruction de spécimens nuisibles pour des agriculteurs, l'administration se trouve à l'origine indirecte des préjudices supportés par ces derniers. De même, en autorisant la production et l'exploitation de certains produits nuisibles à des exploitations¹⁸⁷, ou l'établissement d'installations classées, les pouvoirs publics se trouvent être indirectement à l'origine des dommages encourus¹⁸⁸.

b) L'aggravation par les pouvoirs publics des dommages subis

74. Les pouvoirs publics ont à leur disposition de nombreux moyens leur permettant de prendre en charge, en amont comme en aval, les risques des entreprises¹⁸⁹. Ils peuvent à cette occasion aggraver les dommages déjà subis.

¹⁸⁷ Par exemple, C.E., 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, *A.J.D.A.* 2002, p.1180, concl. F. SENERS ; *R.F.D.A.* n°6 2002, p.1175 : il s'agissait en l'espèce de l'autorisation de mise sur le marché d'un produit nuisible aux abeilles.

¹⁸⁸ Il faut noter que la jurisprudence engage dans certaines hypothèses la responsabilité sans faute de la puissance publique du fait d'une autorisation ou d'une interdiction, ce qui suppose une appréciation différente de la causalité directe. Par exemple, C.A.A. de Lyon 1^{er} février 1994, *Plan*, *D.*1994, Jur., p.442, note ROMI. La différence tient en fait à la différence de perspective adoptée : dans un cas il s'agit de causalité matérielle, dans un autre d'imputabilité. Il n'en demeure pas moins que si, en effet, l'autorisation ou l'interdiction peuvent être considérées par le juge administratif comme étant à l'origine directe d'un préjudice subi par une entreprise, entraînant de ce fait l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration, dans la chaîne de causalité matérielle, elle n'est pas la cause directe du dommage ; c'est l'activité autorisée ou interdite qui l'est.

¹⁸⁹ Voir infra, Seconde partie, pour une étude des moyens de prise en charge des risques.

Ces hypothèses ne correspondent pas précisément à la définition de la causalité indirecte puisque les pouvoirs publics se trouvent directement à l'origine de dommages nouveaux, se rajoutant à ceux résultant de la survenance d'un événement imprévisible (catastrophe naturelle ou industrielle, attentats, pollutions, etc.). On peut pourtant choisir de les considérer comme des hypothèses de causalité indirecte dans la mesure où, sans l'existence initiale d'un risque à prendre en charge, l'administration n'aurait pas adopté de comportement dommageable. En ce sens, il est plus précis de qualifier l'aggravation des risques de cause secondaire.

Elle peut revêtir plusieurs formes, le préjudice « supplémentaire » pouvant résulter soit d'une action positive de l'administration, soit au contraire d'une action négative.

Dans le premier cas, le préjudice secondaire apparaît en raison d'une intervention des pouvoirs publics destinée à prendre en charge un risque déjà réalisé. Il peut par exemple s'agir d'une interdiction de vente des produits de la pêche en vue de lutter contre une pollution par hydrocarbures, de travaux de destruction destinés à remédier aux conséquences d'une inondation, d'abattage de têtes de bétail destiné à mettre fin à des épizooties ou autre fièvre aphteuse, etc. Cette action positive peut avoir pour conséquence d'aggraver le préjudice déjà subi – la mort de nouvelles bêtes – ou d'en causer de nouveaux – préjudice résultant de l'interdiction de vendre ce qui n'a pas été détruit.

Dans le second cas, le dommage résulte d'une action tardive, insuffisante ou d'une carence à prendre en charge le risque initial et à faire cesser les conséquences qui en résultent. En ne prenant pas les mesures juridiques ou matérielles exigées par les circonstances, l'administration peut causer aux opérateurs des dommages que ceux-ci n'auraient pas subis si l'action publique avait été correctement menée. Il existe de nombreux exemples de telles hypothèses¹⁹⁰. Ainsi en va-t-il notamment lorsque les forces de l'ordre s'abstiennent de protéger un ensemble industriel des menées de la

¹⁹⁰ Voir notamment, P. MONTANE DE LA ROQUE, « *L'inertie des pouvoirs publics* », Thèse, Dalloz, 1950; M.N. POLUBOCSKO, « *L'inaction administrative* », Thèse Paris II, 1999.

rébellion algérienne¹⁹¹, lorsqu'elles s'abstiennent de prendre des dispositions pour s'opposer à la formation des barrages à l'entrée d'un port¹⁹², etc.

2° Les dommages causés indirectement par des événements extérieurs aux pouvoirs publics

75. De la même manière que pour les agissements des pouvoirs publics, on peut noter que, sans être à l'origine directe de risques pour les entreprises, les événements d'origine naturelle, technologique ou humaine peuvent participer à leur réalisation de façon indirecte. D'une part en effet, le trouble qu'ils provoquent peut avoir des répercussions sur des entreprises qui ne les ont pas subis directement **(a)**. D'autre part, le contexte parfois favorable dans lequel ils se produisent résulte fréquemment d'activités humaines **(b)**.

a) L'existence de victimes indirectes

76. De façon assez systématique, les risques naturels, technologiques, ou humains, outre les dommages qu'ils sont susceptibles de causer directement à des entreprises, constituent, du fait des troubles qu'ils provoquent, des causes indirectes de dommages pour d'autres entrepreneurs. Les préjudices que subissent ces derniers ne sont pas alors d'ordre matériel, mais d'ordre économique puisqu'ils résultent de limitations faites à l'exercice de leur activité. Quelques exemples permettront de l'illustrer.

Diverses entreprises non physiquement sinistrées sont susceptibles de souffrir des conséquences indirectes d'une inondation catastrophique telles que « des

¹⁹¹ C.E., 3 mars 1976, *Pompier*, T. dec., p.5498.

¹⁹² C.E., 15 juin 1987, *Société navale des chargeurs Delmas-Vieljeux*, p.216.

interruptions des commandes et des difficultés de livraison dues à la coupure des routes »¹⁹³.

Il en va de même en cas de marée noire. De multiples activités économiques souffrent des effets d'un événement dont elles n'ont pas directement subi les conséquences. À côté des pêcheurs et conchyliculteurs, des hôteliers et restaurateurs, d'autres entrepreneurs des régions voisines subissent les « effets secondaires » de la catastrophe en raison de l'image de marque désastreuse qu'elle leur impose. En outre, sans avoir souffert directement de la pollution, certaines exploitations doivent stopper ou suspendre leur activité¹⁹⁴.

Enfin, en cas d'épizootie, les négociants et éleveurs non touchés par la maladie subissent les contrecoups de la crise qui se traduisent par des baisses de recettes à raison de la suspicion qui pèse sur leurs produits. À la suite de la crise de la « vache folle », les éleveurs de bovidés ont ainsi subi des pertes importantes du fait de la diminution du volume des ventes¹⁹⁵.

b) La création d'un contexte favorable

77. L'aménagement du territoire, l'urbanisme, l'entretien des ressources naturelles, constituent autant de facteurs qui favorisent la création de risques pour les entreprises. La concentration des constructions à proximité de centres industriels ou dans des zones soumises à des calamités naturelles (inondations, glissements de terrain, éboulements, etc.) multiplie les probabilités de réalisation imprévisible d'événements catastrophiques (explosion de l'usine AZF). De façon générale, l'occupation des sols

¹⁹³ Voir le rapport de la commission d'enquête sur les inondations de la Somme, préc., p.34.

¹⁹⁴ A la suite du naufrage de l'Érika, le Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL) a du faire la distinction entre les entreprises directement touchées, subissant un préjudice économique pur, et les autres. Ainsi, ont été considérées comme étant victimes indirectes de la pollution, les entreprises dont l'activité se limitait à commercer avec des entreprises en relation avec des touristes.

¹⁹⁵ A ceci s'ajoute l'aggravation de leur préjudice causée par les mesures de lutte adoptées par les pouvoirs publics : embargos, interdiction de circulation des animaux, etc.

favorise la réalisation de dommages pour les entrepreneurs, lorsqu'elle ne les aggrave pas.

On a ainsi pu constater que les inondations dans la Somme ont été favorisés par une urbanisation du lit majeur de la rivière ayant entraîné une imperméabilisation des sols et une accentuation des ruissellements, et par une pratique agricole ayant entraîné la suppression des fossés, haies, talus et autres marres, ainsi que par un entretien négligent des eaux superficielles non domaniales.

78. Un tel contexte, principalement en matière de risques industriels et technologiques, se caractérise par le fait qu'il est créé sans que soient prises en considération les conséquences dommageables qu'il pourrait engendrer. Il se justifie en effet par des raisons de maximisation de l'utilisation des sols, de maximisation des profits et de productivité : « en cherchant à accroître la productivité, on a toujours fait abstraction des risques qui en résultent »¹⁹⁶. C'est en voulant profiter des bienfaits des innovations techniques et scientifiques que l'on crée les conditions de la réalisation de risques nouveaux. Le progrès scientifique, censé développer le bien-être social et apporter un supplément de sécurité aux citoyens, se trouve donc être la source paradoxale de risques potentiellement catastrophiques, marqués d'une très forte incertitude.

¹⁹⁶ In U. BECK, *La société du risque*, préc., p.109.

79. La spécificité des risques des entreprises, résultant de la nature économique des entités qui les subissent et des dommages qu'ils sont susceptibles de provoquer, influence à la fois la définition même de la notion de risque, en modifiant le sens de ce qui est imprévisible et dommageable, et la façon dont ils sont susceptibles d'être causés.

Il est dès lors possible de les distinguer tant des risques que supportent les particuliers que des aléas inhérents à toute activité économique. Cette différence fondamentale entraîne des conséquences de régime importantes que l'on retrouve à tous les niveaux de l'étude de l'intervention publique, notamment lorsque l'on cherche à déterminer les contraintes juridiques qui s'imposent à elle.

CHAPITRE SECOND :

LES CONTRAINTES IMPOSEES A L'ACTION PUBLIQUE

80. La prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises est soumise à un certain nombre de contraintes qui encadrent et délimitent leur action. Ces diverses contraintes reposent sur un postulat de base commun : le respect de la libre entreprise¹⁹⁷. Ceci n'a en réalité rien d'étonnant dans la mesure où, intervenant dans le domaine économique par des mesures plus ou moins contraignantes, les pouvoirs publics sont amenés, en amont comme en aval du risque, à s'intéresser à la gestion des entreprises. Ils sont donc soumis, comme toute intervention économique de l'État au respect de la liberté d'entreprendre¹⁹⁸.

Toutefois, face à des événements imprévisibles et potentiellement dommageables pour des entrepreneurs, la compréhension des limites qu'impose le respect de la libre entreprise est susceptible de varier. Il convient en effet de se demander si le respect de cette liberté impose aux pouvoirs publics de laisser aux entreprises la charge des risques qu'elles subissent ou s'il justifie au contraire qu'ils les prennent à leur charge. Autrement dit, la liberté d'entreprendre, en tant que limite à l'action publique en matière économique, implique-t-elle de laisser les opérateurs se charger seuls, de façon autonome, des risques qu'ils subissent ou impose-t-elle au contraire une intervention publique sur le fondement de la mission qui incombe à l'État d'assurer les conditions d'exercice des libertés publiques ?¹⁹⁹ La question est alors de

¹⁹⁷ C.E., 27 avril 1998, *Cornette de Saint Cyr*, p.177 : pour le Conseil d'Etat, il s'agit d'un principe qui s'impose au pouvoir réglementaire ; C.C., 81-132 DC du 16 janvier 1982, R.J.C. I, p.104 : pour le Conseil constitutionnel, il s'agit d'une liberté constitutionnelle.

¹⁹⁸ Voir en ce sens : P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Paris, 1998, p.105 et s. L'auteur présente la liberté d'entreprendre comme un principe limitant l'intervention de l'Etat en matière économique. Il la qualifie de principe *libéral*.

¹⁹⁹ La liberté d'entreprendre implique en effet d'une part que l'État n'y porte aucune atteinte injustifiée (C.C. 98-401 DC du 20 juin 1998, R.J.C. I-754 : « les limitations justifiées par l'intérêt général (...) (ne doivent pas avoir pour conséquences) d'en dénaturer la portée »), mais également qu'il veille au respect des conditions qui en permettent un exercice maximal par les individus (C.C. 82-141 DC, du 27 avril 1982, R.J.C., I.-126 : la liberté d'entreprendre « ne peut exister que dans le

savoir si supporter les risques qu'il court manifeste l'exercice par un entrepreneur de sa liberté ou si, étant incapable d'en jouir en raison des risques qu'il supporte, sa situation nécessite une intervention visant à rétablir les conditions dans lesquelles il pourra à nouveau en bénéficier.

Cette interrogation n'est en fait qu'une transposition au domaine économique d'une problématique bien plus large, propre à l'exercice des libertés publiques²⁰⁰. Celles-ci ne s'exercent-elles complètement que dans le cadre d'une réglementation minimale, laissant alors une large place à l'autonomie des individus, ou exigent-elles une intervention plus approfondie permettant de s'assurer du respect des conditions essentielles sans lesquelles on ne pourrait en bénéficier ?

81. La réponse qu'il convient d'apporter à cette question en matière de risques des entreprises n'est pas univoque. C'est en cela que réside une des originalités de l'intervention publique par rapport aux autres types d'intervention économique puisque, selon l'origine du risque et la façon dont ses conséquences sont causées, l'une ou l'autre des compréhensions de la liberté d'entreprendre prévaut. Si le postulat demeure valable dans les deux cas, les contraintes qui en découlent n'ont en revanche pas la même intensité selon que le risque est créé par les pouvoirs publics ou par un événement qui leur est extérieur (**Section première**). La variabilité de ces contraintes entraîne par ailleurs des implications théoriques importantes, tant juridiques que politiques (**Section seconde**).

cadre d'une réglementation instituée par la loi»). Elle est donc tant une source de limitation de l'action des pouvoirs publics qu'une source d'intervention.

²⁰⁰ « Toutes les libertés, qu'elles intéressent directement les relations des particuliers entre eux ou avec le pouvoir, sont des libertés publiques en ce qu'elles n'entrent dans le droit positif que lorsque l'État en a consacré le principe, aménagé l'exercice, et assuré le respect. » in J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9^e édition, T.1, P.U.F, Thémis droit public, 2003, p.6.

SECTION PREMIERE :

LA DIVERSITE DES CONTRAINTES

82. Le respect du primat de la liberté en matière économique exige que certaines limites soient imposées aux pouvoirs publics lorsqu'ils prennent en charge les risques courus par les entreprises. Si ceci ne semble pas être propre à la matière des risques, puisque la liberté d'entreprendre constitue une limite à tout type d'intervention économique de l'État, il convient cependant de noter l'influence qu'ils exercent sur l'action publique. En effet, les contraintes qui s'imposent à elle n'ont pas la même force ni la même intensité selon que les risques sont créés ou non par les pouvoirs publics. Ainsi peut-on avancer que si la prise en charge des risques qu'elles n'ont pas engendrés entraîne une action subsidiaire des autorités publiques (§1), une telle contrainte ne se retrouve pas dans l'hypothèse inverse (§2).

Sans empiéter sur des développements ultérieurs, on peut dès à présent expliquer cette disparité par deux considérations distinctes. La première résulte de raisons d'équité, en vertu desquelles l'administration doit assumer la charge des dommages qu'elle cause. Elle est complétée par une tendance contemporaine suivant laquelle tout dommage imputable à une personne publique exige réparation²⁰¹. La seconde résulte d'une autre tendance, qui n'est pas propre à la matière juridique, en vertu de laquelle il convient de laisser la charge de supporter les coups du sort à ceux qui les subissent.

²⁰¹ Voir en ce sens : D. TRUCHET, « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer : à propos et autour de la responsabilité hospitalière », *R.D.S.S.*, 1993, p.1.

§ 1 - La subsidiarité de l'action publique

83. Si le fait d'assumer les risques qui pèsent sur les entrepreneurs peut être paradoxal dans la mesure où les autorités publiques n'en sont pas à l'origine et qu'elles ne sont en principe pas autorisées à s'immiscer dans la gestion des activités privées, le fait que leur action ne soit que subsidiaire permet de relativiser ce paradoxe. Pour mieux le comprendre, il convient alors de déterminer la signification de l'action subsidiaire en matière économique **(A)** avant d'en étudier les caractères **(B)**.

A- La signification de l'action subsidiaire

84. La subsidiarité²⁰² est un principe répartiteur de compétences entre l'individu ou les groupes primaires d'individus et les instances sociales ou étatiques. La question essentielle qu'elle tente de résoudre est celle de l'étendue de l'intervention étatique dans la société civile. Le gouvernement idéal est alors, quelle que soit sa forme, celui qui garantit le développement maximal de l'autonomie et de la dignité de l'individu à l'exclusion de toute intrusion dans les détails de sa vie quotidienne **(1°)**. Elle trouve une correspondance assez remarquable en matière de risques des entreprises où, sans avoir de valeur juridique, elle constitue une protection de la liberté et de l'autonomie des entrepreneurs. Elle subit alors une adaptation à la matière économique qui transparaît également dans les contraintes qui en résultent pour les pouvoirs publics **(2°)**.

²⁰² Voir en ce sens : CH. MILLION-DELSOL, *L'État subsidiaire*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1992, et *Le principe de subsidiarité*, P.U.F. coll. Que sais-je ?, Paris, 1993 ; F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Thèse, Paris II, 1998 ; F. LEURQUIN DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *Le Principe de subsidiarité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p.21 ; F. MODERNE, « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *R.F.D.A.* 2002, p.563 ; J.-L. CLERGERIE, « Les origines du principe de subsidiarité », *L.P.A.*, 17 août 1993, p.34

1° La notion de subsidiarité

85. La notion de subsidiarité est présente dans la pensée de nombreux auteurs chrétiens et laïcs qui, malgré certaines divergences de conception, ont en commun deux postulats initiaux. Il s'agit d'une part du respect de la protection de la liberté et de l'autonomie des groupes « inférieurs » par les groupes « supérieurs ». Il s'agit d'autre part de la nécessité d'une intervention de ces derniers en cas de carence²⁰³ des premiers. Il en découle alors deux principes d'action opposés : un principe de non-intervention dans le premier cas et un principe d'intervention dans le second. Selon la doctrine envisagée, ces deux aspects ne revêtent pas la même importance.

86. La doctrine chrétienne entend la subsidiarité comme un élément régulateur et répartiteur de compétences au sein de la société.

Thomas d'Aquin, s'intéressant à l'intervention de l'autorité publique dans la société civile considère que cette dernière doit être limitée. S'inspirant d'Aristote²⁰⁴, il

²⁰³ Le terme de carence sera entendu dans les développements suivants de façon large : elle désigne la situation d'un entrepreneur qui n'a pu ou qui n'a su faire face à un risque en raison de manque de moyens, de manque de connaissances, etc. On pourra donc également parler d'insuffisance, d'incomplétude, parfois même d'impuissance de l'action privée. En revanche, la carence ne sera pas considérée comme synonyme d'inaction volontaire ou de faute.

²⁰⁴ On retrouve chez Aristote (ARISTOTE, *Les Politiques*, Flammarion, traduction de P. PELLEGRIN, 2^e édition, Paris, 2000) l'idée que le pouvoir existe pour pallier les insuffisances de la société. Dans la société d'Aristote, seule la cité est capable d'autosuffisance à la différence de la famille ou des autres groupes sociaux qui la constituent (« Et la communauté achevée formée de plusieurs villages est une cité dès lors qu'elle atteint le niveau de l'autarcie pour ainsi dire complète (...) », in *Politique*, I, 2, 1252-b, 27). Sa tâche s'intègre donc dans un schéma particulier : chaque groupe tendant à combler les lacunes des groupes inférieurs qui le composent, la cité vient suppléer aux insuffisances des autres groupes sociaux (« Ces deux communautés constituent la famille première (...). D'autre part, la communauté première formée de plusieurs familles en vue de relations qui ne visent plus à satisfaire un besoin qui soit seulement celui de la vie quotidienne, c'est le village. » Ibid, I, 2, 1252-b, 10) Cela suppose donc que chaque niveau de la société (individu, famille, village) gère une partie de ses activités de façon autonome mais sans pouvoir toutes les mener à bout. L'autorité publique n'est pas tenue d'intervenir pas dans cette gestion. En ce sens, il existe un certain devoir de non-ingérence de la Cité dans les affaires des groupes inférieurs. Cette suppléance ne revêt cependant pas uniquement une signification négative, en termes d'incapacité ou d'insuffisance. L'intervention de la Cité a également pour but d'apporter un « supplément d'âme », correspondant à un épanouissement physique, intellectuel, et affectif. En ce sens, elle tend plus par son intervention à perfectionner l'être qu'à combler ses lacunes (La cité, « s'étant donc constituée pour

considère que « son but est d'assurer, d'accroître ou de conserver la perfection des êtres dont (elle) a la charge »²⁰⁵. Elle ne doit donc leur imposer aucune finalité particulière, mais tendre à permettre le développement des finalités existantes²⁰⁶. Elle doit respecter l'action autonome des individus²⁰⁷.

Le pouvoir politique interviendra alors uniquement dans la mesure des besoins et des insuffisances de ceux qu'il gouverne. Chacun demeurant libre de réaliser ce dont il est capable²⁰⁸, les pouvoirs publics auront comme rôle de pallier les manques et les incapacités²⁰⁹.

La doctrine sociale de l'Église catholique²¹⁰ a remis à jour et développé l'idée d'un tel devoir d'intervention de l'État, dépassant ainsi la théorie libérale de la suppléance.

Le catholicisme social, contrairement aux doctrines socialistes et utopiques va fonder ce devoir sur une autre valeur que l'égalité. L'intervention positive de l'État est justifiée par l'idée de dignité de la personne humaine, qu'elle aide à réaliser par l'octroi de certains droits²¹¹. Elle est destinée non seulement à aider les indigents, mais également à permettre le développement humain des individus. Ce n'est cependant pas

permettre de vivre, elle permet une fois qu'elle existe, de mener une vie heureuse », Ibid, I, 2, 1252-b, 30).

²⁰⁵ T. D'AQUIN, *Contra Gentiles*, III, ch.73.

²⁰⁶ C. MILLION-DELSOL, préc., p.40.

²⁰⁷ T. D'AQUIN, *Contra Gentiles*, III, ch.71 : « De même pour un chef de cité, s'opposer – si ce n'est momentanément en raison de quelque nécessité – à ce que les sujets accomplissent leur tâche serait contraire au sens du gouvernement humain, de même de ne pas laisser aux créatures la faculté d'agir selon le mode de leur propre nature serait opposé au sens du gouvernement divin. »

²⁰⁸ *De Regno*, I, ch.I : « Une seule famille, dans une seule maison, suffira bien à certains besoins vitaux (...) ; dans un seul bourg, on se suffira pour ce qui regarde un seul corps de métiers... »

²⁰⁹ *De Regno*, I, ch. XV : « Celui-ci doit se soucier du progrès, et ceci en s'appliquant, dans tous les domaines où nous avons parlé, à corriger, s'il se trouve quelque chose en désordre, à suppléer, s'il y a quelques manques, et à parfaire, si quelque chose de meilleur peut être fait. »

²¹⁰ Voir en ce sens : MGR GUERRY, *La doctrine sociale de l'Église*, Bonne presse, Paris 1959.

²¹¹ Pour les Catholiques sociaux, la dignité humaine ne se concrétise pas uniquement dans un contexte d'autonomie et de liberté de l'individu. Elle exige une intervention positive qui ne doit toutefois pas empiéter sur cette autonomie.

le rôle principal de l'État, ce développement devant en premier lieu être réalisé par les autres formes de solidarité sociale. L'intervention publique est donc *exceptionnelle*.

La pensée sociale de l'Église se fonde notamment sur l'Encyclique *Rerum Novarum* de 1891 du Pape Léon XIII²¹² ainsi que sur l'Encyclique *Quadragesimo Anno* du 15 mai 1931 du Pape Pie XI²¹³. En vertu de cette doctrine, l'autorité étatique doit restreindre son intervention afin de préserver la dignité humaine, mais elle a l'obligation d'intervenir dans certaines conditions, lorsque la liberté ne suffit pas à la garantir. L'État a donc pour mission principale de promouvoir le bien commun, chaque individu ayant la liberté de réaliser ses propres fins. Cependant, il est des cas où l'autorité publique doit aller plus loin en raison de circonstances particulières (historiques, économiques...) qui empêchent les individus de réaliser leurs tâches privées. Elle doit alors intervenir non pour prendre en main de façon définitive ces tâches, mais pour apporter une aide ponctuelle.

87. Les théoriciens politiques laïcs²¹⁴ ont également contribué de façon importante au développement de l'idée de subsidiarité. Si son contenu demeure

²¹² « Assurément, s'il arrive qu'une famille se trouve dans une situation matérielle critique, et que, privée de ressources, elle ne puisse d'aucune manière s'en sortir par elle-même, il est juste que, dans de telles extrémités, le pouvoir public vienne à son secours, car chaque famille est un membre de la société (...) Ce n'est point là empiéter sur les droits des citoyens, mais leur assurer une défense et une protection réclamées par la justice. »

²¹³ « On ne saurait ni changer ni ébranler ce principe si grave de philosophie sociale ; de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, en même temps que troubler de manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ou de les absorber. » Paragraphe 572.

²¹⁴ CH. MILLION-DELSOL, *L'État subsidiaire*, préc. L'auteur évoque la doctrine d'Althusius qui décrit une société subsidiaire. Selon lui, tout corps social doit faire appel au corps qui lui est supérieur pour combler les manques et les insuffisances qu'il ressent dans l'accomplissement des fins qui lui sont propres. L'État est alors le seul corps complètement autosuffisant qui apporte aux autres la garantie qu'aucun n'a pu leur apporter. L'État assure la paix et la sécurité, fait battre monnaie mais ne s'ingère pas dans les affaires des communautés ni ne leur fait concurrence puisqu'elles sont capables d'œuvrer à leurs fins propres. S'il le faisait, il serait tyrannique. Cependant, la société ne pouvant pas tout faire de façon autonome, l'État assume ce qui lui manque, il supplée à ses incapacités. Althusius se demande alors jusqu'où l'État doit aller dans la satisfaction des insuffisances, sur quel critère doivent être fixées l'insuffisance et la nécessité. Pour lui, cela va plus

homogène, elle a cependant été utilisée dans des œuvres fort différentes et destinées à la réalisation d'objectifs parfois forts différents. On a pu ainsi se réclamer de la subsidiarité tantôt pour réclamer plus de centralisation, tantôt moins de centralisation.

Ainsi, au XIXe siècle, Tocqueville et Hegel, décrivant deux régimes absolument différents²¹⁵, s'interrogent sur le rôle de l'État par rapport à la société et s'efforcent de trouver une cohérence qui passe par le même chemin : *le développement du particulier aussi loin que ses forces peuvent le mener, et le déploiement de l'universel, dans le seul espace qui reste au nécessaire.*²¹⁶ Pour le premier il s'agit de trouver un moyen de redonner une place aux autonomies face à l'intervention étatique, pour le second, il s'agit de donner une place à l'État afin de réguler ces autonomies.

Selon Tocqueville, l'État despotique, quelle que soit sa forme, vole des autonomies, usurpe des initiatives. Cela se traduit aussi bien dans l'aide que dans la tyrannie : l'aide généralisée sans besoins exprimés ou la privation de liberté exprime une confiscation des actions individuelles²¹⁷. L'État se doit donc de restreindre son intervention pour la recentrer. Pour l'auteur, l'action de l'État doit être subsidiaire et se limiter à suppléer les incapacités. La question est alors de déterminer où commence l'incapacité, car s'il est bon d'apporter un secours nécessaire, ce dernier peut contribuer à déshabituer les individus à se secourir eux-mêmes. Tocqueville constate que l'intervention étatique crée alors son propre besoin et devine une évolution actuelle de notre société : l'extension d'une demande de droit au secours.

loin que la simple sûreté et inclut le bien-être de tous. La subsidiarité d'Althusius implique que les communautés sociales aient déjà accompli une grande partie des tâches de solidarité. Elle justifiera l'intervention des pouvoirs publics là où les communautés ont failli, mais pas là où elles ont été négligentes.

²¹⁵ Pour le premier, il s'agit d'un État envahissant, pour le second d'un État absent face aux autonomies sociales.

²¹⁶ CH. MILLION-DELSOL, préc., p.88.

²¹⁷ A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Folio histoire, 1985 : « Sous l'Ancien Régime comme de nos jours, il n'y avait ville, bourg, village, ni si petit hameau en France, hôpital, fabrique, couvent ni collège, qui pût avoir une volonté indépendante dans ses affaires particulières, ni administrer à sa volonté ses biens. Alors, comme aujourd'hui, l'administration tenait donc tous les Français en tutelle. »

L'idée d'un État subsidiaire apparaît également chez Hegel, placé devant une société quasiment privée d'État. Dans l'appel qu'il lance à une unification étatique de l'Allemagne, il trace les contours d'un État dont les missions sont strictement définies et limitées aux attributions nécessaires. Ces dernières ne sauraient en aucun cas priver la société de ses libertés²¹⁸, et se limitent à ce que cette dernière ne peut accomplir.

C'est enfin dans la pensée libérale²¹⁹ que l'on retrouve exprimée l'idée de subsidiarité, avec une insistance particulière sur celle de suppléance. Alors que d'Aristote à Tocqueville, le principe de subsidiarité induisait un devoir de non-ingérence assorti d'un devoir d'ingérence, les libéraux vont insister sur le côté négatif de la subsidiarité : la non-intervention.

Pour eux, seul l'individu est titulaire de droits : il se définit par ses actes, et le but du politique est d'en garantir le développement. Les individus sont susceptibles de mieux donner satisfaction aux besoins sociaux, de mieux développer le bien-être et la civilisation que tout autre élément social. La question principale porte alors sur les objets des interventions de l'État²²⁰. Si les libéraux n'excluent pas certaines interventions de l'État en dehors du domaine de la sûreté, dans des domaines d'intérêt public, ils veulent pouvoir les contrôler.

²¹⁸ « le gouvernement devrait laisser à la liberté des citoyens ce qui n'est pas nécessaire à sa finalité, donc à sa sécurité extérieure et intérieure, le pouvoir d'organisation et de gestion et rien, à ses yeux, ne devrait être plus sacré que la sauvegarde et la protection de l'activité libre des citoyens en ce domaine » in HEGEL, *La constitution de l'Allemagne*, Ed. Champ Libre, Paris, 1974.

²¹⁹ Voir CH. MILLION-DELSOL, *L'État subsidiaire*, préc., l'auteur évoque la pensée de Locke selon laquelle l'existence du pouvoir se manifeste par le fait qu'il répond aux nécessités des acteurs sociaux : s'il existe une autorité, c'est qu'initialement il existe une demande d'autorité car il y a un besoin d'autorité. Le pouvoir du père de famille est supplétif en ce qu'il supplée « à leur manque d'aptitude et d'intelligence... ». Le pouvoir politique est lui aussi supplétif, il répond à un besoin : l'homme est libre mais il n'est pas autosuffisant, et impuissant à faire certaines choses : garantir son autonomie, sa liberté, sa sûreté. L'intervention étatique est donc uniquement justifiée par l'expression d'un besoin, elle s'y limite et disparaît avec elle. L'homme s'il confie à l'État la tâche de pallier ses incapacités, assume le reste.

²²⁰ J.S. MILL, *Principe d'économie politique*, Petite bibliothèque économique française et étrangère, Paris 1889, « savoir à quels objets l'intervention du gouvernement peut ou doit s'appliquer dans les affaires de la société, au-delà des attributions nécessaires ».

Ainsi, faut-il absolument suppléer aux incapacités des individus, mais uniquement le temps nécessaire à l'acquisition de leur autonomie en ce domaine²²¹. La suppléance se doit par conséquent d'être temporaire²²². Elle est en outre pédagogique, puisqu'elle permet d'acquérir cette autonomie. Si l'intervention étatique s'étendait au-delà, elle risquerait alors de ralentir le développement et le perfectionnement des individus. L'intervention publique doit, en dehors de la sûreté et de la police, être restrictive : elle ne doit viser que l'aide aux plus faibles en cas de nécessité, de façon temporaire et exceptionnelle. Seul l'exceptionnel autorise à venir troubler la répartition de ces compétences²²³. Dans le cas contraire, l'intervention étatique perd son rôle pédagogique, empêche les secours d'apprendre à se secourir eux-mêmes, crée une habitude au secours risquant de se transformer en la revendication d'un droit au secours²²⁴.

²²¹ Voir notamment J. BENTHAM, « Method and leading features of an institute of political economy » in *J. Bentham's economic writings*, Londres, 1954 vol III. Selon Bentham, ce sont les actions individuelles qui produisent automatiquement une hausse de la richesse collective. L'État ne doit pas s'immiscer dans ce processus spontané (non agenda), sauf lorsqu'il y a déficience de cet automatisme (agenda).

²²² Pour les libéraux, l'individu libre est le seul capable d'assurer le progrès social. L'intervention publique subsidiaire et pédagogique est donc destinée à disparaître au fur et à mesure que les individus auront appris et acquis les divers éléments de leur autonomie.

²²³ F. BASTIAT, *Œuvres économiques*, P.U.F. 1983, coll. Libre échange : « ... pour des circonstances extraordinaires, pour des cas urgents, l'État doit préparer quelques ressources, secourir certaines infortunes, ménager certaines transitions, (...), cela s'est fait ; nous désirons que cela se fasse mieux ».

²²⁴ J.-B. SAY, *Cours d'économie politique pratique*, T.II, Paris 1852. De même, A. THIERS, *Rapport au nom de la Commission de l'assistance et de la prévoyance publiques*, 26 janvier 1850, p.6 : « La bienfaisance est assurément la plus belle, la plus attachante des vertus. De même que l'individu ne saurait trop s'y livrer, l'État non plus ne saurait trop la pratiquer ». E. BURKE, « Thoughts and details on scarcity in the works of E. BURKE », Londres, 1827 vol. III : « il ne faut pas que les gens s'habituent à recevoir leur pain des mains du gouvernement, car à la moindre rareté, ils mordront la main qui les a nourris ».

2° Subsidiarité et risques des entreprises

88. Si l'on tente d'appliquer ce raisonnement aux risques des entreprises²²⁵, on constate alors une coïncidence assez importante. C'est en effet dans le but de pallier les carences ou insuffisances des opérateurs (groupe inférieur) face à des événements déjouant leurs prévisions raisonnables, que les pouvoirs publics (groupe supérieur) prennent à leur charge les risques qu'ils n'ont pas créés. L'intervention publique ne vise pas alors à remplacer l'initiative des acteurs économiques, mais à les seconder dans la gestion des risques²²⁶. Elle ne s'exerce pas sans l'appel d'un besoin, ni ne vient proposer une aide superflue.

On le vérifie, en constatant les corrélations qui existent entre l'analyse théorique de la subsidiarité et la situation des entreprises. Deux éléments principaux doivent alors être retenus : d'une part, la reconnaissance d'une présomption de capacité et d'autonomie reconnue aux individus que l'on trouve présente au travers de la liberté d'entreprendre, qui leur permet de mener en toute liberté leurs tâches privées, d'autre part la recherche par l'autorité étatique d'un bien commun que les autres collectivités ou groupes sociaux ne sont pas *capables* d'atteindre seuls.

89. En matière économique, le postulat d'autonomie et de liberté des opérateurs est consacré par le droit positif²²⁷. Il s'agit de la principale justification de la subsidiarité

²²⁵ Pour une transcription de la subsidiarité au monde économique, voir : G. KEUTGEN, « La subsidiarité et la vie économique », in *Le principe de subsidiarité*, bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p.73. De même, B. KNAPP, « La subsidiarité de l'intervention de l'État dans l'économie », in *Le principe de subsidiarité*, Ibid, p.85. Selon cet auteur, « la question se pose de savoir si, dans un domaine particulier, il y a lieu de laisser agir l'initiative privée seule, s'il convient de laisser le domaine en question à l'initiative privée avec un aide technique ou financière de l'État ou s'il faut que l'État intervienne directement. », p.86.

²²⁶ « L'interventionnisme économique de la puissance publique ne saurait être admis, sinon à titre subsidiaire, c'est à dire en cas de carence ou d'insuffisance notoire des mécanismes naturels du marché. », in F. MODERNE, préc., p.397.

²²⁷ La transposition du modèle théorique au domaine économique ne pose pas de difficulté puisque la liberté d'entreprendre, en tant que principe de valeur constitutionnelle, est rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme reconnaissant la liberté de façon générale. Voir, G. DRAGO et M. LOMBARD, (sous la direction de), *Les libertés économiques*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2003.

de l'action publique, puisqu'elle permet de conditionner la prise en charge des risques par l'existence d'une carence ou d'une insuffisante capacité des entrepreneurs.

On a pu s'interroger dans le courant des années soixante-dix sur la subsistance en droit de la liberté d'entreprendre. En effet, dès l'après-guerre se sont multipliées les réglementations économiques de tout type, restrictions aux libertés économiques, ainsi que les interventions étatiques en matière économique²²⁸. En outre, les fondements politiques et économiques de l'interventionnisme économique en France laissaient à penser que cette liberté n'existait pas réellement malgré une reconnaissance textuelle et jurisprudentielle. En effet, les pouvoirs publics ont longtemps cru que l'économie de marché ne saurait fonctionner sans être maîtrisée par eux, et ce, au détriment de la liberté des opérateurs.

On constate cependant aujourd'hui une reconnaissance explicite de cette liberté en droit positif et une application sur les marchés économiques.

Il est possible de faire remonter à Turgot et à son édit de 1774 libérant la circulation, les origines de la liberté économique. Si par la suite, cette liberté ne fut pas inscrite dans la Déclaration de 1789, cette absence est interprétée comme une reconnaissance implicite, faisant partie intégrante de la liberté générale reconnue aux articles 1 et 4 de celle-ci²²⁹.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a en revanche été proclamé de façon explicite par le décret d'Allardes des 2-17 mars 1791²³⁰ ; confirmé par la loi le Chapelier des 14-17 juin 1791. Il fut repris par la suite dans les constitutions

Notamment, G. DRAGO : « une société politique fondée sur la liberté, se traduisant dans le domaine de l'activité économique, par la liberté d'entreprendre (...) », p.30.

²²⁸ Y. Guyon, « que reste-t-il de la liberté du commerce et de l'industrie ? », in 10 ans de droit de l'entreprise, p.5, Lib-tech. 1979.

²²⁹ J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété », *D.* 1984, chron., p1.

²³⁰ « À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon mais elle sera tenue auparavant de se munir d'une patente. »

de l'AN III et de 1848. Plus récemment la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 dispose en son article premier que « la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. ». De même, la loi du 2 mars 1982, modifiée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 sur les droits et libertés des communes, départements et régions dispose que l'intervention des collectivités territoriales en matière d'aide économique, se fait « sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie ».

La jurisprudence a consacré cette liberté. Tout d'abord, le Conseil d'État a fait et continue de faire référence à la liberté du commerce et de l'industrie et au décret d'Allardes dans ses arrêts : « la liberté de l'industrie et du commerce garantie par la loi »²³¹ ; il a découvert en elle un principe général du droit²³². Il considère de façon constante qu'aucune des législations interventionnistes, n'a pu abroger le décret d'Allardes et la liberté qu'il reconnaît²³³. En outre, statuant en tant que juge des référés, le Conseil d'État a eu l'occasion de qualifier la liberté du commerce et de l'industrie de liberté fondamentale²³⁴.

A sa suite, le Conseil constitutionnel a fait référence à plusieurs reprises depuis 1982 à la liberté d'entreprendre, lui reconnaissant de la sorte une valeur constitutionnelle²³⁵. Toutefois, ce n'est que depuis peu de temps qu'il sanctionne des

²³¹ C.E. 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. 362 ; D. 1951.389, concl. GAZIER, note J.C. ; *G.A.J.A.* n°78.

²³² C.E. 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, p.570, *A.J.D.A.* 1961, p.20, concl. HEUMANN ; *Dr. Soc.* 1961.141, concl., note TEITGEN.

²³³ C.E. 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, R.D.P. 1959, p.1004.

²³⁴ Statuant au titre de l'article L. 512-2 du Code de justice administrative, le Conseil a jugé que « la liberté d'entreprendre, dont la liberté du commerce et de l'industrie est une composante (et qui) s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées » : C.E., 25 avril 2002, *sté Saria Industries*, n°245514 et, pour une application récente : *a contrario* : C.E., 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, *A.J.D.A.* 3 octobre 2005, p.1851.

²³⁵ C.C. 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, p.18 : « La liberté, qui aux termes de l'article 4 de la Déclaration consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre. ». Dans le même sens : C.C. 89-254 DC du 4 juillet 1989, préc. ; C.C. 90-285 du 8 janvier 1991 ; C.C. 90-287 DC du 16 janvier 1991, *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales*, p.24 ; C.C. 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi relative à la liberté de communication*, p.121.

lois sur son fondement²³⁶. Il semble par ailleurs avoir approfondi son contrôle²³⁷, bien qu'il ne le mette pas toujours en œuvre²³⁸.

Par ailleurs, on peut affirmer que l'évolution du droit économique a permis la reconnaissance effective de la liberté d'entreprendre. Ce fut tout d'abord le cas sous l'effet de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui modifie l'approche des pouvoirs publics vis-à-vis de l'économie et transforme le rôle de l'État à son égard. Ce fut surtout le cas sous l'effet du développement concomitant du droit communautaire et du droit international économique. On constate ainsi un courant de désengagement de l'État dans l'économie se réalisant au profit de la liberté des opérateurs.

Par exemple, le droit communautaire reconnaît-il les libertés économiques dans ses traités fondamentaux, notamment la liberté d'établissement (articles 43 et 48 CE, ex-articles 52 et 58) et la libre prestation de service (articles 49 et 55 CE, ex-articles 59 et 66). En outre, le libre exercice des activités professionnelles est un principe général du droit communautaire²³⁹. Le Traité de Nice a fait accéder la libre entreprise au rang de liberté fondamentale et l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

²³⁶ Voir en ce sens : C.C. 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi SRU*, p.176 ; C.C. 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, p.33 ; C.C. 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, p.49. Dans cette espèce, le Conseil sanctionne la loi du fait des conditions restrictives apportées à la possibilité pour un employeur de licencier pour motifs économiques. Auparavant, la liberté d'entreprendre fut de nombreuses fois invoquée, mais jamais sanctionnée.

²³⁷ Jusqu'en 2000 le Conseil constitutionnel considérait que le législateur pouvait apporter des restrictions à la liberté d'entreprendre sans toutefois en dénaturer le sens et la portée. À compter de la décision du 27 juillet 2000 portant sur la loi relative à la liberté de communication, il « substitua à la dénaturation de la liberté, l'exigence de proportionnalité comme limitation aux atteintes portées par le législateur à la liberté d'entreprendre », in PH. TERNEYRE, *Les libertés publiques*, préc., p.15.

²³⁸ Voir en ce sens : M. LOMBARD, *Les libertés économiques*, préc., p.20 et s.

²³⁹ C.J.C.E. 13 novembre 1979, Haver, p. 2727 ; C.J.C.E., 28 avril 1998, *Metronome Musik*, aff. C-200/96, p.I-1953, point 21.

90. Des débats ont eu lieu en doctrine, relatifs aux rapports existant entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie. La question portait essentiellement sur le point de savoir si la liberté reconnue par le Conseil d'État après guerre était identique à celle que reconnaît le Conseil constitutionnel²⁴⁰. Sans entrer dans ce débat, qui semble d'ailleurs avoir été clos par le Conseil d'État²⁴¹, on considérera la liberté d'entreprendre de façon large, au sens de liberté économique. Elle peut être définie comme la liberté reconnue à tout individu ou ensemble d'individus considérés en tant qu'opérateurs économiques, d'entreprendre toute activité à objet économique et de l'exploiter sans qu'aucune restriction ne leur soit imposée si ce n'est celle exigée par un impératif d'intérêt général. « *Le principe de libre entreprise implique l'autonomie de l'activité économique et exclut que des contraintes soient imposées dans ce domaine* »²⁴². Elle se traduit par la possibilité de s'installer²⁴³, d'exploiter une activité²⁴⁴ en rivalisant sur un même marché avec d'autres opérateurs dans la limite du respect de la liberté reconnue à chacun. Il s'agit d'une liberté de courir des risques, considérés comme des opportunités de maximiser les profits, mais également de subir des pertes²⁴⁵. Elle pose donc une présomption de capacité et d'autonomie : capacité d'entreprendre l'activité de son choix, et de l'exploiter librement, mais également capacité de faire face en amont comme en aval, aux risques qu'elle entraîne.

²⁴⁰ Voir notamment : P. BON, V° Liberté d'entreprendre, Dictionnaire constitutionnel, P.U.F. 1992 ; P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998, p.107, n°86 ; G. GUGLIELMI et G. KOUBI, *Droit du service public*, Montchrétien, 2000, p.138 ; D. LINOTTE, A. MESTRE, R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, 4^e édition, Litec ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2002.

²⁴¹ C.E., 25 avril 2002, *Sté Saria Industries*, préc.

²⁴² P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Ibid, p. 105.

²⁴³ C.E. Ass. 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, p.386, *A.J.D.A.* 1963, p. 460, chron. GENTOT et FOURRE.

²⁴⁴ C.E. 29 juillet 1953, *Soc. Générale des travaux cinématographiques*, p.430.

²⁴⁵ C.E. 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux*, D. 1916.25, concl. CHARDENET ; R.D.P. 1916, p. 206 et 338, concl., note JEZE ; S.1916.3.17, concl., note HAURIOU : « La variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls (...) ».

91. Reconnue dans les textes et par la jurisprudence, constatée dans les faits, la liberté économique prend une signification particulière si on l'observe au travers du prisme du risque. Elle confère aux opérateurs une présomption de capacité qui s'entend d'une capacité de courir et de faire face aux risques. En conséquence, les pouvoirs publics n'interviennent que subsidiairement, dans l'hypothèse où les opérateurs manifestent une insuffisance ou une carence.

En effet, la liberté économique et l'égalité entre opérateurs qui l'accompagne s'opposent par principe à toute intervention excessive et inutile des pouvoirs publics en la matière. Si l'on sait que la liberté d'entreprendre « n'est ni générale ni absolue »²⁴⁶, la valeur constitutionnelle qui lui a été reconnue prohibe toute « restriction abusive ou arbitraire » de la part du législateur, et la jurisprudence a eu l'occasion à de multiples reprises de sanctionner les violations de cette liberté par l'administration. Ce devoir de non-intervention se rapproche ainsi de celui que les penseurs de la subsidiarité ont dégagé ; il s'applique aux risques des entreprises. Ces dernières étant présumées aptes à faire face aux aléas propres à leur activité, les pouvoirs publics ne peuvent en principe pas les prendre en charge sous peine de les priver de leur autonomie et de rompre l'égalité devant régner entre elles. Cette présomption n'est toutefois pas irréfutable.

Lorsque des événements imprévisibles viennent déjouer les prévisions et calculs raisonnables des opérateurs, la capacité des entrepreneurs est alors dépassée, laissant apparaître des lacunes et carences. Dans cette hypothèse, et si tant est que l'administration ne se trouve pas à l'origine directe du risque, les pouvoirs publics interviennent alors, mais subsidiairement, afin de pallier ces incapacités et dans cette seule mesure.

92. L'intervention publique doit alors respecter les contraintes résultant de la notion de subsidiarité dans le but de préserver pour l'avenir l'autonomie des entreprises. Elle sera donc limitée, temporaire et pédagogique. Elle ne saurait en aucun cas dépasser ce stade sans priver l'opérateur de sa liberté, et risquer de l'habituer à l'aide publique.

²⁴⁶ Voir notamment : C.C. 82-141 DC 27 juillet 1982, préc.

Car l'action publique ne fait que répondre à un besoin exprimé ponctuellement, elle n'est pas destinée à se substituer à l'entrepreneur. Elle ne vise pas à réaliser de façon optimale ce qu'un opérateur est capable de faire de façon suffisante, mais uniquement à pallier ses carences.

B- Les caractères de l'action subsidiaire

93. Si le schéma théorique de l'action subsidiaire est applicable à l'hypothèse des risques des entreprises, il convient d'en déterminer les conséquences pratiques pour l'action publique. On peut alors observer que son application entraîne certaines contraintes spécifiques lors de la prise en charge des risques (1°). Si elles ne constituent pas pour les pouvoirs publics des obligations juridiques - la notion de subsidiarité n'ayant pas de valeur juridique - ces contraintes sont toutefois observées dans la pratique par l'Etat qui voit en elles une conséquence de la liberté et de l'autonomie des entreprises (2°).

1° L'existence de contraintes spécifiques

94. Les contraintes s'imposant aux pouvoirs publics n'ont pas toutes la même importance. Ainsi, l'action subsidiaire en matière de risques des entreprises est-elle à géométrie variable selon le type d'action recherché, la nature du risque appréhendé, l'importance de ses conséquences, et la situation concrète de chaque entrepreneur.

En premier lieu, l'action publique ne tend pas à remplacer les opérateurs dans l'exploitation de leur entreprise. Ne visant qu'à pallier les insuffisances de ceux-ci, elle ne doit pas être privative d'autonomie et imposer des contraintes excessives aux initiatives privées. Ceci entraîne donc une conséquence concrète très importante : la prise en charge des risques est soumise à l'expression d'un besoin. Elle ne saurait être

superflue ni inutile²⁴⁷ et est donc tributaire de la manifestation de réelles carences des entrepreneurs. Il n'est donc pas question de remplacer les opérateurs ayant négligé leur mission de prévision ou ayant fait preuve de gestion défailante.

La prise en charge publique ne doit pas en théorie être initiale, mais suivre l'initiative privée. Elle ne fait en effet que compléter les efforts produits par les entrepreneurs pour faire face à des situations de risques. Ce complément est alors susceptible d'être plus ou moins important en fonction de la carence manifestée. Ainsi, en matière de prévention des risques naturels ou industriels, une grande entreprise ayant eu suffisamment de moyens et d'informations pour se protéger correctement, n'exigera qu'un « coup de pouce » pour parer à la réalisation de dommages importants. En revanche, n'ayant pas les mêmes capacités, une petite exploitation manifesterà une carence bien plus importante, supposant alors une prise en charge plus approfondie par les pouvoirs publics²⁴⁸. Il faut toutefois noter que certains textes prévoient des conditions plus sévères que la simple reconnaissance d'une carence des entreprises. La subsidiarité est alors envisagée de façon stricte. Il en va ainsi de la loi portant indemnisation des catastrophes naturelles²⁴⁹ qui conditionne l'intervention publique à la souscription d'un contrat d'assurance portant sur les biens endommagés et à la constatation que les mesures habituelles à prendre pour prévenir les dommages n'ont pu empêcher leur survenance ou n'ont pu être prises²⁵⁰.

Si l'action des pouvoirs publics ne tend pas à remplacer l'action des entreprises face aux risques, elle ne vise pas non plus à se substituer aux mécanismes de marché

²⁴⁷ Ceci se traduit concrètement par une exigence de proportionnalité des mesures adoptées aussi bien en vue de prévenir le risque que de le réparer. Dans un contexte de ressources limitées, il est impératif d'allouer celles qui sont disponibles aux risques et aux entreprises qui en ont vraiment besoin. Cette proportionnalité est une condition de l'efficacité de l'action publique.

²⁴⁸ Les pouvoirs publics ont instauré une politique de veille et d'acquisition des connaissances relatives aux risques industriels et naturels afin de compléter les informations détenues par les entreprises qui ne disposent pas de moyens suffisants. Voir *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°247 et s.

²⁴⁹ Articles L. 125-1 et s. du Code des assurances.

²⁵⁰ Voir *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, pour une étude des assurances des risques des entreprises.

capables de prendre en charge les risques de façon suffisante. Les situations de risques peuvent en effet engendrer des troubles que les marchés sont aptes à assumer : problèmes des pollutions industrielles constituant des externalités négatives, problèmes de la non assurabilité de certains risques, etc. Ce n'est qu'en cas de carence des marchés que l'intervention se justifie alors. Ainsi, les pouvoirs publics pourront-ils décider d'imposer l'assurance de certains risques ou de les assurer eux-mêmes à défaut pour le marché de l'assurance d'avoir trouvé une solution efficace²⁵¹.

95. En second lieu, la prise en charge des risques ne devrait être que ponctuelle et temporaire, et non pas définitive. Les aides d'urgence accordées par l'État et les collectivités locales lors de la survenance de diverses catastrophes ne sont pas destinées à être permanentes ni appelées à être renouvelées. Elles assurent le rétablissement de conditions économiques viables et cessent dès lors que le besoin n'existe plus. Permanentes, elles seraient superflues et inutiles, rompant l'égalité devant régner entre opérateurs dans la mesure où les entreprises ayant subi un risque bénéficieraient d'un traitement préférentiel. La prise en charge publique n'est pas destinée à instaurer un système d'assistanat, nécessairement préjudiciable pour les entrepreneurs. Elle doit au contraire assurer que ces derniers retrouvent rapidement les moyens d'exercer à nouveau complètement les libertés économiques dont ils bénéficient²⁵².

Il faut toutefois noter que ces caractères ponctuel et temporaire ne sont pas toujours respectés. D'une part parce que l'État semble enclin à répondre favorablement aux demandes de nombreux entrepreneurs pour qui les aides ou indemnités versées par les pouvoirs publics devraient avoir un caractère systématique et reposer sur un droit à

²⁵¹ Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, n°351 et s.

²⁵² A la suite des attentats du 11 septembre, les compagnies d'assurance et de réassurance ont annoncé la restriction de la couverture de certains risques des compagnies aériennes. L'État a alors instauré un système d'assurance directe de responsabilité le 22 septembre 2001 pour couvrir les risques de guerre, d'émeutes et d'actes terroristes. La Caisse centrale de réassurance, elle-même garantie par l'État, apportait sa garantie au système. Ce système fut temporaire, et abandonné lorsque les professionnels de l'assurance réussirent à rétablir une couverture satisfaisante de ces risques.

l'aide publique en cas de réalisation de certains risques²⁵³. D'autre part parce que suivant un mouvement de socialisation des risques particulièrement graves ou difficilement réparables, l'État a institutionnalisé des régimes d'aides dont peuvent bénéficier les entreprises.

2° La nature et la valeur des contraintes

96. Si les contraintes issues de la notion de subsidiarité sont observées dans la pratique par les pouvoirs publics, il convient d'en déterminer la raison. En effet, la subsidiarité ne disposant pas en droit positif d'une valeur juridique **(a)**, il faut rechercher ailleurs les motifs de leur respect. Considérée comme un principe d'action politique et économique, la subsidiarité de l'action publique en matière de risque résulte en réalité d'une conception libérale de la liberté d'entreprendre et de ses relations avec la notion de risque **(b)**.

a) L'absence de valeur juridique de la subsidiarité

97. Il n'existe aucune reconnaissance textuelle ni jurisprudentielle de la subsidiarité telle qu'on l'a définie²⁵⁴. Aucun principe juridique de subsidiarité ne permet en effet de répartir les compétences entre entreprises et pouvoirs publics en cas de risques. Si la subsidiarité territoriale ou géographique est reconnue tant en droit

²⁵³ Il en va ainsi de la façon dont sont accordées les aides aux exploitants agricoles en cas de calamités. Initialement subsidiaire, cette prise en charge tend à devenir systématique et intégrale. Voir infra, Seconde partie, Titre second, Second chapitre, n°535.

²⁵⁴ Voir notamment : F. MODERNE, « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *R.F.D.A.* 2001, p.563 ; G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *R.I.D.C.* 1994.583 ; G. MARCOU, « Principe de subsidiarité, Constitution française et décentralisation », in *L'Europe et la décentralisation : les institutions territoriales françaises*, 1993, p.85.

international et communautaire²⁵⁵ qu'en droit interne²⁵⁶, qui détermine la répartition des compétences entre divers niveaux d'autorité publique, la subsidiarité « fonctionnelle »²⁵⁷ ne l'est ni par l'un ni par l'autre. Cette absence de reconnaissance par les sources écrites est en outre renforcée par le silence des sources jurisprudentielles, tant interne qu'internationale²⁵⁸.

En conséquence, il n'existe aucun principe juridique imposant aux pouvoirs publics, suite à la constatation d'une carence d'une ou plusieurs entreprises, d'intervenir dans le but de pallier cette insuffisance, mais de façon restreinte, sans les remplacer, en préservant leur autonomie et leur liberté économique. Cette absence de force juridique emporte alors certains effets.

La subsidiarité n'est tout d'abord pas sanctionnable juridiquement. On ne saurait réclamer aux pouvoirs publics une intervention particulière sur son fondement. Il n'est pas non plus directement justiciable : on ne peut réclamer ni l'annulation d'une mesure prise par l'administration, ni sa suspension, ni le versement d'une indemnité au cas où elle n'aurait pas été respectée. Ce n'est que si la prise en charge du risque impose une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre qu'elle est censée préserver ou à l'égalité

²⁵⁵ En vertu de l'article 5 CE, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. »

²⁵⁶ En vertu de l'article 72 al. 2 de la Constitution, « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon. »

²⁵⁷ Le professeur MODERNE utilise le terme de « subsidiarité fonctionnelle », il en donne cette définition : « Elle entend définir, en clair circonscrire et par conséquent limiter, l'initiative publique par rapport à l'initiative privée dans le domaine économique : l'interventionnisme économique de la puissance publique ne saurait être admis, sinon à titre subsidiaire, c'est à dire en cas de carence ou d'insuffisance notoire des mécanismes naturels du marché ».

²⁵⁸ « (...) la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...) ne semble pas s'être hasardé, si timidement que ce soit, vers la reconnaissance d'un principe constitutionnel de subsidiarité fonctionnelle. Et celui-ci n'a pas davantage reçu l'onction du Conseil d'État, qui ne déteste pourtant pas les principes généraux du droit. », in F. MODERNE, préc., p.395.

devant régner entre les opérateurs, que la subsidiarité pourra indirectement être sanctionnée par le juge²⁵⁹.

98. Malgré cette absence de référence explicite, il n'en demeure pas moins que certains textes ou théories jurisprudentielles, sans la consacrer explicitement, mettent en œuvre l'idée de subsidiarité.

Il suffit de prendre comme exemple la loi sur l'indemnisation des calamités agricoles²⁶⁰. Ces dernières étant souvent imprévisibles - au moins dans leurs conséquences -, elles sont susceptibles de causer de graves dommages aux exploitants, et excèdent leurs capacités de prévention ou de réaction. La loi laisse toutefois la priorité à l'initiative des opérateurs puisque ces derniers peuvent s'assurer contre les dommages éventuels, l'État n'intervenant alors qu'à titre subsidiaire pour compléter cette initiative en apportant soit sa garantie, soit une aide financière²⁶¹.

De la même manière, la jurisprudence administrative connaît des applications de la subsidiarité. La théorie de l'imprévision en est une illustration. Il ne fait en effet pas de doute que le juge administratif applique cette notion en matière contractuelle malgré l'absence de visas exprès. L'événement à l'origine de cette théorie revêt pour le cocontractant de l'administration un caractère exceptionnel. Il bouleverse l'économie du contrat²⁶² en déjouant tous les calculs effectués lors de la conclusion de l'acte²⁶³. Il s'agit donc bien d'un risque et non d'un simple aléa²⁶⁴ inhérent à l'activité, dont le sort serait réglé par le cahier des charges. L'administration contractante intervient alors

²⁵⁹ Il peut s'agir de l'hypothèse dans laquelle l'autorité de police adopte une mesure destinée à faire face à un risque naturel dont est victime un entrepreneur, mais qui impose des contraintes disproportionnées à la liberté du commerce et de l'industrie ou qui constitue une aide faussant le libre jeu de la concurrence.

²⁶⁰ Articles L.361-1 et s. du Code rural.

²⁶¹ Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, pour une étude des interventions publiques en matière de prévoyance des risques.

²⁶² C.E. 3 janvier 1936, *Commune de Tursac c/ Sté Allery*, p.5.

²⁶³ C.E. 1^{er} février 1939, *Sieur Leostic*, p.53 ; C.E. 10 février 1943, *Sieur Auran*, p. 36 ; C.E. Section, 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, p.67

²⁶⁴ C.E. 2 juillet 1982, *Sté routière Colas*, p. 261.

uniquement dans le but de pallier la carence de l'entrepreneur. Elle ne prend pas en charge le risque sans qu'un besoin ait été exprimé ni ne vise à le remplacer dans l'exécution de ses obligations. Le cocontractant n'est pas définitivement mis à l'abri de tout risque, mais bénéficie d'une aide temporaire et limitée. Dès que la situation extracontractuelle prend fin, l'administration cesse alors de prendre en charge le risque, permettant à l'entreprise, qui demeure tenue de continuer l'exécution de son contrat, de retrouver son autonomie dans l'exécution de celui-ci. En revanche, si le risque crée une situation permanente ne permettant plus au cocontractant d'exécuter son contrat dans des conditions économiquement viables, l'administration est autorisée à en demander la résiliation au juge²⁶⁵.

b) Valeur de la subsidiarité et risques des entreprises

99. L'absence de juridicité de la subsidiarité ne lui enlève pas toute valeur. On constate en effet concrètement que les pouvoirs publics prennent en charge les risques de façon subsidiaire aussi bien en amont qu'en aval, pour empêcher leur réalisation, limiter leurs conséquences dommageables, restaurer une situation économiquement viable pour les entreprises ou indemniser les préjudices qu'elles ont subis. Il convient alors de se demander ce qui les conduit à adopter une telle démarche.

On peut considérer la notion de subsidiarité comme un principe d'action politique et économique. Elle donne une ligne de conduite aux dirigeants et est à ce titre un principe de répartition idéale des compétences entre autorité publique et entreprises. En tant que modèle de comportement, elle ne pose pas d'obligation autre que morale.

Elle n'en constitue pas moins une règle de conduite. La formulation théorique de la subsidiarité lui reconnaît d'ailleurs une forte valeur. Partant d'une obligation de non-intervention protectrice de l'autonomie individuelle, les penseurs de la subsidiarité

²⁶⁵ C.E. 14 juin 2000, *Commune de Staffelden*, B.J.C.P. 2000, p.434.

voyaient dans celle-ci une contrainte s'imposant obligatoirement aux autorités publiques.

100. Les raisons qui conduisent alors les pouvoirs publics à prendre en charge de façon subsidiaire les risques qu'ils n'ont pas créés doivent être recherchées dans une compréhension libérale de la liberté reconnue aux opérateurs économiques par le droit positif. Selon celle-ci, l'autonomie des entrepreneurs n'existe que si et seulement si les autorités publiques limitent leurs interventions économiques au strict maintien des conditions de fonctionnement des marchés. Toute intervention d'un autre type est alors jugée perturbatrice et privative d'autonomie²⁶⁶. La liberté d'entreprendre ne s'épanouirait donc pleinement qu'en cas d'intervention publique minimale. Et ce, même en cas de risque imprévisible et potentiellement dommageable. La responsabilité de l'entrepreneur, corollaire de sa liberté, impose qu'il supporte la charge des événements dommageables que lui fait subir son activité. Elle suppose qu'en contrepartie de l'autonomie qui lui est reconnue, il conserve une part des effets du hasard.

La libre entreprise étant une prise de risques, il est en outre normal que les entreprises en subissent au moins en partie les conséquences sans pouvoir s'en décharger sur un tiers. Les pouvoirs publics n'en étant pas la cause, il n'existe donc pas de raison suffisante pour qu'ils assument la charge de les supporter intégralement²⁶⁷.

Le rôle des pouvoirs publics doit en conséquence se limiter à assurer aux entreprises le maintien des conditions nécessaires à l'exercice de leur liberté, sans aller

²⁶⁶ « L'intervention à titre subsidiaire est, ou ne devrait être, qu'un pis-aller qui ne justifie qu'en dernier ressort, ne serait-ce que parce qu'elle perturbe l'ordre normal des choses et brouille les compétences assignées aux uns et aux autres. », in F. MODERNE, préc., p.399.

²⁶⁷ Il faut en outre considérer le fait que de nombreux risques sont également imprévisibles pour les pouvoirs publics, et parfois irrésistibles. En ce sens, les autorités publiques peuvent parfois ne pas bénéficier des moyens ni des informations ou des connaissances nécessaires pour prendre en charge le risque de façon suffisante. C'est alors par la force des choses que l'action publique sera subsidiaire : les entrepreneurs devant alors supporter ce que l'action publique n'a pu ou su prendre en charge.

au-delà. Il s'agit alors d'ajustements ponctuels et limités des déréglementations du marché que provoquent les risques²⁶⁸.

101. Il convient toutefois de nuancer cette explication au regard de plusieurs considérations.

D'une part, si la compréhension libérale de la liberté économique impose une intervention publique réduite à son strict minimum, elle doit être conciliée avec d'autres impératifs qui conduisent parfois les pouvoirs publics à étendre leur action : le maintien de l'ordre public, la mise en œuvre de la solidarité nationale, voire l'efficacité économique peuvent justifier que la prise en charge des risques aille au-delà de ce que le respect de la doctrine libérale exigerait. Ainsi, selon les risques et les entreprises considérés, l'étendue de l'intervention publique variera-t-elle en fonction d'éléments appréciés *in concreto*, permettant aux pouvoirs publics d'adapter leurs décisions à chaque cas d'espèce.

D'autre part, la subsidiarité de l'action publique étant dépendante de l'expression d'un besoin lui-même fonction des capacités de chaque entrepreneur, les pouvoirs publics peuvent être amenés à pallier de façon plus ou moins large les lacunes par un simple « coup de pouce » ou par un complément plus important selon l'importance de la carence observée.

Enfin, cette compréhension libérale de la prise en charge des risques des entreprises pourrait être battue en brèche par une tendance contemporaine visant à imposer aux pouvoirs publics qu'ils supportent les risques de façon intégrale, tant en amont qu'en aval de leur réalisation, en exigeant d'eux qu'ils assurent aux entrepreneurs une sécurité absolue²⁶⁹ et une indemnisation intégrale des préjudices subis²⁷⁰. Cette exigence remettrait alors en cause la compréhension de la liberté d'entreprendre, qui ne

²⁶⁸ Voir *infra*, Première partie, Titre second, Second chapitre, n°237 et s., pour une étude des carences de marchés.

²⁶⁹ Voir *infra*, Première partie, Titre second, premier chapitre, n°174, pour une étude de l'extension des obligations de sécurité imposées à l'administration.

²⁷⁰ Voir *infra*, Seconde partie, Titre second, second chapitre, pour une étude de l'indemnisation des préjudices des entreprises.

saurait s'épanouir sans une intervention initiale de l'État ni se rétablir sans une prise en charge intégrale des conséquences des risques que les activités économiques font courir.

102. Soumise comme toute intervention publique en matière économique au respect de la liberté d'entreprendre, la prise en charge des risques extérieurs à l'action publique subit certaines restrictions liées à la notion de subsidiarité. Si des contraintes s'imposent également à la prise en charge des risques causés par les pouvoirs publics, elles ne sont en revanche pas du même ordre dans la mesure où la notion de subsidiarité ne trouve pas à s'appliquer.

§ 2 - L'absence de subsidiarité de l'action publique

103. Le fait que la prise en charge des risques qu'ils font courir à des entreprises ne soit pas subsidiaire ne signifie pas pour autant que les pouvoirs publics soient libérés de l'obligation de respecter et de protéger la liberté d'entreprendre. Si les contraintes qui s'imposent à eux sont différentes, ils demeurent malgré tout tenus de respecter le primat de la liberté reconnue en matière économique.

Il convient alors de s'interroger sur les motifs qui les conduisent à ne pas respecter les modalités d'action que dicte la notion de subsidiarité **(A)** avant de préciser si d'autres contraintes sont observées. **(B)**.

A- Les motifs

104. Les risques créés par les pouvoirs publics se distinguent des autres non par les préjudices qui sont susceptibles d'en résulter, mais par la manière dont ils sont causés. Or cette différence d'origine entraîne des contraintes distinctes de celles qui ont

été détaillées plus haut. En effet, la subsidiarité qui s'impose dans l'hypothèse où les risques sont indépendants de l'action publique ne trouve plus à s'appliquer dans l'hypothèse inverse. Dès lors, lorsqu'ils font peser un risque sur une entreprise, les pouvoirs publics, pour des raisons d'équité et conformément à une évolution contemporaine, sont tenus de les prendre en charge complètement.

Il est en premier lieu équitable que les pouvoirs publics prennent en charge les risques qu'ils ont provoqués sans attendre l'expression d'un besoin et la manifestation d'une carence. On peut en effet considérer que si c'est le respect de l'autonomie et de la liberté des opérateurs qui justifie le devoir de non-intervention issu de la subsidiarité, c'est justement parce qu'elle y porte atteinte que l'administration se doit d'intervenir pour rétablir complètement la situation. En créant un risque, les pouvoirs publics déjouent les prévisions des opérateurs, portant ainsi atteinte à la liberté qu'ils sont censés préserver. Sa protection n'est plus alors une limite, mais une cause de la prise en charge des risques par les pouvoirs publics. Les contraintes liées à la notion de subsidiarité n'ont donc plus lieu de jouer.

On peut par ailleurs considérer que lorsque, par des agissements imprévisibles et potentiellement dommageables, les pouvoirs publics sont à l'origine de risques qui excèdent les aléas supportés par les entrepreneurs, ils rompent au détriment de certains l'égalité qui doit régner entre eux. Ils doivent de ce fait rétablir complètement et entièrement cette égalité sans laquelle les entreprises ne peuvent véritablement exploiter leur activité.

105. En second lieu, l'observation de l'évolution que connaît le droit de la responsabilité permet d'expliquer les raisons pour lesquelles la prise en charge des risques créés par les pouvoirs publics n'est pas subsidiaire. On constate en effet l'existence d'une tendance suivant laquelle tout dommage causé par l'administration

tend à être réparé²⁷¹. Cette évolution en droit administratif est marquée d'une part par la diminution sensible des hypothèses de responsabilité pour faute lourde²⁷² et l'apparition de cas de plus en plus nombreux de responsabilité sans faute qui n'exigent pour ouvrir droit à réparation que la constatation d'un lien de causalité²⁷³. Elle est marquée d'autre part par l'extension du nombre de préjudices indemnisables²⁷⁴.

Cette tendance est accueillie et exploitée par l'opinion publique pour qui il paraît anormal et inéquitable que l'administration cause un dommage à un tiers sans en assumer les conséquences²⁷⁵. Dans un contexte plus général où il apparaît intolérable de subir des dommages quels qu'ils soient et où on tend à exiger des pouvoirs publics qu'ils les prennent en charge, même lorsqu'ils ne les ont pas causés²⁷⁶, il semble alors évident que tout dommage subi soit pris en charge par l'administration qui en est la cause.

²⁷¹ Cette évolution se manifeste également en matière de responsabilité civile : le Code civil aménage la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle en la faisant reposer sur la faute. L'article 1382 dispose-t-il ainsi 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 ». Par la suite le droit de la responsabilité civile a vu apparaître d'autres fondements tels le risque ou la garantie dans le but d'assurer la réparation de dommages à l'origine desquels on ne pouvait déterminer une faute – notamment du fait de l'origine industrielle du dommage. Dans le même sens, on constate que le besoin de réparation prime sur l'exigence d'une faute lorsque l'on observe le développement des mécanismes d'indemnisation collectifs. Voir, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil Les Obligations*, Précis Dalloz, 8^e édition, 2002, p.655 et s. De même, montrant la tendance actuelle à recourir à l'Etat pour couvrir l'ensemble des risques : R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil*, 2^e édition, Ch. XII.

²⁷² MM RIVERO et WALINE notent à cet égard : « On se rapproche donc d'une situation dans laquelle tout fait quelconque de l'Administration causant un dommage à l'administré pourrait engager la responsabilité de la puissance publique. » in *Droit Administratif*, Précis Dalloz, 18^e édition, 2000.

²⁷³ Outre les conditions liées au préjudice dont on cherche à obtenir réparation. Voir infra, Seconde partie, Titre second, Seconde chapitre, n° 529 et 540.

²⁷⁴ Voir en ce sens, CH. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français, étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Thèse, L.G.D.J., 2002 p.143 et s.

²⁷⁵ Voir en ce sens, D. TRUCHET, « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer » A propos et autour de la responsabilité hospitalière ; R.D.S.S. 1993, n°1, janvier-mars, p.1. Dans le même sens, P-L. FRIER note que « Dans le cadre d'une conception de plus en plus socialisée des risques, certains de ceux-ci apparaissent comme devant en toutes circonstances être réparés bien que leur auteur ne soit pas « coupable », in *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat droit public, 2001.

Ceci justifie alors que les pouvoirs publics prennent en charge les risques qu'ils ont causé sans rechercher l'existence d'une carence ou insuffisance des opérateurs, sans limiter leur intervention ni chercher à laisser à leur charge une part des conséquences du hasard.

B- Les conséquences de l'action non subsidiaire

106. Si les contraintes spécifiques résultant de l'application de la subsidiarité n'ont pas lieu d'être respectées par les pouvoirs publics (**2°**), il ne faut cependant pas en déduire que le respect du primat de la liberté économique ne leur soit pas imposé. Dès lors, un certain nombre de contraintes communes continuent de s'appliquer (**1°**).

1° Les conséquences du respect de la liberté économique

107. Que le risque subi soit extérieur à l'action publique ou qu'il y trouve sa source, le respect de la libre entreprise entraîne une limitation de l'intervention s'analysant en un devoir de non-intervention.

Dans le premier cas, en application de la notion de subsidiarité, la présomption de capacité des opérateurs face aux risques qu'ils sont susceptibles de subir impose aux pouvoirs publics de ne pas les priver de leur autonomie par des interventions excessives. Ce devoir de non-intervention laisse donc aux entrepreneurs la charge de supporter les risques qu'ils sont aptes à supporter. Cela se traduit par exemple par la nécessité de ne pas apporter d'aide inutile ni superflue aux entreprises, de ne pas s'immiscer dans la gestion des entreprises ou d'instaurer un système d'assistanat permanent.

²⁷⁶ Voir infra, Seconde partie, Titre second, second chapitre, n°532 et s.

Une partie de ce schéma est applicable dans l'hypothèse des risques que font courir les pouvoirs publics aux entreprises. Il en résulte que l'action publique ne peut avoir pour objet ni pour effet de remplacer l'entrepreneur dans la gestion des aléas qui s'imposent nécessairement à lui ou de s'immiscer dans la gestion de son activité lorsqu'elle tente de faire cesser les conséquences dommageables d'un risque. Elle ne peut en outre apporter d'aide inutile et superflue ne correspondant pas aux besoins ressentis par l'opérateur. Ainsi, lorsque sa responsabilité est engagée, ne peut-elle pas indemniser les préjudices causés au-delà de leur exacte valeur²⁷⁷.

Enfin, la prise en charge doit cesser dès que les besoins exprimés disparaissent, au risque d'instaurer une assistance permanente ne permettant pas un retour autonome à des conditions normales d'exploitation²⁷⁸.

108. Si l'on constate une certaine unité de la prise en charge publique du fait de la soumission à des contraintes communes, il n'en demeure pas moins que, n'étant pas soumis à la règle de subsidiarité lorsqu'ils sont à l'origine des risques, les pouvoirs publics ne sont pas soumis aux contraintes spécifiques qui en découlent.

2° L'inapplication des contraintes issues de la subsidiarité

109. Dans la mesure où l'intervention publique ne vise qu'à prendre en charge les conséquences de ses agissements et à mettre en œuvre l'idée que tout dommage causé à autrui doit être supporté par celui qui l'a causé, elle n'a pas à être subsidiaire.

²⁷⁷ Par exemple : C.E., 8 mars 1950, *Salgues*, p.149.

²⁷⁸ Ceci est valable y compris lorsque le besoin disparaît pour une autre raison que la prise en charge publique. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la responsabilité administrative, la disparition du préjudice résultant d'une réparation antérieure au versement d'indemnité par l'administration conduit le juge à considérer que le préjudice n'est pas réparable à défaut d'être certain. Voir en ce sens : F. SENERS, « Préjudice réparable », in *Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique*, p.24 et s.

Dès lors, la prise en charge publique n'exige aucune tentative initiale des opérateurs de faire face au risque par des mesures de prévention ou de prévoyance²⁷⁹, ni la constatation préalable d'une carence ou d'une insuffisance à y parvenir. Si la présomption de capacité des entrepreneurs n'est pas en soi niée, peu importe en réalité qu'ils manifestent une carence puisque l'intervention publique ne se limite pas, à la différence de l'action subsidiaire, à pallier les insuffisances des entrepreneurs. La prise en charge de risques ne visant pas alors à compléter les efforts initiaux des entrepreneurs, elle ne variera pas en importance selon l'importance des carences constatées. Il ne sera donc pas fait en principe de différence de traitement entre les diverses situations, selon la capacité des entrepreneurs²⁸⁰. Ceci se justifie logiquement par le fait qu'il n'existe pas de moyens à la disposition des entreprises pour prévoir ou prévenir les risques créés par les pouvoirs publics. Si un entrepreneur peut en effet s'assurer contre la survenance d'un risque naturel, un tel mécanisme n'existe pas pour parer aux conséquences d'un agissement imprévisible de l'administration potentiellement dommageable.

110. L'intervention publique n'est pas non plus limitée dans son ampleur – à la condition de n'être pas superflue²⁸¹ – puisqu'elle tend à prendre en charge l'ensemble des conséquences de l'agissement imprévisible sans en laisser une partie à la charge de la victime. L'idée selon laquelle il convient de faire supporter une part du hasard à ceux qui le subissent ne trouve pas à s'appliquer. Ainsi, le droit de la responsabilité exige-t-il pour des raisons d'équité que les indemnités versées en compensation des dommages subis du fait d'un agissement des pouvoirs publics couvrent l'intégralité des préjudices.

²⁷⁹ Il faut cependant nuancer ce propos en considérant les hypothèses dans lesquelles l'entrepreneur aura agi de façon non précautionneuse et se sera donc soumis volontairement au risque. En matière de responsabilité administrative, cette absence de précaution pourra être considérée comme une faute de la victime entraînant une limitation de l'engagement financier de la puissance publique.

²⁸⁰ On rappellera toutefois une exception à ce principe lorsque, en raison de sa qualité de professionnel, l'entrepreneur sera considéré comme ayant dû prévoir ce qui, pour une tout autre entreprise aurait constitué un risque. Voir supra, Première partie, Titre premier, Premier chapitre, n°32.

²⁸¹ En matière de responsabilité de la puissance publique, le principe est que l'indemnisation ne saurait excéder la valeur vénale des biens endommagés ou détruits.

111. Que le risque trouve son origine dans un agissement des pouvoirs publics ou qu'il leur soit extérieur, une tension existe entre d'une part un besoin d'intervention exprimé par les entreprises et le nécessaire respect de la liberté d'entreprendre d'autre part. Cette tension se traduit toutefois différemment selon l'origine du risque puisque les contraintes qui s'imposent à l'action publique n'ont pas la même importance dans les deux cas. Cette différence entraîne alors nécessairement des conséquences théoriques, la conception du rôle de l'Etat à l'égard du monde économique étant susceptible de varier selon l'une ou l'autre des hypothèses retenues.

SECTION SECONDE : LES IMPLICATIONS THEORIQUES

112. Le fait que la prise en charge des risques des entreprises soit tiraillée entre un devoir d'intervention et un devoir de non-intervention rend difficile le classement théorique de l'intervention publique.

Bien que reposant sur le respect de la liberté d'entreprendre qui laisserait supposer une corrélation avec la notion d'État libéral, le devoir d'intervention positive qu'entraîne l'existence de risques, même soumis à certaines conditions et contraintes, ne permet pas de limiter l'action publique à ce modèle. Elle n'est cependant pas non plus assimilable à celui d'État providence. (§1). Cette difficulté de classement en provoque alors une seconde, juridique celle-ci, relative à la nature de l'intervention : mission de service public ou mission de police. (§2).

§ 1 - Les implications politiques

113. La conciliation d'une intervention positive visant à prendre en charge les risques des entreprises d'une part et le respect de leur liberté d'autre part, ne permet pas de distinguer qui, du modèle libéral ou interventionniste, caractérise le mieux l'action publique en matière de risques. En réalité, il convient de considérer que si l'intervention

des pouvoirs publics emprunte aux deux modèles de l'État libéral et de l'État providence, elle ne s'y réduit pas et dépasse cette distinction traditionnelle.

En effet, l'opposition entre devoir positif d'intervention et devoir de non-intervention semble de prime abord rappeler l'opposition entre État gendarme et État providence. La prise en charge des risques des entreprises pourrait alors relever des deux théories : elle est à la fois tenue de ne pas empiéter sur la liberté et l'autonomie des opérateurs, mais également tenue d'intervenir dans certaines circonstances et selon des modalités particulières pour faire face à des situations imprévisibles et dommageables. Elle semble donc se situer à mi-chemin des deux modèles d'analyse.

Elle constitue en vérité un approfondissement de la théorie libérale de l'État (A), mais ne relève pas du modèle de l'État providence (B).

A- Approfondissement du modèle de l'État libéral

114. La théorie libérale classique²⁸² s'est particulièrement intéressé à la manière de réduire l'intervention de l'autorité étatique dans la société civile et la vie économique²⁸³.

C'est chez A. Smith que l'on trouve exposée de la façon la plus aboutie la théorie libérale classique. Celle-ci se fonde avant tout sur une certaine conception du marché et sur le rôle qui lui est attribué²⁸⁴. Le marché représente « l'accord admirable de l'intérêt et de la justice », il constitue une loi régulatrice du social fondée sur la loi de la

²⁸² Voir notamment : J. CHEVALIER, *Science administrative*, P.U.F., Thémis science politique, 3^e édition, 2002 ; F. EWALD, *L'État providence*, Ed. Grasset et Fasquelle, 1986 ; D. G. LAVROFF, « Les grandes étapes de la pensée politique », Précis Dalloz, 2^e édition, 1999 ; G. LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Précis Dalloz, 14^e édition, 2001 ; P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique, histoire de l'idée de marché*, Points, Politique, Ed. du Seuil 1989 ; P. ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Points, Essais, Ed. du Seuil, 1992.

²⁸³ On trouve chez Locke et Montesquieu l'idée d'un pouvoir limité ne s'étendant qu'à ce qui est nécessaire à la société : le bien-être des personnes et la protection des biens.

²⁸⁴ Le marché repose sur le principe d'un échange équilibré, mutuellement avantageux, efficace et équitable car il repose sur le principe de l'échange égalitaire.

valeur qui règle à la fois les rapports entre les marchandises et les personnes sans qu'aucune intervention extérieure ne soit nécessaire. Mais plus encore qu'une loi régulatrice, le marché est également un « instituteur du social »²⁸⁵, le fondement de la société. « Le marché n'est pas seulement un mode d'allocation des ressources à travers une libre détermination du système des prix : c'est un mécanisme d'organisation sociale plus encore qu'un mécanisme de régulation économique ». Selon lui la règle de la valeur règle l'allocation optimale des ressources de telle sorte que « les intérêts privés et les passions des individus les portent naturellement à diriger leurs capitaux vers les emplois qui, dans les circonstances ordinaires, sont les plus avantageux à la société »²⁸⁶.

Entraver le libre jeu du marché entraîne donc nécessairement une réduction de l'efficacité économique et l'introduction d'injustices. Les inégalités de fait ne sont pas niées, celles que l'on constate résultent du libre usage par les citoyens de leur liberté, elles sont donc justes car voulues et non pas subies. Une intervention redistributrice de l'État serait donc injuste.

Se fondant sur cette analyse du marché, les auteurs libéraux voient d'un très mauvais œil les interventions publiques venant perturber l'équilibre naturel instauré par le marché et priver les individus de leurs libertés et de leur autonomie.

À ce niveau de l'analyse, les correspondances existant avec l'hypothèse des risques des entreprises sont assez marquées, principalement en ce qui concerne le primat de l'autonomie et de la liberté des opérateurs qui fonde un devoir de non-ingérence, une croyance en l'autorégulation des activités économiques privées, en la capacité des opérateurs à faire face au risque.

Cette correspondance se renforce encore si l'on considère que la théorie libérale classique ne vise pas l'anéantissement de l'État. Au contraire, certaines de ses actions

²⁸⁵ Terme employé par P. ROSANVALLON, « Le libéralisme économique », préc.

²⁸⁶ *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, T II, livre IV, ch. VII

sont essentielles et nécessaires²⁸⁷. Le rôle qu'attribuent à l'État les libéraux est de garantir aux individus les conditions de réalisation de ce qu'ils se sont fixé comme objectif.

L'État libéral ne doit pas être inactif, mais au contraire très actif dans sa sphère de compétence²⁸⁸, c'est-à-dire actif dans la construction, la préservation du marché et la réalisation des objectifs des opérateurs. Pour A. Smith, le souverain a trois missions : défendre la société contre toute violence extérieure, protéger les citoyens contre l'injustice et l'oppression par le biais de la justice, ériger et entretenir des ouvrages publics et certaines institutions dont l'intérêt privé ne s'occuperait jamais, car ne permettant pas un profit suffisant²⁸⁹. L'autorité publique n'intervient donc que dans le but de pallier les insuffisances des mécanismes économiques, les carences du marché. Cependant, ces interventions visant surtout à maintenir les conditions d'un développement harmonieux sont limitées dans leur ampleur.

La prise en charge des risques des entreprises semble alors relever de ce modèle puisqu'elle contribue à combler les lacunes et incapacités tant des entrepreneurs que du marché. Il s'agit d'une intervention certes minimale, mais obligatoire, destinée à assurer le bon fonctionnement des mécanismes du marché, la sauvegarde des conditions

²⁸⁷ « Le jardinier, doit ôter la mousse qui nuit à l'arbre, mais il doit éviter d'entamer l'écorce par laquelle l'arbre reçoit la sève qui le fait végéter » in QUESNAY, *Despotisme de la Chine*, INED II, ch. VIII.

²⁸⁸ On retrouve cette idée dans la pensée de B. CONSTANT pour qui l'État « minimalitaire » ne consiste pas en le moins de gouvernement possible : dans sa sphère propre, c'est-à-dire dans les fonctions qui lui sont octroyées, le gouvernement doit être complet, hors de cette sphère, sa force doit être nulle.

²⁸⁹ Le libéralisme économique est fondé sur « l'appropriation privée des moyens de production, et l'administration doit ainsi laisser jouer les disciplines du marché, et ne saurait avoir qu'un domaine d'action résiduel, correspondant aux activités socialement indispensables mais que les entrepreneurs privés ne peuvent prendre en charge pour des raisons structurelles ou conjoncturelles ». In J. CHEVALIER, préc. p. 151. En France, l'État a créé les conditions propices au développement du libéralisme économique, notamment pas le biais d'infrastructures nécessaires au développement. Il a contribué pour une large part au développement industriel du pays et a pris à sa charge des activités indispensables à la vie économique que les entrepreneurs ne peuvent prendre en charge : notamment les services publics non rentables.

essentielles à l'exercice de toute activité économique. Si elle ne doit pas s'étendre au-delà, l'action publique doit cependant s'y consacrer entièrement.

115. L'intervention publique dépasse pourtant et approfondit le modèle libéral. Elle ne se limite pas à une simple garantie du bon fonctionnement du marché, et des mécanismes de régulation de celui-ci. Elle comprend des interventions positives que l'État libéral classique ne saurait entreprendre, risquant de perturber le libre jeu du marché et l'équilibre que celui-ci instaure automatiquement, remettant en cause la présomption irréfragable de capacité des opérateurs face aux risques.

Or, en matière de risque, cette présomption est réfragable, ce qui conduit, principalement lorsque le risque est extérieur à l'action des pouvoirs publics, à des interventions positives dépassant le simple maintien des conditions essentielles d'exercice des activités économiques. S'il s'agit bien de la même trame que celle de l'État libéral, la différence tient à l'étendue de l'intervention publique. Schématiquement limitée au maintien de l'ordre des marchés dans la théorie libérale, l'intervention publique face à un risque s'étend parfois bien au-delà : mesures de prévoyance, assurance, indemnisation, aides financières, etc. La différence peut également tenir à la nature des droits reconnus dans les deux hypothèses. Alors que la théorie de l'État libéral ne reconnaît que des droits-libertés à l'exclusion de tout droits-créances opposables à l'État, la prise en charge des risques des entreprises repose parfois sur de véritables obligations faites aux pouvoirs publics. Il en est ainsi par exemple des divers régimes permanents d'indemnisation qui proclament un droit à indemnisation des préjudices subis²⁹⁰.

²⁹⁰ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Chapitre second, n°535 et s.

B- L'exclusion du modèle de l'État providence

116. Les promoteurs de l'État providence ont tenté de dépasser l'opposition existant entre libéralisme et socialisme, et recherché une sorte de troisième voie permettant de faire face aux insuffisances du modèle libéral sans pour autant retenir le socialisme.

L'État providence n'est pas si éloigné que cela du modèle libéral²⁹¹, il accroît simplement les domaines d'intervention de l'État « protecteur » classique. Il va en effet plus loin que ce dernier par des actions positives dans des domaines jusqu'alors demeurés privés. Au devoir général de non-intervention prôné par la théorie libérale, les tenants de l'État providence opposent un devoir d'intervention destiné à régler les difficultés sociales et économiques liées au développement du capitalisme et touchant tous les domaines de la vie privée.

L'État prend alors en charge le développement économique et la protection sociale : il est censé répondre à toutes les demandes sociales, satisfaire les besoins de tous ordres des individus et des groupes. L'intervention de l'État est providentielle, car considérée comme le seul moyen d'assurer la continuité de la société²⁹². L'État providence a à la fois une mission de régulation économique et une mission de redistribution sociale.

Concrètement, l'État providence entreprend des politiques de redistribution des revenus, de réglementation des rapports sociaux, de prise en charge de services collectifs, etc. Il se fonde sur un programme de *libération du besoin*²⁹³ illimité, d'égalisation et de bien-être. Il s'agit donc de libérer la société du besoin et du risque²⁹⁴.

²⁹¹ Voir P. ROSANVALLON, « La crise de l'État providence. », préc., p.20

²⁹² Voir J. CHEVALIER, « Science administrative », préc.

²⁹³ « L'État providence exprime l'idée de substituer à l'incertitude de la providence religieuse, la certitude de la providence étatique. », in P. ROSANVALLON, préc., p.25. « Il se donne pour tâche de racheter *hic et nunc* les inégalités de nature ou les infortunes du sort. (...) Aux aléas de la charité et de la providence succèdent les régularités de l'État ».

²⁹⁴ Le rapport Beveridge de 1942, « Social insurance and allied services », utilise les termes de « libération du besoin ».

117. On observe sans difficultés que l'intervention positive des pouvoirs publics en matière de risques des entreprises ne recouvre pas la même réalité que celle qui résulte de la théorie de l'État providence. D'une part, l'objectif n'est pas le même : l'État providence vise à libérer les individus du besoin en prenant en charge le bonheur de chacun et le bien-être collectif. L'objectif des autorités publiques lorsqu'elles assument les risques des entreprises est tout autre : pallier les carences et les incapacités des opérateurs en se limitant à répondre aux besoins exprimés, sans aller au-delà.

L'État providence ne laisse aucune place à la subsidiarité. En effet, et d'autre part, il n'attend pas la manifestation d'une carence ou d'une incapacité pour intervenir, son objectif est de prévenir tous les besoins de quelque sorte qu'ils soient. La prise en charge des risques des entreprises n'a pas pour objectif de libérer les opérateurs du risque économique. Au contraire, elle est fondée sur le postulat qu'en principe ces derniers sont tenus d'y faire face et sont capables de le faire. Ses modalités sont limitées et temporaires.

118. Située entre État gendarme et État providence, la prise en charge publique des risques des entreprises use d'outils préconisés par les deux théories. Elle prescrit, réglemente, tout comme elle assure un certain nombre de prestations positives. Il convient alors de replacer l'intervention publique en matière de risque des entreprises dans le cadre de la distinction entre police administrative et service public.

§ 2 - Les implications juridiques

119. Approfondissant le modèle de l'État gendarme par un champ d'intervention économique plus étendu sans toutefois pouvoir être rangée dans les prestations qu'offre l'État providence, la prise en charge des risques des entreprises soulève une question

qui est certes traditionnelle en droit administratif²⁹⁵, mais revêt ici une importance théorique particulière puisqu'elle détermine en partie le régime juridique applicable à l'action publique et la spécificité que les risques peuvent lui apporter. Il s'agit de savoir si l'intervention publique relève d'une mission de service public ou de police.

La réponse n'est à nouveau pas univoque puisque si la prise en charge des risques peut apparaître par certains côtés comme relevant du service public **(A)** ou de la police **(B)**, elle n'est en aucun cas entièrement assimilable à l'une ou l'autre de ses missions.

A- Prise en charge des risques et service public

120. Si certaines interventions publiques peuvent prendre la forme de prestations de service public, il n'existe pas, malgré certains éléments militant en faveur de sa reconnaissance **(1°)**, de service public de la prise en charge des risques des entreprises **(2°)**. Et ce, que le risque soit ou non créé par les pouvoirs publics.

1° Éléments en faveur de la reconnaissance d'un service public

121. Plusieurs éléments permettent de penser que la prise en charge des risques des entreprises constitue un service public²⁹⁶.

²⁹⁵ L'action administrative est classiquement décrite comme relevant soit de la réglementation soit de la prestation, ou plus précisément de la police ou du service public, les deux missions pouvant s'exécuter par le biais de prescriptions et de prestations. « Le service public et l'ordre public apparaissent comme les deux fins de l'action administrative », in B. SEILLER, *Droit administratif*, T. 2, Flammarion, Champs Université, p.28.

²⁹⁶ Voir : J. CHEVALIER, *Le service public*, Que sais-je ?, P.U.F. 3^e édition mise à jour, 1994 ; G. GUGLIELMI et G. OKUBI, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat droit public, 2000 ; A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, 2^e édition mise à jour, P.U.F., Paris, 1997 ; D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public. », *A.J.D.A.* 1982, p. 427.

Tout d'abord, si l'on reprend les critères de la notion de service public²⁹⁷, on reconnaît sans difficulté le caractère d'intérêt général de la prise en charge des risques des entreprises : assurer le bon ordre des marchés économiques (prévenir la survenance de risques qui pourraient le troubler, restaurer les conditions d'exercice des activités, et un environnement économique viable), le maintien de l'emploi (aides aux entreprises ayant subi de forts dommages à la suite de la réalisation d'un risque), la compétitivité de l'économie, le respect de la liberté d'entreprendre, etc. De plus, le rattachement à une personne publique ne pose pas non plus problème d'autant que, lorsqu'une entité extérieure intervient pour faire face à un risque particulier, elle le fait au nom de l'État²⁹⁸.

Ainsi, les critères organique et fonctionnel de la notion de service public se retrouvent-ils lorsque l'on examine la prise en charge des risques des entreprises.

La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de qualifier de services publics certaines prestations d'aides rendues à des opérateurs. Par exemple, le juge administratif a reconnu que « la commune a pris en charge, dans l'intérêt public, et en utilisant des procédés de droit public, la réalisation de l'ensemble des conditions matérielles d'une opération de décentralisation industrielle jugée utile pour le développement communal ; que ce faisant, elle a assuré l'exécution même d'une mission de service public »²⁹⁹.

Le juge a également considéré qu'un maire, ayant aidé une entreprise, avait agi dans un but d'intérêt général en vue de favoriser le maintien de l'activité économique et de l'emploi sur le territoire de sa commune³⁰⁰. Dans le même sens, la mission des

²⁹⁷ Selon R. CHAPUS, « une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » in *Droit administratif général*, T.I, Montchrestien, 15^e édition, 2001, n°746.

²⁹⁸ Par exemple, la Coface exerce une mission de service public au nom de l'État consistant à garantir les investissements français à l'étranger.

²⁹⁹ C.E. 26 juin 1974, *Sté la Maison des isolants de France*, p.365 ; R.D.P. 1974, p. 1486, note J.-M. AUBY, dans cette hypothèse, l'aide octroyée à l'entreprise revêt un caractère d'intérêt général dans la mesure où elle permet d'assurer le développement économique et celui de l'emploi dans la commune. Si l'on suit le même raisonnement, une aide accordée par l'administration pour prévenir un risque ou réparer ces conséquences, peut constituer l'exécution d'une mission de service public dans la mesure où cela répond à un intérêt général.

³⁰⁰ C.E. 10 mai 1985, *Sté Boussac St Frères*, p. 145 ; A.J.D.A. 1985, p.434 ; R.F.D.A. 1986, p.74 ; R.T.D.S.S. 1985, p.594.

organisations communes de marchés instituées dans le cadre de la Politique agricole commune, a été considérée comme une mission de service public³⁰¹.

122. Ensuite, l'objectif social que poursuit le service public rejoint celui attribué à la prise en charge des risques. A cet égard, la conception du service public de Duguit est révélatrice³⁰². Selon l'illustre auteur, constitue un service public toute activité que doivent prendre en charge les gouvernants afin de réaliser la solidarité sociale, et que les administrés ne sauraient réaliser eux-mêmes³⁰³. Telle activité est ou n'est pas un service public en fonction de l'évolution de la société, selon qu'il est indispensable³⁰⁴ ou non que les gouvernants la prennent en charge grâce à leur force gouvernante. Or il est aisé de constater que, face à des risques de catastrophes naturelles, sanitaires ou industrielles, l'opinion publique exige une intervention de l'État sans laquelle la solidarité ne saurait être maintenue. Il est également significatif que, dans de tels cas, l'intervention publique se fasse de plus en plus fréquemment dans le cadre des mécanismes de solidarité nationale³⁰⁵ que seul l'État peut mettre en œuvre³⁰⁶.

³⁰¹ TC, 23 novembre 1959, *Sté immobilière et mobilière de meunerie et autres*, p.870, citée in *E.D.C.E.* 1969. Les OCM ont notamment une mission de soutien des cours, mission qui peut être mise en œuvre lors de la réalisation d'un risque économique et qui est destinée à faire cesser la situation dommageable pour les opérateurs.

³⁰² DUGUIT, dans son *Traité de droit constitutionnel*, T. II, Sirey 1923, p. 55, définissait l'activité de service public comme « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement par l'intervention de la force gouvernante. »

³⁰³ « S'il était besoin d'un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public, nous dirions qu'il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité » in *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit, 1999, p.51.

³⁰⁴ « Quelques économistes attardés peuvent bien, du fond de leur cabinet, déclarer que l'État n'a pas autre chose à faire qu'à procurer la sécurité à l'extérieur, l'ordre et la tranquillité à l'intérieur, qu'il doit se désintéresser de tout le reste et laisser la liberté entière à l'action et à la concurrence individuelles, dont le jeu assurera normalement la satisfaction de tous les besoins sociaux. Les faits sont plus forts que toutes les théories ; et la conscience moderne veut autre chose. Elle veut autre chose dans l'ordre intellectuel et moral : elle n'admet pas par exemple que l'État n'intervienne pas dans le domaine de l'enseignement. Elle veut autre chose dans le domaine matériel : elle n'admet pas par exemple que l'État n'organise pas des services d'assistance » in *Les transformations du droit public*, préc., p.48.

³⁰⁵ Voir en ce sens, Première partie, Titre second, Chapitre premier, n°179 et s.

123. Enfin, dans un nombre non négligeable d'hypothèses, les pouvoirs publics interviennent par le biais de services publics existants. Ceux-ci ne sont pas destinés à répondre spécifiquement aux besoins des opérateurs, mais ces derniers en bénéficient au même titre que les autres administrés. Ainsi, la prise en charge des risques peut-elle se faire par le biais de prestations prévues dans le cadre de certains services publics. Quelques exemples permettront de le démontrer.

L'intervention publique en matière de risque naturel ou industriel se fait fréquemment dans le cadre du service public de la protection de l'environnement³⁰⁷. Il n'est qu'à penser aux prescriptions établies dans le cadre du droit des installations classées et destinées à prévenir la réalisation de certains risques industriels susceptibles d'être gravement dommageables pour d'autres opérateurs. Il en va de même des prescriptions destinées à prévenir les risques de pollutions industrielles, ainsi que des prestations destinées à remettre en état les sites économiques endommagés et à réparer les dommages subis³⁰⁸.

De même, les mécanismes de prévention des risques de pénurie sont établis dans le cadre du service public de l'énergie, du ravitaillement en temps de guerre, notamment par le biais de la constitution de stock, des prestations de distribution, voire d'assurance³⁰⁹.

³⁰⁶ La conception objective de DUGUIT se place dans une optique de réduction de la place de l'État, celui-ci ne devant prendre à sa charge que ce que la réalisation de la solidarité sociale exige, le reste demeurant du ressort des individus. Pour autant, sa conception est plus large que celle des penseurs libéraux : le service public ne saurait se limiter aux services régaliens. On note alors la similitude avec les caractères de la prise en charge publique des risques des entreprises que l'on a relevés plus haut. L'action publique vise en effet à pallier les carences des individus lorsque ceux-ci sont incapables de maintenir les liens de solidarité tout en respectant les autonomies.

³⁰⁷ Voir en ce sens : C.E. 13 juin 1984, *Fédération départementale des chasseurs du Loiret*, p.208 ; C.E. 16 décembre 1992, *S.A. international décor*, T. p.993. De même, conclusions de M. KAHN sur l'arrêt *Bolusset*, citées par MM. LABETOUILLE et CABANES, *A.J.D.A.* 1971, p. 527 ; W. COULET, « La notion de service public dans le droit de l'environnement », *Mélanges Montané de La Roque*, Presses de l'I.E.P., 1986, p.358.

³⁰⁸ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Chapitre premier, n°454 et s.

³⁰⁹ Durant la première guerre mondiale, l'État prit en charge le service des assurances maritimes, afin de permettre la continuité des approvisionnements nécessaire à l'industrie.

Enfin, les risques sanitaires résultant des crises de la « vache folle », de la fièvre aphteuse, de la grippe aviaire sont ou ont été traités dans le cadre du service de la santé publique.

2° Négation du caractère de service public

124. Malgré ces arguments, il n'est pas possible de reconnaître à la prise en charge des risques des entreprises la qualité de service public.

Ceci s'explique par le fait que les modalités adoptées lors de l'intervention publique ne sont pas celles que suppose l'exécution d'une mission de service public. En effet, l'action publique en matière de risque se caractérise souvent par un large pouvoir discrétionnaire que l'on ne peut retrouver dans le cadre d'un service public. Certes, le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'y est pas absent, notamment en ce qui concerne sa création³¹⁰, mais il ne s'étend pas au-delà. En effet, dès lors qu'un service public est constitué, le régime du service est applicable à l'administration. Ainsi, dès que les conditions qui président à l'octroi de la prestation de service public sont réunies, l'utilisateur doit-il pouvoir en profiter, sous réserve de la libre appréciation de ces conditions par l'autorité administrative. L'administration est en quelque sorte liée par ces conditions. Ainsi, l'utilisateur disposant d'un titre de transport, et respectant le règlement du service, doit-il pouvoir bénéficier de manière quasi automatique du service. Et ceci, tant que le service public existe³¹¹. Il en va de même de l'assuré social qui, payant ses cotisations, et bénéficiant d'une ordonnance médicale, doit pouvoir bénéficier du remboursement de ses frais médicaux. Enfin, les administrés doivent pouvoir bénéficier des services de maintien de l'ordre dès qu'un trouble caractérisé se manifeste.

³¹⁰ Voir notamment, C.C. 25 et 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *A.J.D.A.* 1986, p. 575.

³¹¹ L'utilisateur ne dispose ni d'un droit à la création d'un service public, ni d'un droit à son maintien.

Reconnaître la qualité de service public à la prise en charge des risques supposerait donc que la constatation d'une carence d'un opérateur face à un risque déterminé suffise pour obtenir une prestation de l'administration. Cela supposerait également que la simple constatation d'un lien de causalité entre un dommage imprévisible et l'action administrative suffise à exiger l'intervention publique.

Or la réalité dément une telle affirmation.

En effet, face à des risques de même nature subis par des entreprises de même type, on constate une absence de continuité temporelle dans les interventions des pouvoirs publics. Schématiquement, le fait d'être intervenues en faveur d'une entreprise dans des circonstances et à un moment donnés, ne suppose pas que dans les mêmes conditions et à un autre moment, les autorités publiques interviennent à nouveau. Et ce, en raison du fait que ce sont souvent des considérations de politique économique qui justifient le choix de l'intervention ou de l'abstention³¹². Il en va notamment ainsi du choix des entrepreneurs pouvant bénéficier d'une garantie financière publique. En conséquence, le respect du principe de continuité du service public ne serait sûrement pas observé.

Pour finir, les pouvoirs publics n'ont sûrement pas souhaité³¹³ reconnaître à leur action la qualité de service public afin de ne pas la soumettre au régime contraignant qui en résulte. L'intervention publique en matière de risques se caractérisant par un large pouvoir d'appréciation, l'administration entend certainement la conserver sans être liée par les règles applicables aux services publics.

³¹² Il faut cependant nuancer notre propos en prenant en compte le développement des régimes législatifs d'intervention publique, qui fixent des critères d'intervention et fondent donc un droit à l'obtention d'une prestation en vertu du principe d'égalité devant la loi.

³¹³ Voir CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, T.I, p.26 : « sont exclusivement, uniquement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ».

B- Prise en charge des risques et police

125. L'étude de la police administrative³¹⁴ est un point essentiel dans l'étude des risques de façon générale³¹⁵, et des risques des entreprises en particulier³¹⁶. En effet, il existe une correspondance importante entre la prise en charge des risques par les pouvoirs publics et la mission qui leur incombe de maintenir l'ordre public. On la trouve tout d'abord dans l'objet des deux interventions, puis dans les moyens de les assurer.

La police administrative générale a pour mission de prévenir et faire cesser un certain nombre de périls et de troubles³¹⁷ qui peuvent constituer des risques pour les entreprises. Ces périls, s'ils sont généralement extérieurs à l'action des pouvoirs publics, peuvent cependant trouver leur origine dans des travaux publics, dans le fonctionnement d'ouvrages publics ou d'autres opérations matérielles.

Il existe par ailleurs des polices administratives spéciales dont l'objet principal ou l'un des objets est d'assurer le bon ordre des marchés économiques susceptibles d'être

³¹⁴ Voir, P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1962 ; D. PAPANICOLAÏDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, thèse 1960 ; E. PICARD, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1984.

³¹⁵ « Dans l'intérêt de sa conservation, la société doit se précautionner et se défendre (...) de là des lois de précaution et de restriction dont l'ensemble forme la sphère dans laquelle s'exerce la police de l'État. », F. LAFERRIERE, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e édition, 1854.

³¹⁶ Voir infra, Première partie, Titre second, Premier chapitre, n°161 et s.

³¹⁷ Voir notamment l'article L2212-2 5° du Code général des collectivités territoriales qui dispose : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...) 5° Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toutes natures, tels que les incendies, les inondations, (...) ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure ».

troublés par la réalisation d'événements imprévisibles³¹⁸ : guerres, actes de terrorisme, etc.

Ainsi, le maintien de l'ordre public constitue un fondement sur lequel les pouvoirs publics prennent en charge certains risques des entreprises³¹⁹. Qu'il s'agisse de l'ordre public général, constitué classiquement de la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques ou de l'ordre public économique en tant que bon ordre des marchés³²⁰, la police administrative en prévenant les périls ou faisant cesser les troubles qui les affectent, prévient et fait cesser les risques qui pèsent sur les entreprises³²¹.

Les modalités de prise en charge des risques sont très largement similaires à celles du maintien de l'ordre public, et ce, quelle que soit l'origine du risque. Il s'agit en effet soit de prévenir la réalisation d'un trouble, soit lorsque celui-ci s'est réalisé, de le faire cesser et de rétablir l'ordre³²². Quelques exemples permettront de le démontrer, dans lesquels on retrouve l'utilisation de méthodes identiques : prescriptions, interdictions, autorisations, sanctions, travaux, prestations, etc.

Confrontés à un risque industriel, les pouvoirs publics adoptent des mesures de prévention (veille scientifique, prescription de précautions particulières à adopter par l'exploitant, interdiction de certains procédés, etc.) mais également des mesures destinées à faire cesser le trouble qui résulte de sa réalisation et à remettre l'activité en état de fonctionnement (travaux, soutien de l'activité, aides financières, etc.).

³¹⁸ Voir en ce sens : P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Paris, 1998, p.427 et s.

³¹⁹ Voir infra, Première partie, Titre second, Premier chapitre, n°161 et s.

³²⁰ Voir par exemple : R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron. p.37.

³²¹ Les exemples de tels troubles ne manquent pas et la liste non exhaustive que donne l'article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales, désigne un nombre important de périls qui peuvent constituer des risques pour les opérateurs. Il est ainsi souvent fait référence aux calamités publiques, notamment aux risques naturels : ceux-ci constituent à l'égard des opérateurs des événements imprévisibles, susceptibles d'engendrer des conséquences dommageables.

³²² Si l'approche classique de la police administrative ne lui reconnaît qu'un rôle préventif (Voir : H. BERTHELEMY, *Droit administratif*, 4^e édition, 1906 ; P. DUEZ et G. BEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz 1952 ; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz 18^e édition.), elle ne s'y réduit pourtant pas et a également pour objectif, par des prescriptions et des prestations, de faire cesser et de réprimer les troubles à l'ordre public.

Afin de lutter contre les épizooties, les pouvoirs publics ont mis en place des systèmes d'alerte afin de prévenir leur expansion. Ils ont en outre la possibilité de limiter les déplacements et les échanges d'animaux. Ils peuvent enfin recourir à des abattages systématiques des animaux malades et assurer leur destruction.

126. Pour autant, la correspondance entre police et prise en charge des risques des entreprises n'est pas parfaite. On ne peut les assimiler tant au niveau des objectifs poursuivis que des modalités et des moyens mis en œuvre.

D'une part, la prise en charge des risques peut répondre à d'autres objectifs que ceux que poursuit la police administrative. Alors même qu'ils adoptent des moyens et modalités identiques (prévention, cessation du trouble et réparation), les pouvoirs publics n'agissent pas nécessairement en vue du maintien de l'ordre public. Il en va ainsi lorsque leur seule préoccupation est d'ordre économique et qu'ils visent à trouver une solution plus efficiente à une difficulté que celle qu'offrent les mécanismes de marché³²³. Si la notion d'ordre public n'est pas exclusive de toute considération d'ordre économique, pallier les carences du marché ne relève pas de la police économique.

D'autre part, les moyens mis en œuvre par les pouvoirs publics dépassent la palette des moyens de police puisqu'elles comprennent notamment des techniques contractuelles³²⁴, budgétaires, assurantielles, indemnitaires, etc. qui ne sont pas mises en œuvre dans le cadre de la police administrative.

³²³ Voir infra, Première partie, Titre second, Second chapitre, n°220 et s.

³²⁴ Voir J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *A.J.D.A.* 1965, p.3.

La prise en charge publique dépasse donc le schéma prévention/répression de la police, au profit d'un schéma d'action plus vaste opposant l'action attentive et l'action réactive³²⁵. Des mesures de prévoyance (assurance, garantie financière) viennent alors utilement compléter les mesures de prévention. Des mesures d'aides financières et d'indemnisation complètent quant à elles les mesures visant à faire cesser le trouble.

³²⁵ Voir infra, Seconde partie.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

127. Économiques en raison de la nature des entités qui le supportent, les risques des entreprises, entendus comme des menaces imprévisibles de dommages, se distinguent tant des simples aléas de la vie des affaires que des risques subis par les particuliers. Cette unité de définition due à leur spécificité économique ne doit toutefois pas cacher la diversité de leurs manifestations ni l'évolution contemporaine qu'ils semblent subir. D'une part en effet, l'apparition de nouveaux risques produits par les progrès scientifiques et technologiques, tout comme la prise de conscience par la société civile du caractère potentiellement catastrophique d'activités environnantes, ont conduit à renouveler la définition du risque. Dès lors, et d'autre part, ce dernier se caractérise par la diversité des événements qui peuvent en être la source et par la diversité de ses manifestations.

Le caractère économique des risques des entreprises se manifeste également par les contraintes qui s'imposent à l'action publique. La liberté des opérateurs garantie par le droit positif impose aux pouvoirs publics de respecter l'autonomie des entreprises dans la gestion de leur activité. Les risques impriment toutefois leur marque à cette obligation générale dans la mesure où, selon leur origine, les contraintes assurant le respect de la liberté d'entreprendre n'ont pas la même importance ni la même portée. De telle sorte que, si l'on s'interroge ensuite sur le rôle de l'État à l'égard des entreprises et du monde économique dans son ensemble, il est difficile de déterminer si la prise en charge des risques relève de l'approche libérale ou interventionniste. Juridiquement, ceci se traduit alors par l'impossibilité de réduire l'action publique au service public ou à la police administrative, bien qu'elle emprunte aux deux notions.

128. Spécifiques de par l'adaptation que subit la notion de risque et les contraintes qu'ils imposent aux pouvoirs publics, les risques des entreprises modifient également, à des titres différents, et pour des motifs différents les fondements de l'intervention publique.

TITRE SECOND :
LES FONDEMENTS DE LA PRISE EN CHARGE DES
RISQUES DES ENTREPRISES

129. Il est traditionnel en droit public de s'interroger sur les sources et les fondements juridiques de l'action des pouvoirs publics afin d'en déterminer le régime juridique et contentieux. La matière du risque ne fait pas exception à cette règle. Il s'avère en effet nécessaire de déterminer dans le cadre de cette étude les fondements sur lesquels sont pris en charge les risques des entreprises.

Cet exercice n'est pas simplement académique puisqu'il revêt un nombre non négligeable d'implications pratiques. Il permet tout d'abord de connaître l'étendue des obligations et limites qui s'imposent nécessairement à l'action publique, assurant ainsi aux entrepreneurs la connaissance des droits qu'ils peuvent opposer à l'administration et l'importance des prestations qu'ils sont en droit d'attendre d'elle. Il permet ensuite de comprendre les modalités concrètes d'intervention des pouvoirs publics, *a priori* comme *a posteriori*, ainsi que leurs enjeux de tous ordres : juridiques, politiques et financiers.

130. La recherche de tels fondements conduit alors à établir plusieurs constats. Il apparaît en premier lieu que la prise en charge par l'État des risques des entreprises se fonde fréquemment sur les mêmes éléments que le reste de son action et emprunte ainsi des catégories et notions communes (responsabilité, ordre public, etc.). On serait alors tenté de conclure à l'absence d'originalité de l'intervention publique, la nature économique des entreprises victimes n'ayant sur elle aucune incidence. Cette apparente similarité ne doit pourtant pas cacher le fait que ces fondements³²⁶ connaissent une nécessaire *adaptation* à la situation des entreprises, qui les singularisent alors au regard de ceux qui sont mis en œuvre lors de la prise en charge des risques des particuliers.

En second lieu, on soulignera l'existence de fondements *spécifiques* aux risques des entreprises, se superposant aux premiers, et prenant en compte la particularité de leur situation afin d'y adapter l'action publique.

³²⁶ Il convient de noter que ces fondements donnent lieu à divers types d'interventions. Certains justifient des mesures de prévention ou de prévoyance des risques (maintien de l'ordre public), d'autres justifient des mesures d'indemnisation (responsabilité, solidarité nationale). Ces modalités seront étudiées dans la seconde partie.

Ainsi, après avoir démontré en quoi les fondements traditionnels de l'action des pouvoirs publics connaissent une nécessaire adaptation aux risques des entreprises (**Chapitre premier**), il conviendra de démontrer l'existence de fondements qui leur sont propres (**Chapitre second**).

CHAPITRE PREMIER :
UNE NECESSAIRE ADAPTATION DES FONDEMENTS
TRADITIONNELS DE L'ACTION PUBLIQUE AUX RISQUES DES
ENTREPRISES

131. Afin de déterminer quels sont les fondements de l'intervention publique, il convient de prendre en considération l'hétérogénéité des situations des entrepreneurs ainsi que les nombreuses configurations qu'elles peuvent revêtir du fait des multiples origines des risques, de la variation de leur intensité et des divers dommages qu'ils sont susceptibles de causer. En vue d'en obtenir une vision claire, on distinguera alors de nouveau les risques qui résultent de l'action des pouvoirs publics et ceux qui leur sont extérieurs³²⁷.

L'action publique trouve dans ces deux hypothèses des fondements traditionnels : responsabilité de la puissance publique dans le premier cas, maintien de l'ordre public et solidarité nationale dans le second. L'unité existe malgré tout derrière cette diversité de fondements. En effet, que le risque soit ou non créé par les pouvoirs publics, les fondements de la prise en charge connaissent une adaptation rendue nécessaire par la particularité des situations des entreprises et des préjudices qu'elles subissent.

Ainsi, la responsabilité de la puissance publique d'une part (**Section première**), le maintien de l'ordre public et la solidarité nationale d'autre part, connaissent-ils une adaptation aux risques des entreprises (**Section seconde**).

³²⁷ Cette distinction reprend celle qui a été faite dans le premier titre de cette partie, il sera donc aisé de s'y référer le cas échéant.

SECTION PREMIERE :

L'ADAPTATION DE LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE AUX RISQUES DES ENTREPRISES

132. Lorsqu'un risque trouve son origine dans l'action administrative, sa prise en charge par les pouvoirs publics résulte principalement de l'engagement de leur responsabilité pour et sans faute³²⁸. L'intervention publique prend alors la forme d'une compensation financière des préjudices subis, par le versement d'indemnités³²⁹. Et ce, en utilisant les mêmes notions que le droit commun de la responsabilité : faute, préjudice, lien de causalité, etc. En ce sens, la responsabilité de la puissance publique, fondement traditionnel de l'action publique, s'applique à la matière du risque, qui n'en modifie pas substantiellement les catégories (§1).

La nature économique des entreprises ainsi que la particularité des préjudices qu'elles subissent exercent cependant une indéniable influence sur les notions propres à la responsabilité de la puissance publique. On peut ainsi constater une adaptation de celles-ci sous l'effet des risques des entreprises (§2).

³²⁸ Il ne s'agit pas d'un fondement exclusif puisque les pouvoirs publics peuvent être amenés à assumer certains risques qu'ils ont créés sans que leur responsabilité ne soit engagée. D'autres fondements interviennent alors, principalement la notion d'efficacité économique. Voir infra, Première partie, Titre second, Chapitre second, n°220 et s.

³²⁹ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Chapitre second, pour une étude des modalités d'indemnisation des préjudices des entreprises.

§ 1 - La prise en charge des risques des entreprises sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique

133. Les développements qui suivent ne traiteront que de la responsabilité de la *puissance publique*³³⁰, non de celle des entrepreneurs publics agissant dans les mêmes conditions et selon le même régime juridique que les entreprises privées. S'ils sont à l'origine de risques, ils voient leur responsabilité engagée sur le fondement du Code civil comme tout opérateur privé. L'action des pouvoirs publics ne diffère alors en rien de celle qui vise à assumer les risques créés par une entreprise privée quelconque. On ne différenciera donc pas ces deux hypothèses.

Dire d'un risque qu'il est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique suppose de reconnaître une correspondance entre ses caractères et les conditions d'engagement de la responsabilité. Il convient alors de démontrer en quoi la réalisation d'un risque créé par les pouvoirs publics peut constituer un fait générateur causant un préjudice à une entreprise. Et ce, que l'on se situe dans un régime de responsabilité pour faute **(A)** ou sans faute **(B)**.

A- Risques des entreprises et faute de l'administration

134. La responsabilité pour faute implique que l'administration est tenue d'indemniser les dommages causés à des tiers par un agissement fautif. Ainsi, avancer que les pouvoirs publics assument sur ce fondement les risques qu'ils font courir suppose-t-il d'établir et de préciser les liens existant entre faute et risque.

Une faute commise par l'administration peut, du fait de son imprévisibilité et si elle est potentiellement dommageable, constituer un risque pour une entreprise. Pour autant, tout acte ou agissement imprévisible et dommageable de l'administration ne

³³⁰ La nature des entités entrant dans cette catégorie a déjà été précisée précédemment. Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°49 et s.

constitue pas nécessairement une faute, celle-ci supposant la violation d'une obligation prédéterminée. Il est alors possible de distinguer deux hypothèses.

La première est constituée des situations dans lesquelles le comportement des pouvoirs publics est contraire à une obligation préexistante et constitue dès lors une faute qui, étant imprévisible, peut constituer pour elles un risque **(1°)**. La seconde est constituée des situations, les moins nombreuses, dans lesquelles l'obligation préexistante à laquelle a manqué l'administration est une obligation de prévisibilité. C'est alors parce que le comportement dommageable d'une personne publique constitue un risque qu'il est qualifié de faute **(2°)**.

1° Les fautes constitutives de risques pour les entreprises

135. L'engagement de la responsabilité pour faute de la puissance publique exige de façon générale que soient remplies certaines conditions cumulatives. La matière du risque n'y échappe pas. Ainsi faut-il dans un premier temps que l'administration ait commis une faute qui, dans un deuxième temps, soit la cause directe d'un dommage indemnisable subi par une entreprise³³¹.

La faute commise par l'administration est susceptible, du fait de son imprévisibilité pour les entreprises, de constituer pour elles un risque³³². C'est alors le caractère fautif de l'agissement considéré - apprécié comme tel par le juge - qui fait de celui-ci un risque et qui permet d'imposer aux pouvoirs publics l'indemnisation des préjudices subis.

³³¹ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Second Chapitre, n°494 et s., pour une étude des conditions que doit remplir le préjudice pour être indemnisé.

³³² Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°56.

136. La faute se définit, selon la désormais célèbre formule de Marcel Planiol, comme étant « un manquement à une obligation préexistante »³³³. De sorte que l'administration commet une faute lorsqu'elle se conduit contrairement à ce qu'elle aurait dû.

L'obligation transgressée peut alors être protéiforme³³⁴. Sans chercher à être exhaustif, on retiendra par exemple que sont constitutifs d'une faute les manquements à des obligations d'agir telles que les multiples et diverses obligations de prévention ou de sécurité qui s'imposent aux pouvoirs publics³³⁵. Le juge considérera alors que le préjudice subi par une entreprise, s'il résulte initialement de la réalisation d'un risque extérieur, a cependant été causé pour partie par le manquement de l'administration qui était tenue de le prévenir. L'aggravation du préjudice lui est alors imputée³³⁶.

Constitueront de la même manière des fautes, les manquements aux obligations d'agir promptement. Le risque exigeant souvent une action rapide des pouvoirs publics, il constitue un terrain particulièrement riche pour de tels manquements. L'administration est alors tenue de prendre les mesures exigées par les circonstances dans les meilleurs délais. Son retard pourra être fautif, soit qu'un délai a été fixé dans le texte qui impose l'obligation, soit qu'il est estimé par le juge au regard de situations

³³³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.II, 2^e édition, préc.

³³⁴ Elles peuvent résulter d'un manquement à une obligation contractuelle ou extra-contractuelle. Par exemple : C.A.A. de Marseille, 3^e chambre, 7 décembre 1999, *Société Var Expansion*, B.J.D.C.P., n°11 p.245, concl. J.-C. DUCHON-DORIS, note C. MAUGUE, p. 251, préc : l'autorité délégante commet une faute en prenant des mesures empêchant le délégataire de poursuivre l'activité qui lui avait été confiée ; C.E., 14 avril 1948, *Min. des armées c/ Sté générale d'entreprise*, p.159 : une modification unilatérale trop importante de la part de l'administration contractante est constitutive d'une faute.

³³⁵ Voir infra, ce chapitre, n°74 et s.

³³⁶ En ce sens : C.E., 3 mars 2003, *G.I.E. la Réunion aérienne*, préc. : la responsabilité pour faute de l'État est engagée du fait d'un manquement à sa mission de police, en l'espèce la prévention d'actes de terrorisme ayant entraîné des dommages pour la compagnie aérienne. Dans le même sens, C.A.A. de Paris, 22 janvier 2003, *M. Vigouroux c/ Ministre de l'Intérieur* : responsabilité des autorités de police du fait d'une défaillance à protéger une officine contre des actes de violence ; C.E., 22 juin 1987, *Ville de Rennes, c/ Cie rennaise de linoléum et du caoutchouc*, p.223, *A.J.D.A.* 1988, p.65, note J. MOREAU.

comparables³³⁷. La négligence sera également sanctionnée si l'action des pouvoirs publics est jugée insuffisante ou inefficace³³⁸.

Pourront enfin être qualifiées de faute les carences³³⁹, inerties³⁴⁰ ou refus d'agir³⁴¹. S'y ajouteront les manquements à l'obligation d'agir légalement³⁴², ou de ne pas agir.

137. L'obligation imposée à l'administration sera plus ou moins difficile à respecter selon les circonstances. Les situations de crise, caractéristiques de la réalisation

³³⁷ Par exemple : T.A. de Nantes, 18 février 1997, *Association des Marais des Olonnes, c/ Min. de l'environnement*, D. 1998, J., p.403 : la responsabilité de la puissance publique est engagée du fait de la carence de ses services à prendre les mesures nécessaires à la cessation des dommages subis par des entreprises piscicoles dans un délai raisonnable. Dans le même sens : C.A.A. de Nancy, 10 avril 2003, *Sté le Nid, A.J.D.A.* 2003, p. 1619 : responsabilité de l'État pour retard dans l'élaboration d'un plan de prévention des risques. *A contrario*, CE, 22 juin 1963, *Compagnie de raffinage Shell-Berre*, p.387 ; C.A.A. de Paris, 13 juillet 1999, *Groupe Dentressangle*, T. p.537, préc. ; C.A.A. Nancy, 12 décembre 1991, *Rizki*, T. dec. p.6863, préc. Le juge vérifiera en premier lieu l'existence d'une obligation de faire avant de constater le retard avec lequel l'administration s'y est conformée. Voir pour une analyse du retard de l'administration : G. MARTIN, « La responsabilité de la puissance publique pour retard », *L.P.A.*, 1^{er} septembre 1999, n°174 p.4.

³³⁸ Par exemple, pour une perte commerciale en partie imputable à la négligence de l'administration (C.E., 9 février 1951, *Groupements des mareyeurs de Brest*, p.85.), à des erreurs de renseignements (C.E. 1^{er} juin 1949, *Sieur Mialet*, p.257 ; C.E., 21 décembre 1951, *Sieur Feix Karam*, p.612 ; C.E., 25 juin 1954, *Sieur Otto*, p.380.)

³³⁹ Voir notamment, P. MONTANE de la ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Thèse, Dalloz, 1950 ; M.N. POLUBOCSKO, « L'inaction administrative », Thèse Paris II.

³⁴⁰ Par exemple, C.E., 15 juin 1987, *Société navale des Chargeurs Delmas-Vieljeux*, p.216, préc.

³⁴¹ Il peut par exemple s'agir du refus de prendre des mesures d'application d'une loi : C.E., 6 juillet 1934, *Sté Van Outryve et Cie*, p. 789.

³⁴² Par exemple, C.A.A. de Nantes, 8 novembre 1995, *Commune de Faye d'Anjou, A.J.D.A.* 1996, p.331 : responsabilité du fait d'un retrait illégal d'une garantie d'emprunt accordée à une entreprise ; C.A.A. de Douai, 21 mai 2002, *Sté Jean Behotas, A.J.D.A.* 2003, p.232 : responsabilité d'un pouvoir adjudicateur du fait de l'éviction illégale d'un candidat ; C.E., 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, T. p.1016, préc. : responsabilité du fait d'un appel d'offre irrégulier ; C.A.A. de Bordeaux, 27 décembre 1990, *Valiente*, T. dec., p.6855 : violation de la loi sur la propriété artistique ; C.E., 26 novembre 1975, *Dugenest*, R.J.E. 1977.1, p.58 : délivrance irrégulière d'une autorisation d'ouverture d'une installation classée ; C.A.A. de Lyon, 6 décembre 2001, *M. X., Me Gladel, Ministre de l'agriculture, A.J.D.A.* 2003, p. 1831 : abattage illégal d'animaux d'élevage par l'autorité de police sanitaire. Peuvent également être sanctionnées les violations du droit de la concurrence par des décisions administratives. Celles-ci ne sauraient avoir pour effet de permettre une violation du droit de la concurrence par une entreprise. Pour une application récente de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Million et Marais* le 3 novembre 1997 : C.E., 30 juillet 2003, *S.A. Caen Distribution, A.J.D.A.* 2003, p.2036.

d'un risque, auront donc une influence certaine sur l'exigence par le juge d'une faute simple ou d'une faute lourde afin d'engager la responsabilité. Ainsi, pour reprendre l'exemple des obligations de prévention, le juge administratif exigera-t-il une faute simple en matière de risques naturels, hormis les situations d'urgence ou de difficultés particulières³⁴³.

De la même manière, l'engagement de la responsabilité pour carence des autorités de police administrative exigera-t-il, en fonction des circonstances, soit une faute lourde sur le fondement de la jurisprudence *Doublet*³⁴⁴ soit une faute simple³⁴⁵.

138. En tant que manquement à une obligation préexistante, la faute de l'administration constitue un risque s'il est susceptible d'engendrer des dommages pour des entreprises. Les pouvoirs publics indemniseront alors les préjudices subis sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique.

Il existe cependant quelques cas où un comportement est qualifié de faute en raison de son caractère imprévisible pour l'entreprise qui en subit les effets dommageables. C'est parce qu'il est un risque qu'il est qualifié de faute.

³⁴³ Si, en principe, la responsabilité des services de police n'est engagée, à raison de leurs activités juridiques, qu'en cas de faute simple - la faute lourde étant exigée pour les opérations matérielles -, certaines circonstances entraînent l'exigence d'une faute lourde : en cas d'urgence (C.E., 21 juin 1972, *Foncault*, p.461) ou lorsque l'action de l'administration s'exerce dans des conditions particulièrement difficiles (C.E., Ass., 20 octobre 1972, *Marabout*, *A.J.D.A.* 1972, p.581, *J.C.P.* 1972 II 17373, note ODENT). Par exemple, les pouvoirs reconnus au maire en cas de danger grave ou imminent par l'article L.2212-4 du C.G.C.T. n'engagent sa responsabilité que pour faute lourde.

³⁴⁴ Pour une application de la jurisprudence *Doublet* : C.A.A. de Marseille, 5 juillet 2004, *Commune d'Aix en Provence*, *J.C.P.A.* 2004, n°1669, note J. MOREAU. Le juge exige en l'espèce une faute lourde pour engager la responsabilité pour carence de l'autorité de police.

³⁴⁵ C.E., 29 novembre 1963, *Sieur Escarot*, p.596 : responsabilité pour faute simple en raison de la carence de l'autorité de police à prévenir un trouble sanitaire à proximité d'un marché. Dans le même sens, concernant la police des installations classées : C.E., 22 mars 1978, *Brelivet*, *R.J.E.* 1980.1, p.45. Depuis l'arrêt *Commune de Moissy-Cramayel* rendu le 28 novembre 2003, *A.J.D.A.* 2004, p.988, note C. DEFFIGIER, *B.J.C.L.* 2004, p.60, concl. G. le CHATELIER et p.62 obs. J.-C. BONICHOT, *J.C.P.A.* 2005, 1053, note J. MOREAU, une partie de la doctrine considère que la responsabilité pour carence des autorités de police n'exige plus, pour être engagée, qu'une faute simple. Voir en ce sens : F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », *A.J.D.A.* 2005, p.71.

2° Les risques constitutifs de fautes

139. Si ces hypothèses sont assez peu nombreuses en raison du faible nombre d'obligations de prévisibilité imposées à l'administration, elles méritent cependant que l'on s'y intéresse pour plusieurs raisons. On ne saurait, d'une part, les exclure du champ de l'étude au risque de présenter de façon incomplète les cas dans lesquels les pouvoirs publics prennent en charge des risques sur le fondement de leur responsabilité. D'autre part, ces hypothèses permettent de montrer que si toute faute commise par l'administration est susceptible de constituer un risque à la condition qu'elle soit potentiellement dommageable pour une entreprise, certains agissements imprévisibles des pouvoirs publics peuvent, du fait de cette imprévisibilité, constituer eux aussi des fautes.

Le droit positif français ne reconnaît pas d'obligation générale de prévisibilité opposable à l'action des pouvoirs publics. On peut donc affirmer que tout agissement protection de la sécurité juridique³⁴⁶ des administrés semble imposer aux pouvoirs publics d'être prévisibles dans certaines circonstances. Le manquement à de telles obligations fait donc du risque créé par l'administration une faute.

En effet, les opérateurs économiques fondent leurs prévisions sur des éléments qu'ils jugent stables et non susceptibles d'être arbitrairement bouleversés. Parmi ceux-ci se trouve le comportement de l'administration à leur égard : ils fixent leurs objectifs en présumant prévisibles les agissements des pouvoirs publics. Ces derniers doivent donc garantir aux entreprises, et plus largement aux administrés, que leur situation ne sera pas modifiée de façon imprévisible.

³⁴⁶ Celle-ci, rappelons-le, impose la protection des administrés contre tout bouleversement arbitraire de leur situation juridique qui, en ce qui concerne notre étude, constituerait un risque économique. Les mesures prises par les pouvoirs publics doivent être l'application de normes connues à l'avance, donc prévisibles. Pour une étude de la sécurité juridique en matière économique, voir P. DELVOLVE, *Droit public de l'Économie*, Précis Dalloz, 1998, p.201 et s.

Ainsi en est-il des règles qui imposent qu'une modification de réglementation³⁴⁷ ne puisse avoir, en principe³⁴⁸, d'effets rétroactifs³⁴⁹. Il en va de même des règles qui régissent le retrait et l'abrogation des actes administratifs³⁵⁰ ou de celles qui imposent qu'une réglementation ne viole pas le principe de légalité des délits et des peines³⁵¹.

³⁴⁷ Nul ne peut s'opposer à la modification d'une réglementation en vertu de la règle selon laquelle *nul n'a de droit acquis au maintien d'une réglementation* : C.E., 25 juin 1954, *Syndicat national de la Meunerie à seigle*, p.379, D. 1955.49, concl. J. DONNEDIEU de VABRES.

³⁴⁸ Le législateur peut autoriser, sauf en matière répressive, l'autorité administrative à prendre des mesures rétroactives. La jurisprudence a également reconnu la possibilité de prendre des mesures rétroactives lorsqu'est en jeu l'unité des campagnes de production : C.E., Ass., 8 juin 1979, *Confédération générale des planteurs de betteraves*, p.269, D. 1979.IR.382, obs. P.D.

³⁴⁹ Il s'agit d'un principe général du droit applicable même sans texte en vertu duquel un acte administratif ne peut s'appliquer à une situation constituée antérieurement à son édicton : C.E., Ass. 25 juin 1948, *Sté du journal l'Aurore*, p.289, S.1949.3.69, concl. LETOURNEUR, *G.A.J.A.* n°69. Dans le même sens, pour une augmentation rétroactive de prix : C.E., Ass., 14 mai 1965, *Ass. Départementale du Rhône pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence*, p.279. Voir notamment, P. DELVOLVE, « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *Mélanges WALINE*, 1974, T.2, p.355. L'auteur y distingue la non-rétroactivité au sens strict, et l'application immédiate d'une mesure économique à des situations déjà constituées.

³⁵⁰ En effet, des règles de droit administratif imposent un certain nombre d'obligations de forme et de procédure afin que la modification, l'abrogation et le retrait des actes administratifs ne soient pas imprévisibles pour les administrés. Par exemple, en vertu de la règle du parallélisme des procédures et sauf disposition textuelle contraire, la procédure pour modifier ou abroger un acte administratif doit être la même que celle qui a été suivie pour son adoption. De même, le droit administratif empêche tout retrait arbitraire des actes administratifs individuels : s'ils sont légaux et créateurs de droits, ils ne peuvent être retirés (Voir notamment : C.E., 13 novembre 1981, *Commune de Houilles*, p.410 ; *A.J.D.A.* 1982, p.79, chron. THIBERGHIEU et LASSERRE) ; s'ils sont illégaux, explicites et créateurs de droit, l'administration se voit imposer un délai de quatre mois au-delà duquel tout retrait est impossible (C.E., Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, *R.F.D.A.* 2002 p.77, concl. SÉNERS, note P. DELVOLVÉ ; *A.J.D.A.* 2001, p.1034, chron. GUYOMAR et COLLIN et 2002, p.738 note Y. GAUDEMET ; *D.A.* 2001, n°253, note MICHALLET ; *L.P.A.* 2002, n°31, p.7, note CHALTIEL ; *R.G.C.T.* 2001 p.1183, note A. LAQUIEZE ; *G.A.J.A.* n°115). Ce délai est de deux mois si l'acte est une décision individuelle implicite irrégulière selon l'article 23 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

³⁵¹ Le principe de légalité des délits et des peines est un élément de sécurité juridique. Il permet aux administrés d'agir tout en ayant connaissance de ce qui est constitutif ou non d'une infraction et donc sanctionné par l'autorité compétente. Le fait que seul le législateur soit compétent pour instaurer de nouveaux délits et de nouvelles peines est une garantie que l'administration n'instaurera pas arbitrairement de nouvelles sanctions imprévisibles pour les administrés. En effet, les opérateurs fixent leur stratégie et leurs objectifs en fonction de ce qu'a prohibé et sanctionné la loi en vigueur. Toute instauration de sanctions non autorisées par la loi constitue un bouleversement des fondements sur lesquels les entrepreneurs ont établi leurs prévisions. Ainsi en est-il, par exemple, de l'instauration par voie réglementaire d'un régime de sanctions administratives applicables à la profession de taxis contrairement au principe de légalité des délits et des peines : C.A.A. de Paris, 18 décembre 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Benkerrou*, *A.J.D.A.* 2003, p.1820.

Deux exemples sont particulièrement significatifs en matière économique. Le premier est celui des promesses faites aux entreprises et non tenues par l'administration³⁵². Elles consistent en des engagements de faire ou de ne pas faire, très souvent en l'échange d'une contrepartie apportée par l'entrepreneur. Le juge administratif accorde alors aux entreprises « trompées » par l'administration du fait de telles promesses non tenues ou de renseignements erronés³⁵³ des indemnités sur le fondement de la responsabilité administrative pour faute. Les opérateurs sont en effet de bonne foi lorsqu'ils déterminent leurs objectifs en fonction d'événements dont l'administration leur a assuré la survenance. Revenir sur ces affirmations constitue pour eux un fait imprévisible. Le juge le qualifie pour cette raison de faute³⁵⁴ quasi

³⁵² Voir J.-M. ANDRE, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverse formes d'engagements non contractuels de l'administration. », *A.J.D.A.* 1976, p.20 ; O. FICKLER-DESPRES, « Les promesses de l'administration », *J.C.P.I.*104.

³⁵³ Par exemple : C.E., 1^{er} juin 1949, *Mialet*, p. 257 : assurance prématurée donnée par un fonctionnaire quant à la suppression d'une réglementation ; C.E., 21 décembre 1951, *Feiz Karam*, p. 612 : renseignements erronés relatifs à des licences d'importation ; C.E., 12 mars 1954, *Weickert*, p.153.

³⁵⁴ « Lorsqu'une collectivité publique adopte une attitude qui induit en erreur les particuliers sur son comportement futur et les incite ainsi à des actes qui leur sont préjudiciables, elle engage à leur égard sa responsabilité. » concl. BRAIBANT sur C.E., 24 avril 1964, *Sté des huileries de Chaunay*, préc.

délictuelle³⁵⁵ ou contractuelle³⁵⁶. Il constitue un risque pour les entreprises dans la mesure où il est susceptible de leur être dommageable³⁵⁷.

Le second exemple est illustré par le principe de protection de la confiance légitime³⁵⁸ en vertu duquel l'administration est tenue de préserver la confiance légitime qu'ont les citoyens dans un certain état du droit. En matière économique, il signifie que les pouvoirs publics ne doivent pas modifier de façon brusque ou sans mesures de transition une réglementation dont la durée prévue initialement n'est pas arrivée à expiration. Reconnu par le droit communautaire³⁵⁹, ce principe est appliqué par le juge français dans la mesure où est en cause l'application de normes communautaires en France³⁶⁰.

³⁵⁵ Il vérifie cependant que l'entreprise a adopté une attitude prudente : C.E., 16 mai 1977, *S.A. de construction*, préc. ; C.E. 13 mars 1985, *S.A.R.L. Barlocher France Production*, p.79, *A.J.D.A.* 1985, obs. J. MOREAU. La faute de l'administration pourra résulter d'une promesse faite illégalement : C.E., 12 février 1990, *Ministre de l'industrie et PTT c/ Clouet*, p.970 : « en donnant des assurances qu'elle ne pouvait légalement respecter, l'administration a induit en erreur les requérants et commis une faute de service. » ; C.E., 11 mai 1956, *Sté Lesieur Afrique*, p.194 ; *A.J.D.A.* 1956, p.300, chron. FOURNIER et BRAIBANT : renoncement illégal du Gouvernement à ses pouvoirs dans les relations entre la métropole et l'outre-mer ; C.E. 24 avril 1964, *Sté des huileries de Chauny*, préc. : l'administration ne doit promettre que dans le cadre de ses compétences, elle ne peut s'engager pour l'avenir sur le contenu d'une réglementation ou d'une autorisation : C.A.A. de Paris, 13 juin 1989, *Commune de Bois d'Aray*, p.318. La faute pourra également résulter du fait de ne pas avoir tenu sa promesse : C.E., 9 avril 1975, *Caisse de Crédit Agricole du Lot*, p.223 ; C.E., 3 mars 1989, *Sté Sogatour et Ministre délégué auprès du Ministre du redéploiement*, p.1004 ; C.E., 16 mai 1977, *S.A. de construction*, p.958 ; C.E., 26 octobre 1973, *S.C.I. Arcole*, p.601, *D.*1974, p.447 ; C.E., 1^{er} juin 1984, *Sté Objectif Conseil*, p.773 ; C.E., 25 juin 1954, *Otto*, p.380.

³⁵⁶ C.E., 10 juillet 1970, *Mendelson*, p.495 : promesse non tenue envers un architecte retenu après concours pour construire un marché couvert.

³⁵⁷ Les promesses doivent être distinguées des simples incitations qui n'engagent pas la responsabilité de la puissance publique puisqu'elle ne constitue que des aléas de la vie des affaires : C.E., 29 juin 1962, *Sté Manufacture des Machines du Haut-Rhin*, préc. En ce sens, voir J.-M. ANDRE, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », préc. : « il apparaît normal que l'interventionnisme de l'Etat lorsqu'il se manifeste par des incitations non assorties de garanties n'altère pas la règle du risque commercial qui en tout état de cause doit être supporté par l'intéressé. »

³⁵⁸ Voir, pour plus de précisions : S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préc.

³⁵⁹ Par exemple : C.J.C.E. 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98-78, Rec. p.69.

³⁶⁰ C.E., Ass.11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*, R.F.D.A. 2002, p.33 ; *a contrario*, C.E., 16 mars 1998, n° 190-768.

Si ce principe a réalisé une timide mais retentissante percée en droit français³⁶¹, le Conseil d'État a depuis rejeté son application³⁶² et continue d'appliquer le principe en vertu duquel une réglementation peut être modifiée à quelque moment que cela soit, y compris si un terme y avait été fixé³⁶³. La jurisprudence sanctionne toutefois l'usage abusif des pouvoirs de l'administration qui prend une décision trop brusquement³⁶⁴ et a récemment considéré que le principe de sécurité juridique pouvait imposer que des mesures transitoires soient prévues lors de l'adoption d'une nouvelle réglementation afin qu'aucune atteinte excessive ne soit portée à la stabilité des situations juridiques constituées³⁶⁵.

B- Risques des entreprises et responsabilité sans faute de la puissance publique.

140. Les pouvoirs publics prennent en charge des risques qu'ils ont fait courir sans avoir commis la moindre faute. L'explication théorique de cette intervention tient au fait que par leur action, ils imposent à certains des charges qui excèdent ce que tout administré doit normalement supporter en contrepartie des services publics dont ils bénéficient. En conséquence de cette rupture d'égalité devant les charges publiques, l'administration est tenue d'indemniser les préjudices spéciaux et anormaux subis.

³⁶¹ T.A. de Strasbourg, 8 décembre 1994, *Freytmuth*, *A.J.D.A.* 1995, p.555 ; *J.C.P.* 1995.II.22474, concl. POMMIER : « (...) dans la mise en œuvre de son activité, l'administration doit veiller à ne pas porter aux tiers un préjudice anormal en raison d'une modification inattendue des règles qu'elle édicte ou du comportement qu'elle adopte si le caractère soudain de ce changement n'est pas rendu nécessaire par l'objet de la mesure ou par les finalités poursuivies (...) ».

³⁶² C.E., 9 juillet 1997, *Office public communautaire d'habitation à loyer modéré de St Priest*, p.292, concl. G. BACHELIER.

³⁶³ C.E., 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, p.379, *D.* 1955.49, concl. J. DONNEDIEU de VABRES.

³⁶⁴ C.E., 22 novembre 1929, *Cie des mines de Seguiri*, *S.* 1930.3.55.

³⁶⁵ C.E. Ass. 24 mars 2006, *KPMG*, préc. et C.E., Section., 13 décembre 2006, *Mme Lacroix*, préc. Voir supra n°58.

Les risques des entreprises entrent parfaitement dans le cadre de ce raisonnement. Ils peuvent trouver leur origine dans des actes ou comportements non fautifs de l'administration, imprévisibles et potentiellement dommageables. Dès lors qu'ils viennent rompre l'égalité des entrepreneurs devant les charges publiques, ils sont assumés par les pouvoirs publics sur le fondement de la responsabilité juridique sans faute³⁶⁶. La matière économique ne modifie donc pas les conditions d'engagement de cette responsabilité de façon substantielle.

141. En suivant les classifications élaborées par la doctrine, il est possible de distinguer plusieurs cas de figure. Certains auteurs³⁶⁷ distinguent en effet les cas de responsabilité pour risque à proprement parler (1^o) des autres cas de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques (2^o). Le risque créé par les pouvoirs publics entre dans chacune des deux catégories. Une place particulière doit toutefois être faite à l'hypothèse de la responsabilité de la puissance publique du fait des lois, qu'un arrêt récent du Conseil d'Etat vient de bouleverser (3^o).

³⁶⁶ Il faut noter que l'engagement de la responsabilité contractuelle sans faute de l'administration (fait du prince et cas fortuit), exclut celui d'une quelconque autre responsabilité sans faute. En ce sens, pour l'exclusion de la responsabilité pour risque : C.E., 5 janvier 1972, *Sté Unitchadienne*, p.4. Il en va de même de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique pour rupture de l'égalité devant les charges publiques : C.E., 6 janvier 1971, *S.A. de gérance des vêtements Abdon*, R.D.P. 1973, p.276. Voir cependant, pour un exemple d'engagement de la responsabilité sans faute de l'État à l'égard de son concessionnaire en cas de dommages dus à un attroupement : C.A.A. de Lyon, 24 juin 2003, *Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône c/ Ministre de l'Intérieur*, A.J.D.A. 2003, p.2373, obs. F. BOURRACHOT.

³⁶⁷ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1, préc., p. 1336, n°1485 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T.1, 16^e éd., L.G.D.J. 2001, p.803, n°1667 ; B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, Champs Université, 2001, p.276 et s ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, T.1, 12^e édition., Thémis Droit Public, P.U.F., 1992, p.598 : les auteurs distinguent les hypothèses qui se rattachent plutôt à l'idée de risque et celles qui se rattachent plutôt à l'idée d'égalité devant les charges publiques.

1° Risques des entreprises et responsabilité pour risque

142. Le terme de risque est utilisé par la doctrine afin de désigner certains cas d'engagement de la responsabilité sans faute de la puissance publique. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles l'action publique entreprise dans l'intérêt général place les administrés dans des situations particulièrement risquées, c'est-à-dire où la probabilité de réalisation du dommage est importante vu la nature de l'activité exercée ou des techniques utilisées. La difficulté de telles activités justifierait que l'on exige la commission d'une faute lourde pour engager la responsabilité de la puissance publique. Cependant, la volonté d'indemniser les victimes de ces dommages anormaux a conduit le juge et le législateur à imposer aux pouvoirs publics l'obligation de les indemniser alors même qu'ils n'ont pas commis de faute. Et ce, pour des raisons d'équité qui veulent qu'on ne laisse pas à la charge des tiers les dommages causés par les activités d'une personne déterminée.

Ces hypothèses trouvent à s'appliquer en matière de risque des entreprises. Ainsi, une entreprise peut-elle être la victime d'un dommage causé de façon imprévisible par l'administration du fait de l'utilisation de choses dangereuses³⁶⁸, de méthodes dangereuses³⁶⁹ ou lorsqu'elle crée des situations dangereuses³⁷⁰. Ces risques

³⁶⁸ La chose utilisée doit être suffisamment dangereuse pour être qualifiée de risque. Elle doit mettre les administrés dans une situation où la probabilité de réalisation du dommage est assez importante. A défaut, la responsabilité sans faute ne sera pas engagée. Par exemple : C.E., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, R.D.P. 1919, p.239, concl. CORNEILLE, J. 1919.3.25, note HAURIOU, D. 1920.3.1., note APPLETON, G.A.J.A., n°38 : en l'espèce, l'explosion d'un fort contenant des munitions pour les besoins de la guerre a causé des dommages à certains immeubles d'un industriel. Dans le même sens, pour des dommages causés à une entreprise publique : C.E., 16 mars 1945, *S.N.C.F.*, D. 1946.290, concl. J. LEFAS, note M. WALINE ; C.E. Ass., 21 octobre 1966, *Ministre des armées c/ S.N.C.F.*, p.557, *A.J.D.A.*, 1967, p.37, chron. J.-P. LECAT ET J. MASSOT, D.1967, p.164, concl. J. BAUDOIN, *J.C.P.* 1967, n°15198, note C. BLAVOET.

³⁶⁹ La responsabilité sans faute du fait de l'utilisation de méthodes dangereuses ne se prête pas facilement à l'analyse économique. Rares sont les cas où les méthodes libérales de rééducation, de traitement des malades mentaux, de libération surveillée des personnes incarcérées vont faire peser des risques de dommages sur des entrepreneurs. Cependant, il n'y a pas de raisons objectives de les exclure : une personne évadée d'un hôpital ou d'une prison peut causer des dommages de nature diverse à un entrepreneur (vol, bris de matériel, détérioration, etc.). Par exemple : C.E., 9 mars 1966, *Sieur Trouillet*, p.201, *A.J.D.A.* 1966, p.520, note A. de L., *J.C.P.* 1966, n°14811, concl. G. BRAIBANT, note F. MODERNE : cambriolage d'un débit de tabac. De même, C.E. Sect., 29 avril 1987, *Banque populaire de la région économique de Strasbourg*, p.158, *A.J.D.A.* 1987, p.454, chron.

pourront alors être pris en charge par les pouvoirs publics sur le fondement de la responsabilité sans faute de la puissance publique.

2° Risques des entreprises et responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques

143. Par des actes ou agissements légaux, les pouvoirs publics peuvent être à l'origine de risques pour des entreprises s'ils sont imprévisibles et susceptibles de leur causer des dommages³⁷¹. Dans cette mesure, et à la condition que les préjudices subis soient anormaux et spéciaux, les pouvoirs publics sont tenus de les indemniser sur le fondement de la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques³⁷². L'aspect économique du risque ne modifie pas les conditions générales d'engagement de cette responsabilité.

L'exemple le plus remarquable, est illustré par la responsabilité sans faute du fait de décisions administratives régulières. Il existe en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles des entrepreneurs subissent de façon imprévisible des dommages du fait

M. AZIBERT et M. de BOISDEFFRE, *D.* 1988, SC, p.60, obs. F. MODERNE et P. BON, *R.F.D.A.* 1987, p.831, concl. C. VIGOUROUX : vol à main armée d'une banque.

³⁷⁰ L'administration peut placer des entreprises dans des situations dangereuses. En conséquence, les dommages qui en résultent sont pris en charge sur le fondement de sa responsabilité sans faute. C'est notamment le cas de celles qui, tiers par rapport à un travail public ou un ouvrage public, sont soumis à un risque d'accident imprévisible de travaux publics. Par exemple : C.E., 28 mai 1971, *Entreprise Bec Frères*, p.419, A.J.D.A. 1972, p.359, *C.J.E.G.* 1971, p.235, concl. J. THERY, *J.C.P.* 1972, n°17133, note P. VERRIER : dommages subis par une entreprise suite à la rupture du barrage de Malpasset. De même, C.E., 4 octobre 1957, *Sieur Beaufile*, p.510, concl. B. JOUVIN : dommage causé au dépôt de bois d'un entrepreneur.

³⁷¹ On se limitera dans ce paragraphe, à retenir les cas de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques utilisés par la jurisprudence. Celle-ci a qualifié ce principe de principe général du droit applicable même sans texte : C.E. Ass., 7 février 1958, *Fédération algérienne des syndicats de défenses des irrigants*, p.129.

³⁷² Selon les conclusions du Commissaire du Gouvernement J. DELVOLLE sur l'arrêt *Cap Janet*, du 28 octobre 1949, p.450, « (...) un propriétaire, un industriel ou un commerçant dont la situation économique a été modifiée par une loi ou à qui un texte législatif ou une mesure d'application a imposé des charges nouvelles, est en droit de demander à l'État réparation du préjudice, même en l'absence de toute faute de l'administration (...) ».

de réglementations de police³⁷³, du refus légal de tenir une promesse ou un engagement³⁷⁴, du refus d'exécuter une décision de justice³⁷⁵, du refus d'autoriser un licenciement³⁷⁶, etc.

De même, certains agissements³⁷⁷ peuvent constituer des risques pour des entrepreneurs. Si les préjudices qu'ils provoquent remplissent les conditions posées par la jurisprudence, ils seront alors pris en charge par les pouvoirs publics et indemnisés sur le fondement de la responsabilité sans faute de la puissance publique.

3° Risques des entreprises et responsabilité du fait des lois

144. Tout comme les décisions administratives régulières, certaines dispositions législatives peuvent constituer des risques pour les entreprises à la condition de constituer pour elles une source imprévisible de dommage³⁷⁸. Les préjudices qui

³⁷³ Réglementation de police privant des commerçants de leur clientèle : C.E., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, p.113 ; *A.J.D.A.* 1963, p.208, chron. M. GENTOT et J. FOURRE ; *R.D.P.* 1963, p.1019, note M. WALINE.

³⁷⁴ C.E. Sect., 23 décembre 1970, *E.D.F. c/ Fausat*, p.790 ; *A.J.D.A.* 1971, p.91, concl. KAHN ; *J.C.P.* 1971.II.16820, note BEAUFRERES. Dans le même sens: C.E., 3 mars 1976, *Sieur Girouard*, p.119, *J.C.P.* 1977.II.18698, note A. HOMONT.

³⁷⁵ Refus d'exécuter une décision de justice prescrivant l'expulsion de grévistes occupant une entreprise : C.E. Ass., 3 juin 1938, *Sté Cartonnerie Saint Charles*, p.529 ; *D.* 1938.3.65, note J. APPLETON ; *R.D.P.* 1938, p.375, note G. JEZE ; *S.*1939.3.9, concl. DAYRAS. Dans le même sens, pour un refus de disperser un piquet de grève : C.E. 6 mai 1991, *Sté Automobiles Citroën*, p.172, *D.*1992, SC p.144, obs. P. BON et P. TERNEYRE ; *D. soc.* 1991, p.940, concl. M. DENIS-LINTON ; *Rev. adm.* 1991, p.429, note H. RUIZ-FABRI ; *R.D.P.* 1991, p.1454.

³⁷⁶ C.E. Sect., 28 octobre 1949, *Sté des Ateliers du Cap Janet*, p.450 ; *J.C.P.* 1950, n°5861, concl. J. DELVOLVE.

³⁷⁷ Lorsque l'administration procède d'office à des abattages d'animaux pour des raisons de police sanitaire, et lorsqu'aucun texte ne prévoit ou n'exclut l'indemnisation des éleveurs, la responsabilité sans faute de la puissance publique peut être engagée pour rupture de l'égalité devant les charges publiques : C.A.A. de Lyon, 19 juin 2003, *M. Z. c/ Ministre de l'agriculture*, *A.J.D.A.* 2003, p.1833.

³⁷⁸ Voir supra n°45 et s.

pourraient en résulter seront alors indemnisés sur un fondement identique : la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques³⁷⁹.

De façon notable, le domaine économique a constitué le berceau de la responsabilité de l'Etat du fait des lois. C'est en effet en raison des préjudices anormaux que certaines dispositions législatives faisaient subir à des entrepreneurs que la jurisprudence a admis qu'une indemnité soit versée aux victimes spécialement touchées. On observe ainsi que les seules hypothèses de responsabilité du fait des lois reconnues par le Conseil d'Etat demeurèrent jusqu'à récemment circonscrites aux préjudices économiques. Ce fut tout d'abord le cas du célèbre arrêt « *La Fleurette* »³⁸⁰ mettant en cause certains producteurs des produits laitiers spécialement lésés par la loi de 1934 organisant le marché de la crème. Il en alla de même ensuite de l'arrêt « *Caucheteux et Desmots* »³⁸¹ concernant des producteurs de bière et plus récemment de l'arrêt « *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* »³⁸² concernant des exploitants pisciculteurs.

Un arrêt récent³⁸³ a toutefois bouleversé la donne en ajoutant une nouvelle hypothèse de responsabilité de la puissance publique du fait des lois ne se fondant pas sur la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques. Plus encore, l'arrêt ne retient pas non plus la faute du législateur ou de l'administration³⁸⁴ pour engager la responsabilité de l'Etat du fait de la méconnaissance par une loi d'une convention

³⁷⁹ Voir, C. BROUELLE, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Bibliothèque de droit public, Tome 236, L.G.D.J., Paris, 2003, 454 p.

³⁸⁰ C.E. Ass., 4 janvier 1938, *Sté anonyme des produits laitiers La Fleurette*, p.25, S.1938.3.25, concl. ROUJOU, note P. LAROQUE ; G.A.J.A. n°53.

³⁸¹ C.E., 21 janvier 1944, *Caucheteux et Desmots*, S.1945.3.13, note A.B.

³⁸² C.E. Sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, A.J.D.A. 2003, p.1815, chron. F. DONNAT, et D. CASAS.

³⁸³ C.E., Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, A.J.D.A. 2007, p.585, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; J.C.P.A. 2007, n°2083, p.45, note C. BROUELLE ; R.F.D.A. 2007, p.361, concl. L. DEREPA.

³⁸⁴ Dans son arrêt d'Assemblée *Sté Arizona Tobacco Products* du 28 février 1992, le Conseil d'Etat avait certes déjà engagé la responsabilité administrative pour méconnaissance du droit international, mais par le truchement de la faute administrative constituée de l'illégalité de l'acte administratif appliquant la loi non conforme.

internationale³⁸⁵. C'est donc un nouveau cas de responsabilité sans faute, objective³⁸⁶, qui semble être consacré, distinct du risque et de l'égalité devant les charges publiques, et justifié par les « obligations (de l'Etat) pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques ».

Cette nouvelle hypothèse se caractérise par le fait que les conditions commandant sa mise en œuvre diffèrent du régime antérieur de responsabilité du fait des lois puisque, pour se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes³⁸⁷ et à celle de la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁸, le Conseil d'Etat a dû s'assurer que l'ensemble des préjudices causés par une loi inconstitutionnelle soit indemnisé. Il n'a donc plus exigé de ces derniers qu'ils soient spéciaux et anormaux³⁸⁹. Dès lors qu'imprévisible pour les entrepreneurs, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est porteuse de dommages, elle constitue alors pour eux un risque que l'Etat prendra en charge sans qu'il soit besoin de rechercher l'existence d'une faute.

Qu'elle soit pour ou sans faute, la responsabilité de la puissance publique est un fondement de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises qu'ils ont fait peser sur des entreprises.

Si ces risques entrent bien dans le cadre des catégories propres à la responsabilité sans les bouleverser, ils influencent cependant de manière sensible la façon dont elle est engagée.

³⁸⁵ Voir pour une solution inverse rendue par le juge de première instance : T.A. de Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *S.A. Fontanille*, A.J.D.A. 2005, p.385, note C. WEISSE-MARCHAL. Cette solution est défendue par le R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e édition, p.1380. Voir aussi M.-C. ROUAULT, note sous l'arrêt *Gardedieu*, J.C.P. G. 2007.II.10045.

³⁸⁶ En ce sens, L. DEREPA, concl. préc., p.367 et C. BROUELLE, note préc., p.47.

³⁸⁷ C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, Aff. C 46/93 et C 48/93, D.A. 1996, n°319, note J.B.A. ; R.F.D.A. 1996, p.582, note L. DUBOIS.

³⁸⁸ C.E.D.H., 3 juillet 1995, *Heinrich c/ France*, A-230-A.

³⁸⁹ Selon le commissaire du gouvernement L. DEREPA, « (...) il ne nous paraît pas possible de raisonner en terme d'égalité lorsqu'il s'agit de réparer l'ensemble des conséquences d'une loi

§ 2 - L'influence des risques des entreprises sur l'engagement de la responsabilité de la puissance publique

145. Les risques que sont susceptibles de subir les entreprises exercent une double influence sur l'engagement de la responsabilité de la puissance publique. Ils impriment en effet leur marque tant aux conditions d'engagement de la responsabilité **(A)** qu'aux éléments qui en exonèrent l'administration **(B)**.

A- Risques des entreprises et conditions d'engagement de la responsabilité

146. La particularité de la situation des entrepreneurs et celle des préjudices qu'ils sont susceptibles de subir sont prises en compte à plusieurs niveaux par les règles d'engagement de la responsabilité de la puissance publique. D'une part en effet, les pouvoirs publics peuvent être à l'origine de risques que seuls des entrepreneurs courent. Leur nature économique est donc nécessairement prise en compte par le juge lorsqu'il décide de leur accorder des indemnités **(1°)**. D'autre part, la spécificité des préjudices subis par une entreprise est prise en considération lorsque sont examinées les conditions requises pour qu'un préjudice donné soit indemnisable **(2°)**.

1° La prise en compte de l'activité des entreprises

147. Certains risques créés par les pouvoirs publics, du fait d'un agissement fautif ou non fautif, peuvent ne menacer que des entrepreneurs. Il en va ainsi lorsque l'objet même de l'intervention publique porte sur des activités économiques soit qu'elle

inconventionnelle : la rupture d'égalité peut difficilement être invoquée, puisque ce sont tous les

tend à réglementer leur exercice³⁹⁰ ou à les contrôler soit qu'elle tend à les aider ou à les protéger³⁹¹.

La responsabilité de la puissance publique sera par exemple engagée quand les conditions qu'elle pose à l'accès à une activité déterminée sont illégales. Lorsque l'exercice d'une activité est soumis à autorisation administrative, son octroi, son retrait ou son refus illégal peuvent alors causer des préjudices à l'entreprise bénéficiaire ou à ses concurrents. Ce sera le cas par exemple de la fermeture illégale d'un commerce³⁹², du refus illégal d'ouvrir une grande surface³⁹³ ou d'exploiter une installation classée³⁹⁴.

Il en ira de même lorsque les pouvoirs publics commettent une faute lors du contrôle du fonctionnement d'une entreprise³⁹⁵, de sa production³⁹⁶ ou de ses opérations financières³⁹⁷.

destinataires de la loi qui sont victimes, et non certains d'entre eux. », R.F.D.A. 2007, p.365.

³⁹⁰ On a déjà évoqué plus haut les hypothèses de mesures légales à objet économique engageant la responsabilité sans faute de la puissance publique.

³⁹¹ Voir en ce sens : PH. TERNEYRE, *Interventions économiques*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, 2002. L'auteur dresse une liste des interventions économiques susceptibles d'engager la responsabilité des pouvoirs publics.

³⁹² C.E., 12 décembre 1973, *Ministre de l'Intérieur c/ Moizard*, D.A. 1974, n°29 : il s'agissait en l'espèce de la fermeture illégale d'un débit de boisson. Le Conseil juge que l'illégalité de l'arrêté préfectoral ordonnant la fermeture du débit de boisson constitue une faute qui, même si elle n'a pas le caractère de faute lourde, est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique.

³⁹³ C.E., 12 décembre 1984, *Ministère du commerce et de l'artisanat c/ SOCOMI*, R.D.P. 1985 p.1395. En l'espèce, le Conseil considère que l'illégalité du refus d'accorder une autorisation de construire un centre commercial donne lieu au versement d'indemnités couvrant les préjudices résultant de l'immobilisation des capitaux propres. Exemple tiré de PH. TERNEYRE, préc., p.9. Dans le même sens : C.E., 22 janvier 1993, *Sté civile d'études du centre commercial intercommunal de Sannois-Ermont-Franconville et autres*, T. p.1028.

³⁹⁴ Voir en ce sens : M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 5^e édition, 2004, p.937.

³⁹⁵ Il est de jurisprudence constante que la responsabilité de l'État est engagée lorsque le contrôle par le préfet d'une installation classée prouve l'inertie, la lenteur ou l'insuffisance des mesures prises. Par exemple : T.A. de Rennes, 2 mai 2001, *Sté Suez Lyonnaise des eaux*, R.J.E., 2001, n°3, p.445, note B. DROBENKO. Dans le domaine bancaire, la responsabilité de l'État du fait du contrôle des établissements de crédits est engagée pour faute lourde : C.E., 30 novembre 2001, *Kechichian*, p.587, concl. A. SEBAN, L.P.A., 7 février 2002, p.7, concl ; A.J.D.A. 2002, p.133, chron. GUYOMAR et COLLIN ; D.A., mars 2002, p.32, note D. FAIRGRIEVE ; J.C.P., G, II, 2002, 10042, note J.J. MENEURET.

³⁹⁶ L'autorisation illégale de mise sur le marché d'un produit, tout comme son retrait ou son refus, peut engager la responsabilité de la puissance publique pour faute : C.E., 28 juin 1968, *St mutuelle d'assurances contre es accidents en pharmacie*, p.411.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, le juge vérifiera que le fait de l'administration est bien la cause directe du préjudice allégué. Or celui-ci, pour être indemnisé, doit remplir un certain nombre de conditions qui donnent lieu à une appréciation particulière lorsqu'il est subi par une entreprise.

2° La prise en compte des préjudices des entreprises

148. La spécificité des préjudices des entreprises est prise en compte par la jurisprudence lorsqu'elle définit la nature de ceux qui sont indemnisables. On constate en effet que l'ensemble des chefs de préjudice que subit un entrepreneur peut donner lieu à indemnisation³⁹⁸ : pertes de clientèle, diminution du chiffre d'affaires, perte d'un élément constitutif du fonds de commerce, augmentation des charges, etc. Néanmoins, les entreprises, doivent remplir un certain nombre de conditions en vue d'obtenir gain de cause.

Elles doivent tout d'abord prouver qu'elles se trouvaient dans une situation légitime³⁹⁹ lorsqu'elles ont subi des dommages. Le préjudice allégué doit ensuite être direct et certain.

Or, ces deux conditions revêtent un aspect particulier lorsqu'elles s'appliquent à des préjudices d'ordre économique. D'une part, l'entreprise concernée devra apporter la preuve que le préjudice subi est bien la conséquence directe d'un agissement de

³⁹⁷ La responsabilité de l'État peut être engagée dans le cadre de son contrôle des opérations de concentrations économiques.

³⁹⁸ Voir, pour des développements relatifs à l'indemnisation publique des préjudices subis par les entreprises : Seconde partie, Titre second, Chapitre second.

³⁹⁹ L'occupant irrégulier du domaine public ne peut pour cette raison obtenir l'indemnisation du préjudice anormal et spécial qu'il a subi : C.E., 10 avril 2002, *S.A.R.L. Somatour*, T. p.918. Cette règle est valable lorsque la responsabilité est engagée pour faute : C.A.A. de Nantes, 9 décembre 1993, *Sté morlaisienne des eaux*, T. p.1030, *A.J.D.A.* 1994, p.124, obs. CADENAT. De la même manière, l'entreprise se prévalant d'un avantage illégalement acquis, ne peut obtenir l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi du fait de sa suppression : C.E., 5 mai 1999, *Sté groupe maritime et commercial du Pacifique*, T. p.1020.

l'administration⁴⁰⁰ et non de l'évolution normale des marchés⁴⁰¹, des difficultés que rencontrait son exploitation⁴⁰² ou de son propre comportement économique⁴⁰³. Dans ce dernier cas, il conviendra de prouver que la cessation de l'activité, lorsqu'elle a lieu, a bien été rendue nécessaire par les conséquences de l'agissement des pouvoirs publics et ne résulte pas d'un simple choix conjoncturel⁴⁰⁴ ou stratégique⁴⁰⁵.

D'autre part, le préjudice économique subi par les victimes devra ne pas être simplement éventuel ou aléatoire. Par exemple, si la jurisprudence accepte d'indemniser les préjudices futurs mais certains, ainsi que les pertes de chance, elle se refuse à compenser les pertes commerciales consécutives à l'abandon d'un projet dont on ne sait pas s'il aurait été bénéficiaire⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Le préjudice industriel subi par une entreprise est la conséquence directe de la rupture d'alimentation électrique causée par des travaux publics : C.E., section, 25 février 1972, *Cie générale des travaux hydrauliques c/ Sté thomson-Houston-Hotchkiss-Brandt* p.168, concl. BERTRAND. Dans le même sens, la perte de récolte subie par un exploitant est la conséquence directe de l'assèchement d'un puit provoqué par la construction d'un collecteur : C.E., 23 février 1968, *Ville de Toulouse c/ Peyrilloux*, p.138.

⁴⁰¹ En ce sens : C.E., 30 novembre 1983, *Sté Etablissements Fischer et autres*, p.465 : « que, d'autre part, la baisse de leur activité est la conséquence de l'évolution structurelle du marché de la viande ».

⁴⁰² C.E., 18 septembre 1992, *S.A. « La Main »*, T. p.1301, *D.* 1994, somm., p.61, obs. P. BON et PH. TERNEYRE ; C.E., 7 mars 1986, *Consorts Vautherin*, T. p.712 ; C.E., 9 décembre 1974, *Mathbery, dit Philippe Clay*, p.830 : la baisse des ventes des disques d'un artiste n'est pas la conséquence directe de son éviction illégale d'une émission de radio. De même, la cessation de l'activité d'une société peut être due non pas à une faute de l'administration, mais à la fragilité de sa structure financière : C.E., 6 avril 2001, *Levêque*, R.J.F. 2001, 6, n°847.

⁴⁰³ Cette exigence concerne principalement les dépenses engagées par les entrepreneurs à la suite d'un sinistre, afin d'en diminuer les conséquences ou permettre une reprise rapide de l'exploitation. Le juge s'efforcera de déterminer si ces dépenses étaient nécessaires au regard de la situation de l'entreprise : C.E., 23 février 1968, *Ville de Toulouse c/ Peyrilloux*, préc.

⁴⁰⁴ C.E., 4 octobre 1978, *Ministre de l'équipement c/ Sté T.T. Linie*, p.355 : l'État ne peut être tenu pour responsable des préjudices commerciaux subis par l'entreprise propriétaire du navire le « Mary Poppins » après la date à laquelle elle a volontairement décidé de ne plus desservir le port de St Malo dans lequel elle avait subi un préjudice du fait d'une carence non fautive de l'autorité de police. Ces préjudices ne sont pas la conséquence directe de l'agissement de l'administration.

⁴⁰⁵ Si la victime avait la possibilité de poursuivre avec d'autres moyens son activité, sa cessation n'est pas considérée comme une conséquence directe des agissements de l'administration : C.E., 22 juin 1977, *Epoux Reyne-Gorandoux*, T. p.966.

⁴⁰⁶ L'abandon du projet peut résulter d'un refus de permis de construire (C.E., 9 décembre 1983, *Sté d'études d'un grand hôtel international à Paris*, p.507) ; d'un refus d'autoriser l'exploitation (C.E., 22 janvier 1993, *Sté civile d'études du contre commercial intercommunal de Sannois-Ermont-Franconville*, préc.), de la résiliation d'un contrat (C.E., 6 juillet 1956, *Ministre du commerce et de l'industrie*, R.D.P. 1956, p.1380)

B- Risques des entreprises et éléments exonérateurs de responsabilité

149. L'influence des risques des entreprises sur les éléments exonérateurs⁴⁰⁷ de responsabilité peut être constatée à deux niveaux différents. Au niveau de la notion même de risque tout d'abord, au niveau de son caractère économique ensuite.

Tout d'abord, la notion de risque est ambivalente en matière de responsabilité de la puissance publique. Si les risques qu'ils font courir aux entreprises exigent des pouvoirs publics qu'ils les indemnisent, les risques qui leur sont extérieurs peuvent parfois les exonérer de leur responsabilité (1°).

Ensuite, le fait que le risque pèse sur une entreprise et non sur un simple particulier implique que certains éléments exonérateurs soient imprégnés de considérations d'ordre économique (2°).

1° Le caractère exonérateur de responsabilité des risques extérieurs à l'action publique

150. Certains événements extérieurs à l'action administrative peuvent à la fois constituer des risques pour les entreprises et des causes exonératoires de responsabilité pour les pouvoirs publics. Une telle hypothèse met donc en relation un préjudice, un fait de l'administration susceptible d'engager sa responsabilité et un événement extérieur imprévisible.

Un tel phénomène est assez problématique pour les entrepreneurs puisqu'il conduit à des situations dans lesquelles il devient très difficile d'établir la relation de causalité entre plusieurs faits concomitants et le préjudice subi. Il convient alors, afin de

⁴⁰⁷ Le terme d'exonérateur sera employé dans les développements qui suivront dans un sens large. Il conviendra de l'entendre comme tout élément empêchant l'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

remplir les conditions d'engagement de la responsabilité, de déterminer si le dommage résulte de l'action des pouvoirs publics, d'un événement extérieur, ou de leur conjonction. L'exemple des catastrophes naturelles l'illustre parfaitement : les dommages consécutifs à une inondation doivent-ils être imputés à l'administration qui les a laissés se produire ou qui les a aggravés par son action, ou à des intempéries imprévisibles tant dans leur durée que dans leur intensité ?

Ce phénomène n'est pas propre à la responsabilité pour faute. On le retrouve, mais dans une moindre mesure, en matière de responsabilité sans faute, notamment en cas de dommages accidentels de travaux publics.

151. Deux situations doivent être distinguées afin de bien comprendre le fonctionnement de cet effet exonératoire. Il peut en effet jouer soit au niveau de la qualification de la faute soit au niveau du lien de causalité existant entre un agissement des pouvoirs publics et un dommage subi par un entrepreneur.

La première situation vise les hypothèses dans lesquelles un risque extérieur empêche qu'un comportement de l'administration soit qualifié de faute. Le lien de causalité existant entre l'action publique et la réalisation d'un dommage n'est pas rompu, mais l'évènement extérieur (état d'urgence, circonstances exceptionnelles) empêche la qualification de faute et exclut de ce fait l'engagement de la responsabilité administrative **(a)**.

La seconde situation vise les hypothèses dans lesquelles un risque extérieur vient rompre le lien de causalité existant entre le comportement des pouvoirs publics et le dommage subi par une entreprise. On considère alors que c'est ce risque qui est à l'origine du dommage et non le comportement de l'administration, qu'il soit fautif ou non **(b)**.

a) Le rôle exonératoire de responsabilité du risque extérieur : maintien du lien de causalité et absence de faute

152. Certains événements imprévisibles et dommageables pour des entreprises exigent des pouvoirs publics qu'ils adoptent des mesures de réaction afin de faire cesser les troubles qui en résultent et rétablir une situation normale. Dans ce cadre, l'administration est susceptible de commettre des fautes à leur tour préjudiciables aux entrepreneurs.

Néanmoins, certaines de ces circonstances extraordinaires lui permettent de se libérer, à des conditions établies par la loi et la jurisprudence, des règles et obligations qui lui sont imposées dans l'exercice de ses fonctions. Il en va ainsi, dans certains cas strictement délimités, du principe de légalité qui impose aux pouvoirs publics d'agir conformément aux règles qui régissent leur action.

Ce peut être le cas des risques qui provoquent l'application du régime de l'état d'urgence : péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ou événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamités publiques⁴⁰⁸. De telles circonstances permettent aux pouvoirs publics de prendre légalement, dans le cadre de leurs pouvoirs de police, des mesures qui, en temps ordinaires, seraient considérées comme illégales - notamment des atteintes aux libertés publiques⁴⁰⁹. Ces mesures peuvent être à leur tour dommageables à des entreprises⁴¹⁰. La notion d'état d'urgence, sans méconnaître le lien de cause à effet existant entre l'action de l'administration et le préjudice subi, empêche la qualification d'illégalité et donc de faute, et exclut dès lors l'engagement de la responsabilité.

Un raisonnement identique peut être suivi en ce qui concerne la théorie des circonstances exceptionnelles ou de l'urgence. Afin de remédier à de telles circonstances

⁴⁰⁸ L'état d'urgence est régi par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

⁴⁰⁹ Voir notamment, R. DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques. », *R.D.P.* 1955, p.670.

⁴¹⁰ En vertu de la législation sur l'état d'urgence, le préfet peut interdire la circulation des personnes et des véhicules de façon générale, ce qui en temps ordinaires serait illégal, l'autorité de police ne pouvant interdire une activité de façon générale et illimitée. De même, en vertu de la loi du 11 juillet 1938, des réquisitions de personnes et de biens peuvent être réalisées, même d'office.

souvent préjudiciables aux entreprises⁴¹¹, les pouvoirs publics peuvent prendre certaines mesures dommageables qui seraient ordinairement fautives. Le risque ainsi causé par les pouvoirs publics n'entraîne pas l'engagement de la responsabilité administrative à défaut d'être qualifié de faute.

b) Le rôle exonératoire de responsabilité du risque extérieur : rupture du lien de causalité

153. Lorsque l'administration provoque de façon imprévisible un dommage à un entrepreneur, certaines causes extérieures⁴¹² peuvent venir l'exonérer de sa responsabilité. A la différence de l'hypothèse précédemment étudiée, ces éléments extérieurs s'intercalent dans la chaîne de causalité entre le fait des pouvoirs publics et le préjudice subi : ils sont ainsi considérés comme en étant la cause directe. En conséquence, l'absence d'un lien de causalité directe entre le fait de l'administration et le préjudice subi empêche l'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

Imprévisibles et dommageables, ces causes extérieures peuvent également constituer des risques pour les entreprises. Elles constituent principalement des cas de force majeure⁴¹³, imprévisibles et irrésistibles, « raisonnablement, absolument

⁴¹¹ Les circonstances à l'origine de l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles doivent être réellement exceptionnelles, donc imprévisibles pour les opérateurs (guerre, catastrophe naturelle, grèves, etc.). En outre, l'intérêt recherché doit être prééminent : défense nationale, sûreté, etc. Pour un exemple célèbre relatif à la liberté du commerce : C.E., 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, p.208, R.D.P. 1919, p.338, note G. JEZE ; S. 1919.3.33, note HAURIOU. Le juge exige que les mesures adoptées soient ajustées aux circonstances.

⁴¹² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1, Domat Droit Public, Montchrestien, 15^e édition, 2001, p.1248, n°1415.

⁴¹³ La doctrine n'est pas unanime à reconnaître que la force majeure intervient au niveau du lien de causalité entre le fait de l'administration et le dommage. Pour certains auteurs, le cas de force majeure intervient au niveau de la qualification de la faute de nature à engager la responsabilité : par exemple, P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administratives », *Mélanges en l'honneur du Pr. EISENMANN*, 1975, p.242. Pour d'autres cependant, l'événement de force majeure est toujours la véritable cause du dommage. La preuve en est que la force majeure est également exonératoire dans le régime de la responsabilité sans faute. En ce sens, voir J.-F. COUZINET, « Cas de force majeure et cas fortuit », R.D.P. 1993.2, p.1385. On considérera dans ces développements que c'est au niveau de la causalité qu'intervient la force majeure. Les circonstances exceptionnelles qui la caractérisent rompent le lien de causalité qui

inattendues et absolument imparables»⁴¹⁴. En constatant ces caractères⁴¹⁵, le juge administratif les considère comme cause directe du dommage⁴¹⁶ et refuse d'engager la responsabilité de la puissance publique à raison des dommages qu'elle a causés.

Les exemples les plus souvent retenus sont constitués par les risques naturels⁴¹⁷. Cependant, des risques industriels ou technologiques peuvent aussi constituer des cas de force majeure. Ainsi, tenue de s'assurer de l'entretien d'une ravine située en amont du lieu d'implantation d'une entreprise, l'administration commet-elle une faute à ne pas entreprendre ces travaux. Cependant, l'inondation imprévisible et irrésistible dont a été victime l'opérateur par la suite est considérée comme la seule cause du dommage à l'exclusion de la faute commise par les pouvoirs publics⁴¹⁸. De même, si l'administration commet une faute dans la surveillance d'une installation classée, elle ne sera pas considérée comme étant la cause des dommages consécutifs à l'explosion imprévisible et irrésistible de l'usine qui survient par la suite.

relie le fait des pouvoirs publics aux préjudices subis, excluant de la sorte l'engagement de la responsabilité de la puissance publique. Seul le cas de force majeure est alors considéré comme cause du dommage.

⁴¹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.I., Domat droit public, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p.1249, n°1415, 3. Le fait d'un tiers peut également constituer un risque pour les entreprises, mais n'est exonératoire qu'en matière de responsabilité pour faute. Imprévisible et potentiellement dommageable pour une entreprise, il s'intercale dans la chaîne de causalité entre la faute de l'administration et le dommage subi. En conséquence, la faute n'entraîne pas la responsabilité de la puissance publique puisqu'elle n'est pas qualifiée de cause directe du préjudice. Par exemple : C.E., 21 octobre 1970, *G.D.F.*, p.614.

⁴¹⁵ C.E., 16 janvier 1998, *Office national interprofessionnel des céréales*, req. n°154779. Des auteurs se sont interrogés sur la nécessité de réunir ces trois conditions pour reconnaître à un événement donné le caractère de cas de force majeure. Si le doyen HAURIUO dans sa note sous C.E., 10 mai 1912, *Ambrosini*, p.549, *S.*1912.3.161 distinguait cas fortuit et force majeure en caractérisant cette dernière par son caractère extérieur, BONNARD en revanche, dans sa note sous C.E., 25 janvier 1929, *Cie du gaz de Beauvais*, *S.* 1929.III.81, insistait sur son caractère imprévisible. Dans le même sens : F. LEMAIRE, « La force majeure : un événement irrésistible. », *R.D.P.* 1999, p.1723.

⁴¹⁶ *A contrario* : C.E., 22 avril 1967, *Ville de Royan c/ sieur Gracieux*, p.951 : rejet de la force majeure car des précipitations d'une importance au moins égale avaient eu lieu plusieurs années auparavant au même lieu.

⁴¹⁷ Par exemple : C.E., 26 juin 1963, *Calkus*, p.401

⁴¹⁸ C.E., 27 juillet 1988, *Cie marseillaise de Madagascar*, *R.D.P.* 1989, p.546

En matière de responsabilité sans faute, les cas de force majeure⁴¹⁹ s'insèrent de la même façon dans la chronologie des faits ayant contribué à la réalisation du dommage, entre l'action des pouvoirs publics et le préjudice subi par l'entreprise. Il est considéré comme la seule cause de ce dernier, de sorte que la responsabilité de la puissance publique n'est pas non plus engagée⁴²⁰.

154. Il convient cependant de noter que l'effet exonératoire de la force majeure peut n'être que partiel. En effet, dans les hypothèses où les pouvoirs publics aggravent les dommages causés par un risque constitutif d'un cas de force majeure, ce dernier ne rompt pas totalement le lien de causalité entre les préjudices subis et le fait de l'administration. Son effet exonératoire n'est alors que partiel. L'administration est en effet considérée comme étant partiellement à l'origine du dommage et engage sa responsabilité à proportion du préjudice causé⁴²¹.

2° Les éléments exonératoires à caractère économique

155. Des considérations d'ordre économique justifient dans certaines circonstances que la responsabilité de la puissance publique ne soit pas engagée alors

⁴¹⁹ Le fait d'un tiers, qui peut être une cause étrangère en matière de responsabilité pour faute, n'a pas, sauf exception, d'effet exonératoire de responsabilité sans faute. Voir par exemple : C.E., 14 novembre 1956, *Commune de Crotoy*, p.431.

⁴²⁰ Une tempête ou tout autre type de calamité naturelle imprévisible et irrésistible peut venir exonérer l'administration de sa responsabilité sans faute lorsqu'il apparaît que c'est elle qui est à l'origine des dommages subis et non l'utilisation d'une chose dangereuse par exemple ou la réalisation de travaux publics. L'exonération sera partielle s'il est prouvé que les deux causes ont participé à la réalisation du dommage. L'administration sera alors responsable à la mesure de sa participation à la réalisation du dommage.

⁴²¹ C.E., 25 mai 1990, *Abadie*, p.1026, *A.J.D.A.* 1990, p.824, note G. DARCY ; *D.* 1990, SC, p.232, obs. P. BON et PH. TERNEYRE ; *R.D.P.* 1991, p.1462. *A contrario* : C.E., 23 janvier 1981, *Ville de Vierzon*, p.28. Tout comme le cas de force majeure, le fait d'un tiers peut ne rompre que partiellement le lien de cause à effet entre faute de l'administration et préjudice économique. Son effet exonératoire est alors partiel lui aussi. Les deux auteurs du dommage sont responsables dans la mesure de leur participation au dommage.

même qu'elle a causé de façon imprévisible un préjudice à un entrepreneur. On en prendra deux exemples.

Le premier concerne les hypothèses dans lesquelles le juge administratif refuse d'engager la responsabilité sans faute de la puissance publique lorsque celle-ci a agi en vue de satisfaire un intérêt économique prééminent. La matière économique joue alors le rôle d'un prisme déformant au travers duquel on observe les conditions d'engagement de la responsabilité sans faute **(a)**. Le second est illustré par un ensemble de situations dans lesquelles une entreprise a accepté, expressément ou non, de se soumettre au risque que lui a fait subir l'administration **(b)**.

a) La poursuite d'un intérêt économique prééminent

156. Lorsque des mesures législatives ou réglementaires sont prises par les pouvoirs publics dans le domaine économique et dans un but économique, le juge est fréquemment amené à refuser d'engager la responsabilité sans faute de la puissance publique au motif que, poursuivant un intérêt économique prééminent, les mesures en question excluent, en raison de leur objet, l'indemnisation des préjudices anormaux subis par certains opérateurs.

Plusieurs éléments peuvent justifier cette jurisprudence⁴²².

157. En premier lieu, il dépend entièrement de la volonté du législateur que l'État puisse être responsable du fait des dommages causés du fait d'une loi. De ce fait, il peut considérer que l'intérêt poursuivi justifie que les préjudices subis en raison de l'application d'une loi ne soient pas indemnisés⁴²³.

⁴²² Voir notamment : B. JEANNEAU, « La responsabilité du fait des règlements légalement pris. », Mélanges offerts à R. SAVATIER, p.373 ; conclusions P. ORDONNEAU sur C.E. 29 juin 1962, *Sté Manufacture des Machines du Haut-Rhin*, p.432.

⁴²³ Ce fut le cas par exemple de la loi du 13 avril 1946 prescrivant la fermeture des maisons de tolérance. De même, C.E., 22 octobre 1943, *Sté des établissements Lacaussade*, p.231 : un décret pris en

En deuxième lieu, certaines mesures d'interventionnisme économique ou à objet économique entraînent par nature des discriminations entre opérateurs, des choix qui peuvent prendre la forme d'autorisation, d'agrément, etc. Elles causent donc logiquement des préjudices et rompent ainsi l'égalité devant les charges publiques au détriment de certains entrepreneurs. Admettre alors l'engagement de la responsabilité sans faute de la puissance publique risquerait de paralyser la politique économique des pouvoirs publics⁴²⁴. Le Commissaire du Gouvernement Ordonneau dans ses conclusions sur l'arrêt *Société des Machines du Haut-Rhin*, considérait en effet que les mesures à objet économique, si elles créent des contraintes pour certains opérateurs, leur sont également bénéfiques en raison de l'organisation qu'elles apportent au marché. Il serait donc injuste d'isoler une contrainte, un préjudice, sans égard aux avantages générés par la mesure considérée: le préjudice est donc compensé par les avantages créés. Une telle analyse économique n'est pas insolite dans l'appréciation par le juge des préjudices indemnisables. On retrouve en effet un raisonnement analogue dans le calcul des indemnités d'imprévision dues au cocontractant de l'administration⁴²⁵. Cependant, le fait pour le cocontractant de l'administration d'avoir bénéficié, en même temps qu'il a subi des préjudices, d'avantages causés par l'événement imprévisible, n'empêche pas par principe l'indemnisation. Il permet simplement une plus juste appréciation des préjudices réels.

vertu des pouvoirs spéciaux accordés par la loi du 8 juin 1935, suspend les opérations du marché à terme des alcools et étend le monopole des alcools. Il prévoit qu'aucune indemnité ne sera versée aux commissionnaires. Plus récemment, à propos de la suppression des barrières douanières au sein de l'Union européenne, le juge administratif a jugé qu'à défaut pour la loi d'avoir prévu une indemnisation des commissaires en douane « et compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit », il n'est pas possible d'engager la responsabilité de l'État du fait de la baisse très sensible de l'activité de ces professionnels : CAA de Douai, 1er juillet 2003, *SA Sogetra*, A.J.D.A. 2004, p. 91, chron. J. MICHEL.

⁴²⁴ Par exemple, C.E., 15 mai 1987, *Sté Transports et affrètements fluviaux*, p.176, D.1988, SC, p.167, obs. F. MODERNE et PH. TERNEYRE : il s'agissait en l'espèce de mesures réglementaires organisant les transports fluviaux par le biais d'autorisations. De même, pour une loi : C.E. Sect., 17 octobre 1978, *Perthuis*, p.370, D.1979, p.81, note P. BON, J.C.P. 1980, n°19382, note D.L. JOLY, R.D.P. 1979, p.1197 : « les dispositions sus rappelées (...) ont eu pour objet, dans l'intérêt de l'amélioration du cheptel, d'établir une discipline de la profession de l'insémination ; qu'en imposant un choix entre les centres de mise en place de la semence par l'attribution à certains d'entre eux d'une zone exclusive d'intervention, le législateur a entendu exclure toute indemnisation de ceux auxquels l'autorisation d'exploitation est refusée (...) ».

⁴²⁵ Voir infra, Seconde Partie, Titre second, Chapitre premier, n°476

Enfin, et en dernier lieu, le juge considère fréquemment que la poursuite d'un intérêt économique général domine toute autre considération et exclut l'indemnisation des préjudices résultant de l'application de la mesure en cause. La considération de son objet économique permet ainsi d'exclure la prise en charge des risques causés aux entreprises par les pouvoirs publics⁴²⁶. L'explication tenant à la prééminence de l'intérêt économique poursuivi n'est pourtant pas toujours convaincante. Elle l'est en tout cas moins que celle tirée du risque de paralyser l'action économique des pouvoirs publics. Car, en dehors du domaine économique, nombreuses sont les mesures réglementaires ou législatives prises dans un intérêt général prééminent - on hésite d'ailleurs à distinguer les intérêts qui sont prééminents de ceux qui ne le sont pas - qui bénéficient au plus grand nombre et sont applicables sur l'ensemble du territoire. Le juge n'exclut

⁴²⁶ Par exemple : C.E. Sect., 13 décembre 1985, *Sté internationale Sales and Import corporation*, p.37, *A.J.D.A.* 1986, p.174, concl. M. LAROQUE : il s'agissait en l'espèce d'une mesure de blocage des prix de vente au détail de tabac, fondée sur les impératifs de lutte contre l'inflation. Dans le même type d'affaire, C.E., 8 janvier 1960, *Laiterie Saint-Cyprien*, p.10.

Voir également : C.E., 21 juin 1957, *Sté d'exploitation des établissements Patbé-Cinéma*, p.415 : une mesure prise afin d'organiser la production cinématographique exclut toute indemnisation sur le fondement d'une responsabilité sans faute ; C.E., 13 février 1952, *Sieur Costa*, p.104 : mesure prise afin de garantir la population contre les hausses excessives de prix. Confirmé par C.E., 14 octobre 1955, *Sté Piscine Lutetia*, p.479 et C.E., 15 juillet 1957, *Sté de décorticage*, p.485 ; C.E., 1^{er} mars 1991, *Pabion*, p.69, *D.A.* 1991, n°227 : « eu égard à l'objet même de ces dispositions (relatives aux contrats de solidarité), le requérant ne saurait obtenir que l'Etat soit condamné, sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, à réparer le préjudice invoqué. »

En ce qui concerne le refus d'engager la responsabilité du fait d'une loi : C.E., 24 octobre 1984, *Sté Claude publicité*, p.338, *D.1986.IR*, p.249, obs. F. MODERNE et P. BON, *D.A.* 1984, n°542, *C.J.E.G.* 1985, p.51, note G. DUPIELLET : une réglementation relative aux économies d'énergie entraîne la réduction brutale du chiffre d'affaires d'un entrepreneur. Le Conseil d'État considère que cette réglementation vise à limiter la consommation d'énergie en période de pénurie. En dehors de dispositions législatives en ce sens et eu égard à l'objet de cette réglementation, celle-ci ne saurait engager la responsabilité de l'État. Dans le même sens : C.E., 23 décembre 1988, *Martin*, p.470, *D.1989*, p.267, note R. MOULIN, *D.1989*, SC, p.344, obs. F. MODERNE et P. BON : mesure législative prise afin de protéger la monnaie ; C.E., 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, p.359, *D.1950*, p.60, note C. BLAVOET : la responsabilité de l'État n'est pas engagée car la législation a été prise « exclusivement en vue de l'intérêt général, afin de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives. » ; C.E. Sect., 16 novembre 1960, *Sté d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, p.621, *A.J.D.A.* 1960, p.190, chron. J.-M. GALABERT et M. GENTOT, *D. soc.* 1961, p.205, concl. J.-F. HENRY : la loi n'ouvre pas droit à réparation « eu égard à l'objet en vue duquel a été établie la législation sur le commerce extérieur. » ; C.E., 31 mars 2003, N° 188833 : « que, toutefois, l'avis de la commission de la sécurité des consommateurs a été émis en vertu de l'article 14 de la loi du 21 juillet 1983 (...) ; qu'eu égard aux objectifs de protection (...) de la sécurité des consommateurs poursuivis par le législateur, les avis de la Commission (...) ne peuvent (...) ouvrir droit à indemnisation, au profit des personnes qui fabriquent ou distribuent un produit (...) ».

pas qu'elles soient susceptibles d'engager la responsabilité administrative pour rupture de l'égalité devant les charges publiques si elles causent à certains des préjudices anormaux et spéciaux.

C'est d'ailleurs ainsi que l'on présente généralement ce type de responsabilité : lorsqu'une mesure prise afin de satisfaire l'intérêt général lèse spécialement certaines personnes, l'équité veut que les pouvoirs publics les indemnisent. Ainsi est-ce parce qu'elle est prise dans l'intérêt de tous qu'il est anormal de laisser aux victimes éventuelles la charge de supporter les dommages qu'elles subissent⁴²⁷. Il est donc assez paradoxal de constater par la suite qu'en matière économique, c'est justement parce que la mesure en question est prise dans l'intérêt de tous, du plus grand nombre, que la réparation des préjudices spéciaux et anormaux est exclue. Sauf à affirmer qu'en matière économique, le juge refuse de façon générale d'appliquer la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques du fait des mesures régulières. On ne le croit pas, le juge administratif ayant déjà eu l'occasion d'engager la responsabilité des pouvoirs publics du fait de préjudices spéciaux et anormaux causés par une mesure à objet économique⁴²⁸. En effet, les rares cas dans lesquels le Conseil d'État a reconnu la responsabilité de l'État du fait de la loi concernaient des mesures économiques⁴²⁹. Par

⁴²⁷ C.E Ass., 23 mars 1984, *Sté Alivar*, p.127 : « qu'il résulte de l'instruction que ces actes ont été pris pour des motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché de la pomme de terre en France à la fin de 1975 et au début de 1976 et qui s'opposaient à l'octroi du visa de la déclaration d'exportation sollicité par la société Alivar ; que, dès lors, l'Etat français ne saurait être tenu à réparation envers cette société que sur le fondement de la responsabilité sans faute au cas où il serait justifié d'un préjudice anormal et spécial imputable à l'intervention de l'administration française. »

⁴²⁸ Par exemple C.E Ass., 23 mars 1984, *Sté Alivar*, préc. Certains auteurs voient en cet arrêt un revirement de la jurisprudence applicable aux seuls actes réglementaires et non aux lois. Par exemple : F. SENERS, *Préjudice réparable*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, 2003, n°186 et s. Une telle solution ne s'applique en tout état de cause pas aux règlements pris pour l'application d'une loi : C.E., 23 décembre 1988, *Martin et Sté Michel Martin*, p.470.

⁴²⁹ En 1938, dans son célèbre arrêt *La Fleurette*, le Conseil engagea la responsabilité de l'État du fait d'une loi de 1934 réglementant le marché de la crème et ayant conduit une société à cesser son activité. Il vérifia préalablement que la loi n'avait pas exclu toute indemnisation. En 1944, il considéra qu'une loi réglementant la fabrication de bière pouvait engager la responsabilité sans faute de l'État : C.E., Ass., 21 juin 1944, *Caucheteux et Desmont*, p.22. Plus récemment enfin, il accepta d'indemniser un éleveur du fait des préjudices spéciaux et anormaux que lui causait l'application d'une loi : C.E. Sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, A.J.D.A. 2003, p.1815, chron. F. DONNAT, et D. CASAS.

ailleurs, lorsque la loi prévoit une indemnisation, l'absence de mesure d'application n'empêche pas la responsabilité sans faute d'être engagée⁴³⁰.

Ce sont donc plus certainement des raisons pratiques, liées à l'effectivité de l'application des mesures en cause ou à la volonté présumée des auteurs des textes qui justifient l'exclusion de la responsabilité sans faute de l'administration.

b) Le risque accepté

158. L'hypothèse du risque accepté⁴³¹ par l'entreprise⁴³² manifeste le refus du juge administratif d'engager la responsabilité de la puissance publique lorsque la situation de la victime est précaire. Le fait pour la victime d'un dommage causé par une faute de l'administration d'avoir accepté en connaissance de cause de s'exposer à un risque déterminé exclut en effet tout droit à réparation⁴³³.

Une telle solution semble logique dans la mesure où les risques acceptés sont en réalité de simples aléas, normaux pour un entrepreneur avisé qui devait s'attendre raisonnablement au comportement des pouvoirs publics⁴³⁴. N'étant pas de véritables

⁴³⁰ C.E., 8 avril 2005, *SCP Waquet, Farge, Hazan*, N° 260887.

⁴³¹ V. MARIANI-BENIGNI, « L'exception du risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité », *R.D.P.* 1997, p.841.

⁴³² L'exception du risque accepté ne rompt pas le lien de causalité existant entre la faute de l'Administration et le préjudice subi par l'entreprise. Il empêche le jeu normal de l'imputation et maintient le poids du dommage sur la victime.

⁴³³ Voir en ce sens : C.E., 10 juillet 1996, *Meunier*, p.289 ; *R.D.P.* 1997, p.289, concl ; J.-H. STAHL ; C.E., 22 juillet 1977, *Sté nouvelle du Palais des sports-Vélodrome d'hiver*, p.370 ; *R.D.P.* 1978, p.563 : « (...) qu'elle devait normalement envisager l'éventualité où, pour des motifs légitimes (...), ce permis de construire lui serait refusé ; qu'ayant ainsi assumé ce risque en toute connaissance de cause, elle ne saurait prétendre faire supporter par l'État les conséquences onéreuses qui sont résultées pour elle de l'arrêt (...). » Dans le même sens : C.E., 10 décembre 1967, *Chambellan*, p.521 ; C.E., Ass. 29 juillet 1962, *Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin*, p.432, concl. P. ORDONNEAU : « (...) la Société requérante ne pouvait ignorer l'aléa que comportait nécessairement la passation d'un tel contrat, (...) qu'ayant ainsi assumé ce risque en toute connaissance de cause, elle ne saurait utilement prétendre à faire supporter par l'État les conséquences onéreuses (...) »

⁴³⁴ C'est le cas par exemple d'un restaurateur ayant décidé de construire une salle de bal en bord de mer alors que des travaux d'aménagement du littoral ont déjà commencé : C.E., 31 juin 1968, *S.E.M. pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne et ville de Brest*, p.83.

risques imprévisibles, leur prise en charge n'est donc logiquement pas assurée par les pouvoirs publics.

Il en va en revanche différemment lorsque le juge applique un tel raisonnement à des situations qui ne constituent pas que de simples aléas. Il est alors plus exigeant envers les entrepreneurs à qui il demande d'être plus avisés que les autres administrés. Ceci est particulièrement manifeste en matière immobilière. Ainsi, le juge considère-t-il qu'une entreprise immobilière est tenue d'assumer le risque lié à l'acquisition de terrains en vue de leur aménagement avant même qu'une ZAC ait été créée⁴³⁵ ou encore celui lié à la réalisation d'un ensemble de constructions exigeant la modification d'un plan d'occupation des sols⁴³⁶. C'est alors la qualité de professionnel⁴³⁷ qui justifie que l'entrepreneur doive assumer le risque qu'il a couru.

159. Les risques des entreprises, parce qu'ils pèsent sur des entités économiques et entraînent des préjudices que ne connaissent pas les particuliers, imprègnent les notions et catégories de la responsabilité de la puissance publique de considérations d'ordre économique. Sans les modifier substantiellement celles-ci les influencent cependant, de telle sorte que l'on peut observer une certaine adaptation du fondement traditionnel de l'intervention publique à la situation des entreprises.

Un tel constat n'est pas propre à la responsabilité. Les fondements sur lesquels les pouvoirs publics prennent en charge les risques qu'ils leur sont extérieurs, connaissent eux aussi une adaptation comparable.

⁴³⁵ C.E., 15 avril 1992, *S.C.I. Vallières et autres c/ Communauté urbaine de Lyon*, p.182.

⁴³⁶ C.E., 16 novembre 1998, *Sille*, p.148.

⁴³⁷ En tant que professionnel, l'entrepreneur est considéré comme plus avisé que les autres administrés et doit ainsi avoir prévu certains risques qui ne seraient pas supportés par les autres. On rejoint ainsi l'idée présente en droit de la consommation que le professionnel, détenant plus d'informations que le consommateur, est placé dans une situation privilégiée et est tenu à une obligation d'information lors de la conclusion du contrat. Voir par exemple, Cass. 1^{ere} civ., 18 avril 1989, Bull. civ. I, n°150, p.99 : « en sa qualité de professionnel de l'immobilier, (l'entrepreneur) ne pouvait ignorer les désordres apparents, (...), dès lors, en omettant d'informer de l'existence de eux-ci, il a manqué à son devoir de conseil ».

SECTION SECONDE :

L'ADAPTATION DES FONDEMENTS AUX RISQUES EXTERIEURS A

L'ACTION PUBLIQUE

160. Lorsque des entreprises subissent des risques que les pouvoirs publics n'ont pas créés ni suscités, ces derniers peuvent cependant être amenés à les prendre en charge⁴³⁸ sur le fondement de deux notions traditionnelles en droit public : l'ordre public⁴³⁹ et la solidarité nationale.

C'est en effet dans le but d'assurer la sécurité des entrepreneurs que les pouvoirs publics assument les risques qu'ils subissent. De ce fait, c'est en exerçant leur mission de protection et de maintien de l'ordre public qu'ils tentent de prévenir ces événements imprévisibles et économiquement dommageables, de faire cesser les troubles qui en résultent, et de remettre en état les situations endommagées (§1). D'autre part, la nature de certains risques, l'étendue des dommages qu'ils causent, l'émotion qu'ils peuvent engendrer dans l'opinion publique peuvent amener l'État à mettre en œuvre des mécanismes de solidarité nationale permettant de pallier l'impossibilité d'engager la responsabilité juridique d'un quelconque débiteur (§2).

§ 1 - Le maintien de l'ordre public

161. Nombre d'événements constituent à la fois des risques pour les entreprises et des menaces de troubles à l'ordre public. Qu'il s'agisse de risques naturels ou technologiques, des menaces terroristes, de tels périls peuvent constituer d'indéniables perturbations du bon ordre ainsi que des risques susceptibles d'engendrer des

⁴³⁸ Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°49 et s.

⁴³⁹ Il faut cependant noter l'existence de rares cas dans lesquels l'action administrative est elle-même source de troubles à l'ordre public du fait de la réalisation de travaux publics ou du fonctionnement d'ouvrages publics.

dommages aux entreprises. C'est alors sur le fondement de sa mission de police que l'administration les prend en charge.

Fondement traditionnel de l'action publique, le maintien de l'ordre public connaît donc de très nombreuses illustrations en matière de risques des entreprises. Ces manifestations connaissent cependant une certaine originalité dans la mesure où la matière économique influence et modifie à plusieurs niveaux la compréhension de la notion d'ordre public et le régime qu'elle implique.

On constate en effet que cette notion, si elle conserve sa signification originelle liée à la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques, est enrichie d'un nombre de plus en plus important d'éléments en vertu desquels l'État intervient pour satisfaire un besoin grandissant de sécurité des entrepreneurs **(A)**. D'autre part, la multiplication contemporaine des risques ou tout au moins la conscience que l'on en a, ont modifié et renforcé l'obligation faite à l'administration de les prendre en charge sur le fondement du maintien de l'ordre public **(B)**.

A- Ordre public et risques des entreprises

162. C'est en constatant que les notions de risque des entreprises et de trouble à l'ordre public peuvent correspondre que l'on est logiquement amené à déduire que la mission qui incombe à l'État d'assurer le maintien de l'ordre public constitue un fondement de la prise en charge des risques. En effet, bon nombre de ces derniers, parmi les plus dommageables et les plus médiatisés, constituent des troubles à l'ordre public général. C'est alors en vertu de ses pouvoirs de police que l'administration les prend en charge. Une place particulière est cependant faite, quoique dans une faible mesure, à la situation des entreprises victimes des tels troubles **(1°)**. La particularité de ces situations est en revanche clairement prise en compte au travers de la notion d'ordre public économique **(2°)**.

1° L'ordre public général

163. Il revient aux pouvoirs publics d'assurer le maintien de l'ordre public⁴⁴⁰. Cette mission, représentant pour certains le niveau maximal de l'intervention de l'État, pour d'autres son niveau minimal⁴⁴¹, découle aussi bien des textes que de la jurisprudence. Ainsi, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce-t-il au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, la sûreté. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de juger que relèvent de l'ordre public, la sécurité des personnes et des biens ainsi que la sûreté de l'État⁴⁴². De même, la loi du 21 janvier 1995 dispose que « L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public (...) »⁴⁴³. L'article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales issu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, définit quant à lui la mission de police du maire comme devant tendre à « (...) assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. ».

Le juge administratif rappelle fréquemment par une jurisprudence bien établie et dorénavant traditionnelle que le maire doit mettre en œuvre ses pouvoirs de police afin de faire cesser « une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publiques (...) »⁴⁴⁴. L'action des autorités chargées de maintenir l'ordre

⁴⁴⁰ L'ordre public est défini classiquement depuis Hauriou comme un ordre « matériel et extérieur ». Voir en ce sens : M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., p.549. Voir, pour une étude de la notion d'ordre public : P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Bibliothèque de droit public, 1962, Tome XLII.

⁴⁴¹ Pour un rappel des théories portant sur l'interventionnisme étatique en matière économique, voir Première Partie, Chapitre Second, n°116 et s.

⁴⁴² C.C. 80-127 DC des 19-20 janvier 1980, J.O. du 22 janvier 1980 ; C.C. 89-261 DC du 1^{er} août 1989, J.O. du 1^{er} août 1989. Pour une étude approfondie de l'ordre public appréhendé par le Conseil constitutionnel : CH. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. », *R.D.P.* 1994.1.693.

⁴⁴³ Article 1^{er} de la Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. n°20 du 24 janvier 1995, p.1249.

⁴⁴⁴ C.E., 23 octobre 1959, *Doublet*, p.540 ; *R.D.P.* 1959 p.1235, concl. A. BERNARD et 1960 p.802, note M. WALINE. De même, le Conseil d'État rappelle régulièrement la nature de la mission de police du maire : C.E., 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine*, *A.J.D.A.* 2003, p.2164 : « (...) il appartient au maire, responsable de l'ordre public sur le territoire de sa commune, de

public consiste donc, en vertu de ces dispositions, à prévenir et faire cesser par des mesures appropriées les troubles susceptibles de l'affecter ainsi que de le rétablir. Elle comprend en premier lieu des prescriptions interdisant ou limitant l'exercice d'activités privées, mais également des opérations matérielles⁴⁴⁵. Ainsi, si un risque constitue une menace pour l'ordre public en ce qu'il peut perturber le bon ordre, sa prise en charge se fera sur le fondement de la mission de police impartie à l'administration. Prévenir le trouble, le faire cesser, rétablir une situation normale permettra incidemment à l'autorité publique de prévenir le risque, de le faire cesser et de rétablir l'activité économique de l'entrepreneur dans des conditions d'exercice viables.

164. Les trois composantes de l'ordre public sont susceptibles d'être troublées par de tels événements⁴⁴⁶.

La sécurité publique tout d'abord. On ne dénombre plus en effet les inondations, tempêtes, éboulements et autres risques d'origine naturelle qui sont à la fois des troubles de la sécurité publique et des risques que les entrepreneurs ne peuvent prévenir ni faire cesser. Chaque année apporte de nouvelles illustrations catastrophiques : commerces dévastés, exploitations ruinées, qui dans la Somme n'ont pas résisté aux inondations, qui ont dû supporter les tempêtes de décembre 1999, etc.

La salubrité publique ensuite. Prévenir ou faire cesser des troubles à la salubrité publique tels que les épizooties, les marées noires et autres pollutions permet aux autorités de police de prévenir et faire cesser les risques pesant sur les éleveurs de bétail, les conchyliculteurs, les hôteliers et toute autre activité liée au tourisme.

prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques (...) ».

⁴⁴⁵ Voir, pour une étude des relations existant entre prise en charge des risques et police administrative : Première Partie, Chapitre premier. De même pour des études approfondies sur la notion de police administrative : DEMETRE PAPANICOLAÏDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, 1960; E. PICARD, *La police administrative*, Bibliothèque de droit public, T. 146, L.G.D.J., 1984.

⁴⁴⁶ L'article L2212-2, 5° expose les domaines dans lesquels le maire doit prendre les mesures nécessaires afin de prévenir et faire cesser certains périls. On relève parmi eux : les épizooties, les catastrophes naturelles, les pollutions, etc., tous susceptibles de constituer des risques pour les entreprises.

La tranquillité publique enfin. Les exemples ne sont certes pas nombreux, ils existent cependant : le bruit venant troubler la production de lait et d'œufs en raison du stress qu'il provoque chez les animaux ou la tenue de festivités bruyantes, parfois « sauvages », à proximité de tels sites de production peuvent constituer des troubles à la tranquillité publique aussi bien que des risques pour les exploitants.

165. Dans l'ensemble de ces exemples, le fondement de l'action publique connaît peu de spécificités liées à la nature économique des entreprises. Ces risques pesant avant tout sur l'ordre public général, la matière économique n'influe pas en principe sur le fondement juridique des mesures adoptées.

Il faut toutefois noter que les troubles à l'ordre public général engendrent très fréquemment des dommages aux entreprises que ne connaissent pas les particuliers, soit parce qu'ils leur sont propres (perte de clientèle, baisse du chiffre d'affaires, perte d'éléments constitutifs d'un fonds de commerce, etc.) soit parce qu'ils les dépassent en importance. Ils peuvent en outre toucher des zones géographiques sur lesquelles ne s'exercent que des activités économiques (Zones industrielles ou commerciales, zones du littoral polluées par le déversement accidentel d'hydrocarbures ne donnant lieu qu'à une exploitation économique, etc.).

Des buts économiques sont alors poursuivis par les autorités publiques détentrices du pouvoir de police administrative. Si cette dernière ne peut avoir pour objectif d'instaurer un nouvel ordre économique,⁴⁴⁷ il n'est pas rare que des considérations économiques viennent s'intégrer ou se combiner avec des considérations d'ordre public liées à la sécurité ou la salubrité publiques. Ainsi, une réglementation de police destinée à réglementer la circulation automobile en limitant la vitesse autorisée peut-elle prendre en considération la nécessité de réduire la consommation des produits pétroliers en période d'inflations du prix de l'essence⁴⁴⁸. De même, le maire est

⁴⁴⁷ Par exemple : C.E., 8 décembre 1948, *Syndicat général des patrons laitiers de la ville de Lyon*, p.462 ; C.E. 29 juillet 1950, *Fédération nationale des syndicats de grossistes*, p. 482.

⁴⁴⁸ C.E. Sect., 25 juillet 1975, *Sieur Chaigneau*, p.436, R.D.P. 1976, p.392, note J.-M. AUBY : « (...) le Gouvernement (...) a pu légalement prendre en considération les menaces pesant sur l'approvisionnement du pays en produits pétroliers et la nécessité d'intérêt national de restreindre la

fréquemment amené à prendre en considération des intérêts ou des objets économiques lorsqu'il inspecte la fidélité du « débit des denrées » ou la salubrité des « comestibles » destinés à la vente, sur le fondement de l'article L2212-2 du Code général des collectivités territoriales. L'utilisation de la police générale permet ainsi aux pouvoirs publics de prendre en considération certains objets économiques dans le but d'assurer l'ordre public général : les salaires, les prix, le ravitaillement. Ils le font fréquemment pour des risques d'entreprises, notamment lorsqu'il s'agit de régler la distribution de marchandises en période de rationnement ou de pénurie⁴⁴⁹. Tout en assurant la protection de l'ordre public général, de telles mesures de police cherchent alors à assurer la sécurité des opérateurs économiques⁴⁵⁰.

2° L'ordre public économique

166. La démarche consistant à reconnaître l'existence d'un ordre public économique⁴⁵¹ se fonde sur l'observation des diverses réglementations destinées à faire régner un certain ordre économique. L'intervention publique vise en effet par ce biais à faire respecter le bon ordre des marchés et la sécurité des opérations économiques. Elle tente de discipliner, sous le contrôle du juge, les comportements économiques afin de prévenir et faire cesser les troubles susceptibles d'affecter le fonctionnement des

consommation de ces produits pour imposer des limitations de vitesse (...) ». Dans le même sens : C.E., 27 mai 1983, *fédération française d'études et de sports sous-marins*, p.216, *A.J.D.A.* 1984 p.45, note J. MOREAU : « (...) le préfet peut légalement prendre en considération, non seulement le souci de la conservation des espèces marines, mais aussi le rôle joué par les différents modes de pêche dans l'économie du département. ».

⁴⁴⁹ C.E., 22 décembre 1949, *Couterrier*, p.329 ; C.E., 30 mai 1952, *Confédération nationale des producteurs*, p.289.

⁴⁵⁰ Ces mesures ont bien un but économique (régulation de la production, protection des consommateurs, réglementation en période de pénurie, etc.) lié à une préoccupation de maintien du bon ordre. Voir en ce sens : E. PICARD, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1984, p.219 et s.

⁴⁵¹ Voir notamment : G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges GENY*, II.1935 ; R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.1965*, chron., p.37 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1963.

activités de production, de distribution ou de service. Cet ordre économique diffère de l'ordre public général en ce qu'il semble être doublement relatif⁴⁵². Il ne vise en effet à protéger que la sécurité des seuls opérateurs économiques en tant qu'ils interviennent sur les seuls marchés économiques⁴⁵³.

Il semble par ailleurs être changeant dans le temps en fonction des impératifs qui sous-tendent les politiques économiques de l'État. Ainsi a-t-on assisté à une évolution du contenu de l'ordre public économique depuis la moitié du siècle passé. C'est de la loi et de la planification que les dirigeants des années quarante croyaient voir résulter l'ordre public économique. L'ordre et la sécurité des opérations économiques ne semblaient pouvoir résulter que des mesures dirigistes ou interventionnistes de l'État. L'ordonnance de 1945 sur les prix en est une illustration. On ne saurait tenir un discours comparable dorénavant. L'économie dirigée n'est plus ce qu'elle était et la théorie libérale renaissante voit dans l'intervention de l'État, tout comme sa devancière, un obstacle à l'ordre spontané que doit atteindre le marché fondé sur une libre et égale concurrence. L'action publique ne vise donc plus qu'à protéger ce bon ordre des marchés en assurant aux opérateurs des conditions sûres d'exercice de leur activité. Elle fixe des règles de conduite et en assure le respect, elle régule comme le fait l'agent de police lorsqu'il impose aux conducteurs d'automobiles le respect des règles du Code de la route à un carrefour engorgé. Il s'agit pour lui de tenter de protéger les conducteurs contre les accidents qui risqueraient de les priver de leur liberté de déplacement. Ainsi, assurer l'ordre permet aux entrepreneurs d'exercer complètement la liberté qui leur est reconnue par le droit positif.

⁴⁵² Voir en ce sens : P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., 1962, p.38.

⁴⁵³ Selon le Doyen RIPERT, cité dans P. BERNARD, préc., p. 39, « la loi n'est pas faite pour les Français ou pour ceux qui habitent le territoire français, elle est faite pour le vigneron, pour le marchand de vin, pour le propriétaire de l'immeuble ou pour le locataire commerçant. »

167. Il revient aux polices de l'économie⁴⁵⁴ d'assumer cette mission. Et l'on constate que les menaces de troubles qu'elles ont pour obligation de prévenir et de faire cesser peuvent constituer des risques pour les entreprises tels qu'on les a définis. L'étude de la police spéciale de la concurrence permettra d'éclairer ce propos.

Cette dernière vise en effet à prévenir et faire cesser les atteintes portées aux règles de la concurrence par les opérateurs publics ou privés intervenant sur le marché. Elle assure un certain ordre au sein duquel les activités économiques peuvent s'exercer de façon concurrentielle. Elle sanctionne les comportements irréguliers et permet le rétablissement, par le biais d'injonctions et de sanctions notamment, de la situation de l'entrepreneur ayant subi des dommages. Or, la violation des règles de la concurrence, qui constituent la règle du jeu en vertu de laquelle les opérateurs fondent leur prévision, est un risque propre aux entreprises⁴⁵⁵. La prévention de tels troubles permet donc de prévenir de façon incidente les risques qui en résultent. En effet, tenter d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes, les abus de position dominante, ou certaines concentrations économiques, mais également les faire cesser, permet aux autorités chargées d'assurer la police de la concurrence de prévenir et faire cesser les risques qu'ils constituent. En ce sens, l'ordre public économique constitue bien un fondement de l'action propre à certains risques subis par les entreprises.

168. On doit enfin noter que le maintien du bon ordre de l'économie ne tient pas uniquement à la protection de la sécurité des opérations qui s'y déroulent. Elle tient également à la sécurité de l'économie dans son ensemble. L'activité correspondant à cette protection est appelée défense économique⁴⁵⁶. Elle correspond à l'origine à l'aspect économique de la défense nationale⁴⁵⁷ définie par l'ordonnance du 7 janvier

⁴⁵⁴ Ce terme est emprunté au professeur P. DELVOLVE, in *Droit Public de l'économie*, Précis Dalloz, préc., p.427. Il est employé pour désigner les polices spéciales qui visent à assurer un bon ordre économique dans des domaines échappant à la police de l'ordre public général.

⁴⁵⁵ Voir Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°60.

⁴⁵⁶ Voir en ce sens, J. BONTOUX, « La défense économique », *Administration*, 1993, dossier spécial.

⁴⁵⁷ La défense, selon l'ordonnance n°59-147 du 7 janvier 1959, « a pour objet d'assurer en tous temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population ». A cette fin, le décret n°62-729 du 29 juillet 1962

1959. Elle vise, en temps de paix, à assurer la sûreté de l'économie nationale, afin qu'en cas de crises graves, les besoins vitaux de la population soient préservés⁴⁵⁸. Avec la fin de l'affrontement est-ouest, la signification de la défense économique a évolué vers une politique de prévention des menaces pouvant atteindre la sûreté de l'économie nationale : espionnage industriel, prise de contrôle hostile d'entreprise nationale, vol de brevet ou d'autres secrets⁴⁵⁹, contrefaçon⁴⁶⁰, etc. Elle vise à prévenir et à rétablir les flux économiques en cas de crise. C'est sur ce fondement que peuvent être pris en charge un certain nombre de risques pour les entreprises. Par exemple, la constitution de stocks ou réserves participe de cette politique de défense et permet de prévenir et faire cesser les dommages résultant de situations de pénurie ou de cracks boursiers des cours des matières premières. La veille économique qu'elle instaure ainsi que l'institutionnalisation du renseignement économique⁴⁶¹ permettent de prévoir des mesures de réaction appropriées à certains risques particuliers⁴⁶².

dispose que le ministre de l'économie dirige une commission permanente pour les affaires économiques de la défense. Il est relayé par des commissions régionales de défense économique créées par arrêté du 10 février 1988. Le livre blanc sur la défense de 1994 a officialisé la notion.

⁴⁵⁸ J.-L. LEVET, « De la défense économique à la sécurité de l'économie. », *Administration*, préc., p.31.

⁴⁵⁹ La loi du 16 juillet 1980 (J.O.R.F. 27 juillet 1980) interdit en son article 1 à toute personne physique résidant en France de communiquer de renseignements ou de documents d'ordre économique lorsque cela est de nature à porter atteinte aux intérêts économiques essentiels de la France et à l'ordre public.

⁴⁶⁰ Voir M. WATIN-AUGOUARD, « La lutte contre la contrefaçon : un objectif pour la défense économique », *Droit et Défense*, n°3 1994, p.62.

⁴⁶¹ Voir en ce sens : Rapport du Commissariat général au plan pour 1994, *Intelligence économique et stratégie de l'entreprise*, la documentation française, 1995. L'intelligence économique est définie comme « l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement et de distribution de l'information utile aux acteurs économiques ». Un comité pour la compétitivité et la sécurité économique a été créé le 4 avril 1995 (J.O.R.F. 4 avril 1995) et est destiné à conseiller le Gouvernement dans le domaine de l'intelligence économique.

⁴⁶² J. BONTOUX, « La défense économique », préc.

169. L'ordre public constitue un des principaux fondements de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises. Prenant en compte la particularité de leur situation, l'ordre public général est influencé par la matière économique. L'ordre public économique est en outre un fondement qui y est particulièrement adapté. On retrouve une adaptation comparable lorsque l'on étudie le régime juridique qu'implique la notion d'ordre public, plus précisément l'obligation d'user des pouvoirs de police.

B- L'obligation de prise en charge des risques sur le fondement du maintien de l'ordre public

170. Il est de jurisprudence constante que, confrontée à des situations particulièrement périlleuses ou susceptibles de l'être, l'administration est tenue de mettre en œuvre ses pouvoirs de police afin de prévenir et faire cesser les troubles qui pourraient en résulter. On en trouve des illustrations en matière de risques des entreprises (1°). Cette obligation d'intervention s'est renforcée et a été renouvelée par une tendance contemporaine conduisant à multiplier les obligations de prévention, et imposant ainsi aux pouvoirs publics de répondre au besoin toujours croissant de sécurité des entrepreneurs⁴⁶³ (2°).

⁴⁶³ En ce sens : F. MELLERAY, « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiale », *A.J.D.A.*, 2005, p.71.

1° L'obligation d'user des pouvoirs de police

171. En vertu de la jurisprudence *Doublet*⁴⁶⁴, il est affirmé de façon constante que les autorités de police administrative générale sont tenues de mettre en œuvre les prérogatives dont elles disposent afin de faire face à des événements particulièrement périlleux. Il leur est donc fait obligation d'assurer, dans le cadre de leur compétence et sous le contrôle du juge administratif, le maintien de l'ordre public. Dans la mesure où périls et troubles à l'ordre public et risques des entreprises correspondent, l'obligation ainsi établie s'étend à l'intervention publique en matière de risque. De la sorte, et pour reprendre les termes de l'arrêt *Doublet*, lorsqu'un risque crée une situation *particulièrement dangereuse* pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publiques d'où résulte un *péril grave*, l'autorité de police est tenue de mettre en œuvre les prérogatives qu'elle tient de la loi afin de prévenir et faire cesser ce péril⁴⁶⁵. La mesure de police doit être indispensable et la méconnaissance de cette obligation est susceptible d'engager la responsabilité pour faute de l'administration⁴⁶⁶. Cette dernière a ainsi l'obligation de prévenir et de faire cesser des risques de troubles sanitaires⁴⁶⁷, d'atteintes à la sécurité⁴⁶⁸ ou à la sûreté⁴⁶⁹, si

⁴⁶⁴ C.E., 23 octobre 1959, *Doublet*, p.540, *D.*1960, p.191, note D.G.LAVROFF, *R.D.P.* 1959, p.1235, concl. A. BERNARD et 1960, p.802, note M. WALINE. Dans le même sens : C.E., 1^{er} octobre 1971, *Association « Alba-Stella »*, T.déc., p.313.

⁴⁶⁵ Il faut noter que les conditions posées par l'arrêt *Doublet* ont pu donner lieu à une interprétation moins restrictive : voir par exemple : C.E., 8 juillet 1992, *Ville de Chevreuse*, p.281.

⁴⁶⁶ Voir supra, Première partie, Titre second, premier chapitre, n°136 et s.

⁴⁶⁷ C.E., 4 octobre 1968, *Sieur et dame Pascale*, T.déc., p.372 : carence fautive de l'autorité de police qui n'a pas fait cesser les activités d'un poissonnier portant préjudice à un commerce de fleurs.

⁴⁶⁸ C.E., 22 juin 1987, *Ville de Rennes c/ C.R.L.C.*, *A.J.D.A.* 1988, p.65 : L'autorité de police avait l'obligation d'alerter la population, dont une entreprise de linoléum et caoutchouc, de la survenance d'une crue. Concernant l'obligation d'édicter une mesure individuelle de police : *a contrario*, C.E., 1^{er} juin 1973, *Demoiselle Ambrigot*, p.915. L'obligation faite à l'autorité de police peut être celle d'effectuer des opérations matérielles : C.E., 29 décembre 1989, *Cassagne*, *J.C.P.* 1990.IV.57 ; C.E., 14 mars 1986, *Commune de Val d'Isère*, p.711, *J.C.P.* 1986.II.20670, concl. B. LASSERRE, note F. MODERNE.

⁴⁶⁹ C.A.A. de Paris, 22 janvier 2003, *M. Vigouroux c/ Ministre de l'Intérieur*, préc. : défaillance des autorités de police à protéger une officine contre des actes de violence ; C.E., 25 mars 1992, *Compagnie d'assurance Mercator N.V. et autres*, T. déc. p.6819 : carence fautive de l'autorité de police lors de l'attaque d'un camion transportant du porc ; C.E., 28 mai 1984, *Sté française de production*, T. déc., p.5538 : *a contrario*, obligation de prévenir un attentat à l'explosif contre des véhicule de la S.F.P.

les conditions précitées sont réunies. Il n'est pas douteux que les catastrophes naturelles ou industrielles remplissent fréquemment de telles conditions du fait de leur caractère imprévisible et des conséquences anormales qui peuvent en résulter.

172. L'obligation de maintenir l'ordre public se double de celle, plus générale, de prendre les mesures juridiques ou matérielles nécessaires à l'application d'une réglementation de police.

Elle revêt un intérêt particulier en matière de droit économique international⁴⁷⁰ et communautaire. En effet, des motifs tirés de la protection de l'ordre public peuvent constituer le fondement de dérogations aux règles instituées par des conventions internationales à objet économique⁴⁷¹. L'État français peut donc, dans des circonstances particulières, invoquer sa mission de sauvegarde de l'ordre public sur son territoire pour déroger à certaines règles de comportement. Par exemple, dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, il est prévu à l'article XX de l'accord général que chaque État conserve le droit de prendre les mesures *nécessaires* à la sauvegarde de son ordre public⁴⁷² et ce, même lorsqu'elles auront pour conséquence de restreindre les échanges internationaux. Elles ne doivent cependant pas être ouvertement discriminatoires ou protectionnistes. Ainsi, la France a-t-elle pu en 2000 interdire l'importation d'amiante « blanc » en provenance du Canada⁴⁷³. Si à ce jour, les exemples d'utilisation de l'article XX ne sont pas nombreux, on peut supposer que des motifs tirés de la protection de l'environnement pourraient permettre aux autorités nationales d'interdire l'importation de produits nocifs pour certaines exploitations agricoles.

⁴⁷⁰ Voir D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2003.

⁴⁷¹ Voir par exemple : M. CASTILLO et R. CHEMAIN, « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, préc., p.133.

⁴⁷² L'article XX énonce les domaines constitutifs de l'exception de l'ordre public : moralité publique, protection de la santé et de la vie, de l'environnement, etc.

⁴⁷³ Affaire « Communautés européennes-mesures affectant l'amiante et les produits en contenant », 12 mars 2001, WT/DS 135/AB/R.

173. Si le maintien de l'ordre public peut imposer aux pouvoirs publics de prendre en charge les risques des entreprises, il convient toutefois d'apporter trois précisions importantes.

Tout d'abord, comme cela a déjà été souligné, certaines mesures prises dans le but de faire cesser des troubles à l'ordre public peuvent elles-mêmes être à l'origine de risques pour les entreprises. L'intervention publique aggrave alors les dommages déjà subis⁴⁷⁴. Cette situation paradoxale n'est pas rare, elle concerne les diverses composantes de l'ordre public général. Ainsi, en vue de lutter contre les effets économiquement dommageables d'une crise sanitaire, les pouvoirs publics peuvent-ils être amenés à procéder à des abattages de bétail massifs ou sélectifs. Les épisodes malheureusement récents de « la vache folle » ou de « la tremblante du mouton » ont démontré à quel point le maintien de l'ordre sanitaire pouvait conduire à accentuer les dommages déjà subis par les éleveurs. Il peut en aller de même lorsqu'est en cause le maintien de la sécurité publique. A la suite d'actes de violence ou de terrorisme ayant endommagé certains commerces, les pouvoirs publics peuvent adopter des mesures restreignant l'accès du public, diminuant de ce fait la fréquentation déjà réduite de la clientèle⁴⁷⁵. On sait également que l'administration peut refuser, afin de préserver l'ordre public, de prendre certaines décisions, notamment d'exécution de la chose jugée. Ce sera le cas lorsqu'elle refusera d'expulser des grévistes occupant illégalement des centres d'échanges commerciaux.

Ensuite, certains troubles à l'ordre public, tout en étant constitutifs de risques pour les entreprises, peuvent revêtir certains caractères exonérant l'administration de son obligation d'action. L'inaction⁴⁷⁶ devient alors légitime. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles le risque qui se réalise est constitutif d'un cas de force majeure et rend impossible l'action publique. Son irrésistibilité et son imprévisibilité peuvent supprimer

⁴⁷⁴ Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°74 et s.

⁴⁷⁵ C.A.A. Bordeaux, 31 décembre 1993, *Blanco*, T. déc. p. 6802.

⁴⁷⁶ Voir en ce sens : M.N. POLUBOCSKO, *L'inaction administrative*, Thèse Paris II, 1999.

l'obligation d'agir de l'administration, celle-ci ne commettant donc pas de faute en ne tentant pas de faire cesser les troubles et les dommages qui en résultent⁴⁷⁷.

Enfin, l'obligation de prendre en charge un risque sur le fondement du maintien de l'ordre public ne fait pas disparaître l'exigence de proportionnalité que doit respecter l'autorité publique⁴⁷⁸. La légalité de la mesure de police est conditionnée par sa nécessité. Le juge administratif sera alors conduit à vérifier qu'il n'existait pas en l'espèce de mesures alternatives permettant d'atteindre de façon plus efficace - moins attentatoires aux libertés - le but recherché⁴⁷⁹. Il examinera donc les effets des diverses solutions qui s'offrent à l'administration afin de déterminer la légalité de celle qui a été retenue. Les pouvoirs publics sont donc tenus, lorsqu'ils prennent en charge des risques sur le fondement de l'ordre public, d'adopter la mesure la plus efficiente⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Il faut distinguer cette hypothèse de celle que l'on a vue précédemment lors de l'étude la responsabilité administrative (voir supra, note 54) et qui concerne les cas de force majeure venant rompre le lien de causalité entre le fait de l'administration et le préjudice subi par une entreprise. Dans ce cas, la force majeure est considérée comme la seule cause du dommage, mais ne supprime pas la faute, à défaut d'avoir supprimé l'obligation d'agir. Or, il est question ici du cas où la force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation, et supprime de ce fait la faute.

⁴⁷⁸ C.E., 19 mai 1933, *Benjamin*, p.541, D.1933.3.354, concl. MICHEL, S.1943.3.1, concl., note A. MESTRE.

⁴⁷⁹ Voir en ce sens B. SEILLER, « Pour un contrôle de légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *A.J.D.A.* 2003, p.1472. Pour l'auteur, le contrôle de la légalité extrinsèque se caractérise par une comparaison entre la solution retenue par l'Administration et celles envisageables, mais non retenues. Ainsi, seule la décision la mieux adaptée à la situation est légale.

⁴⁸⁰ Voir pour des développements sur l'efficacité économique de l'action publique, infra, Première partie, Titre second, Second chapitre. Par exemple, l'administration a pu interdire l'activité des photographes-filmeurs près du Mont Saint-Michel en considérant qu'elle « présentait, à la date à laquelle l'arrêté précité a été pris, pour le maintien de l'ordre, des dangers auxquels il n'était pas possible de remédier par une mesure moins contraignante » : CE 13 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ Époux Leroy*, p. 179, *A.J.D.A.* 1968, p. 222, chron. MASSOT et DEWOST. Dans le même sens : C.E. Sect., 7 décembre 1979, *Sté les fils de Henri Ramel*, p.456, D.1980, p.303, concl. B. GENEVOIS, *J.C.P.* 1981, n°19500, note B. PACTEAU.

2° L'accroissement contemporain des obligations de sécurité imposées aux pouvoirs publics

174. Une étude minutieuse de la société contemporaine laisserait sans aucun doute apparaître l'émergence depuis une décennie d'un sentiment d'insécurité de plus en plus important au sein des divers groupes sociaux. Ce sentiment, exacerbé par la multiplication des essais qui lui sont consacrés⁴⁸¹, est fondé à la fois sur la plus grande intensité de risques déjà connus mais aussi sur une « explosion » quantitative de risques jusqu'alors inconnus et liés pour beaucoup au développement scientifique et technologique⁴⁸². Devant cette nouvelle configuration de l'insécurité et pour répondre au sentiment qui en résulte, l'intervention de l'État est plébiscitée par l'ensemble de la population. L'obligation qui lui est faite de maintenir l'ordre public n'est alors considérée que comme partie d'une obligation plus générale d'assurer la sécurité de tous les citoyens⁴⁸³. La tendance contemporaine consiste alors à voir dans la puissance publique celle dont l'essence est d'assurer l'ensemble des administrés contre tout type d'insécurité issue de tout type de risque.

La revendication générale d'un monde sans insécurité se traduit ainsi par l'exigence de la reconnaissance dans l'ordre juridique interne d'un droit à la sécurité⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ Si on se limite au droit administratif, on est frappé de voir combien les thèmes de sécurité et de prévention des risques de toute nature sont abordés de façon récurrente dans les revues spécialisées depuis une dizaine d'années.

⁴⁸² Voir en ce sens : P. LAGADEC, *La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Ed. du Seuil, Paris, 1981 ; C. DOURLENS, J.-P. GALLAUD, J. THEYS, P.A. VIDAL-NAQUET, *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1991 : « Qu'on l'envisage sous l'angle de la protection et de la prévention ou bien sous l'angle de la réparation, la sécurité semble être aujourd'hui perçue comme un droit. De l'État on attend qu'il assure la sauvegarde des biens et personnes, qu'il prescrive des réglementations susceptibles de prévenir les événements dommageables, qu'il intervienne pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes de compensation ou qu'il s'engage lui-même dans la réparation », p.12.

⁴⁸³ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Droit et société, Maison des sciences de l'homme, L.G.D.J., Paris, 2003.

⁴⁸⁴ Voir en ce sens : D. TRUCHET, « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité. », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, préc. Selon l'auteur : « (...) l'administration (et pas seulement l'autorité de police)

L'action publique se légitime alors aux yeux des citoyens par sa capacité à prévoir, prévenir et faire cesser l'ensemble des événements susceptibles de leur être dommageables. Elle doit tenir compte de ce qui n'est que supposé, et dans une logique de précaution dorénavant constitutionnalisée, ne faire courir aucun risque éventuel à la population⁴⁸⁵ sans en avoir préalablement étudié les conséquences potentiellement dommageables.

175. Une telle demande semble à première vue paradoxale en matière économique. La doctrine libérale dominante en ce domaine s'oppose par principe à toute intervention étatique jugée perturbatrice de l'ordre naturel du marché. L'action publique devant se limiter au maintien des conditions normales d'exercice des activités économiques⁴⁸⁶, assurer l'ordre, c'est permettre l'exercice des libertés. Mais bien au-delà de la théorie économique, le monde économique dans son ensemble fustige la fréquence et le poids des réglementations économiques, des taxes, autorisations et autres limites à l'exercice de leur activité. L'exigence d'un « moins d'État » est à peine nuancée par un timide « mieux d'État » dans le monde des affaires. Pourtant, aussi paradoxale qu'elle semble, la tendance examinée plus haut touche aussi le monde économique. Que surviennent un risque naturel d'une ampleur inattendue, un risque technologique ou industriel, un risque politique, etc., c'est vers l'État, supposé garant de la sécurité de tous à l'égard de tous les risques, assureur de tous les dommages imprévus, que les opérateurs se tournent. C'est ainsi que, à la suite d'une inondation, une marée noire, un acte de terrorisme, l'explosion d'une usine, une épizootie, les entrepreneurs demandent des comptes à l'État, chargé de prendre en charge tous les

serait tenue en toutes circonstances de protéger de manière quasiment absolue l'ordre public et de garantir le droit que les citoyens auraient à la sécurité. »

⁴⁸⁵ Il sera vu plus loin que la demande d'une sécurité généralisée exige de la part de pouvoirs publics un éventail de moyens d'action plus large que celui dont ils disposaient initialement. Il leur appartient de développer les moyens de détection des risques, de gestion des informations, de prévision et de prévention des dommages, de réaction, etc.

⁴⁸⁶ Voir, pour un rappel des doctrines économiques libérales, Première partie, Titre premier, Chapitre second, n°114 et s.

risques qu'ils n'ont pu prévoir. Ceci est d'autant plus remarquable qu'une telle demande concerne un risque que l'État n'a ni initié, ni permis, ni créé.

Cette exigence des entrepreneurs manifeste la croyance en l'existence d'une obligation générale de sécurité imposée aux pouvoirs publics. Celle-ci peut trouver une justification théorique dans l'idée que les prérogatives de puissance publique octroyées à l'État ne sont que la contrepartie de l'obligation d'assurer la sécurité des citoyens ; le pouvoir ne lui étant reconnu que dans la mesure où il assure la sécurité de tous ses administrés. En outre, une obligation pouvant naître d'une demande sociale, l'actuelle et intense revendication de tous les groupes sociaux tend à imposer aux pouvoirs publics une obligation morale de sécurité. Liés par celle-ci, la sécurité devient pour eux un principe d'action politique.

176. Cette réalité n'a pas manqué d'être retranscrite dans des textes dont la complexité due à l'absence de vue globale du phénomène n'a d'égal que la diversité des domaines dans lesquels le législateur a décidé d'introduire des obligations de sécurité, de précaution, de prévention, de prudence, etc.⁴⁸⁷. La sécurité est d'ailleurs devenue, depuis la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, un droit fondamental de la personne dont l'État est tenu d'assurer la sauvegarde. Quelques exemples permettront d'appuyer ces propos.

Outre la trilogie traditionnelle des composantes de l'ordre public rappelée à l'article L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales, l'obligation de sécurité peut se décliner par matière. Le droit de l'environnement est un des premiers secteurs touchés. Les négligences de l'administration en ce domaine peuvent par exemple être sanctionnées au titre des articles L.232-2 du Code rural, relatif à la pollution des cours d'eau. De même, la vigilance de l'administration est requise en matière sanitaire par

⁴⁸⁷ La nécessité ressentie par les pouvoirs publics d'apporter une réponse immédiate à la revendication sociale s'est concrétisée par l'adoption d'une multitude de dispositions particulières, dans des domaines très variés. On observe ainsi dans la quasi-totalité des codes, des prescriptions imposant aux pouvoirs publics d'assurer la sécurité de tel ou tel domaine d'activité.

l'article L.251-1 du Code rural relatif à la biovigilance ou par l'article L.231-4 relatif à l'épidémiosurveillance. Récemment la directive communautaire relative à la responsabilité environnementale a imposé aux États membres diverses obligations visant à prévenir et réparer les dommages écologiques purs⁴⁸⁸.

Les domaines de la consommation ou de l'urbanisme⁴⁸⁹ sont également touchés par le développement des obligations de sécurité. Ainsi, l'article L.214-1-1 du Code de la consommation impose-t-il la traçabilité de certains produits ou denrées et impose à l'administration des prescriptions propres à chaque produit. De même, l'article R.111-2 du Code de l'urbanisme prévoit qu'un refus de permis de construire peut être justifié pour des motifs liés à la sécurité publique. L'article L.111-3-1 impose quant à lui aux autorités publiques d'intégrer dans certains cas une étude de sécurité publique dans les études préalables.

177. A côté de ces obligations générales de sécurité, des obligations plus spécifiques de prévention de risques se développent également. Les plus topiques sont celles qui sont imposées aux pouvoirs publics en matière d'urbanisme. Par exemple, l'article L.121-1 du Code de l'urbanisme dispose que les documents d'urbanisme permettent de prévenir les risques naturels, les risques technologiques, les pollutions et nuisances de toute nature. L'article L.123-1 dispose que les plans locaux d'urbanisme doivent prendre en compte les risques naturels. De même, les plans de prévention des risques naturels instaurés par la loi du 2 février 1995, permettent, en plus des zonages établis dans les documents d'urbanisme, de prévenir un certain nombre de risques⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Directive n°2004-35 du 21 avril 2004. Voir en ce sens : C. HERMON, « La réparation du dommage écologique, les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004 », *A.J.D.A.* 2004, p.1792, A. VAN LANG, « La directive « responsabilité environnementale » et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », *D.A.* 2005, n°7, p.7. Pour cet auteur, la directive marque la reconnaissance d'un ordre public écologique, fondement d'interventions positives des pouvoirs publics : « l'émergence de la notion d'ordre public environnemental, loin d'affaiblir celle d'ordre public proprement dit, lui apporte une diversification et surtout une modernisation nécessaire », p.8.

⁴⁸⁹ L'article L110 du Code de l'urbanisme pose les règles générales d'utilisation des sols parmi lesquelles se trouve la protection de la sécurité et de la salubrité publiques.

⁴⁹⁰ La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (J.O. 31 juillet 2003, p.1302) instaure les plans de

Le droit de l'environnement⁴⁹¹ a quant à lui développé des techniques de prévention des risques industriels intégrées à la réglementation des installations classées. Ainsi, des servitudes peuvent-elles être imposées par le préfet autour de telles exploitations en vertu de l'article L.515-8 à 11 du Code de l'environnement. Par ailleurs, les pouvoirs publics sont tenus d'informer les citoyens sur les risques technologiques et naturels en vertu de l'article 21 de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987.

Ces obligations de prévention sont également consacrées par la jurisprudence qui semble répondre aux besoins de sécurité exprimés par les administrés en exigeant des pouvoirs publics qu'ils empêchent la réalisation de certains risques déterminés. Ainsi, certains arrêts récents sanctionnent-ils, en matière sanitaire⁴⁹² ou industrielle⁴⁹³, l'administration pour ne pas avoir adopté les mesures de prévention nécessaires.

178. Sans multiplier à l'excès ces exemples, on constate aisément l'importance croissante que revêtent les obligations de sécurité imposées aux pouvoirs publics dans des domaines économiquement sensibles. Il n'est pas douteux que la pression sociale

prévention des risques technologiques. Voir, pour une étude de cette loi : J.-P. BOIVIN et S. HERCE, « La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs », *A.J.D.A.*, 2003, p.1765.

⁴⁹¹ Le Livre cinquième du Code de l'environnement est intégralement consacré à la prévention des pollutions, des risques et des nuisances.

⁴⁹² Par exemple : C.E., Ass. 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ consorts Bourdignon*, N° 241150 : Considérant que si, en application de la législation du travail désormais codifiée à l'article L. 230-2 du code du travail, l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers.

⁴⁹³ Par exemple : C.E., 5 juillet 2004, *M. Lescuré*, *A.J.D.A.* 2005, p.610, note F.G. TREBULLE : « qu'en ne faisant pas usage des pouvoirs que lui confère (...), le préfet a commis une faute (...) ». De même : C.E.D.H., 30 novembre 2004, *Öneriyıldız c/ Turquie*, n°48939-99, *A.J.D.A.* 2005, p.1133 : en l'espèce la Cour sanctionne l'inertie des pouvoirs publics face à un risque industriel : « les mesures préventives qui s'imposent sont celles qui rentrent dans le cadre des pouvoirs conférés aux autorités et qui peuvent être raisonnablement considérées comme aptes à pallier le risque porté à leur connaissance. »

contemporaine, exprimant le besoin de sécurité de la population, tendra à en imposer d'autres.

Cette pression sociale n'est d'ailleurs pas étrangère aux raisons qui conduisent l'État à instaurer ou à mettre en œuvre des mécanismes de solidarité nationale afin de prendre en charge des risques qu'il n'a pas causés.

§ 2 - La solidarité nationale

179. La revendication d'un monde « sécurisé » que l'on vient d'évoquer s'accompagne de façon moins perceptible, mais tout aussi réelle d'une demande croissante adressée aux pouvoirs publics de mettre en œuvre la solidarité nationale dès que survient un événement imprévisible touchant un groupe social ou une collectivité déterminée. Ainsi, de ponctuelles et circonstanciées, les interventions publiques fondées sur la solidarité nationale devraient-elles devenir générales et de principe.

En effet, la mise en œuvre d'un lien de solidarité à tout niveau - familial, collectif ou national - constitue un moyen privilégié de prise en charge par le groupe des malheurs et difficultés subis par certains de ses membres. Elle permet également d'accorder aide et assistance aux plus démunis, à ceux qui ont subi un « coup du sort ». Les catastrophes récentes n'ont pas manqué d'émouvoir l'opinion publique qui a exigé une intervention des pouvoirs publics au nom de la solidarité qui lie tous les citoyens.

180. Dans la mesure où bon nombre de ces catastrophes ont constitué des risques pour les entreprises, il est alors logique de constater leur prise en charge par les pouvoirs publics sur le fondement de la solidarité nationale **(A)**. Les entrepreneurs bénéficient généralement de cette intervention au même titre que les particuliers. La

matière économique n'influe donc que peu sur la nature du fondement en cause⁴⁹⁴. Il faut toutefois observer que l'importance des intérêts économiques en jeu justifie parfois la mise en œuvre de la solidarité nationale, conduisant ainsi à ce que le sort des entrepreneurs soit pris en considération de façon spécifique **(B)**.

A- La solidarité nationale, fondement de la prise en charge des risques

181. Afin de bien comprendre les raisons pour lesquelles la solidarité nationale constitue un fondement de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises, il semble indispensable de comprendre comment s'est construite l'idée selon laquelle il revient à la Nation, par le truchement de l'État qui l'incarne, d'assumer les calamités subies par certains de ses membres **(1°)**. Ceci permettra alors de préciser les caractères de l'intervention publique lorsqu'elle se fonde sur la solidarité nationale **(2°)**.

1° La solidarité nationale, fondement de l'intervention publique

182. L'idée de solidarité⁴⁹⁵ est inhérente à la notion de groupe social. Elle explique qu'en cas de crise, les malheurs de quelques-uns sont pris en charge par le groupe, qu'il soit familial, régional ou national. La solidarité exclut que les victimes de « coups du sort » soient sacrifiées au profit du reste du groupe qui ne saurait rester sourd à leurs appels. Elle est un sentiment qui lie les membres d'une même communauté et qui les pousse à s'apporter une aide mutuelle du seul fait qu'ils

⁴⁹⁴ La particularité de la situation des entrepreneurs et celle des préjudices qu'ils sont susceptibles de subir influence en revanche les outils et techniques mis en œuvre sur le fondement de la solidarité nationale. Ils seront étudiés par ailleurs : voir *infra*, Seconde partie.

⁴⁹⁵ Voir : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1993 ; J.-P. HOUNIEU, *La solidarité nationale en droit public français*, Thèse, Bordeaux IV 2003 ; J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale. », *R.D.P.* 1983.

appartiennent à ce groupe. On parlera alors de solidarité familiale, nationale ou humaine selon le groupe considéré⁴⁹⁶. Bien avant la Révolution, les penseurs chrétiens ont fondé l'existence d'une obligation consistant pour les croyants à devoir s'entraider, s'accorder une mutuelle assistance ainsi qu'à exercer la charité du simple fait de l'appartenance à la communauté des croyants. Cette obligation constitue pour eux la contrepartie d'une dette des pauvres envers les riches. Elle sera reprise non plus sur le fondement du dogme catholique, mais sur celui de la Raison⁴⁹⁷ dès la Constituante avec les travaux du Comité de mendicité institué le 21 janvier 1790⁴⁹⁸. La société française se substitue alors à la communauté des chrétiens. La solidarité reliant les membres de la société doit donc permettre d'apporter secours à ceux qui sont dans le besoin du seul fait qu'ils sont hommes, et parties de cette société. Il revient alors à l'État de mettre en œuvre cette solidarité, d'assurer les secours nécessaires aux victimes de malheurs divers. L'organisation de cette assistance fait partie des missions de l'État, elle constitue pour certains une dette à l'égard des victimes. Ainsi, un nombre non négligeable de textes de circonstances vont-ils tenter de mettre en œuvre la solidarité nationale⁴⁹⁹ afin d'apporter une assistance aux victimes de guerre⁵⁰⁰, de catastrophes naturelles⁵⁰¹ ou d'émeutes⁵⁰²,

⁴⁹⁶ MAIGNET, auteur de deux rapports relatifs à l'indemnisation des dommages de guerre et des pertes dues à des calamités naturelles, écrit en 1793: « Quand les hommes, renonçant à leur indépendance, se mirent en société parce qu'ils sentaient le besoin qu'ils avaient les uns des autres, ils durent se promettre deux choses : 1° de réparer complètement les malheurs qu'un des associés ou une partie d'entre eux éprouvaient pour la cause commune ; 2° de secourir avec plus ou moins de latitude celui qui, éprouvant des calamités particulières provenant de causes totalement étrangères à la société, se trouvaient néanmoins dans le besoin. », cité in J.-M. PONTIER, « Alinéa 12 », *Le Preamble de la Constitution de 1946*, Dalloz, Paris, 2001.

⁴⁹⁷ Pour une étude très précise et détaillée, voir M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, préc.

⁴⁹⁸ Par la suite, l'article 11 du projet de Déclaration présenté par Robespierre en 1793 énoncera que « les secours indispensables à celui qui manque du nécessaire sont une dette de celui qui possède le superflu ; il appartient à la loi de déterminer la manière dont cette dette doit être acquittée », Archives Parlementaires, séance du 24 avril 1793, p.199, T.63.

⁴⁹⁹ J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale. », préc., p.899.

⁵⁰⁰ Par exemple, le décret du 11 août 1792 dispose que « l'Assemblée nationale, considérant que (...) l'État (...) doit venir au secours de ceux qui, dans le cas d'invasion ou de séjour passager de l'ennemi sur le territoire français, aurait perdu toute ou partie de leurs propriétés », Archives parlementaires, séance du 11 août 1792, p.36, T.48. De même, la loi des 27 février et 14 août 1793 vise les dommages aux biens causés par a guerre.

⁵⁰¹ Le décret du 13 janvier 1791 portant sur la contribution mobilière portant création d'un fonds de secours aux victimes de calamités ou d'accidents imprévus ou la loi du 20 février 1793 portant sur

entrepreneurs comme particuliers. Malgré les quelques tentatives d'instauration de mécanismes permanents de solidarité, la politique de secours de l'État demeurera circonstancielle, liée aux calamités de tout type venant frapper certains citoyens.

183. Le dix-neuvième siècle libéral ne verra de façon générale dans l'intervention publique qu'un moyen subsidiaire permettant de pallier les carences de la solidarité des groupes sociaux inférieurs lorsque l'intérêt général l'exige⁵⁰³. Et ce, malgré le développement d'une doctrine de la solidarité⁵⁰⁴ dont le représentant le plus célèbre fut Léon Bourgeois⁵⁰⁵. Fondée sur le constat scientifique d'une interdépendance et d'une solidarité sociale, cette doctrine tenta de démontrer que chaque individu vivant en société dispose de droits et d'obligations à l'égard de celle-ci, sanctionnés par l'État. Une sorte d'assurance collective devrait alors être instaurée, alimentée par une contribution de tous, dont l'objectif serait d'instaurer une garantie contre les risques sociaux par le biais d'une mutualisation généralisée. Cette théorie influencera directement un certain nombre de lois de solidarité nationale telles que celle du 16 avril 1914 relative aux dommages causés par les attroupements, ou celle du 17 avril 1919 relative aux dommages de guerre. Seront également pris en charge épisodiquement les dommages résultant de catastrophes naturelles, ainsi que ceux résultant d'événements imprévus tels que les infractions pénales ou les actes de terrorisme⁵⁰⁶. On les qualifiera de risques sociaux⁵⁰⁷ dans la mesure où, comme l'énonce le professeur Delvolvé, ils

les dommages occasionnés par les intempéries et autres accidents. Cette dernière instaurait un régime d'assistance qui était destiné à être permanent. Il ne fut pourtant jamais appliqué.

⁵⁰² Voir notamment le décret du 23 février 1790 portant indemnisation des victimes d'émeutes.

⁵⁰³ Voir par exemple, le projet de loi portant ouverture au ministère de l'intérieur des crédits extraordinaires pour indemnités et pensions aux victimes des explosions de 1892, J.O. doc. Parl., chambre, session de 1892, annexe n°2091, p.1058.

⁵⁰⁴ Voir en ce sens : G. MAURANGES, *Sur l'histoire de l'idée de solidarité*, Thèse Droit Paris, 1909 ; P. DUBOIS, *Le solidarisme*, Thèse Droit Lille, 1985.

⁵⁰⁵ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, 7^e édition éd., A. Colin, Paris, 1912.

⁵⁰⁶ Des lois ponctuelles sont venues indemniser les dommages résultant d'attentats : lois du 26 juillet 1892, du 8 août 1893 ou du 4 décembre 1896.

⁵⁰⁷ E. ALFANDARI, « L'évolution de la notion de risque social. Les rapports de l'économie et du social. », *R.I.D.E.* 1997, p.9 ; Rapport public du Conseil d'État 2005, *Responsabilité et socialisation du risque*, *E.D.C.E.*, La documentation française.

sont des événements « dont le législateur entend imputer les conséquences aux collectivités publiques sans qu'elles soient directement à leur origine »⁵⁰⁸. De ce fait, en l'absence de toute possibilité d'engager la responsabilité des pouvoirs publics⁵⁰⁹ ou de tout autre débiteur⁵¹⁰, c'est vers la solidarité nationale que se tourneront les victimes de ces risques, particuliers comme entrepreneurs.

Ces dernières appelleront de leurs vœux la reconnaissance d'un droit opposable aux pouvoirs publics consistant à pouvoir recevoir assistance en cas de catastrophe, au nom de la solidarité nationale. Une telle requête sera entendue et concrétisée par le Préambule de la Constitution de 1946 en son alinéa 12 qui dispose que « La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales⁵¹¹ ».

Sur ce fondement sont depuis intervenues plusieurs lois de solidarité destinées à indemniser les victimes d'actes de terrorisme, d'actes de guerre⁵¹², de catastrophes naturelles⁵¹³, etc. Certaines d'entre elles ont instauré des régimes permanents toujours contemporains, d'autres demeurent des mesures de circonstances.

Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'intervention publique est marquée par un certain nombre de caractères.

⁵⁰⁸ P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, p.287, L.G.D.J., Paris, 1969, p.287.

⁵⁰⁹ « Si l'État n'est pas légalement responsable, s'ensuit-il qu'il doive rester indifférent devant les calamités exceptionnelles ? (...) » J.O. doc. Parl., chambre, session de 1892, annexe n°2091, p.1058.

⁵¹⁰ Selon R. SAVATIER, « Enfin, lorsque ni l'assurance, ni la responsabilité civile n'auront permis de trouver un débiteur tenu de réparer le dommage, on verra la victime et le sentiment public se retourner vers l'État. (...) Bien plus, il ne l'accordera plus seulement comme une aumône, mais comme la satisfaction d'un droit de la victime. » in R. SAVATIER, « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? », *D.1931*, p.9.

⁵¹¹ Les constituants de 1946 ont vraisemblablement entendu viser par cette expression les dommages de guerre ou ceux résultant de calamités naturelles.

⁵¹² Par exemple, la loi des 28 octobre et 20 mai 1946 relative aux dommages de guerre.

⁵¹³ Loi du 31 décembre 1959 relative à l'indemnisation des victimes de la rupture du barrage de Malpasset.

2° Les caractères de la prise en charge du risque fondée sur la solidarité nationale

184. L'étude de la prise en charge des risques des entreprises par les pouvoirs publics conduit à constater que l'Etat ne met en œuvre la solidarité nationale que de façon palliative **(a)**. Ce n'est en effet que parce que les victimes ne disposent d'aucun autre moyen de faire face aux catastrophes qui les touchent que les pouvoirs publics y recourent, subsidiairement. Ce caractère est renforcé par le fait qu'il ne semble pas exister d'obligation générale imposant aux pouvoirs publics de mettre en œuvre la solidarité nationale **(b)**.

a) Le caractère palliatif des interventions fondées sur la solidarité nationale

185. Il est assez remarquable que les diverses dispositions prises par les pouvoirs publics sur le fondement de la solidarité nationale soient destinées à pallier l'absence de possibilité pour les victimes d'événements calamiteux d'obtenir une assistance par un quelconque autre moyen. En effet, nombre d'interventions législatives ponctuelles ou établissant des régimes permanents d'assistance et d'indemnisation sont justifiées par l'impossibilité pour les victimes d'engager la responsabilité soit d'un débiteur privé, soit de la puissance publique⁵¹⁴. Ainsi, afin de parer à l'impossibilité d'obtenir réparation des dommages causés par des actes de terrorisme, la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986⁵¹⁵ relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État instaure-t-elle un régime d'indemnisation basé sur un fonds d'indemnisation et sur l'assurance. En vue

⁵¹⁴ « La socialisation du risque facilite l'indemnisation des dommages (...) pour lesquels aucun responsable n'est identifiable. Il est en outre des risques pour lesquels le schéma classique de l'assurance (...) n'a plus de sens. (...) La solidarité peut également pallier les limites matérielles des mécanismes classiques d'assurance pour le traitement de certains risques. », in Rapport du Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, Paris, 2005, p.312-313.

⁵¹⁵ Voir notamment : TH. RENOUX, « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. », *R.F.D.A.* 1987, p.909.

de permettre l'indemnisation des victimes de certains risques⁵¹⁶ lorsque les conditions d'engagement de la responsabilité juridique ne sont pas remplies⁵¹⁷, ou s'il n'est pas possible de trouver le débiteur d'une obligation d'indemnisation⁵¹⁸, la solidarité permet alors d'imputer à la société, par le truchement de l'État, la charge d'assister les victimes de calamités⁵¹⁹.

186. Un même raisonnement peut être tenu pour les risques dont la nature exclut qu'ils soient intégrés dans les polices d'assurance proposées par les compagnies d'assurance⁵²⁰. Il est éclairant de constater que l'intervention de l'État peut alors consister à imposer aux assureurs de proposer à leurs clients de couvrir certains risques calamiteux tels que des risques naturels⁵²¹ ou les risques d'actes de terrorisme qui ne seraient pas normalement assurés. Ainsi, la loi précitée relative à la lutte contre le terrorisme a-t-elle imposé aux assureurs d'inclure une clause de garantie des biens dans les contrats proposés⁵²². De même, la loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles prévoit⁵²³ que les dommages causés aux biens ayant

⁵¹⁶ Voir en ce sens, CH. BRECHON-MOULENES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, préc., p.213 et s.

⁵¹⁷ J.-M. PONTIER, « Le législateur, l'assureur et la victime. », *R.F.D.A.* 1986, p.98.

⁵¹⁸ Soit que les dommages sont d'une telle ampleur qu'il n'est pas possible de trouver de débiteur, soit qu'aucun responsable ne puisse être trouvé à raison de la nature du risque (catastrophes naturelles).

⁵¹⁹ Un des cas les plus topiques en ce domaine est le refus par la jurisprudence d'indemniser les conséquences de la guerre sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique : C.E., 1^{er} mai 1874, *Desfresne*, D.1874.3.45.

⁵²⁰ Pour des développements consacrés à la prévoyance des risques des entreprises, et notamment le rôle de l'assurance, voir infra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre.

⁵²¹ L'article L.125-1 du Code des assurances dispose en son alinéa 3 que sont considérés comme les effets des catastrophes naturelles les dommages directs *non assurables*. Cette expression était déjà utilisée à l'article 2 de la loi n°64-706 du 10 juillet 1964, J.O. 12 juillet 1964, p.6202 relatives à l'indemnisation des calamités agricoles.

⁵²² L'article L.126-2 du Code des assurances dispose à cet effet que « les contrats d'assurance de biens ne peuvent exclure la garantie de l'assureur pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats commis sur le territoire national. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

⁵²³ A l'article L.125-1 du Code des assurances.

fait l'objet d'un contrat d'assurance par une catastrophe naturelle sont couverts par cette assurance.

On pourrait certes avancer que de tels dispositifs, fondés sur la technique assurancielle, ne relèvent pas de la solidarité nationale, étant financés par les primes versées et non par une subvention publique. Pourtant, c'est bien en vertu de l'idée que certains groupes de la société ne sauraient être sacrifiés, qu'au nom du lien de solidarité reliant tous les citoyens, les pouvoirs publics décident d'intervenir. Le choix du mode de financement ne relève alors que de considérations pratiques liées notamment à la souplesse, à la rapidité de l'indemnisation, et au niveau des finances publiques. En outre, l'idée de solidarité se manifeste très clairement lorsque l'on observe que c'est l'État qui prend l'initiative d'imposer des obligations d'assurer certains risques. C'est également lui qui apporte sa garantie dans les exemples sus évoqués à la Caisse centrale de réassurance⁵²⁴. C'est encore lui qui indemnise les dommages des entrepreneurs qui n'auraient pas souscrit un contrat d'assurance en matière de calamités agricoles ou naturelles par le biais d'un fonds de secours créé par une loi du 4 août 1956⁵²⁵. C'est enfin lui qui déclare l'état de catastrophe naturelle et qui fixe le montant des primes à verser par les assurés.

187. L'intervention publique fondée sur la solidarité nationale est palliative dans la mesure où il n'est fait appel au lien d'interdépendance sociale existant entre les citoyens que lorsqu'aucun autre moyen de satisfaire les besoins exprimés par les victimes de calamités ne peut être mis en œuvre. Elle est également subsidiaire puisqu'elle n'intervient qu'une fois que les solidarités inférieures ont fait la preuve de leur inefficacité. Il demeure toutefois nécessaire de s'interroger sur la nature des droits et obligations en jeu lors d'une telle intervention. Ceci, afin de déterminer si ceux qui courent les risques ont un droit reconnu d'obtenir une assistance, ou si les pouvoirs

⁵²⁴ Par exemple : article L.431-1 du Code des assurances.

⁵²⁵ Loi n° 56-780 du 4 août 1956 portant ajustement des dotations budgétaires reconduites à l'exercice 1956, J.O.L.D.L 7 août 1956, p.7439.

publics demeurent libres d'apprécier si les circonstances justifient que soit mise en œuvre la solidarité.

b) La nature juridique des droits et obligations mis en œuvre

188. Il est en pratique indispensable de se demander si les victimes de catastrophes ou de calamités diverses disposent d'un droit juridiquement reconnu d'obtenir une assistance de la part des pouvoirs publics sur le fondement de la solidarité nationale. Les développements théoriques et philosophiques que l'on a évoqués plus tôt laisseraient penser qu'une telle obligation existe. De toute évidence, elle existe pour les penseurs chrétiens, et les débats révolutionnaires ont laissé apparaître que les citoyens devaient bénéficier d'une créance envers la société du seul fait qu'ils sont hommes et citoyens. Dans la mesure où les malheurs de l'homme trouvent leur origine dans la société, celle-ci a alors l'obligation de venir les assister en cas de besoin.

Pourtant, les textes votés dès la révolution ont été adoptés au coup par coup, en dépit de la volonté de certains d'entre eux d'instaurer des systèmes permanents reconnaissant ainsi l'existence d'un droit à l'assistance. Ce fut le cas par exemple des textes adoptés suite aux rapports Maignet qui instaurèrent un véritable droit à l'obtention de compensations en cas de dommages de guerre⁵²⁶, mais qui ne furent cependant jamais appliqués. Pour le reste, seuls des secours occasionnels étaient apportés sur le fondement de la solidarité nationale. Si cette intervention constituait pour certains une obligation morale, elle s'apparentait plus à un devoir de charité qu'à une obligation juridique.

L'idée d'instaurer un véritable droit à l'intervention publique apparaîtra durant la première moitié du vingtième siècle. Ainsi les parlementaires s'interrogent-ils sur la nécessité « de créer un droit formel de réparation en faveur de ceux qui ont perdu leurs

⁵²⁶ Décret des 14-16 août 1793 préc.

biens meubles et immeubles et leurs moyens de production»⁵²⁷. Et c'est avec la reconnaissance explicite dans le Préambule de la Constitution de 1946 de la solidarité nationale comme fondement de l'intervention des pouvoirs publics que se pose actuellement la question de la reconnaissance d'un droit à l'obtention de secours en cas de calamités nationales.

L'alinéa 12 du Préambule s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle, à l'image de l'ensemble des autres alinéas composant le Préambule, par le Conseil constitutionnel⁵²⁸. Pour autant, ni ce dernier, ni le Conseil d'État n'ont dégagé d'obligation générale faite au législateur ou à l'administration d'intervenir sur le fondement de la solidarité nationale. En effet, si les constituants de 1946 ont entendu imposer au législateur un devoir d'assistance aux victimes de calamités lorsqu'il l'estime nécessaire, ils lui ont nécessairement laissé une très large marge d'appréciation quant au moment et aux moyens de le faire⁵²⁹. De même, le Conseil d'État⁵³⁰ a eu l'occasion de refuser toute effectivité à l'alinéa 12 du Préambule en considérant qu'il était rédigé de façon trop générale en l'absence de dispositions législatives d'application. Il ne fonde donc pas d'obligation à la charge des pouvoirs publics.

L'existence d'un droit à l'intervention publique est subordonnée à celle de textes mettant en œuvre la solidarité nationale. En l'absence d'un droit général reconnu aux victimes, celles-ci, qu'elles soient ou non des entreprises, doivent donc se référer aux différents régimes instaurés par le législateur afin de déterminer si elles remplissent les conditions imposées et peuvent de ce fait bénéficier d'une assistance ou d'une indemnisation.

⁵²⁷ Proposition de loi tendant à réparation intégrale des dommages causés par les inondations, Doc. Parlementaire, Chambre, session de 1930, annexe n°3050, p.301, cité in J.-M. PONTIER, *L'Alinéa 12*, préc., p.291. Ce sont des considérations liées à l'état des finances publiques qui vont faire échouer cette tentative.

⁵²⁸ Décision 87-237 DC du 30 septembre 1987, Loi de finances 1998, R.J.C.I., p.324.

⁵²⁹ Le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision précitée que lorsque le législateur met en œuvre le principe de solidarité nationale, il doit « veiller à ce que la diversité des régimes d'indemnisation institués par lui n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité de tous devant les charges publiques (...) [et qu'] il lui est loisible de définir des modalités d'application appropriées à chaque cas sans être nécessairement astreint à appliquer des règles identiques. ».

B- L'influence des risques des entreprises sur la mise en œuvre de la solidarité nationale

189. Bon nombre de périls permettant la mise en œuvre de la solidarité nationale constituent des risques pour des entreprises. Il est en effet fréquent que des phénomènes naturels tels que des inondations ou tempêtes, des actes de terrorisme ou autres attentats, des pollutions, des explosions ou autres risques industriels et technologiques, des guerres, des attroupements, etc., soient pour les opérateurs des événements imprévisibles et potentiellement dommageables.

Dès la Révolution, en vertu de la solidarité nationale, le législateur a tenté d'apporter une assistance principalement financière aux exploitants dont les biens ont été endommagés, dont le chiffre d'affaires, le carnet de commandes, la réputation ont diminué, dont les employés ont dû être licenciés, etc. Les exemples récents le confirment, qui ont vu l'État intervenir au nom de la solidarité pour assister les entreprises victimes de tempêtes ayant ravagé de nombreux commerces ou de pollutions ayant endommagé toute l'industrie touristique et aquacultrice des départements touchés.

Si, dans de telles hypothèses, les risques des entreprises sont pris en charge au même titre que ceux des particuliers, la nature économique et l'importance des dommages subis sont toujours prises en compte par les pouvoirs publics. La participation importante d'une industrie au bien-être national, à la création de la richesse, est très souvent déterminante dans le choix des pouvoirs publics, au-delà de la seule émotion qu'une calamité a pu produire au sein de l'opinion publique. Dans la mesure où les entreprises participent à la satisfaction des besoins généraux de la société, il est alors normal que cette dernière prenne en charge les malheurs qu'elles subissent. La plus ou moins grande participation financière de l'État, les modes concrets d'intervention, les conditions exigées pour recevoir une aide sont influencés par l'existence d'entreprises parmi les victimes d'une catastrophe.

⁵³⁰ C.E., 10 décembre 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, p.676 ; C.E., 29

Ainsi est-il constant que l'intérêt économique général du pays est une condition déterminante du choix de la mise en œuvre de la solidarité nationale. Indemniser les entreprises victimes leur permet de reprendre plus rapidement leur activité et permet à l'État de remobiliser ces « forces vives », d'accroître à nouveau le niveau de richesse et de production. La solidarité nationale a pu permettre de « rendre aux habitants d'un territoire dévasté les moyens de cultiver les champs abandonnés et d'employer leur industrie »⁵³¹. De même, « la collectivité a le devoir de contribuer, en vertu du principe de solidarité nationale, à la reconstruction des capitaux détruits par ces calamités, afin de hâter la reprise de l'activité économique dans les régions atteintes ainsi que la remise en état des propriétés bâties et des exploitations agricoles »⁵³².

Il est donc certain que la solidarité nationale entretient avec la notion de risque des entreprises des rapports étroits puisque des considérations économiques sont présentes lorsqu'il s'agit de la mettre en œuvre.

Plus encore, la spécificité de certaines activités économiques et des dommages qu'elles sont susceptibles de subir conduit parfois le législateur à mettre en œuvre la solidarité nationale à leur seul profit, en leur réservant donc un sort particulier. C'est ainsi que la loi du 10 juillet 1964 instaurant un régime d'indemnisation des calamités agricoles⁵³³ prend en considération tant l'importance de l'agriculture au sein de l'économie nationale pour justifier l'intervention publique, que la nature propre des préjudices à indemniser⁵³⁴. De la même manière, la loi du 26 septembre 1948⁵³⁵ permet aux industriels, commerçants et artisans victimes de calamités publiques, de bénéficier du secours de l'État afin d'assurer la reconstruction de leurs stocks et de leurs matériels.

novembre 1968, *Tallagrand*, p.607.

⁵³¹ In Rapport de TARDIVEAU, Archives Parlementaires, séance du 31 juillet 1792, p.320, T.47.

⁵³² Projet de loi portant ouverture d'un crédit extraordinaire pour subvention et secours en vue de la reconstitution des capitaux détruits par les calamités publiques au cours de l'année 1928, cité *in* J.-M. PONTIER, *L'Alinéa 12*, préc.

⁵³³ Loi n°64-706 du 10 juillet 1964 organisant un régime de garantie contre les calamités agricoles, J.O., 12 juillet 1964, p.6202.

⁵³⁴ L'article 2 de la loi réserve en effet le bénéfice du fonds de garantie aux seuls dommages ayant « un caractère spécifiquement agricole ».

⁵³⁵ Loi n° 48-1516 du 26 septembre 1948, J.O. 30 septembre 1948, p.9554.

190. La responsabilité de la puissance publique, le maintien de l'ordre public ou la solidarité nationale constituent des fondements généraux de l'action publique qui trouvent à s'appliquer au domaine des risques des entreprises. Ils connaissent dès lors une certaine adaptation, plus ou moins marquée, à la particularité de la situation des entrepreneurs et des préjudices qu'ils subissent.

D'autres fondements existent cependant, qui subissent plus qu'une simple adaptation, puisqu'ils sont propres aux risques que courent les entreprises.

CHAPITRE SECOND :

LES FONDEMENTS PROPRES AUX RISQUES DES ENTREPRISES

191. La multiplicité des événements imprévisibles et potentiellement dommageables pour un entrepreneur n'est pas un obstacle à la reconnaissance de fondements spécifiques se superposant aux fondements traditionnels, communs à l'ensemble de ces risques, qu'ils trouvent ou non leur origine dans un comportement des pouvoirs publics, qu'ils soient d'ordre naturel, technique ou humain. D'une part en effet, la notion même de risque connaît une certaine unité que masque l'hétérogénéité de ses manifestations. Cette unité est essentiellement liée à la fonction que fait jouer au risque la règle juridique, qui est d'attribuer à une personne autre que la victime la charge de le supporter en amont comme en aval. C'est alors parce qu'il est anormal que la prise en charge du risque est attribuée aux pouvoirs publics et non aux entrepreneurs qui n'ont pu le prévoir ou qui ne devraient pas avoir à en supporter les conséquences **(Section première)**.

D'autre part, c'est en raison de l'efficacité économique de l'action publique, à la fois dans l'attribution des ressources et dans l'équité de la répartition, que les pouvoirs publics prennent à leur charge les risques des entrepreneurs **(Section seconde)**.

SECTION PREMIERE :
L'ANORMALITE DES CONSEQUENCES DES RISQUES POUR LES
ENTREPRISES

192. On peut se demander si c'est en raison de leur imprévisibilité que les risques des entreprises sont pris en charge par les pouvoirs publics. Une réponse positive pourrait sembler aller de soi. L'État étant par nature un *réducteur d'incertitude*, on lui attribue généralement le soin de planifier l'avenir, de prévoir et de protéger les citoyens contre les événements susceptibles de venir menacer l'intégrité ou le bien-être de la Nation. Pour autant, cette réponse ne permet pas de justifier juridiquement l'intervention publique, et dire qu'il y a prise en charge d'un risque parce que ce risque existe est une tautologie. De surcroît, il ne relève pas des missions de l'Etat moderne de prendre en charge tout événement imprévisible susceptible d'affecter la situation des citoyens du seul fait qu'il est imprévisible. L'affirmer reviendrait à lui reconnaître des prérogatives liberticides et, en matière économique, à priver de *carburant* les opérateurs dont l'imprévisible est le *moteur*, brimant ainsi toute initiative privée notamment en matière de recherche et développement⁵³⁶.

En réalité, la question qu'il convient de se poser porte sur les raisons de la prise en charge par les pouvoirs publics de *certaines* événements imprévisibles économiquement dommageables. La réponse repose sur un double raisonnement.

Il faut en effet se déplacer de l'imprévisible vers l'anormal. C'est parce que le risque est plus qu'un simple aléa inhérent à l'activité entreprise, un événement dont les conséquences sont anormales pour les opérateurs, qu'il revient à l'administration de les appréhender (§2). Cela n'est possible que si la fonction attribuée par la règle de droit au risque est de permettre sa prise en charge par une entité autre que celle qui en subit les conséquences (§1).

⁵³⁶ Voir infra, Seconde Partie, Titre premier, Chapitre premier, n°253 et s., sur les dangers de reconnaître un principe de précaution trop général au regard des intérêts scientifiques et économiques en jeu.

§ 1 - La fonction juridique de la notion de risque

193. La multiplicité des origines du risque, la diversité des dommages qu'il est susceptible d'entraîner, l'hétérogénéité des modalités de sa prise en charge semblent lui dénier toute unité notionnelle⁵³⁷. Il est cependant possible d'en découvrir une certaine forme liée à son utilisation par le droit. Il convient pour ce faire d'étudier les raisons et les effets de son appréhension par la règle juridique. On observe alors que celle-ci utilise le risque de façon à attribuer la charge d'un événement imprévisible et potentiellement dommageable à une personne désignée. La notion de risque a en ce sens une fonction attributive **(A)** que l'on peut appliquer à la situation des entreprises **(B)**.

A- L'instrumentalisation du risque

194. Le risque a déjà été qualifié d'instrument⁵³⁸. Il est en effet pris en compte par la règle de droit dans le but de parvenir à un objectif déterminé. Ce dernier réside dans l'attribution à une personne donnée de la charge d'un événement imprévisible et de ses éventuelles conséquences dommageables. Afin de préciser cette fonction et d'étudier son application à la situation des entreprises, on observera la manière dont, en droit privé **(1°)** comme en droit public **(2°)**, le risque est utilisé comme un instrument d'attribution.

⁵³⁷ Notion juridique qui, de prime abord, ne semble pas exister, puisque le risque n'entraîne pas l'application d'un régime juridique préétabli.

⁵³⁸ Voir en ce sens S. NOGUES-FENIOUX, *Le risque et le droit*, Thèse Paris I. L'auteur qualifie le risque d'instrument, support destiné à parvenir à un résultat déterminé, et dont la fonction serait la déformation de la règle de droit.

1° L'utilisation du risque en droit privé

195. Le droit privé utilise le risque⁵³⁹ afin de faire assumer certains événements imprévisibles ou certains dommages qui en résultent par un patrimoine ou par une personne autre que la victime et ce, aussi bien en matière contractuelle qu'extra contractuelle. De façon générale, l'opération juridique mise en œuvre à cette occasion est celle de l'imputation. Elle peut se définir comme le fait d'attribuer une action à une personne, de la mettre à son compte, en la considérant comme son auteur véritable et de l'en tenir ainsi comptable. Elle est un lien juridique entre une personne, un événement ou une charge dommageable, qui impose de l'assumer ou de la réparer.

Au terme d'une évolution du droit privé, l'imputation réalisée par la notion de risque permet dorénavant non seulement d'attribuer à une entité déterminée une charge de réparation, mais également une charge de prévention. Elle vise dans ce cas à faire assumer par les individus les conséquences de leur activité (technologique, industrielle, etc.) en leur imposant des obligations de prévention. L'imputation fonctionne donc aussi bien en amont qu'en aval de la réalisation du risque.

Elle se manifeste en premier lieu en matière de responsabilité civile. La théorie du risque apparue au début du XIXe siècle vise à remplacer la faute comme fondement de la responsabilité. Dans l'hypothèse du risque créé ou du risque-profit, il existe un lien de causalité matérielle entre le dommage subi et l'activité de celui à qui on en impute la charge. Selon MM. Flour et Aubert⁵⁴⁰, la théorie du risque en matière de responsabilité civile est « un problème scientifique de causalité. Celui qui a causé un dommage est, à cette seule condition, tenu de le réparer ». Seule la force majeure permet de prouver

⁵³⁹ Voir, F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2001 ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, P.U.A.M., 2005.

⁵⁴⁰ Voir, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations, T.2 le fait juridique*, A. Colin, 1998, n°70.

l'absence de lien de causalité et ainsi de s'exonérer de la responsabilité encourue⁵⁴¹. Le risque est alors utilisé par le droit civil en vue d'attribuer les conséquences d'un comportement ou d'une activité potentiellement dommageables à son auteur sans que celui-ci ait commis la moindre faute. Il permet d'imputer les conséquences dommageables d'une action à une personne autre que la victime.

Par la suite, le risque a pu être utilisé par le droit de la responsabilité civile dans des cas où une distance existe entre le fait générateur et la personne à qui vont être imputés les faits dommageables. Et ce, pour diverses raisons : l'autorité⁵⁴², la garde⁵⁴³, la maîtrise, etc.

196. En matière contractuelle, l'imputation d'une charge dommageable se réalise indépendamment d'un lien de causalité entre le risque et une des parties au contrat. En effet, l'hypothèse de la théorie des risques en droit civil des contrats vise à faire supporter la charge des conséquences de la force majeure à l'une des deux parties sans que l'une d'entre elles ait pris une quelconque part à sa réalisation. Elle permet ainsi, dans ce cas, de régler la question de l'existence d'obstacles à l'exécution du contrat telle que l'avaient prévue les cocontractants. Elle attribue le risque soit au créancier soit au débiteur de l'obligation dont l'exécution est devenue impossible⁵⁴⁴. Plus précisément,

⁵⁴¹ Voir en ce sens : Cass. civ., 30 mai 1944, *D.A.* 1944, J. 105 : « La faute même de la victime, invoquée par le gardien pour s'exonérer de la présomption, ne saurait l'en décharger entièrement qu'à la condition que, n'ayant pu être évitée, elle ait été la cause exclusive du dommage. »

⁵⁴² La notion de garde constitue le lien entre une personne dont l'action a causé un dommage et une autre à qui on les lui impute. L'article 1384, alinéa 4^e du Code civil lie l'autorité parentale au droit de garde.

⁵⁴³ L'article 1384 alinéa 1^{er} du code civil déclare responsable celui qui a la garde de la chose. La notion de garde constitue le lien entre la chose et la personne à qui va être imputée la charge de réparer les dommages causés. Selon Cass, Ch. Réunies, 2 décembre 1941, *Franck*, le gardien est celui qui dispose des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle sur la chose.

⁵⁴⁴ La question à laquelle répond la théorie des risques en matière contractuelle est celle de savoir si, à la suite de l'extinction d'une obligation rendue impossible par la force majeure, l'autre partie reste tenue de la sienne. Qui doit supporter les conséquences dommageables de l'impossibilité d'exécution ? La solution de principe apportée par le droit civil est l'application de la règle *res perit debitori* : lorsque la cause d'une obligation réciproque disparaît, celle de l'autre disparaît de même, le risque est alors supporté par le débiteur. De façon inverse, lorsque le contrat emporte transfert de propriété d'un corps certain, l'article 1138 du Code civil pose la règle *res perit domino* : l'acheteur supporte le risque.

elle rend compte une des parties contractantes des conséquences dommageables résultant de l'impossibilité pour elles d'exécuter le contrat selon les termes initiaux⁵⁴⁵.

197. L'imputation n'est pas la seule raison juridique de l'attribution des charges dommageables résultant d'un événement imprévisible. Elle est en effet limitée par la solvabilité de celui qu'on a désigné comme devant l'assumer et par la possibilité d'identifier un auteur responsable. Elle fait alors place à des mécanismes de répartition des risques. Ceux-ci sont principalement de deux ordres, l'assurance et les fonds d'indemnisation qui visent à assurer une meilleure indemnisation des dommages en répartissant leur charge sur l'ensemble d'une collectivité. L'assurance fonctionne sous forme d'une mutualité instaurée entre un nombre suffisamment important de personnes s'étant garantis contre le même risque. Les fonds quant à eux reposent sur l'ensemble de la collectivité nationale⁵⁴⁶ et sont la mise en œuvre de l'idée de solidarité⁵⁴⁷. Ils peuvent être qualifiés de sociaux à double titre : d'une part parce que le risque considéré peut être un risque social, généré par la vie en société (accidents de la circulation), d'autre part en raison du caractère collectif de sa prise en charge dû à son caractère dramatique ou catastrophique (calamités agricoles)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Le droit du travail connaît également une théorie des risques de l'entreprise visant à attribuer les charges dommageables résultant de difficultés économiques remettant en cause la pérennité ou l'exécution normale des contrats de travail. Le principe demeure l'attribution de tels risques à l'employeur en raison du fait que les salariés ne participent pas aux bénéfices de l'entreprise en période de conjoncture favorable et qu'ils ne doivent donc pas supporter les conséquences des difficultés économiques résultant d'une conjoncture défavorable. Il existe cependant un certain nombre d'exceptions reportant la charge du risque sur les salariés. En ce sens, voir F. MILLET, préc., p. 62.

⁵⁴⁶ Il faut nuancer cette affirmation en considérant l'existence de fonds alimentés par des activités créatrices de risques et qui relèvent alors en partie de l'opération d'imputation. C'est le cas, par exemple, du FIPOL destiné à indemniser les préjudices résultant de pollutions marines par hydrocarbure. Voir infra, pour une étude de l'indemnisation des préjudices des entreprises, Seconde partie, Titre second, Chapitre second.

⁵⁴⁷ L'assurance quant à elle lie la contribution versée par l'assuré à la prestation de l'assureur.

⁵⁴⁸ Voir supra, Première partie, Titre second, chapitre premier, n°89.

2° L'utilisation du risque en droit public

198. Tout comme le fait le droit privé, le droit public utilise le risque comme instrument d'attribution d'une charge dommageable à la suite de la réalisation d'un événement imprévisible. En matière de responsabilité, la théorie du risque administratif ou risque-danger a pour but de reporter la charge d'un dommage sur l'administration plutôt que sur la victime, indépendamment de toute faute⁵⁴⁹. Le mécanisme juridique mis en œuvre est alors, comme en droit civil, celui de l'imputation : la charge des dommages résultant de l'utilisation par l'administration ou ses agents de choses dangereuses⁵⁵⁰, de méthodes dangereuses⁵⁵¹ ou de la création de situations dangereuses⁵⁵², lui est imputée sans considération de faute. Il en va de même des hypothèses de responsabilité sans faute au profit des collaborateurs du service public⁵⁵³ ou des tiers, victimes d'accidents de travaux publics⁵⁵⁴.

La théorie du risque vise également des hypothèses dans lesquelles sont imputées à l'administration des charges dommageables sans qu'aucun lien de causalité

⁵⁴⁹ Selon le Pr. CHAPUS, cette responsabilité « illustre une hypothèse (...) de responsabilité sans faute ; celle où le dommage est le résultat de la réalisation d'un risque et où le juge administratif ou le législateur ont, pour des raisons diverses, estimé juste ou équitable que l'existence d'un risque de dommage provoque l'institution d'un régime de responsabilité sans faute. » in *Droit administratif général*, T.I, 15^e édition, Montchrestien, n°1283.

⁵⁵⁰ Voir en ce sens : C.E. 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, R.D.P. 1919, p.239, concl. CORNEILLE ; S. 1919.3.25, note M. HAURIOU.

⁵⁵¹ C.E. Sect. 3 février 1956, *Thouzelier*, p.49 ; A.J.D.A. 1956.2, p.96, chron. F. GAZIER ; D.1956, p.597, note J.-M. AUBY ; D.A. 1956, p.51, note F.-P. BENOIT ; J.C.P. 1956, n°9608, note D. LEVY ; R.D.P. 1956, p.854, note M. WALINE.

⁵⁵² C.E. Sect. 19 octobre 1962, *Perruche*, p. 555 ; A.J.D.A. 1962, p.668, chron. M. GENTOT et J. FOURRE.

⁵⁵³ C.E. 21 juin 1895, *Cames*, p.509, concl. ROMIEU ; D. 1896.3.65, concl. ; S.1897.3.33, concl., note M. HAURIOU. Dans cette hypothèse, on doit noter qu'il s'agit plus d'un risque-profit que d'un risque-danger dans la mesure où l'administration tire profit de la collaboration.

⁵⁵⁴ C.E. Sect. 4 octobre 1957, *Beaufils*, p.510, concl. B. JOUVIN.

direct ne soit établi entre action administrative et dommage : c'est le cas par exemple de la responsabilité de l'État du fait des attroupements et des rassemblements⁵⁵⁵.

Par ailleurs, l'imputation n'est pas la seule opération juridique d'attribution à l'administration de charges dommageables. Tout comme en droit privé, des techniques de répartition fondées sur l'idée de solidarité permettent d'attribuer à la collectivité la charge de certains événements imprévisibles : dommages de guerre⁵⁵⁶, actes de terrorisme⁵⁵⁷.

199. Si le droit privé fait une place et attribue une fonction importante au risque, le droit public limite en revanche l'utilisation de ce terme à certaines hypothèses de responsabilité administrative. Sa fonction est néanmoins identique dans les deux cas et peut être transposée à l'hypothèse des risques des entreprises. Ceux-ci permettent alors d'attribuer la prise en charge d'événements imprévisibles et dommageables pour des entrepreneurs à une entité déterminée. Cette prise en charge se manifeste de deux manières distinctes puisqu'elle vise aussi bien l'événement par lequel se réalise le risque que ses conséquences, elle se réalise aussi bien en amont qu'en aval.

B- Manifestations de l'instrumentalisation des risques des entreprises

200. Les risques des entreprises sont avant tout des événements imprévisibles. Il n'est pourtant pas toujours aisé de déterminer ce qui en relève. En effet, la difficulté de la qualification tient au fait que l'imprévisibilité peut caractériser soit l'origine du risque,

⁵⁵⁵ L'article L2216-3 CGCT dispose : « L'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens. »

⁵⁵⁶ Loi du 17 avril 1919, J.O., 18 avril 1919, p.4050 et loi n°46-2389 du 28 octobre 1946, J.O. 29 octobre 1946, p.9191.

⁵⁵⁷ Loi, n°86-1020 du 9 septembre 1986, J.O, 10 septembre 1986, p.10956.

soit ses conséquences⁵⁵⁸. Si ces dernières constituent la partie la plus visible du risque et l'objet principal des préoccupations des entrepreneurs, la prise en compte de leur origine ne doit pas être mise de côté sous peine de méconnaître une partie non négligeable des hypothèses pertinentes.

La notion de risque permet donc à la fois d'attribuer à une entité déterminée la prise en charge des événements qui en sont à l'origine, afin de les prévoir ou de les prévenir (1°) mais également des dommages subséquents, afin de les réparer et de les indemniser (2°). Elle justifie une action *a priori* et *a posteriori*.

1° Risques des entreprises et attribution de la prise en charge de leur origine

201. Il existe de nombreuses hypothèses d'événements eux-mêmes imprévisibles pour les entreprises, qui de ce fait entraînent des conséquences excédant leurs prévisions. Certains risques naturels en sont un bon exemple : des pluies ou tempêtes d'une intensité anormale échappent aux prévisions des entrepreneurs qui en sont victimes. La notion de risque permet alors de transférer sur une autre personne la charge de prévoir ou de prévenir de tels événements.

L'opération juridique mise en œuvre à cette occasion ne correspond pas *stricto sensu* au mécanisme d'imputation tel qu'il est utilisé en matière de responsabilité. En effet, si celle-ci vise à mettre sur le compte d'un patrimoine déterminé les *conséquences dommageables* d'un comportement, il apparaît impossible d'imputer une tempête ou une inondation à quelqu'un ; seules leurs conséquences dommageables le seront. Mais, suivant le même mouvement qui a conduit à une évolution de la notion de risque en droit civil et permis de l'appréhender non plus seulement comme instrument d'imputation ou de répartition, mais également comme instrument de prescription de

⁵⁵⁸ Si l'imprévisibilité du risque résulte bien souvent de celle de son origine (un attentat, une pollution, une promesse non tenue par l'administration, etc.), elle peut également caractériser les conséquences d'un événement plus ou moins prévisible : une tempête que l'on a su prévoir peut entraîner des conséquences d'une ampleur telle qu'elles dépassent les prévisions ordinaires. Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Premier Chapitre, n°24 et s.

mesures de prévention des dommages, les risques des entreprises permettent de mettre à la charge de certains des obligations de prévention et de prévoyance. Ils justifient alors une intervention *a priori* destinée à empêcher la survenance d'événements dommageables et à se garantir contre leurs conséquences⁵⁵⁹.

On constate alors que les risques des entreprises, tout en permettant l'attribution à un tiers déterminé de la prise en charge de l'origine de dommages éventuels, sont des instruments d'action⁵⁶⁰. Ils sont utilisés en vue de donner à celui à qui on les impute les moyens de les affronter. Les autorités publiques pourront par exemple, en prévision d'un événement potentiellement dommageable pour les entreprises, prendre toutes les mesures nécessaires à leur prévention⁵⁶¹.

202. Si elle se comprend aisément, cette fonction du risque est cependant assez difficile à mettre en œuvre. Elle suppose en effet que la personne à qui est transférée la gestion d'un événement imprévisible et potentiellement dommageable ait préalablement qualifié ce dernier de risque. Or cette qualification, si elle n'est pas problématique lorsque l'événement en cause est connu⁵⁶², l'est bien plus lorsqu'il ne l'est pas. Cela suppose donc de s'interroger sur le moment à partir duquel il convient de qualifier une menace de risque. De simples présomptions suffisent-elles ou est-il nécessaire de bénéficier d'un niveau minimal de connaissance avant d'envisager l'action ? La réponse dépend en réalité du niveau de risque acceptable défini par la collectivité, elle relève de l'étude de l'action préventive des risques et met en cause le principe de précaution⁵⁶³.

En outre la notion de risque ne permet pas à elle seule de préciser l'étendue de la prise en charge de l'événement imprévisible. Il faut pour ce faire recourir à d'autres

⁵⁵⁹ Voir Seconde Partie, Titre premier, n°250, pour une distinction entre la prévention des risques et leur prévoyance.

⁵⁶⁰ Voir en ce sens, S. NAUGUES-FENIOUX, préc.

⁵⁶¹ Par exemple, l'article L.2212-4 CGCT, dispose qu' « en cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L.2212-2, le maire prescrit l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances. »

⁵⁶² Le caractère imprévisible résidera alors uniquement dans le lieu, la date, l'intensité de sa réalisation.

⁵⁶³ Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier.

éléments pour déterminer la part du risque qui est parfois susceptible de demeurer à la charge de la victime⁵⁶⁴, notamment les mesures de prévention ou les précautions qu'elle devra adopter en vue de se prémunir contre la réalisation de dommage.

2° Risques des entreprises et attribution de la prise en charge de leurs conséquences dommageables

203. Les préjudices subis par des entreprises à la suite de la réalisation d'un risque sont très divers : perte d'une récolte suite à une tempête, diminution du carnet de commande d'un hôtelier suite à une pollution marine, etc. La notion de risque permet de les faire supporter par une entité déterminée, distincte de la victime.

L'opération juridique qui fonde ce transfert consiste soit en un mécanisme d'imputation soit en un mécanisme de répartition. Ainsi, le préjudice subi par des exploitants du fait d'une calamité agricole est-il mis à la charge de la collectivité nationale par le biais d'un fonds d'indemnisation fonctionnant sur le modèle de la répartition et garanti par l'État. De même, la charge de réparer le dommage résultant d'une décision légale de l'administration peut lui être imputée sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques⁵⁶⁵.

204. Conformément à ce qui a été détaillé plus haut, la notion de risque ne permet pas de définir à elle seule l'étendue de la prise en charge de ses conséquences dommageables. D'autres considérations viennent donc justifier la variabilité de la réparation ou de l'indemnisation⁵⁶⁶. Elle pourra donc être partielle comme en matière d'imprévision où l'indemnisation versée par l'administration contractante ne couvre pas

⁵⁶⁴ Voir infra, Seconde partie, Titre premier.

⁵⁶⁵ Voir par exemple C.E. Sect. 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, p.113, *A.J.D.A.* 1963 p.208, chron. GENTOT et FOURRE ; *R.D.P.* 1963 p.1019, note WALINE.

⁵⁶⁶ Voir infra, Seconde partie, Titre second, Second chapitre, n°521 et s.

l'intégralité du préjudice⁵⁶⁷. Elle sera totale lorsque la responsabilité de la puissance publique est engagée.

En revanche, la démarche de qualification ne s'opère plus *a priori*, mais *a posteriori*. Si qualifier une menace donnée de risque, avant même qu'il ne se soit réalisé et n'ait entraîné de dommages, permet de prendre les mesures permettant de le prévoir ou de le prévenir, il n'en est pas de même lorsque l'on constate son existence à partir des préjudices subis. Dans cette hypothèse, on déduit l'existence d'un risque *a posteriori*, à partir de la constatation de ses conséquences. Le raisonnement est donc inversé : on ne déduit plus l'existence d'un risque au regard des caractéristiques de son origine, mais de celles de ses effets, en vue de déterminer celui à qui est attribuée la charge de les assumer.

Une fois la situation qualifiée, la notion de risque permettra alors de justifier les différentes mesures adoptées. Il s'agira à la fois de faire cesser le trouble résultant de la réalisation du risque, de remettre en état l'environnement général et économique de l'entrepreneur et de prendre en charge ses conséquences financières. Ainsi, pour reprendre un exemple précité, le maire pourra-t-il, en vertu de ses pouvoirs de police, prescrire des travaux destinés à remettre en état l'environnement naturel d'un opérateur⁵⁶⁸.

205. Instrumentalisé par le droit, le risque permet d'attribuer la prise en charge de l'événement qui le crée ainsi que de ses conséquences à une entité déterminée. Il permet donc une action en amont comme en aval. Pour autant, il n'a pas de fonction explicative quant à la personne à qui on l'attribue. En droit privé, lorsque le risque est instrument d'imputation ou de répartition, il permet simplement de transférer la charge d'un dommage sur quelqu'un d'autre que la victime ; il ne permet pas à lui seul de le désigner. Ainsi a-t-on recours aux notions de garde, de contrôle, de maîtrise, etc., pour déterminer précisément la personne comptable des dommages.

⁵⁶⁷ C.E., 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, préc.

⁵⁶⁸ Il en va ainsi en application de l'article L 2212-3 CGCT.

Il convient alors de déterminer la raison pour laquelle l'Etat est tenu de prendre en charge, totalement ou partiellement, les risques courus par les entreprises. Cette raison se trouve dans la notion d'anormalité. C'est en effet parce que le risque entraîne des conséquences anormales pour les entrepreneurs, qu'il est pris en charge par les pouvoirs publics, seuls capables d'y faire face. Cette anormalité est définie au regard de la situation de chaque opérateur, elle constitue un fondement propre aux risques des entreprises.

§ 2 - Anormalité et attribution des risques aux pouvoirs publics

206. Le risque est une situation anormale pour les entreprises dans la mesure où il peut engendrer des conséquences elles-mêmes anormales. Il excède leurs prévisions et déjoue les mécanismes ordinaires de gestion de l'aléa inhérent à leur activité. Face à lui, les opérateurs se trouvent très souvent démunis et en appellent à l'intervention publique. En ce sens, on peut considérer que l'anormalité est un motif de l'action administrative. Elle permet d'expliquer pourquoi c'est aux pouvoirs publics qu'est attribuée la charge de supporter le risque et non à d'autres entités.

Il faut cependant s'entendre sur le sens que l'on donne aux termes d'*anormalité* des conséquences d'un risque. A cet égard, il est pertinent de recourir à nouveau à la distinction entre origine et conséquences du risque. S'il peut paraître étonnant de recourir à l'analyse de ce qui crée un risque pour déterminer l'anormalité de ses conséquences, il faut toutefois considérer certaines hypothèses dans lesquelles la règle de droit considère que c'est parce que leur origine est elle-même anormale que les conséquences qui en résultent le sont⁵⁶⁹. Dès lors, après avoir démontré que l'anormalité des conséquences du risque explique leur attribution aux pouvoirs publics

⁵⁶⁹ « Le contenu de la notion d'anormalité s'analyse donc en cette idée qu'un acte, pour être normal, doit, d'une part, satisfaire, dans tous ses éléments, à la conformité à un certain canon ; d'autre part, ne pas dépasser un certain point par ses conséquences. » in LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *R.D.P.*, 1945, p.5.

(A), il conviendra de préciser les relations entretenues entre l'anormalité de ce qui crée le risque et celle de ses conséquences (B).

A- Les conséquences anormales des risques des entreprises

207. La définition du risque des entreprises repose sur la prise en considération des conséquences potentiellement dommageables d'un événement imprévisible. Or, c'est parce que ces dernières sont anormales pour un entrepreneur, que leur prise en charge est attribuée aux pouvoirs publics.

Afin de préciser ce rôle attributif joué par la notion de risque, il est tout d'abord nécessaire de caractériser ce qu'est l'anormalité des conséquences d'un phénomène déterminé pour un opérateur raisonnablement prévoyant⁵⁷⁰. Pour ce faire, on procédera en deux temps consistant respectivement à définir le terme d'anormalité lorsqu'il désigne les conséquences d'un risque (1°), puis la façon dont elle est déterminée lorsque sont en cause des entreprises. Ceci suppose un raisonnement spécifique, nécessairement économique (2°).

1° Signification de l'anormalité des conséquences d'un risque

208. Les conséquences d'un risque donné sont considérées comme anormales lorsqu'il apparaît anormal d'en laisser la charge à la victime qui les subit. Ceci pour deux raisons. Soit parce que ces conséquences sont d'une particulière gravité, soit parce qu'elles excèdent ce que tout entrepreneur placé dans la même situation doit supporter.

⁵⁷⁰ Qualifier d'anormales les conséquences d'un événement donné suppose une appréciation au cas par cas, déterminée par la situation propre de chacune des victimes. Elle se fait donc logiquement, en principe, sans considération du caractère normal ou non de leur origine. Elle se réfère alors à un patrimoine déterminé au regard duquel on déterminera si le préjudice est ou non anormal.

Dans les deux hypothèses, l'anormal fait référence au dépassement d'un seuil au-delà duquel on sort de la normalité. C'est donc son dépassement qui justifie l'intervention publique.

Dans le premier cas, le seuil est un seuil de gravité. Dans la mesure où les conséquences d'un risque engendrent, pour un entrepreneur, des effets qui dépassent la mesure, elles doivent être considérées comme anormales et à ce titre assumées par les pouvoirs publics. La gravité d'un effet peut alors découler de plusieurs éléments, notamment temporels⁵⁷¹, spatiaux⁵⁷² ou liés à son intensité. Étant d'une particulière gravité, il est donc considéré comme anormal. Il faut toutefois noter que si l'on peut déduire l'anormal du grave, les deux notions ne sont pas nécessairement liées entre elles, l'effet d'un risque pouvant être anormal sans qu'il soit grave⁵⁷³.

Dans le deuxième cas, l'anormalité résulte du fait que les conséquences d'un événement excèdent ce que tout opérateur placé dans la même situation doit raisonnablement supporter. Ceci est particulièrement manifeste dans deux types d'exemples. D'une part, les préjudices anormaux résultant de l'action non fautive de l'administration, d'autre part, les risques sociaux.

⁵⁷¹ C.A.A. de Lyon, 16 décembre 1999, *Sté le Fourgon Dauphinois Bellier c/ Min. de l'Intérieur*, n°96LY00870 : « (...) ce dommage est anormal à compter du deuxième jour de barrages sans que l'on puisse considérer que le blocage du réseau routier constitue un aléa normal et raisonnablement prévisible » ; C.A.A. de Nancy, 8 octobre 1992, *Sté Lorraine de laminage continu*, T. p, 103.

⁵⁷² Il s'agit par exemple de l'intégralité de cultures ravagées par des catastrophes naturelles, de bâtiments ou d'usines entièrement détruites, constituant la base de l'activité, de l'ensemble d'un troupeau abattu, etc. : C.E., 10 mars 1997, *Commune de Lormont c/ Consorts Raynal*, p.75 : en l'espèce, 60% des pots de chrysanthèmes mis en culture ont été détruits ; dans le même sens : C.E., 29 juin 1984, *Association foncière de Castelsarrazin*, n°191 : perte d'une récolte.

⁵⁷³ Ainsi, en ce qui concerne les atteintes matérielles à la propriété immobilière, M. ROUGEVIN-BAVILLE précise qu'elles « (...) relèvent de ces préjudices (...) anormaux (...) quelque soit leur gravité » in concl. sur C.E., 2 juin 1972, *Sté les bateaux de la Côte d'Émeraude dite « Les vedettes blanches »*, p. 44, *A.J.D.A.* 1972, p.357 et 347, obs. LABETOUILLE et CABANES. En l'espèce, le préjudice résultant pour l'entreprise de transport par bateaux de l'ouverture d'une route est grave mais pas anormal.

La responsabilité sans faute de la puissance publique est engagée à la double condition que le préjudice causé par son action soit spécial et anormal. Ce dernier caractère peut se référer à ce qui excède ce que les administrés doivent normalement supporter en contrepartie des services publics que leur offre l'administration⁵⁷⁴. Dans la mesure où celle-ci, dans l'intérêt général, fait peser par son action des charges particulières sur certains administrés, elle est tenue de réparer les préjudices qui en résultent sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques⁵⁷⁵. Il appartient alors au juge administratif de déterminer ce qui relève du préjudice anormal⁵⁷⁶.

On doit néanmoins noter que ce caractère anormal, peut parfois être découvert par le juge dans la gravité des préjudices causés⁵⁷⁷, renvoyant alors à la première hypothèse étudiée.

⁵⁷⁴ C.E., 26 septembre 1986, *Ministre délégué auprès du ministre de l'industrie et de la recherche, chargé des PTT c/ Sté niçoise des gaz liquéfiés et autre*, n° 53604 : « (...) que la gêne ainsi subie par la société, (...) n'excède pas les sujétions que les usagers des voies publiques doivent supporter en raison des travaux exécutés pour le compte des PTT (...) ».

⁵⁷⁵ Voir en ce sens : P. AMSELEK, « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », in *Mélanges EISENMANN*, Cujas, 1975, p.233 ; P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., 1969, B.D.P., T. LXXXVIII ; T. DEBARD, « L'égalité des citoyens devant les charges publiques : fondement incertain de la responsabilité administrative », *D.* 1987, chron., p.157 ; P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, 1938 ; P.-M. GAUDEMET, « Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques », in *Mélanges STASSINOPOULOS*, L.G.D.J., 1974, p.3337 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Fasc. IV, Les cours de droit, 1976-1981 ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Encyclopédie Dalloz*, Responsabilité de la puissance publique, Responsabilité sans faute.

⁵⁷⁶ Par exemple : C.E., 31 mars 1995, *Lavaud*, préc. : « (...) la décision de fermeture des huit dernières tours doit être regardée comme lui ayant imposé, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement (...) ». Dans le même sens : CE 7 décembre 1979, *Sté les fils de H. Ramel*, p.456 ; *D.*1980, p.303, concl. B. GENEVOIS ; JCP 1981, n°19500, note B. PACTEAU : « (...) les dommages qu'ont pu subir les propriétaires des cargaisons, (...), ne sauraient être regardés comme une charge qui leur incomberait normalement (...) ». Voir également : C.E., 19 janvier 1990, *Ministère de l'équipement, du logement, de l'aménagement du territoire et des transports c/ M. Pagano*, n°79.282 : « (...) que la présence de cet ouvrage public engendre des gênes diverses et notamment des bruits dont l'intensité excède (...), les inconvénients que doivent supporter, dans l'intérêt général les propriétaires des fonds voisins de voies publiques (...) ».

⁵⁷⁷ Le juge administratif en vue de déterminer l'existence d'un préjudice anormal susceptible d'engager la responsabilité sans faute de la puissance publique utilise parfois la référence à un seuil de gravité : C.E., 25 janvier 1963, *Ministère de l'Intérieur c/ Bovero*, p. 53 : « (...) que, par sa gravité et sa spécialité, ce préjudice présente un caractère exceptionnel de nature à engager, dans le silence des textes, la responsabilité sans faute de l'État. De même : C.E., 31 mars 1995, *Lavaud*, préc. : « (...) ce préjudice (...) a présenté une gravité telle (...) doit être regardée comme lui ayant imposé, dans

Les risques sociaux peuvent quant à eux être définis comme des comportements de la société, parfois anormalement dommageables à un ensemble d'individus et que le législateur met à la charge de la collectivité,⁵⁷⁸ car il paraît injuste de laisser les victimes les supporter seules⁵⁷⁹. Cette anormalité est renforcée par le fait que, pour certains de ces risques, on ne peut désigner une quelconque entité à qui imputer la charge des préjudices causés. Ces événements engendrent donc des dommages qui excèdent ce que tout individu doit supporter en vivant en société.

209. La détermination de l'anormalité des conséquences d'un risque suppose une appréciation *intuitu personae*, fonction de la situation de l'opérateur, de la part de son patrimoine touché et de ses capacités. La matière économique implique donc certaines particularités dans la démarche de qualification. La façon dont procède le juge administratif pour relever les préjudices anormaux subis par les entrepreneurs en constitue une utile illustration.

2° Détermination de l'anormalité des conséquences du risque des entreprises

210. Si l'on tente d'appliquer les éléments de définition retenus plus haut à la matière économique, il convient de déterminer ce que constitue le seuil au delà duquel il n'est pas normal de laisser à la charge d'un entrepreneur les conséquences d'un risque.

l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement ». De même : C.E., 25 mars 1991, *Secrétaire d'État auprès du ministre de l'urbanisme, du logement et des transports, chargé de la mer c/ S.N.C.F.*, n°66.699 : « (...) le dommage (...) ne saurait être regardé, s'il revêt une gravité suffisante (...) comme incombant normalement aux usagers du port (...) ».

⁵⁷⁸ Il s'agit d' « un comportement de la société en général, dont le législateur entend imputer les conséquences aux collectivités publiques, sans qu'elles soient directement à leur origine. Ici l'on considère que la vie en société provoque un certain nombre de dangers ; le législateur – et lui seul – entend les faire supporter par les collectivités publiques » in P. DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, préc., p.287.

⁵⁷⁹ Par exemple, la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986, JO 10 septembre 1986, codifiée aux articles L 422-1 à L 422-5 du Code des assurances, relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État prévoit dans son article 9 une procédure spéciale d'indemnisation des victimes de terrorisme.

Pour ce faire, on peut se référer aux éléments pris en compte par le juge pour déterminer ce qui relève de l'anormal en matière de responsabilité de la puissance publique⁵⁸⁰.

Il convient auparavant de souligner que la détermination de l'anormalité, en tant que catégorie juridique suppose un choix, et donc des présupposés sur le niveau du seuil dont le dépassement déclenche la qualification. Ce seuil est étroitement lié au niveau de risque jugé acceptable par les pouvoirs publics. Sa définition est donc éminemment politique, elle suppose une comparaison et une conciliation des intérêts contradictoires des différents protagonistes: d'une part ceux qui bénéficient du risque et ceux qui en souffrent, d'autre part ceux qui connaissent une forte aversion envers le risque et ceux qui le minimisent⁵⁸¹.

On peut considérer que deux éléments sont pris en considération afin de qualifier d'anormales les conséquences d'un événement pour un entrepreneur : la gravité du préjudice, et les conséquences sur sa situation économique.

Pour déterminer la gravité d'un préjudice, le juge utilise une logique de seuil. Il le fait notamment lorsqu'il recherche les pertes⁵⁸² qu'ont fait subir à un opérateur les conséquences d'un risque : diminution du chiffre d'affaire⁵⁸³, perte de clientèle⁵⁸⁴,

⁵⁸⁰ Il ne s'agit nullement ici de déterminer les techniques dont use le juge pour évaluer le préjudice économique ou la façon dont il l'indemnise. On se limitera à préciser la manière dont il procède pour qualifier des conséquences dommageables d'anormales.

⁵⁸¹ Voir infra, pour une analyse de la définition par les pouvoirs publics du niveau de risque acceptable, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°256 et s.

⁵⁸² Ne seront pas considérées comme anormales les conséquences positives d'un risque économique. Par exemple : C.E., 17 février 1965, *Ville de Sarcelle c/ Labille*, p.117 : « (...) le sieur Labille n'a pas subi un préjudice suffisant pour ouvrir droit à réparation, compte tenu de l'accroissement de sa clientèle et de l'augmentation constante de ses revenus ».

⁵⁸³ Par exemple : C.E., 14 février 1951, *Groupement des mareyeurs de Brest*, p. 85 : « (...) ce préjudice a excédé la proportion de perte qu'aurait normalement comportée le commerce dont s'agit dans la saison et les circonstances sus-rappelées. » ; C.E., 5 février 1958, *Sieur Gennari* : « (...) que la diminution de chiffre d'affaires dont se plaint le sieur Genari soit imputable au déplacement de kiosque » ; C.E., 7 novembre 1973, *Sté Bourse Coiffure*, p.1142 ; C.E., 20 février 1985, *S.E.M. du métropolitain de l'agglomération lyonnaise (SEMALY)*, n° 51-538.

⁵⁸⁴ C.E., 31 janvier 1968, *Sté d'économie mixte pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne et ville de Brest*, p.83.

dépréciation⁵⁸⁵, baisse d'activité⁵⁸⁶, cessation d'activité⁵⁸⁷, etc. Il constate alors que les préjudices subis sont d'une particulière gravité, excédant donc le seuil de gravité que doit supporter l'opérateur⁵⁸⁸.

L'appréciation de la gravité du préjudice subi doit être accompagnée de celle des conséquences « subjectives » subies par l'opérateur. À ce titre la prise en considération de sa situation est nécessaire à la détermination de conséquences anormales et donc à l'intervention publique. Ainsi, la connaissance qu'avait l'entrepreneur du risque réalisé diminue-t-elle l'importance de son préjudice⁵⁸⁹, la nature de l'activité et du marché en cause doit également être considérée⁵⁹⁰. De même, les profits éventuels engendrés par le risque doivent être pris en compte⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ C.E., 1^{er} décembre 1965, *S.A. Milly Brionnet et Fils*, T., p.1082 : dépréciation d'une usine du fait de la perte de force motrice.

⁵⁸⁶ C.E., 26 novembre 1971, *Commune d Colomiers c/ Rieu*, T., p.1231 : baisse de débit d'un puit.

⁵⁸⁷ C.E., 24 février 1971, *Sieur Yanitch*, p.159 : fermeture d'un élevage de truites ; C.E., 8 novembre 1972, *Sté de constructions industrielles publiques et privées*, T., p.1254 : fermeture d'un fonds de commerce.

⁵⁸⁸ Voir notamment, C.E., 25 janvier 1963, *Ministre de l'intérieur c/ Bovero*, préc. : « (...) ce préjudice présente un caractère exceptionnel » ; *a contrario* : C.E., 26 janvier 1979, *Sté Avenir Publicité*, préc.

⁵⁸⁹ Dès lors que l'entrepreneur pouvait envisager la réalisation du risque, le juge administratif considère que le préjudice subi n'est pas anormal : C.E., 16 novembre 1998, *M. Sille*, p. 419 ; C.E., 15 avril 1992, *S.C.I. Vallières*, p. 182. *A contrario* C.E., 31 mars 1995, *Lavand*, préc.

⁵⁹⁰ C.E., 15 novembre 1985, *Ministre des transports c/ Sté Europe Aéro-Service*, n° 58.575 : « la société (...) eu égard au caractère spécifique de ses activités (...) a subi (...) un préjudice dont la gravité (implique) (...) qu'il doive être regardé comme excédant les charges (...) » ; C.E., 9 octobre 1989, *S.A.R.L. Cie « Côte des Isles » c/ ville de Port-Bail*, n° 66.052 – 66.067 : « (...) qu'eu égard au caractère essentiellement saisonnier de l'activité de cette entreprise, une perte de recette aussi importante est constitutive d'un préjudice anormal (...) ». Dans le même sens : C.E., 22 octobre 1993, *Secrétaire d'État auprès du ministre des transports, chargé de la mer c/ S.N.C.F.*, n° 59.174 – 59.204.

⁵⁹¹ C'est le cas notamment en matière d'imprévision, le juge administratif ayant une vision globale des chefs de préjudice. Il prendra alors en compte pour calculer la part laissée à la charge du cocontractant les bénéfices réalisés pendant la période d'imprévision, mais également ceux réalisés antérieurement ainsi que les perspectives d'avenir (C.E. 21 avril 1944, *Cie des câbles télégraphiques*, p.119) et les bénéfices réalisés dans d'autres activités étrangères à l'objet du contrat. (C.E. 23 juin 1926, *Cie générale pour l'éclairage*, p.632.)

B- Détermination par l'origine du risque de l'anormalité de ses conséquences

211. Dans un certain nombre de cas, l'événement par lequel se réalise un risque constitue à lui seul un événement anormal en raison de caractéristiques propres (**1°**). Il est alors fréquent, mais non systématique⁵⁹², que les effets qu'il entraîne soient également anormaux. Il revient donc aux pouvoirs publics de les prendre en charge. Cette relation est d'ailleurs renforcée tant par la jurisprudence que par les textes, qui lient parfois l'anormalité de l'événement à l'origine d'un risque et celle de ses conséquences anormales afin d'en attribuer la charge aux pouvoirs publics (**2°**).

1° Caractérisation de l'anormalité de l'origine d'un risque

212. Définir l'anormalité d'un événement de façon générale ne constitue pas a priori une difficulté. Le dictionnaire⁵⁹³ la désigne comme étant le caractère de ce qui est contraire à l'ordre habituel, qui s'écarte des règles. Il est alors synonyme d'inhabituel, d'excessif. Néanmoins, appréhendé par la langue du droit, le fait ou l'acte anormal devient quelque peu fuyant et ainsi plus ardu à déterminer : ce qui semble le caractériser avant tout est son caractère contraire à la norme ou outrancier au regard de l'ordinaire⁵⁹⁴. Dans la mesure où il est préalablement nécessaire de fixer ce qui relève de la norme ou du comportement ordinaire, la caractérisation d'un événement anormal suppose donc une analyse au cas par cas, fonction de la norme considérée et de la situation particulière des protagonistes. En matière économique, il convient donc, en

⁵⁹² On peut en effet considérer l'hypothèse d'un événement anormal dont les conséquences ne sont ni particulièrement graves ni considérées comme ne devant pas normalement être supportées par les victimes.

⁵⁹³ Littré, *dictionnaire de la langue française*, 1875 ; Larousse, *dictionnaire de la langue française*, Lexis, 1992

⁵⁹⁴ Le vocabulaire juridique le désigne comme étant le caractère de ce qui dépasse la norme, excède la mesure tels les troubles *anormaux* du voisinage, est exceptionnel, extraordinaire. Voir G. CORNU, *vocabulaire juridique*, 6^e édition, P.U.F., Paris, 2004.

vue de préciser ultérieurement les modalités de prise en charge du risque par les pouvoirs publics, de déterminer ce qui excède la mesure de ce que doit supporter un opérateur.

On peut alors procéder en deux étapes consistant respectivement à déterminer les critères permettant de qualifier un événement d'anormal, puis à illustrer certaines hypothèses d'anormalité de ce qui fait peser un risque sur les entreprises.

213. Déterminer ce qu'est un événement anormal en matière économique consiste dans un premier temps à déterminer ceux qui doivent normalement être supportés par un entrepreneur. Ceci fait, il est alors possible de retenir les critères de ce qui est considéré comme excédant cette situation et constitue un risque dont l'anormalité entraîne celle de ses conséquences, justifiant ainsi leur prise en charge par les pouvoirs publics.

La première étape ne pose pas de difficultés particulières. La norme en matière économique est constituée des règles du marché : les entrepreneurs se doivent d'inclure dans leurs prévisions l'ensemble des événements induits par celles-ci, qu'ils soient positifs ou négatifs. Il s'agit de ce que l'on a désigné comme étant les aléas ordinaires, inhérents à toute activité économique et qui doivent de ce fait entrer dans les prévisions raisonnables des opérateurs : situations de concurrence, réglementations des activités et des marchés, possibilité de faire des bénéfices ou de souffrir des pertes, etc.

La jurisprudence administrative connaît fréquemment de tels aléas ; elle les laisse par principe à la charge des entrepreneurs⁵⁹⁵.

Au regard de ce qu'est la règle ou le comportement ordinaire, l'anormal est alors ce qui excède ces aléas, outrepassé ce que les entrepreneurs ont prévu en se fondant sur

⁵⁹⁵ Par exemple, C.A.A. de Lyon, 8 février 1993, *Epx Bougarel-Tessier*, préc : la Cour parle des aléas « auxquels toute activité commerciale est par nature soumise ». De même, C.E., 9 octobre 1989, *Sté Maritime Carteret-Jersey*, n° 70.978 : « Considérant, d'une part, que l'impossibilité pour un bateau de ligne d'entrer dans un port français normalement ouvert au trafic ou d'en sortir en raison de barrages établis par des tiers pour appuyer des revendications professionnelles ne saurait être regardée comme un aléa normal du commerce maritime. »

les *règles du jeu* de leur activité. Il excède leurs capacités de prévision, il ne relève pas de ce qu'une entreprise doit normalement prévoir dans le cadre de son activité.

L'anormalité d'un événement peut ainsi découler de plusieurs facteurs. Il s'agit le plus souvent de sa durée⁵⁹⁶, de son intensité⁵⁹⁷, de sa rareté⁵⁹⁸ ou de son illégalité⁵⁹⁹.

Son appréciation se fait *in concreto*, au cas par cas, en considération de la chaque situation et des protagonistes, notamment de leur aptitude ou de leur situation géographique⁶⁰⁰.

214. Au regard de ce qui vient d'être qualifié d'anormal pour un entrepreneur raisonnablement prévoyant, il est possible de regrouper les événements anormaux à l'origine d'un risque en deux ensembles. Il s'agit d'une part de ceux qui n'auraient pas dû se produire et outrepassent ainsi l'usage courant. Il s'agit d'autre part des événements exceptionnels et donc particulièrement imprévisibles.

⁵⁹⁶ Voir par exemple : C.E., 28 juin 1963, *Sieur Calkus*, p. 401 : le Conseil se réfère à la *durée* et à l'intensité exceptionnelle et imprévisible de pluies d'orage.

⁵⁹⁷ Si l'anormal est fréquemment lié à la force majeure en raison de son caractère irrésistible (C.E., 23 janvier 1981, *Ville de Vierzon*, p. 28 : « (...) les pluies (...) ont présenté (...) le caractère d'un événement de force majeure », C.E., 13 mai 1970, *Commune de Touzouan*, p. 1188 ; C.E., 25 mai 1990, *Abadie*, p. 1026), l'intensité anormale d'un événement n'y est pas nécessairement liée : C.E., 17 décembre 1993, *Confédération nationale des administrateurs de biens de Paris et d'Île de France (C.N.A.B.)*, n° 142.262 : le juge contrôle en l'espèce l'appréciation faite par l'administration de la situation *anormale* du marché locatif entraînant l'application de la loi n° 89-962 du 6 juillet 1989. De la même façon, en matière d'indemnisation des dommages résultant de catastrophes naturelles, le juge administratif contrôle l'appréciation faite par l'administration de l'intensité anormale d'un agent naturel, condition nécessaire à l'octroi de l'indemnisation : C.E., 10 février 1993, *Et. Jean Diant et Cie*, n° 91.418.

⁵⁹⁸ On doit noter que la rareté d'un événement a un lien très étroit avec son caractère imprévisible. Voir en ce sens : C.E., 23 janvier 1981, *Ville de Vierzon*, préc. : « (...) les pluies (...) ont présenté à raison de leur violence et de leur intensité exceptionnelles par rapport à tous les précédents connus dans la région (...) ».

A contrario : C.E. 29 juin 1888, *Delpuch*, p.589 : « les crues survenues aux dates ci-dessus visées n'ont rien offert d'anormal ni d'imprévu étant donné le régime des affluents de l'Aude, au printemps et à l'automne, (...) ».

⁵⁹⁹ C.E., 12 octobre 1988, *Secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'urbanisme, du logement et des transports, chargé de la mer et ministre de l'intérieur et de la décentralisation c/ Compagnie nationale algérienne de navigation*, préc.

⁶⁰⁰ Il est fréquemment tenu compte des circonstances locales pour déterminer l'anormalité d'un événement. Par exemple : C.E., 25 mars 1988, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, R.D.P. 1989, p.546.

Sont anormaux les événements qui n'auraient pas dû se produire. Ils interviennent contrairement à ce que des règles de comportement imposent. Dans la mesure où ils sont susceptibles d'entraîner des dommages pour les entreprises, ils constituent des risques dont l'anormalité des effets entraîne la prise en charge publique. Leur existence supposant la violation d'une obligation, ces événements se manifestent lorsque des fautes ou des illégalités sont commises. Toutes deux sont en effet anormales puisque contraires aux *règles du jeu* que doivent suivre les entrepreneurs et en vertu desquelles ils fondent leurs prévisions.

Ainsi, la faute commise par l'administration constitue-t-elle une anormalité économique. Les éléments en vertu desquels un entrepreneur fixe ses objectifs ne comprennent pas les fautes des autorités publiques susceptibles de lui causer des dommages⁶⁰¹. Elles sont anormales au regard des règles qui gouvernent l'exercice de son activité⁶⁰².

Ceci est souligné par une partie de la doctrine qui voit dans l'anormalité un fondement de l'obligation faite à l'administration d'indemniser les dommages qu'elle a causés par sa faute. Selon J. Moreau⁶⁰³, « le fondement de la responsabilité pour faute, est le droit reconnu au profit des administrés d'obtenir un fonctionnement *normal* des services publics ». Dans le même sens, F-P. Benoît écrit que « (...) tout dommage résultant d'une faute est évidemment anormal, le service ne devait pas, en principe, commettre de faute. Dès lors, dès qu'un dommage résulte d'une faute de la puissance publique, la victime a droit à une indemnité. (...) Au cas de faute, il y a donc dommage anormal donnant droit à indemnité »⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Voir supra, Première partie, Titre premier, premier chapitre, n°56.

⁶⁰² Il en va de même pour les illégalités qui constituent pour les entrepreneurs des événements anormaux. L'ensemble de leurs prévisions étant basées sur un ensemble de règles prédéfinies et connues (concurrence, consommation, etc.), leur respect par eux et les autres opérateurs est la condition d'une gestion normale de leur activité : les violations par l'administration ou d'autres entreprises concurrentes de la réglementation d'un marché donné n'entrent donc pas dans les prévisions ordinaires d'un opérateur. Ce qui ne la respecte pas est donc à leurs yeux anormal.

⁶⁰³ J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, P.U.F., que sais-je ?, 3^e édition, 1996.

⁶⁰⁴ F-P. BENOÎT, *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Thèse, Sirey 1946, p.63.

Ceci est d'ailleurs confirmé par l'étude de la méthode dont use le juge administratif pour qualifier certaines fautes de l'administration. L'anormal y joue un rôle important⁶⁰⁵. Ainsi fait-il fréquemment référence à l'anormalité d'un agissement de l'administration⁶⁰⁶ pour le qualifier de faute lourde⁶⁰⁷ et ainsi accorder des compensations financières aux victimes.

Les événements exceptionnels constituent également des anormalités au regard des prévisions économiques des entreprises. La difficulté particulière qu'il y a à les prévoir fait de ceux-ci des événements qu'on ne peut qualifier de normaux : ils sont extra-ordinaires. En ce sens, les accidents catastrophiques constituent des événements anormaux : pollutions, explosions, etc. Il en va de même des catastrophes résultant soit du fait de l'homme, telles que des actes de terrorisme ou des actes de guerre, soit d'éléments naturels tels que des inondations ou des maladies infectieuses. La qualification de l'anormalité exige dans de telles situations que les circonstances et la situation des protagonistes soient prises en compte. En effet, un événement considéré comme anormal pour un opérateur déterminé, pourra être considéré comme normal pour un autre. Ainsi, une inondation ne sera-t-elle pas anormale pour l'entreprise implantée dans une région fréquemment soumise à d'importantes précipitations⁶⁰⁸, une

⁶⁰⁵ CH. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français*, préc., p.228 et s.

⁶⁰⁶ Voir par exemple : C.A.A. de Paris, 17 octobre 1991, *S.A. Hellot*, p.569 ; *A.J.D.A.* 1992, p.171 et p.127, chron. J.-P. JOUGUELET et J.-F. GIPULON ; *D.A.* 1992, n°15, p.15. Il s'agissait en l'espèce d'une faute commise par les services de contrôle phytosanitaire à l'exportation n'ayant pas décelé une maladie dont souffraient les fruits d'un producteur s'étant trouvé par la suite dans l'impossibilité de les écouler sur le marché américain. Le Conseil juge que « eu égard à la généralité de l'infection et à l'étendue des responsabilités spécifiquement attribuées aux agents du service (...) nonobstant la complexité technique, (...) l'administration a commis dans les circonstances de l'espèce, une faute lourde dans l'exercice de son contrôle. »

⁶⁰⁷ Il s'agit d'une des hypothèses dans laquelle contrairement à ce qu'exige la logique juridique le juge déduit l'existence d'un événement anormal de l'importance de ses conséquences. Alors que la détermination d'une faute lourde devrait résulter d'une comparaison entre le comportement de l'administration et ce à quoi les administrés pouvaient légitimement attendre d'elle, le juge administratif utilise parfois le raisonnement consistant à déduire la faute lourde de l'anormalité des préjudices subis.

⁶⁰⁸ Voir C.E., 25 mars 1988, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, préc. : En l'espèce, les inondations causées par un cyclone ne sont pas anormales « eu égard à leur caractère prévisible(s) dans une telle région ». Dans le même sens : C.E., 19 février 1988, *Mme Descloître*, n°72527 ; *R.D.P.* 1989, p.546.

guerre ne le sera pas pour un marchand d'armes. Dès lors, leurs conséquences seront jugées normales et n'entraîneront pas de prise en charge publique.

215. Si certains événements générateurs de risques sont qualifiés d'anormaux, la règle de droit ne les appréhende comme tels que dans la mesure où ils entraînent des conséquences anormales et déclenchent ainsi le transfert de leur prise en charge aux pouvoirs publics. Cette relation entre cause et conséquences anormales est d'ailleurs parfois renforcée, au point que certains textes exigent leur cumul avant d'imposer que le risque soit assumé par l'État.

2° Liaison de l'anormalité de l'origine et des conséquences du risque

216. Si l'anormalité d'un événement est parfois déterminante de celle de ses conséquences et entraîne par voie de conséquence la prise en charge publique du risque, il est diverses hypothèses dans lesquelles la règle de droit exige expressément que soient réunies les deux conditions. La concordance de l'anormalité d'une cause avec celle de ses conséquences sera alors nécessaire pour qu'une entreprise obtienne la compensation des dommages subis. Deux exemples permettront d'éclairer ces propos.

217. La première hypothèse est illustrée en jurisprudence par la théorie de l'imprévision applicable aux contrats administratifs. Celle-ci suppose en effet que soient réunies deux conditions portant d'une part sur le caractère imprévisible de l'événement perturbateur, et d'autre part sur ses conséquences anormales pour la situation du cocontractant, conduisant à un bouleversement de l'économie du contrat⁶⁰⁹. Or, le

⁶⁰⁹ « D'une manière générale, le bouleversement du contrat implique une perturbation profonde, anormale (...) », in A DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, T. 2, p.597, n°1361.

caractère nécessairement imprévisible de l'événement à l'origine de la situation extracontractuelle d'imprévision peut être apprécié au regard de l'importance de ses conséquences⁶¹⁰. Le juge administratif reconnaît en effet que l'objet de l'imprévisibilité peut être soit l'événement perturbateur, soit ses conséquences⁶¹¹.

Le juge alloue donc parfois à l'anormalité une double fonction : détermination de l'imprévisibilité d'un événement et constatation du bouleversement de l'économie du contrat.

218. La seconde hypothèse est illustrée par la loi portant garantie des calamités agricoles. L'article L. 361-2 du Code rural⁶¹² dispose en effet qu'est considérée comme une calamité agricole « les dommages non assurables d'importance exceptionnelle dus à des variations anormales d'intensité d'un agent naturel (...) ». Dès lors, ne pourront donner lieu à prise en charge de l'État que les événements anormaux ayant eu des conséquences jugées exceptionnelles. Le cumul de l'anormalité de l'origine et des conséquences du risque est donc une condition nécessaire de l'indemnisation.

On retrouve d'ailleurs une formulation similaire à celle-ci dans la loi portant garantie des catastrophes naturelles en vertu de laquelle sont couverts les dommages « ayant pour cause déterminante l'intensité anormale d'un agent naturel, lorsque les mesures habituelles à prendre pour prévenir ces dommages n'ont pu empêcher leur survenance ou n'ont pu être prises. »⁶¹³.

⁶¹⁰ Par exemple : C.E., 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, *A.J.D.A.*, 1948, p.331. Le caractère imprévisible résulte en l'espèce de « l'ampleur des hausses ».

⁶¹¹ Voir en ce sens : A DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, préc., p.587, n°1351 bis.

⁶¹² Issu de la loi n° 64-706 du 10 juillet 1964.

⁶¹³ Article L. 125-1 du Code des assurances, issu de la loi du 13 juillet 1982.

219. L'anormalité est fréquemment invoquée comme une raison pour se tourner vers la puissance publique que l'on veut et croit chargée d'assurer la sécurité et la permanence des situations établies. La matière économique n'échappe pas à cette tendance. Lorsque les entrepreneurs font face à des événements anormaux, ils font volontiers appel aux collectivités publiques pour qu'elles leur viennent en aide⁶¹⁴. Déjà réducteur d'incertitude, l'État devient garant des situations anormales que subissent ses administrés. En raison des moyens dont ils disposent, les pouvoirs publics sont en effet les mieux à même de faire face à de tels événements. Et ceci se confirme lorsque l'on s'intéresse à la théorie des interventions économiques de l'Etat. Il apparaît en effet que la prise en charge publique trouve un second fondement spécifique dans la plus grande efficacité économique de l'action publique par rapport à celle du marché.

SECTION SECONDE :

L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DE L'INTERVENTION PUBLIQUE

220. Déterminer si une intervention, un mécanisme, une institution sont économiquement efficaces suppose de déterminer s'ils remplissent un certain nombre de critères préalablement définis en vertu desquels ils seront examinés et jugés. Ces critères sont posés par la science économique et fonderont les développements qui suivront en vue de démontrer que si les pouvoirs publics assurent la prise en charge des risques des entreprises, c'est parce que leur action est efficace. Il faudra pour cela faire appel à des concepts économiques que l'on illustrera le plus souvent possible par des exemples types.

⁶¹⁴ À la suite d'importantes grèves en mai-juin 2003, et face aux difficultés ressenties de ce fait par les PME, la Confédération générale des petites et moyennes entreprises a demandé au Gouvernement son soutien. Il en a été de même lorsque les compagnies aériennes ont dû subir les conséquences de la seconde guerre du Golfe ou celles de la « grippe asiatique ».

L'affirmation de l'efficacité de l'action publique comme fondement de la prise en charge des risques des entreprises se présente en deux temps successifs. Le premier vise à déterminer les critères en vertu desquels il est possible d'affirmer que l'intervention des pouvoirs publics est plus efficace que les mécanismes du marché susceptibles de régler les situations de risque (§1). Le second vise à présenter une hypothèse spécifique dans laquelle les mécanismes de marché ne permettent pas de régler la situation de risque, et exige alors l'intervention publique (§2).

§ 1 - Une intervention plus efficace que le jeu du marché

221. La recherche des justifications de l'intervention publique en matière économique, principalement sous la forme de réglementations, a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales et diverses écoles se sont succédé depuis la fin du XIXe siècle tendant à déterminer, à l'aide d'outils d'analyse microéconomique, l'intérêt du recours aux collectivités publiques pour régir certaines situations particulières⁶¹⁵. Afin de distinguer parmi les divers procédés de régulation de l'économie ceux qui entraînent la meilleure allocation des ressources et minimisent les coûts sociaux des activités, les économistes ont établi le moyen de déterminer ceux qui sont efficaces. L'efficacité constitue alors un critère de choix de l'action publique comme moyen optimal parmi d'autres de régler une situation problématique (A). Elle s'applique à l'hypothèse du risque économique (B).

⁶¹⁵ T. KIRAT, *Economie du droit*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris, 1999 ; F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris, 2004 ; A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002 ; A. WOLFELSPERGER, *Economie publique*, P.U.F., Paris, 1995.

A- L'efficacité comme critère de choix de l'action publique.

222. Face à un problème économique donné (concurrence imparfaite, défaut d'informations, externalité négative, etc.) et en présence de solutions alternatives, il est nécessaire de recourir à un critère permettant de choisir celle qui aboutira à un résultat optimal. Ce critère est l'efficacité. Afin de pouvoir déterminer en quoi il permet de justifier l'intervention publique en matière de risque des entreprises, il convient d'en préciser la signification et de voir en quoi l'action économique des collectivités publiques peut être efficace (1^o). On l'appliquera alors à des exemples types transposables à la matière du risque (2^o).

1^o Détermination de l'efficacité de l'intervention publique

223. L'utilité de la notion d'efficacité dans le cadre de cette étude est de permettre de comprendre comment procéder à un choix entre le recours au marché d'une part et le recours aux institutions publiques d'autre part, en vue de résoudre les difficultés économiques qui résultent de l'existence d'un risque. On peut dire d'une solution qu'elle est efficace lorsqu'il est impossible d'atteindre le même optimal, les mêmes avantages, à un coût plus faible, ou s'il est impossible d'obtenir de plus grands avantages au même coût⁶¹⁶. L'efficacité ainsi définie se distingue de l'efficacités. Cette dernière désigne le fait d'atteindre un résultat précis par un moindre effort⁶¹⁷ alors que l'efficacité est le caractère de ce qui permet d'atteindre la valeur la plus élevée.

⁶¹⁶ CH. WOLF, Jr., « Carences du marché et carences hors marché. », in *L'action publique*, L'Harmattan, Logiques politiques, Paris, 1996. Pour l'auteur : « L'efficacité ressemble à une compétition entre différentes façons d'exercer une tâche : si le marché peut faire l'affaire à un coût inférieur à celui d'autres dispositifs institutionnels, ou peut mieux faire pour le même coût, le marché sera relativement efficace. En revanche, si d'autres dispositions institutionnelles peuvent réaliser la tâche à moindre coût, ou faire mieux pour le même coût, il sera, sous cet angle, relativement inefficace. », p.77.

⁶¹⁷ A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, préc., p.37 : « Si l'entreprise Antonia produit chaque jour six nounours et, alors que placée dans les mêmes conditions et avec le même

Or, il n'existe pas de consensus sur ce que désigne cet optimal à atteindre, plusieurs critères de l'efficacité étant proposés⁶¹⁸. Nous retiendrons dans le cadre de l'analyse le critère le plus fréquemment utilisé, celui de Pareto corrigé par celui de Hicks-Kaldor⁶¹⁹.

En vertu du critère de Pareto, une solution sera efficace dans la mesure où il permet d'améliorer la situation d'au moins un individu sans détériorer celle d'au moins un autre. Ainsi, un changement juridique sera-t-il *Pareto efficace* s'il permet à un agent d'obtenir un gain sans que quiconque ne subisse de perte. Si ce changement entraîne la détérioration de la situation d'au moins un individu, et même si la somme algébrique des améliorations est supérieure, il sera considéré comme non efficace.

Cependant, le choix d'un tel critère, s'il permet de préserver les intérêts de tous les agents, peut exclure un certain nombre de politiques ou d'interventions jugées d'intérêt général qui, si elles préjudicient à certains, bénéficient pourtant à la majorité. Il s'agit par exemple de grands travaux d'infrastructures qui créent à la fois des avantages et des inconvénients⁶²⁰. Il convient alors de compléter ce critère par un second.

Dans l'hypothèse où une solution entraîne à la fois l'amélioration d'une situation et la détérioration d'une autre, le critère de Kaldor-Hicks permet de la considérer comme efficace dans la mesure où les gains apparus permettent d'améliorer la situation ou de compenser les pertes des autres agents. Ce sera le cas dans l'hypothèse

nombre d'employés, l'entreprise Dupont n'en produit que cinq, Antonia est plus efficace que Dupont.

⁶¹⁸ T. KIRAT, *Economie du droit*, préc., p.57 ; A. OGUS et M. FAURE, *Economie du droit : le cas français*, préc., p.37 ; A. WOLFELSPERGER, *Economie publique*, préc. ; p.113.

⁶¹⁹ Dans le cadre de l'école de l'économie du bien-être, le critère de Bentham est également utilisé. Selon ce critère, une solution est meilleure qu'une autre si la première entraîne une augmentation arithmétique des utilités plus importante que la seconde. Si une solution entraîne un accroissement total des utilités par rapport à une autre, elle est considérée comme bonne. Le terme *total* signifie ainsi qu'à partir du moment où l'utilité totale est augmentée, on peut sacrifier le bien être de certains. Pour plus de détails et notamment pour des implications graphiques, voir A. WOLFELSPERGER, *Economie publique*, préc. p.114 et s.

⁶²⁰ Un problème identique se pose en ce qui concerne les politiques sociales ou de répartition qui, dans l'intérêt général, bénéficient aux plus démunis, mais pèsent plus lourdement sur les autres. Dans cette hypothèse, le critère de Pareto n'est pas suffisant. Il est donc nécessaire d'intégrer des éléments de justice et d'équité dans l'analyse afin que les pouvoirs publics puissent assurer ces actions. Voir en ce sens : A. WOLFELSPERGER, *Economie publique*, préc., p.135 et s.

où l'amélioration de la situation des individus qui réalisent des gains est suffisante pour permettre, potentiellement, d'indemniser ceux qui ont subi des pertes tout en bénéficiant des avantages restants. Schématiquement, les gains doivent être supérieurs aux pertes, ce qui autorise alors de plus larges interventions publiques, mais également le sacrifice des intérêts de certains.

224. Le critère de l'efficacité permet de calculer les avantages de l'intervention publique et de les comparer avec ceux qui résultent d'autres solutions alternatives. On la préférera aux autres si elle permet d'atteindre une plus forte amélioration du bien-être des agents au même coût. Cependant, pour préciser l'analyse et confirmer le choix de l'action publique, il convient de comparer ses avantages avec les coûts qu'elle entraîne nécessairement. Si l'intervention publique entraîne plus d'inconvénients qu'elle ne crée d'avantages, si ses coûts sont supérieurs aux bénéfices envisagés, elle ne sera pas considérée comme la meilleure solution à retenir. Aussi faut-il prendre en considération un certain nombre d'éléments relatifs au coût de l'intervention publique afin d'affiner l'analyse économique de l'intervention publique.

Ainsi se peut-il que les ressources mises en œuvre par les autorités publiques soient excessives au regard des objectifs à atteindre. En effet, dans la mesure où les recettes employées, qui sont ici issues du produit de l'impôt, sont sans rapport avec des coûts de production, il se peut que l'on utilise plus de ressources que nécessaire⁶²¹. Inversement, la volonté de protéger les finances publiques peut amener à sous-estimer les besoins et à ne pas y répondre correctement. De tels éléments sont à prendre en compte lorsque sont comparées la solution publique et les autres alternatives pour mieux affecter les ressources à la résolution du problème envisagé⁶²².

⁶²¹ CH. WOLF, Jr., « Carences du marché et carences hors marché. », préc., p.99.

⁶²² En matière de pollution, il peut ainsi être préférable de retenir une solution basée sur l'action des entreprises polluantes, qui connaissent leurs coûts de production et les dépenses de dépollution à mettre en œuvre, ce qui permet une meilleure allocation des ressources.

De la même manière, il faut prendre en compte les coûts administratifs d'une solution publique⁶²³. Il s'agit en premier lieu des coûts d'information. Si les pouvoirs publics disposent parfois d'informations inaccessibles aux entreprises, notamment du fait de ses missions de veille et d'expertise dont le coût doit être pris en compte, il n'est pas toujours évident qu'ils disposent de plus d'informations que les opérateurs sur certains risques techniques, difficilement appréhendables (risques sanitaires, technologiques, etc.) et que les entreprises divulguent difficilement (quantité de produits pollués, coût de dépollution)⁶²⁴. S'y ajoutent, en second lieu, les coûts d'administration liés à la prise de décision⁶²⁵ : rémunération des personnels, coûts des équipements, etc.

225. Appliquée à la matière des risques des entreprises, l'efficacité permet de justifier l'intervention publique lorsque les autres possibilités envisagées sont plus coûteuses ou n'atteignent pas les objectifs fixés. Face à un risque déterminé, la question se pose donc de l'utilité économique d'une intervention publique. Elle suppose une comparaison et un choix. Lorsque l'action publique est retenue, c'est qu'elle est alors jugée plus efficace. Prenons-en un exemple.

2° Le choix d'un système de réglementation ou de responsabilité

226. L'exemple qui sera retenu ici est celui d'une activité créatrice de risques. On supposera, afin de pouvoir le transcrire en terme de risque d'entreprise, qu'il vise l'hypothèse d'une entreprise dont l'activité est susceptible d'entraîner des dommages non prévisibles par les autres opérateurs (pollution, explosions, risques sanitaires, etc.).

⁶²³ L'économie publique ajoute à ces coûts l'hypothèse d'une faible motivation des fonctionnaires lorsque leur intérêt personnel (réélection, augmentation, etc.) ne correspond pas avec la recherche d'une solution optimale. Voir F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, préc., p.15.

⁶²⁴ En général, les données produites par une entreprise privée lui appartiennent au titre du droit de propriété, certaines relèvent du secret industriel, du secret des affaires, secret professionnel.

⁶²⁵ « (...) l'État doit supporter des coûts propres au mode de fonctionnement étatique de l'économie. Ces coûts sont dits d'*administration*. Ils sont la contrepartie des coûts de *transaction* du marché. », A. WOLFELSPERGER, *Economie publique*, préc., p.198.

La problématique est alors la suivante : afin de régler une telle situation de risque, est-il préférable de laisser jouer les mécanismes de responsabilité à l'initiative des opérateurs ou d'entreprendre une action publique destinée à imposer des normes de sécurité ou de précaution⁶²⁶?⁶²⁷ Dans le premier cas, la solution est apportée *a posteriori*, par le biais de procédure d'indemnisation, une fois que le dommage s'est réalisé. Dans le second, les interdictions, autorisations, normes, taxes, élaborées par les pouvoirs publics, interviennent *a priori* en imposant des comportements aux entreprises avant que le dommage ne se produise⁶²⁸.

Afin de comparer l'efficacité de chacune de ces solutions, les économistes⁶²⁹ ont retenu un certain nombre de critères déterminants⁶³⁰.

Il s'agit en premier lieu de la différence d'information détenue par l'entreprise et par les pouvoirs publics concernant l'activité en question, ses bénéfices, l'importance des dommages susceptibles d'être causés, leur probabilité d'occurrence, le coût des mesures de réduction des risques. Comme il a déjà été vu, il arrive fréquemment que les entreprises disposent d'informations dont ne disposent pas les pouvoirs publics. Il est alors préférable d'exclure la solution publique dans la mesure où les risques sont susceptibles d'être sur ou sous-estimés, et les mesures destinées à les réduire trop strictes ou trop lâches. L'entreprise, connaissant mieux la nature et les coûts des mesures de précaution à mettre en œuvre, allouera à cet effet, et de façon plus efficace, des moyens appropriés ; quitte à engager sa responsabilité si des dommages sont subis par des entreprises tierces.

⁶²⁶ Le terme de précaution est ici envisagé dans son sens général et non pas particulièrement dans le sens que lui donne le principe de précaution.

⁶²⁷ Une seconde question sous-tend cette première : quelle est la solution qui incitera l'entreprise à adopter le comportement le plus précautionneux ?

⁶²⁸ Voir, T. KIRAT, *économiste du droit*, préc.

⁶²⁹ Voir principalement, S. SHAVELL, « Liability for harm versus regulation of safety », *Journal of legal studies*, vol. XIII, juin 1984, p.357.

⁶³⁰ Afin de calculer le bien être qu'entraîne chaque solution, l'auteur retient comme critère la différence entre les bénéfices liées à l'activité de chaque agent, moins le coût des mesures de précaution, l'importance du préjudice et le coût administratif lié à la prise de la réglementation. Le but étant d'employer le moyen qui aboutit à la plus forte augmentation du bien-être social.

Il ne faut cependant pas exclure les hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics disposent de meilleures informations⁶³¹. L'action publique consistant à imposer *ex ante* des mesures de prévention ou des règles prudentielles, semble alors la solution la plus appropriée.

Il s'agit en deuxième lieu du fait que l'entreprise peut ne pas avoir les moyens financiers d'indemniser les préjudices qu'elle a causés. Conserver la solution de la responsabilité l'amènerait à aligner son action de réduction des risques sur un niveau égal à la valeur des dommages qu'elle peut indemniser. Un tel problème ne se pose pas si l'on envisage l'intervention publique, puisque l'entreprise sera incitée à réduire les risques avant d'entreprendre son activité⁶³². Une solution peut alors consister en l'imposition d'une obligation d'assurance⁶³³. L'assureur pouvant prendre en charge des dommages excédant les moyens financiers de l'opérateur concerné, et les primes versées par ce dernier étant fonction des mesures de limitation des risques entreprises.

En troisième lieu, il est nécessaire de prendre en considération la possibilité que l'entreprise à l'origine du risque ne puisse être poursuivie dans le cadre de mécanismes de responsabilité. En effet, certains risques entraînant des dommages diffus, chaque victime n'a pas nécessairement intérêt à intenter un procès à celle qui en est à l'origine. En outre, le dommage peut n'apparaître qu'un certain temps après que le risque s'est réalisé, notamment lorsqu'il résulte de pollutions. Il est alors difficile d'identifier un responsable. Ceci est d'autant plus marqué lorsqu'à l'origine d'un risque se trouvent plusieurs protagonistes dont on ne peut pas dire auquel doit être imputée la charge

⁶³¹ Il s'agit des cas où la connaissance du risque suppose une expertise importante, hors de portée des entreprises (ESB, risques naturels).

⁶³² Il en va ainsi des autorisations d'exploiter des entreprises entrant dans le champ d'application de la législation sur les installations classées. Celle-ci fixe des prescriptions techniques dont le respect est une condition à l'ouverture du site..

⁶³³ Par exemple celle qui est imposée aux exploitants de centrales nucléaires (loi du 12 novembre 1965 et du 30 octobre 1968, modifiée par la loi du 16 juin 1990) ou aux transporteurs d'hydrocarbures (loi n°77-530 du 26 mai 1977).

d'indemniser les préjudices. Lorsque de telles situations se produisent, le recours à l'action publique est alors le plus approprié.

Enfin, pour terminer de comparer les mérites de chacune de ces solutions, il est indispensable de prendre en compte les coûts que chacune entraîne : d'un côté frais de procès, rémunération des avocats, des juges, des experts ; de l'autre coût de la prise de décision et surtout des mesures de contrôle du respect des obligations imposées.

227. Il semble évident qu'on ne saurait préférer une solution à une autre de façon abstraite et théorique. Le choix doit se faire en référence à des risques précis et déterminés. Certains seront réglés de façon efficiente par le jeu de la responsabilité⁶³⁴, d'autres par une intervention *a priori* des pouvoirs publics destinée à imposer des comportements précautionneux⁶³⁵. Il ne faut d'ailleurs pas exclure de systèmes combinant les deux mécanismes : une politique des risques peut avantageusement user des deux solutions en fonction des éléments déterminants relevés.

228. L'efficience, en tant qu'instrument d'analyse économique, permet de déterminer, parmi plusieurs solutions alternatives, celle qui semble la plus appropriée au règlement d'une situation de risque. Elle est applicable à l'action des pouvoirs publics et permet ainsi de juger l'utilité d'une intervention au regard des objectifs assignés et des

⁶³⁴ Si le choix de la responsabilité est retenu, il reste encore à déterminer ce qui, dans chaque cas, est le plus efficient parmi les régimes de responsabilité pour ou sans faute. L'approche économique de la responsabilité juridique l'analyse comme ayant une triple fonction : prévenir les dommages en incitant à la prudence, indemniser la victime et répartir les risques dans la société au coût le plus faible possible. Il convient alors, face à un risque déterminé de connaître le régime qui incitera l'entreprise à prendre le plus de précautions de façon efficiente, ou celui qui entraîne le moindre coût d'information, etc. Voir T. KIRAT, *économiste du droit*, préc., p.84 ; A. OGUS et M. FAURE, *économiste du droit : le cas français*, préc., p.71 et s.

⁶³⁵ S. SHAVELL considère que le problème du dommage résultant pour une personne de la chute sur sa maison d'un arbre coupé par son voisin sera mieux résolu par une indemnisation, alors que celui des dommages causés par un camion transportant des produits toxiques sera mieux réglé par une réglementation préventive des pouvoirs publics. Voir S. SHAVELL, « Liability for harm versus regulation of safety », préc.

coûts permettant de les atteindre. Dès lors, il est possible d'affirmer que la prise en charge des risques des entreprises par les pouvoirs publics se justifie parce qu'elle est efficiente.

B- L'efficacité de la prise en charge publique des risques des entreprises

229. Afin de déterminer les éléments qui permettent d'avancer que, lorsque les pouvoirs publics prennent à leur charge un risque, c'est en raison de l'efficacité économique de leur action, il conviendra de procéder en deux temps consistant respectivement à démontrer que l'action administrative est proportionnée au risque et qu'elle se fonde sur un bilan coût avantage (1°), puis qu'elle se fait à un coût économiquement acceptable en intégrant l'équité dans la répartition des ressources (2°).

On pourra déduire de ces affirmations qu'une telle intervention répond bien à la définition de l'efficacité que l'on a retenue plus haut⁶³⁶.

1° Une action proportionnée au but à atteindre

230. L'analyse économique normative⁶³⁷ des situations de risque trouve dans la proportionnalité des mesures envisagées une condition de leur efficacité⁶³⁸. Il s'agit à cet égard de faire en sorte que les dépenses engagées soient proportionnées aux avantages qu'elles permettent d'atteindre et que les mesures adoptées le soient à la

⁶³⁶ Voir supra, ce chapitre, n°223 et s.

⁶³⁷ Elle est dite normative dans la mesure où elle indique les moyens de parvenir à une gestion optimale des risques.

⁶³⁸ Voir en ce sens : O. GODARD, « Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes », *L.P.A.*, 30 novembre 2000, p.58 ; *La décision publique face aux risques*, Rapport du Commissariat général au plan, La documentation française, Paris, 2002, p.71.

nature et à l'ampleur du danger. Ainsi, serait-il disproportionné, car excédant par son coût les bénéfices que la société tire de ces activités, d'adopter un comportement radical consistant à interdire systématiquement les activités créatrices de risques. Il faut cependant s'entendre sur la mesure des dangers encourus lorsque l'on cherche à savoir si la solution envisagée pour y répondre sera proportionnée. Faut-il ne retenir comme dangers que ceux que l'on connaît et que l'on sait prévenir ou du moins calculer, ou doit-on également retenir les risques plus incertains susceptibles de causer, potentiellement, de très graves dommages (risques de développement, risques industriels et technologiques) ? Il n'existe pas de consensus à ce sujet. Pourtant, les mesures susceptibles d'être adoptées par les pouvoirs publics diffèrent selon que l'on retient l'une ou l'autre de ces conceptions. Dans le premier cas, il sera décidé de se limiter à des garanties jugées suffisantes, quitte à les faire évoluer en fonction du progrès des connaissances. Dans le second cas, sur le fondement de présomptions, seront prises des mesures d'interdiction d'innovation ou de prévention surdimensionnées. Quelle que soit la signification retenue, l'intervention publique se devra d'être proportionnée au danger encouru, et les coûts de l'intervention devront l'être aux avantages espérés⁶³⁹.

Pour atteindre une telle proportionnalité, les pouvoirs publics sont donc amenés à réaliser une analyse coût-bénéfice, fonction des avantages attendus et des conséquences dommageables craintes. Elle permet de retenir une option envisagée si les bénéfices escomptés dépassent les inconvénients engendrés⁶⁴⁰. Si plusieurs solutions sont envisageables, on retiendra alors celle dont le bilan est le plus avantageux.

Il faut noter que les risques déjà pris en charge doivent être pris en compte puisque, dans un contexte de ressources limitées, affecter trop de ressources à un risque conduit à en affecter trop peu à d'autres, conduisant ainsi à une solution inefficace.

⁶³⁹ Voir, pour de plus amples développements relatifs à la prévention des risques, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier.

⁶⁴⁰ La théorie économique envisage l'analyse coût-bénéfice en termes de risque acceptable. Un risque sera acceptable dans la mesure où la valeur actuelle nette espérée d'un projet est positive, c'est-à-dire que : « l'espérance de la valeur actualisée des bénéfices futurs (doit) excéder celle de la valeur actualisée des coûts. » in *La décision publique face aux risques*, préc., p.72.

231. L'observation des interventions publiques confirme la recherche d'une solution proportionnée. On peut en exposer quelques-unes afin d'éclairer notre analyse⁶⁴¹.

Il a été vu précédemment que la police administrative est un outil privilégié de la prise en charge des risques des entreprises, que ce soit pour le prévenir ou pour le faire cesser. Or, les mesures adoptées par les autorités titulaires du pouvoir de police se doivent d'être proportionnées à l'objectif recherché⁶⁴². Le juge administratif vérifiera-t-il ainsi que la mesure adoptée est, parmi d'autres envisageables, la plus adaptée aux circonstances de droit et de fait. Tout en assurant le maintien de l'ordre public troublé ou susceptible de l'être par la réalisation d'un risque, la mesure de police ne devra pas porter une atteinte excessive aux libertés⁶⁴³, notamment à la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁴⁴. Ainsi, si l'abattage systématique de troupeaux infectés par l'ESB a pu être décidé pour faire face à un trouble grave à l'ordre public, l'abattage sélectif est une mesure économiquement plus proportionnée lorsque le trouble s'estompe.

Le droit de l'environnement consacre également le principe de proportionnalité, notamment dans le cadre de l'application du principe de précaution. Ainsi, la Commission européenne⁶⁴⁵ a-t-elle posé six principes devant guider les pouvoirs publics dans l'application du principe de précaution. Parmi ceux-ci se trouve le principe en

⁶⁴¹ Nous ne retiendrons ici que les exemples du droit positif où le terme de proportionnalité est employé. Pourrait également être incluse dans ce développement l'adéquation des indemnités versées à l'importance du préjudice, lorsque l'administration se trouve à l'origine d'un risque.

⁶⁴² Par exemple : C.E., 29 décembre 1999, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés et autres*, p.

⁶⁴³ Voir en ce sens : C.E., 19 mai 1933, *Benjamin*, p.541, *G.A.J.A.*, n°51 : « Considérant que s'il incombe au maire (...) de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion (...) ».

⁶⁴⁴ Par exemple, C.E., 22 juin 1951, *Daudignac*, p. 362, *D.* 1951.589, concl. GAZIER, note J.C.; C.E., 4 mai 1984, *Préfet de police c/ Guez*, p.164 ; *A.J.D.A.* 1984.393, concl. O. DUTHEILLET de LAMOTHE : « Cons. que s'il appartenait à l'autorité de police de (...) réglementer en cas de nécessité, dans l'intérêt du bon ordre (...) les activités musicales et les attractions de toute nature, elle ne pouvait légalement, par les arrêtés attaqués, édicter une mesure d'interdiction générale et permanente (...) ».

⁶⁴⁵ Voir note de la DG XXIV, 17 octobre 1998, citée dans C. LEPAGE, « Que faut-il entendre par principe de précaution ? », *Gazette du palais* 9 octobre 1999.

vertu duquel les mesures adoptées devront tenir compte d'une évaluation bénéfico-coût afin d'envisager une réduction du risque à un niveau acceptable par tous et celui selon lequel les mesures prises devront être proportionnées au risque à limiter ou à supprimer. Une telle préoccupation se retrouve en droit interne. L'article L. 110-1 du Code de l'environnement dans son II, 1^o, ainsi que l'article 5 de la Charte de l'environnement⁶⁴⁶, disposent que le principe de précaution doit permettre l'adoption de mesures effectives et proportionnées afin de prévenir certains risques. En outre, l'article L.124-2 du Code de l'environnement issu de la Loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 consacre le droit d'être informé des analyses des coûts et avantages ainsi que des hypothèses économiques utilisées dans le cadre des décisions et activités susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Cette exigence implique que les solutions retenues soient souples et puissent faire l'objet de révisions fréquentes afin de s'adapter à l'évolution des connaissances et rester proportionnées au risque à prévenir⁶⁴⁷.

Enfin, le droit communautaire impose aux États membres, dans de nombreux domaines, le respect d'un principe de proportionnalité. Ainsi, les aides apportées par l'État aux entreprises victimes de la réalisation d'un risque doivent-elles être proportionnées au but recherché⁶⁴⁸. Il en va de même des mesures de protection adoptées au bénéfice de certaines entreprises⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. » L'article 6 de la Charte poursuit en disposant que les politiques publiques « concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ».

⁶⁴⁷ Voir par exemple : C.E., 29 décembre 1999, *Société Rustica Prograin et autres, Société Bayer, D.E.*, avril 2000, p.12 : « Après avoir eu connaissance par des expériences de l'effet du Gaucho sur les abeilles, le retrait provisoire des autorisations, compte tenu des précautions qui s'imposent en matière d'environnement, n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ».

⁶⁴⁸ A la suite de la déclaration de guerre contre l'Irak en 2003 et à l'expansion de la grippe asiatique, la Commission européenne a autorisé les États membres à apporter des aides à la condition qu'elles soient strictement proportionnées aux nécessités du maintien de l'ordre public, notamment aux dépenses supplémentaires de contrôle imposées aux compagnies aériennes.

⁶⁴⁹ Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle jugé dans deux arrêts du 13 mai 2003 (aff. C-98/01, Commission c/ Royaume-Uni ; aff. C463/00, Commission c/ Royaume d'Espagne), conformément aux arrêts du 4 juin 2002 (aff. C-483/99, Commission c/ France ; aff.

232. L'action des pouvoirs publics est proportionnée à l'importance du risque qu'il s'agit de prendre en charge lorsque les dépenses mises en œuvre sont en adéquation avec les bénéfices espérés. Elle répond alors à l'exigence d'une action efficiente posée par les économistes. Pour autant, on ne saurait se limiter au seul bilan coût-avantage pour retenir, parmi les autres alternatives, la solution publique. Celle-ci est préférée parce que l'intervention se fait à un coût acceptable.

2° Une intervention au coût acceptable

233. La solution acceptable en matière de risque n'est pas uniquement celle dont les bénéfices attendus excèdent les coûts. Elle doit en outre répondre aux attentes des opérateurs victimes de dommages imprévisibles. De ce fait, parler d'un coût acceptable dépasse le simple bilan qu'exige le respect du principe de proportionnalité. Il s'agit bien en effet d'un coût acceptable pour les pouvoirs publics, en termes purement financiers, mais également pour l'économie dans son ensemble ainsi que pour les opérateurs en particulier. Ceci se manifeste de plusieurs manières. L'intervention publique doit non seulement se faire à un coût économiquement acceptable, mais elle doit également être acceptée par les entrepreneurs.

234. La prise en charge des risques que subissent les entreprises doit se faire à un coût économiquement acceptable. Ceci signifie, outre que les coûts mis en œuvre doivent être inférieurs aux bénéfices attendus, que les dommages économiques qu'elle peut par ailleurs causer soient acceptables pour les opérateurs. L'imprévisibilité du risque et la difficulté à le traiter ne doivent pas conduire l'administration à prendre des

C-367/98, Commission c/ Portugal ; aff. C-503/99, Commission c/ Belgique) que l'instauration de mécanismes dérogatoires au droit des sociétés, destinés à protéger les sociétés privatisées contre d'éventuels raids hostiles d'investisseurs étrangers, ne peut être justifiée que par des raisons impérieuses d'intérêt général et doit respecter le principe de proportionnalité.

mesures dont les effets sont insupportables pour les entrepreneurs⁶⁵⁰. Tout dépend donc de la conception que l'on se fait de ce qui est acceptable ou non en termes économiques. Sa détermination est une question de jugement, et il existe deux manières de l'appréhender, fonction de la notion de risque retenue. Celui-ci peut être envisagé de façon restrictive, en ne tenant en compte que des risques plus ou moins connus, ou du moins probabilisables. Les mesures destinées à le prendre en charge seront très certainement acceptées par les opérateurs dans la mesure où elles sont proportionnées à l'objectif à atteindre et où les opérateurs ont en leur possession suffisamment d'informations⁶⁵¹. Mais le risque peut également être envisagé comme un élément inconnu, susceptible d'être à l'origine de catastrophes dont on ne sait rien ou peu de choses. Dans cette hypothèse, l'acceptabilité des décisions publiques est plus problématique : on considère en effet que, même si l'on ne dispose pas encore d'assez d'informations, il est inacceptable de faire courir des dangers potentiellement graves aux individus. Cette appréciation peut alors entraîner la prise de mesures dont l'effet dissuasif sera très fort pour les opérateurs, notamment ceux dont l'innovation est le principal moteur⁶⁵² : interdictions, mesures préventives très coûteuses, refus de s'engager dans une voie nouvelle en cas d'éventualité de catastrophe, surestimation des dangers, etc.

Les deux positions ne sont pas exclusives l'une de l'autre, tout dépend en réalité de la nature du risque envisagé. Celle-ci est en effet déterminante de la plus ou moins grande acceptabilité des décisions publiques : les entrepreneurs accepteront plus volontiers des mesures de prévention de risques qu'ils connaissent et qui ne bloquent pas leur esprit d'initiative, que de risques éventuels dont ils ne savent rien en l'état actuel de leurs connaissances.

⁶⁵⁰ Le droit positif consacre ce principe. L'article L. 110-1, II, 2° et 3° du Code de l'environnement, dispose que les mesures destinées à protéger l'environnement doivent entraîner un coût économiquement acceptable.

⁶⁵¹ Voir *infra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°276 et s.

⁶⁵² L'innovation n'est d'ailleurs pas la seule en cause. Le problème de l'amiante en est un bon exemple : son interdiction a en effet entraîné la disparition de quelques entreprises dont l'activité consistait à produire des matériaux en contenant (plaques ondulées pour les toitures par exemple).

La connaissance du risque est donc un élément essentiel pour les opérateurs. Elle déterminera leur comportement vis-à-vis des décisions prises par l'administration. Les pouvoirs publics s'emploient donc à recueillir des informations et à les diffuser aux entrepreneurs. Par exemple, au sein des principes généraux du droit de l'environnement, le principe de participation impose que « chacun (ait) accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses. »⁶⁵³. Ils exercent en outre une activité de veille que l'on étudiera plus en détail par ailleurs⁶⁵⁴.

235. Pour être acceptable, une mesure publique doit en outre répondre aux aspirations des individus, notamment l'équité et la justice. Or, une décision répondant strictement aux critères de l'efficacité économique peut ne pas être juste et donc acceptable. Elle peut en effet aboutir à sacrifier l'intérêt de certains au profit d'autres⁶⁵⁵, et ce, même si, dans sa globalité, le bien-être de la société en est accru. Ainsi, pour qu'une décision soit socialement admise doit-elle répondre à un souci de justice et de répartition. On constate fréquemment la prise en compte de tels éléments lors de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises. Il en va ainsi des mesures fondées sur la solidarité nationale qui tendent à répartir sur la collectivité les dommages qu'il serait injuste de laisser à la charge des entrepreneurs. L'équité est également prise en considération lorsque l'État intervient de façon spécifique pour aider les opérateurs les plus démunis⁶⁵⁶. Il en va bien entendu de même lorsque l'administration intervient sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques : lorsque dans l'intérêt général sont prises des mesures accroissant globalement le bien-

⁶⁵³ Article L. 110-1, II, 4° du Code de l'environnement.

⁶⁵⁴ Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°257 et s.

⁶⁵⁵ Par exemple, l'abattage de troupeaux touchés par des épizooties.

⁶⁵⁶ Il en va ainsi lorsqu'un agriculteur n'a pu s'assurer contre la survenance de calamités et que l'État intervient pour l'indemniser, ou lorsque les opérateurs ne peuvent obtenir des fonds d'indemnisation, par exemple le FIPOL, la prise en charge des dommages subis et que les collectivités les prennent à leur charge.

être de la société, mais préjudicant à certains, l'administration doit indemniser les préjudices anormaux et spéciaux qui en résultent⁶⁵⁷.

236. Si l'intervention publique se justifie théoriquement par son efficience, son choix ne relève pas en pratique que de cette seule analyse, mais est fonction du type de risque considéré, et se détermine au cas par cas. Il suppose une comparaison systématique des mérites respectifs de chaque mesure alternative envisagée.

Ceci se manifeste spécialement dans une hypothèse bien précise et particulièrement topique dans le cadre de ces développements. Lorsque l'on fait face à une défaillance du marché, à une impossibilité de ce dernier de régler une situation de risque, la question de l'intervention publique se pose. Il convient alors de déterminer s'il est efficient que les collectivités publiques pallient les carences de marché.

§ 2 - Intervention publique et carences de marché

237. La réalisation d'un risque et les dommages qu'il cause aux opérateurs peuvent constituer une carence de marché dans la mesure où son libre jeu ne permet pas d'aboutir à une solution efficiente ou satisfaisante au regard de l'intérêt général. La doctrine économique classique⁶⁵⁸ voit dans l'intervention de l'Etat, notamment par le biais de la réglementation, le moyen de pallier de telles insuffisances. Si l'on suit cette analyse en la transposant à la matière du risque des entreprises, on peut avancer que l'action publique est une solution efficiente permettant de pallier les défauts du marché que constitue la réalisation d'un événement imprévisible et dommageable pour les

⁶⁵⁷ L'égalité peut également être mentionnée lorsque l'action des collectivités publiques se fait par le truchement de services publics (police, télécommunication, services de secours, etc.). Il impose, par la péréquation géographique, de faire en sorte de ne pas priver de secours, ou de moyens d'information et de communication les entreprises situées dans des régions où le coût d'intervention est plus important.

⁶⁵⁸ Voir F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, préc., p.10 et s.

entrepreneurs⁶⁵⁹. Pour ce faire, il sera nécessaire de préciser ce que constitue une carence de marché et en quoi certains risques peuvent entrer dans cette catégorie **(A)**. Par la suite, en s'appuyant sur un exemple précis, on présentera les solutions que peuvent adopter les pouvoirs publics **(B)**.

A- Carence de marché et risques des entreprises

238. Pour démontrer que la prise en charge publique est une solution efficiente permettant de pallier les insuffisances du marché, il est nécessaire de définir précisément ce que l'on entend par carence de marché ainsi que ses rapports avec la notion de risque **(1°)**. Ceci permettra de comprendre en quoi et dans quelles conditions, l'intervention publique peut conduire à une situation d'efficacité **(2°)**.

1° Détermination des carences de marché

239. En vertu de la théorie libérale classique, le marché assure la satisfaction de l'intérêt général par son libre jeu sans qu'aucune intervention extérieure ne soit nécessaire⁶⁶⁰. La main invisible a pour vertu de guider les comportements individuels égoïstes vers la satisfaction du bien commun. Le rôle de la puissance publique se limite alors à assurer la sécurité et le bon fonctionnement des marchés économiques, et à prendre en charge les activités délaissées par l'initiative privée. Cependant, lorsque l'on compare ce modèle théorique à la réalité des marchés économiques, on constate que la

⁶⁵⁹ Il faut noter que l'ensemble des risques des entreprises tels que nous les définissons, n'est pas envisagé par la doctrine économique comme une carence de marché. C'est le cas des dommages causés sans faute par les collectivités publiques.

⁶⁶⁰ Voir en ce sens, A. WOLFELSPERGER, *Économie publique*, préc., p.162. L'auteur présente le premier théorème de l'économie du bien-être en vertu duquel lorsque chaque marché est concurrentiel et qu'il existe un marché pour tous les biens, un équilibre est toujours un optimum. Ainsi, toute intervention extérieure est inutile et superflue.

poursuite des intérêts individuels ne conduit pas toujours à la satisfaction de l'intérêt général et qu'il existe des défaillances du marché qui empêchent la réalisation d'une économie efficiente. On considère que de telles situations sont constitutives de carences de marché. En effet, lorsque les conditions exigées pour que les marchés concurrentiels conduisent à l'efficacité ne sont pas réunies, des externalités⁶⁶¹, des comportements non concurrentiels⁶⁶², des monopoles naturels⁶⁶³, des biens collectifs⁶⁶⁴ ou des défauts d'information⁶⁶⁵ peuvent apparaître. Il existe des correspondances entre chacun de ces effets externes, un bien collectif pouvant être une externalité, un monopole naturel pouvant être analysé comme un bien collectif.

240. Un certain nombre de risques peuvent constituer des carences de marché, leur réalisation aboutissant à un fonctionnement non efficient des marchés. Il est possible d'en prendre quelques exemples.

⁶⁶¹ L'externalité est « un effet de l'action d'un agent économique sur un autre qui s'exerce en dehors du marché » (F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, préc., p.7). On considère qu'il s'agit d'une externalité négative lorsque cet effet est défavorable à un tiers qui ne participe pas à l'activité de production. Elle sera positive dans le cas inverse. Voir en ce sens : A. OGUS et M. FAURE, *économie du droit : le cas français*, préc., p. 51 et 147. Les auteurs montrent qu'en cas d'externalité négative, le prix des produits ne correspond pas aux coûts réels puisqu'ils ne comprennent pas le coût de l'effet externe. Il n'y a donc pas situation d'efficacité. Le rôle attribué au droit est alors d'*internaliser* ces effets externes.

⁶⁶² L'insuffisance de concurrence sur un marché donné est également une externalité qui suppose une intervention extérieure : lorsque des agents ont un comportement non concurrentiel, le fonctionnement optimal du marché n'est plus assuré.

⁶⁶³ Il y a monopole naturel lorsque les coûts continuent de diminuer avec l'augmentation de la production. C'est le cas lorsque les investissements initiaux sont très importants et qu'il est préférable, pour parvenir à une situation efficiente, de ne recourir qu'à un opérateur contrôlé par les pouvoirs publics car il aura des coûts inférieurs à ceux qu'auraient pu avoir d'autres concurrents. Ce contrôle résultera notamment de la fixation des prix afin d'éviter tout abus de la part de l'opérateur en situation de monopole.

⁶⁶⁴ L'existence de biens collectifs correspond à l'hypothèse dans laquelle il n'existe pas de marché pour chaque bien. Ils sont caractérisés par le fait qu'il est impossible d'écarter qui que ce soit de leur utilisation (Il peut donc être nécessaire de limiter l'accès au service. De même est-il nécessaire d'inciter des entreprises à produire de tels biens dont le paiement ne sera pas versé par chaque utilisateur.), y compris ceux qui ne le financent pas, ainsi que par le fait qu'ils peuvent être consommés par plusieurs agents à la fois, sans que la quantité disponible ne diminue. Ces deux caractères sont appelés non-excludabilité et non-rivalité.

Il peut tout d'abord s'agir d'une pollution industrielle causée par des activités industrielles et technologiques⁶⁶⁶. Une telle externalité que le marché ne parvient pas à résoudre de façon efficiente exige une intervention extérieure afin de rétablir une situation optimale par l'imposition d'obligations de prévention ou de normes techniques, par la taxation, etc.

Les comportements non concurrentiels adoptés par des opérateurs privés ou publics, peuvent également constituer des carences de marché constitutives de risques pour les entreprises⁶⁶⁷. Il est alors nécessaire, pour parvenir à rétablir un fonctionnement efficient, d'instaurer des mécanismes de lutte et de sanction contre de tels comportements : interdiction des abus de position dominante, des ententes, des aides non concurrentielles, etc.

Enfin, le manque d'information, en tant que défaut de marché, s'il ne constitue pas à proprement parler un risque pour les entreprises, joue néanmoins un rôle primordial au regard de la politique publique de prévention. Celle-ci se fonde sur la recherche, l'expertise et sur le traitement d'informations. Or, si les entreprises se refusent à divulguer des informations relatives aux risques qu'elles sont susceptibles de causer, ce défaut préjudiciera certainement à l'efficacité de l'intervention publique.

241. Carences de marché et risques économiques peuvent donc coïncider. Or, il apparaît que l'analyse économique des défauts de marché voit dans l'intervention publique le moyen de rétablir, à certaines conditions, une situation efficiente. La prise en charge des risques des entreprises se justifie alors bien par son efficience.

⁶⁶⁵ Enfin, certains marchés peuvent ne pas fonctionner de façon efficace parce que les agents ne disposent pas de suffisamment d'informations ou d'informations imparfaites, situation assez courant dans la réalité.

⁶⁶⁶ Il s'agira par exemple de la situation de deux entreprises dont l'une fabrique du cuir revendu à l'industrie de la chaussure et qui rejette les tanins en grande quantité dans une rivière. L'autre produit de la bière et a besoin d'eau pure. Un autre exemple peut être tiré d'une hypothèse dans laquelle les trains d'une compagnie ferroviaire produisent des étincelles endommageant les récoltes des exploitants agricoles dont les champs jouxtent la ligne de chemin de fer.

⁶⁶⁷ Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°60.

2° La prise en charge publique comme solution efficiente

242. Afin de faire face aux défaillances de l'économie de marché, il convient de recourir à une intervention extérieure qui rétablira une situation optimale. Or, l'économie publique classique⁶⁶⁸ considère qu'il appartient aux pouvoirs publics d'intervenir afin de guider la main invisible et faire en sorte que la satisfaction de l'intérêt général soit assurée. L'action publique doit ainsi orienter les comportements des opérateurs au nom de l'efficacité économique. Il lui incombe par exemple d'instaurer une réglementation de la concurrence assortie de sanctions adéquates, de fixer des normes d'émission de produits polluants, d'imposer des règles techniques, afin de parer aux effets externes négatifs et aux troubles de la concurrence.

243. Pour autant, l'intervention publique n'est retenue que dans la mesure où elle remplit les conditions d'efficacité détaillées plus haut. Ainsi, ne faut-il pas que ses déficiences soient plus importantes que celles du marché considéré. En effet, alors que l'économie publique classique voit dans le *réglementeur* une institution uniquement intéressée par l'efficacité et la satisfaction de l'intérêt général, dotée d'une information parfaite et donc capable de rétablir l'efficacité des marchés, les écoles postérieures ont su mettre à jour ses défauts. Les pouvoirs publics peuvent en effet souffrir d'une asymétrie d'information par rapport aux activités qu'ils tentent de régir. Ils peuvent également s'éloigner de la recherche de l'intérêt général pour préférer leur propre intérêt⁶⁶⁹. Ils peuvent enfin connaître des coûts d'administration très importants devant être pris en compte lors du calcul de l'efficacité.

⁶⁶⁸ Voir pour une présentation détaillée de cette école : F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, préc., p.11.

⁶⁶⁹ Voir, F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, préc., p.14 ; A. WOLFELSPERGER, *Économie publique*, préc., p. 202 : les membres de l'Administration, selon les écoles du choix public et de l'économie industrielle ne cherchent qu'à se faire réélire, à obtenir le plus d'avantages de leur poste. Ils sont ainsi soumis aux groupes de pression.

De la même manière, il a été mis en avant dans les années 60⁶⁷⁰ que l'analyse faite par l'école de l'économie publique selon laquelle l'action des pouvoirs publics constitue le moyen de pallier les carences de marché, était fondée sur des postulats critiquables, ne reflétant pas la réalité. Cette analyse ne prend en effet pas en compte les coûts de transaction définis comme les coûts de coordination entre agents économiques. Or ceux-ci, ne sont nuls ni pour les opérateurs (coût de négociation, d'authentification, etc.), ni pour les autorités publiques (coût d'élaboration des normes, fonctionnement de l'administration chargée de contrôler leur respect, etc.). S'ils l'étaient, il n'y aurait pas de carences de marché, les entreprises ayant la possibilité de négocier entre elles pour atteindre une solution optimale sans que l'intervention publique ne soit nécessaire. Lorsque les coûts de la négociation, de la rédaction, du respect d'une transaction sont nuls, les opérateurs se livrent spontanément à des marchandages pour régler les problèmes de pollution, de risques industriels, de concurrence, qui aboutiront à une solution efficiente puisque l'on parviendra à une situation où il n'est pas possible d'augmenter le bien-être d'une partie sans diminuer celui d'une autre⁶⁷¹. En conséquence, ce n'est que dans l'hypothèse où les coûts de transaction existent, ce qui est le cas en réalité, que l'on peut voir dans l'intervention des pouvoirs publics, un moyen efficient de régler les carences de marchés, et donc les risques qui s'y rapportent.

On peut ainsi avancer que la prise en charge publique peut constituer un moyen optimal de prendre en charge les risques constitutifs de défaillances de marché, à la

⁶⁷⁰ Il s'agit de l'école de l'économie institutionnelle de la réglementation, dont R. COASE, l'un des fondateurs de l'analyse économique du droit, fait partie.

⁶⁷¹ Il s'agit du célèbre théorème de COASE énoncé par STIGLER (*The theory of price*, 3^e édition, Macmillan, New-York, 1966). Voir T. KIRAT, *économiste du droit*, préc., Chapitre III, p. ; F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, préc., p.17 ; A. OGUS et M. FAURE, *économiste du droit : le cas français*, préc., p.19 ; A. WOLFELSPERGER, *Économie publique*, préc., p.205. En vertu de ce théorème dégagé à partir d'un article de R. COASE (« The problem of social cost », *Journal of law and economics*, n°3, 1960, p.1.), quand les coûts de transaction sont nuls, l'arrangement privé est préférable à toute autre solution, car il aboutit à une solution d'efficience.

condition que, les coûts de transaction n'étant pas nuls, les conditions de l'efficience soient réunies⁶⁷².

244. Ainsi, ayant déterminé que, face à des risques analysés comme des carences de marché, et dans des conditions spécifiées, le recours à l'action publique peut constituer un moyen efficace, il convient, en se fondant sur un exemple précis, de déterminer les solutions qui s'offrent à eux et les modalités de leur adoption.

B- L'exemple des risques industriels

245. L'exemple qui sera retenu dans ce développement met à nouveau en scène une entreprise dont l'activité industrielle est source d'externalités négatives et est susceptible de causer de façon imprévisible un certain nombre de préjudices à d'autres opérateurs. Il s'agit d'un risque assez fréquemment évoqué, qui a fait l'objet d'analyses précises de la part des économistes⁶⁷³ sur lesquelles se fonde le principe « pollueur-payeur ».

Face à un tel risque, le marché ne parvient pas à répartir les ressources en présence de façon efficace. En effet, l'entreprise qui pollue de façon consciente le fait pour ne pas engager de coûts de dépollution ou de prévention. Tant qu'aucune limite ne lui est imposée, elle polluera jusqu'au moment où sa production ne sera plus bénéficiaire. Or, si le calcul semble économiquement intéressant pour elle, il n'en va pas

⁶⁷² Ce sera le cas, comme on l'a déjà vu, lorsque les coûts mis en œuvre sont inférieurs aux bénéfices espérés, et permettent d'aboutir à la solution la plus avantageuse pour tous.

⁶⁷³ Voir A. C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Londres, MacMillan, 2^e édition, 1924. De même, voir par exemple : F. LEVEQUE, *économiste de la réglementation*, préc., p.24 et s. ; A. OGUS et M. FAURE, *économiste du droit : le cas français*, préc., p.150 et s. Pour une présentation du principe « pollueur-payeur » comme solution efficace d'internalisation des externalités : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., p.72 et s.

de même pour les autres opérateurs pour qui les dommages sont fonction de l'importance de l'externalité. La répartition des ressources n'est donc pas efficiente⁶⁷⁴.

Le recours aux pouvoirs publics semble donc une solution permettant de pallier cette carence. Mais ce, uniquement dans les conditions posées plus haut⁶⁷⁵.

L'économie du droit donne plusieurs exemples de réglementation⁶⁷⁶ permettant de pallier de façon efficiente les insuffisances du marché face à des externalités. On en retiendra ici deux exemples, d'autres, dont l'instauration d'un marché de droits d'émission, seront développés dans la seconde partie.

246. Une des solutions envisageables, et la plus radicale, est l'interdiction de l'activité génératrice de risques pour les autres opérateurs. Cependant, une telle mesure est rarement acceptable économiquement. Seuls des éléments particulièrement impérieux peuvent imposer d'y avoir recours. Ils ne sont pas inexistantes en matière de risques puisque l'ordre public peut être menacé par des atteintes à la sécurité (explosions), ou à la salubrité (pollution). Les exigences qui s'y réfèrent doivent donc surpasser, dans le calcul coûts-avantages opéré par l'administration, l'ensemble des bénéfices attendus de l'activité en question (création d'emplois notamment).

⁶⁷⁴ Pour qu'elle le soit, l'entreprise polluante devrait prendre en compte dans ses coûts les effets externes négatifs de sa production. On parle alors d'internalisation des externalités.

⁶⁷⁵ On considère ainsi que les coûts de transaction ne sont pas nuls. S'ils l'étaient, les entreprises parviendraient par la négociation à régler leur différend de façon efficiente. L'entreprise polluante pouvant indemniser l'opérateur victime ou, inversement, ce dernier pouvant apporter une compensation en échange d'une limitation de la pollution. Dans un système de coûts de transaction positifs, l'intervention publique sera efficiente si elle parvient à minimiser ses coûts et maximiser ses bénéfices mieux que ne pourraient le faire les entreprises en s'entendant entre elles.

⁶⁷⁶ L'économie publique trouve dans la réglementation un moyen de régler les problèmes de pollutions et autres risques industriels. Il s'agit de fixer le niveau économiquement optimal de risque et de mettre en place des mécanismes permettant d'inciter ou de contraindre les entrepreneurs à l'atteindre.

Mise à part l'hypothèse dans laquelle l'objet même de l'activité est illicite⁶⁷⁷, une telle problématique met nécessairement en cause le principe de précaution. On comprend qu'une formulation restrictive de ce principe risque d'amener les pouvoirs publics à interdire, même provisoirement, un certain nombre d'activités dont les effets négatifs sur les tiers sont mal connus. Il en est ainsi de la culture d'organismes génétiquement modifiés dont on ne connaît pas les effets sur la santé humaine et sur les exploitations agricoles voisines (résistances aux traitements). Les entrepreneurs craignent alors que les inconvénients de telles mesures en termes de recherche-développement ne soient pas compensés par les avantages éventuels obtenus. Il est alors essentiel, pour établir un équilibre entre ces divers éléments, d'assurer la proportionnalité des mesures prises aux objectifs poursuivis⁶⁷⁸ afin qu'elles atteignent l'efficacité recherchée.

Il est cependant plus fréquent de recourir à des interdictions partielles, soit pendant une durée déterminée⁶⁷⁹, soit dans une région donnée. Ainsi les pouvoirs publics peuvent-ils interdire dans certaines zones préalablement délimitées (zones inondables, zones classées, zones de risques sismiques, etc.), la construction et l'exploitation d'usines à risques pour la population avoisinante⁶⁸⁰.

247. Une autre solution envisageable peut consister en la taxation de l'activité créatrice de risques. Une telle mesure semble avoir la préférence de nombreux spécialistes puisqu'elle constitue le moyen le moins coûteux d'atteindre l'objectif

⁶⁷⁷ En vertu de l'article 1833 du Code civil, « Toute société doit avoir un objet licite (...) ». Il en va ainsi des activités portant atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs : contrebande, exploitation de maisons de jeu, activités ayant pour but l'entrave au libre exercice du commerce et de l'industrie (C.A. Toulouse, 3 avril 1941, *J.C.P.* 1942.II.1954).

⁶⁷⁸ On verra par la suite que le principe de précaution peut conduire à décider la poursuite des recherches et à maintenir le statu quo jusqu'à ce que de nouveaux éléments puissent être mis dans la balance. Elle peut aboutir à une solution optimale dans la mesure où ni le marché, ni les pouvoirs publics ne parviennent à résoudre cette difficulté.

⁶⁷⁹ En vertu de la législation sur les installations classées, lorsque l'usine ne répond plus aux conditions fixées par l'arrêté autorisant l'exploitation, il est possible de suspendre la production jusqu'à ce que ces conditions soient à nouveau respectées : article L. 514-1 et s. du Code de l'environnement.

⁶⁸⁰ Voir l'article R123-21-1 du Code de l'urbanisme par exemple.

poursuivi⁶⁸¹. La taxe sur les activités à risque permet de répartir les efforts de « gestion » des risques entre les divers protagonistes. Elle permet en outre de préserver les intérêts économiques en jeu : l'entreprise créatrice de risque peut ainsi continuer à produire sans entreprendre d'action préventive à la condition qu'elle accepte de payer la taxe ou qu'elle engage des frais de prévention des accidents et de réduction des risques. Son rôle incitatif permet donc d'être économiquement acceptable pour les entrepreneurs et d'atteindre une solution efficiente. Elle constitue certainement l'illustration la plus connue du principe « pollueur-payeur » que l'article L.110-1-II-3° du Code de l'environnement définit comme impliquant que « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de la lutte contre celle-ci (soient) supportés par le pollueur » et que la Charte de l'environnement consacre dans ses articles 3 et 4.

⁶⁸¹ Notamment par rapport à des normes fixant des seuils maximaux de pollution. Lorsque l'administration ne dispose pas de toutes les informations nécessaires pour énoncer un seuil maximal (coût de la pollution, coût de dépollution, bénéfices de l'entreprise, etc.), la taxation des activités créatrices de risque semble être une solution plus appropriée.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

248. La sécurité réclamée par les entreprises est « au cœur du droit public »⁶⁸². Il apparaît en conséquence que les motifs pour lesquelles l'État prend en charge leurs risques relèvent généralement des fondements traditionnels de son action : police, responsabilité, solidarité. On pourrait dès lors penser qu'il existe une similitude complète dans le traitement qui est accordé aux particuliers et aux entrepreneurs. Ce constat ne serait cependant pas fidèle à la réalité.

En effet, la nature économique des entreprises, tout comme celle des préjudices qu'elles sont susceptibles de subir, conduit à infléchir sensiblement la façon dont les fondements traditionnels de l'action publique sont compris. On observe qu'ils s'adaptent à la spécificité de ces situations en subissant certaines modifications. Celles-ci n'ont pas toutes la même ampleur en raison des diverses origines des risques, selon qu'ils résultent de l'action administrative ou qu'ils lui sont extérieurs, et en raison de la prise en compte de l'existence des nouveaux risques qui rend nécessaire et accentue souvent les adaptations.

L'unité de l'étude juridique des fondements de l'intervention publique ne se limite cependant pas à ces seules adaptations. Des fondements spécifiques aux risques des entreprises, imprégnés de considérations économiques, viennent se superposer aux fondements traditionnels, et apportent alors à l'action publique sa spécificité au regard du traitement qu'elle accorde aux particuliers. Ils permettent de mieux saisir les raisons de l'intervention des pouvoirs publics dans un domaine théoriquement laissé à la seule régulation des marchés.

⁶⁸² D. TRUCHET, *Le droit public*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 2003, p.63.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

249. La diversité semble caractériser la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises. Ceux-ci sont protéiformes en raison de leur origine et de la façon dont ils se réalisent, des victimes qu'ils atteignent et des préjudices qu'ils entraînent. Ils ne donnent par ailleurs pas lieu à l'application de contraintes identiques et sont appréhendés en vertu de divers fondements.

Un tel constat pourrait interdire toute tentative d'analyse globale de la matière tant il semble à première vue peu évident d'y découvrir des constantes et principes directeurs. Ce constat n'est pourtant qu'un trompe-l'œil.

Il apparaît en effet possible, à la suite d'une étude plus approfondie, de dégager certains éléments structurants qui donnent à la prise en charge publique une indéniable unité. Celle-ci réside dans sa spécificité.

Spécificité de la notion même de risque puisque tant l'imprévisible que le dommageable revêtent une signification particulière lorsqu'ils s'appliquent à des entreprises et permettent de les distinguer des risques des particuliers. Spécificité des contraintes qui s'imposent à l'action publique, puisque la liberté d'entreprendre impose le respect de certaines modalités d'action particulières.

À ceci s'ajoute, de façon plus marquée encore, la particularité des fondements de la prise en charge publique que l'on constate à un double niveau : adaptation des fondements traditionnels auxquels se superposent des fondements propres aux risques des entreprises.

Cette prise en considération constante et transversale de la situation des entrepreneurs permet aux pouvoirs publics, lorsqu'ils assurent la protection des opérateurs contre des risques considérés comme des dangers, de préserver l'aspect positif du risque, considéré comme une opportunité, et de trouver un juste équilibre entre sécurité et libre entreprise.

SECONDE PARTIE :
LES MOYENS DE LA PRISE EN CHARGE DES
RISQUES DES ENTREPRISES

250. Les pouvoirs publics, lorsqu'ils sont confrontés à des risques sont susceptibles d'adopter plusieurs comportements. L'alternative qui s'offre à eux consiste soit à devancer sa réalisation en tentant de l'empêcher ou d'en réduire les conséquences dommageables, soit à réagir à sa réalisation en tentant de la faire cesser ou de réparer les préjudices subis. Leurs actions se répartissent donc en deux catégories. La première correspond à une attitude « attentive » face au risque, la seconde à une attitude « réactive ». Bien que ces deux attitudes se situent l'une en amont et l'autre en aval, elles ne sont pas pour autant exclusives l'une de l'autre. D'une part, certains événements imprévisibles ne peuvent être évités, et l'on ne saurait se garantir contre la survenance de tout risque. La réaction en aval constitue alors la seule option envisageable. D'autre part, quoique la mise en œuvre d'une attitude réactive puisse parfois faire apparaître l'échec de la prévention ou de la prévoyance, ce n'est pas nécessairement le cas puisque ce n'est qu'en amont de la réalisation d'un risque qu'il est possible de prévoir les moyens d'y faire face.

Il convient alors de s'interroger sur l'existence ou l'absence de particularités de ses modalités d'action lorsque les risques sont subis par des entreprises. Il convient en effet de déterminer si, dans le cadre d'une distinction entre action attentive des pouvoirs publics (**Titre premier**) et action réactive (**Titre second**), les moyens mis en œuvre pour prendre en charge les risques sont influencés par la nature économique des entités qui les subissent.

On constate alors que si ces moyens relèvent pour partie des moyens classiques d'action qu'offre le droit public, ils subissent cependant une nécessaire déformation ou adaptation en raison de la nature économique des entreprises qui courent le risque.

Par ailleurs, la matière économique vient y ajouter des techniques et outils spécifiques au traitement des entreprises. De ce fait, on peut avancer que la tendance constatée lors de l'étude des justifications de l'intervention publique se vérifie à

nouveau lors de l'étude de ses modalités : la prise en charge des risques pesant sur les entreprises peut se faire par des moyens juridiques classiques qui subissent toutefois certaines adaptations. Elle se manifeste également par l'usage de techniques et outils économiques particuliers.

Dans le développement de cette démonstration seront reprises les distinctions déjà évoquées dans la première partie. Ainsi conviendra-t-il de noter que les moyens à la disposition des pouvoirs publics peuvent différer en fonction de l'origine du risque – risque créé par l'administration ou extérieur à son action. Ils peuvent également varier en fonction de la plus ou moins grande connaissance dont on dispose au moment d'agir. Les « nouveaux risques », caractérisés par l'incertitude du savoir et les controverses scientifiques qui s'y réfèrent feront donc l'objet d'une attention particulière. Enfin, nous préciserons les conditions d'application des schémas d'action détaillés dans la première partie – notamment celui de l'action subsidiaire.

TITRE PREMIER :

L'ATTITUDE ATTENTIVE DES POUVOIRS PUBLICS

251. Est attentif, celui qui fait preuve d'attention, de vigilance. En matière de risques des entreprises, cette attention n'est pas synonyme d'attentisme. Bien au contraire, l'attitude des pouvoirs publics en amont est active, elle se détermine et se concrétise bien avant la réalisation d'un événement préjudiciable. La vigilance dont ils font preuve caractérise leur action et tend à empêcher la réalisation d'un risque - à le prévenir - ainsi qu'à protéger les opérateurs contre les éventuelles conséquences dommageables qui en résulteraient. L'intervention publique vise alors à éviter que les entrepreneurs ne subissent de dommages anormaux⁶⁸³. Bien qu'ils tentent de suivre la sagesse populaire selon laquelle mieux vaut prévenir les maux que les guérir, les autorités publiques ne peuvent pas toujours y parvenir. En effet, s'ils ne connaissent pas les origines du risque ou ne les maîtrisent pas suffisamment⁶⁸⁴, il ne leur est pas possible d'empêcher sa réalisation. Ainsi, à côté des moyens de prévention (**Chapitre premier**), les pouvoirs publics entreprennent-ils une action de prévoyance visant à déterminer à l'avance les moyens de se protéger une fois le risque réalisé (**Chapitre second**).

252. Deux précisions doivent être apportées d'emblée.

Tout d'abord, l'attitude attentive des pouvoirs publics vise aussi bien les risques pesant sur les entreprises privées que sur les entreprises publiques, qu'elles soient ou non cocontractantes de l'administration. A cet égard, elles se situent, au regard des pouvoirs publics et toute proportion gardée, dans une situation d'égale vulnérabilité face au risque qu'il s'agit d'appréhender.

⁶⁸³ Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre second, n°206 et s.

Ensuite, l'attitude attentive des pouvoirs publics ne concerne pas tous les risques que peut courir une entreprise. Si elle concerne tous les risques extérieurs à l'administration, elle ne concerne pas tous les risques qui trouvent leur origine dans l'action publique.

Les risques extérieurs à l'action publique, qu'ils soient d'origine naturelle (tempête, inondations), industrielle (pollution, explosion), humaine (guerre, terrorisme), sanitaire (épizooties), politique (nationalisation) ou économique (violation des réglementations de marché) font l'objet d'une action de prévention et/ou de prévoyance de la part des pouvoirs publics. Les autres, en revanche, ne font pas tous l'objet de l'attitude attentive des pouvoirs publics. Il convient en effet de distinguer, comme on l'a déjà fait⁶⁸⁵, les risques créés par une autorité agissant dans le cadre de ses missions administratives et mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique de ceux qui résultent de l'action d'une entité publique se comportant sur le marché comme une entreprise ordinaire.

Pour les premiers, et de façon logique, l'administration n'adopte pas d'action préventive à l'égard de risques qu'elle crée légalement. En outre, si les mesures qu'elle adopte sont illégales, leur prévention ne manifeste aucune particularité liée à la matière du risque. Celle-ci relève de la pratique générale du pouvoir hiérarchique⁶⁸⁶ et de l'exercice du contrôle administratif⁶⁸⁷. En ce qui concerne la prévoyance de tels risques, il n'existe pas d'action publique destinée à encourager ou à imposer aux entreprises de s'assurer contre les effets dommageables d'un comportement imprévisible de

⁶⁸⁴ Ce qui est un caractère commun à de nombreux risques contemporains, marqués par les incertitudes et les controverses scientifiques.

⁶⁸⁵ Voir *supra*, Première partie, Titre premier, Premier chapitre, n°42 et s.

⁶⁸⁶ Le pouvoir hiérarchique d'un supérieur sur son subordonné permet notamment la réformation ou l'annulation des actes pris par ce dernier.

⁶⁸⁷ Le contrôle administratif permet notamment, dans les cas prévus par la loi, à une autorité de se substituer à une autre dans le but de faire respecter la légalité. Voir, C.H. Vignes, « Le pouvoir de substitution », préc.

l'administration⁶⁸⁸. L'action de prévoyance se limite principalement à la conclusion de contrats d'assurance par les auteurs de risques⁶⁸⁹.

Pour les seconds, les moyens utilisés par les pouvoirs publics ne diffèrent pas de ceux qui tendent à appréhender les risques résultant du comportement d'entreprises privées. Les entités publiques qui en sont à l'origine sont considérées comme des opérateurs ordinaires. Cette similitude n'est d'ailleurs pas étonnante dans la mesure où, lorsqu'elle se comporte comme un entrepreneur privé, l'administration est tenue de se soumettre aux règles qui régissent les activités privées⁶⁹⁰. Ainsi, l'action publique à leur égard ne se distinguera pas dans les moyens mis en œuvre de celle qui prend en charge les risques causés par des entreprises privées.

⁶⁸⁸ Les contrats d'assurance souscrits par les entreprises couvrent des dommages (bris de glace, incendie, pertes commerciales, etc.) qui peuvent, le cas échéant, être causés par un comportement de l'Administration (Dommages résultants d'accidents, d'opérations matérielles). Mais il n'existe aucune intervention spécifique des pouvoirs publics en ce sens.

⁶⁸⁹ Ainsi, les communes concluent-elles des contrats d'assurance responsabilité civile prévus par la loi du 1^{er} juillet 1987.

⁶⁹⁰ Voir en ce sens : T.C., 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, p.91 ; D. 1921.3.1, concl. MATTER ; S. 1924.3.34, concl.

CHAPITRE PREMIER :

LA PREVENTION DES RISQUES DES ENTREPRISES

253. La prévention est l'attitude de celui qui, en prévision d'un événement susceptible d'avoir des conséquences dommageables, prend les mesures destinées à éviter sa réalisation ou la réalisation de ses conséquences⁶⁹¹. La prévention se concrétise *a priori*, elle s'intéresse aux causes du phénomène considéré et tente d'agir sur elles pour éviter sa réalisation, c'est une attitude active. Appliquée à la matière du risque, la prévention consiste donc à tenter d'éviter la réalisation d'un événement plus ou moins imprévisible, ou de ses conséquences dommageables pour des entreprises⁶⁹².

La prévention, de façon générale, ne peut avoir lieu que si l'on dispose d'un minimum de connaissances : on ne prévient que ce que l'on connaît. Ainsi, l'action publique de prévention suppose-t-elle une connaissance minimale du risque, ainsi que des différentes formes de sa manifestation (nature, lieu, date, durée, intensité, etc.).

Il convient alors de souligner à nouveau combien la notion d'imprévisibilité est relative puisqu'elle varie en fonction des connaissances acquises sur un sujet donné. Or, il existe une échelle dans la connaissance des choses sur laquelle la prévention s'adapte : au premier échelon se trouvent les phénomènes que l'on connaît le mieux et qui donneront lieu à des actions préventives efficaces, qui permettront d'éviter la réalisation du phénomène considéré. Au dernier échelon se trouvent les phénomènes que l'on connaît le moins bien en raison des incertitudes cognitives ou scientifiques en la matière. À ce niveau la philosophie de l'action, les procédures adoptées, sont certes

⁶⁹¹ La prévention peut viser indistinctement à empêcher la réalisation d'un événement ou celle de ses conséquences dommageables. D'une part, certains phénomènes sont irrésistibles, c'est le cas de nombreux risques naturels, et l'on ne pourra alors que tenter de prévenir leurs conséquences dommageables. D'autre part, l'action préventive peut viser à la fois l'événement causal et ses conséquences dommageables soit parce que les deux ne sont pas concomitants, soit parce qu'en cas d'échec de la prévention du premier, il convient de tenter de prévenir les secondes.

⁶⁹² Voir en ce sens : M. REMOND-GOUILLOUD, « Droit et prévention », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.109.

différentes, mais l'action tend toujours à éviter la réalisation de l'événement dommageable : c'est le domaine du principe de précaution. Ce dernier ne peut donc être opposé de façon frontale avec la prévention. Il constitue simplement une modalité particulière de l'action préventive en période d'incertitude scientifique. Il apparaît bien en effet que le principe de précaution vise en période d'incertitude à prendre les mesures appropriées afin *d'éviter la survenance d'un événement dommageable*. Il est un principe d'action qui se manifeste *a priori*, s'intéresse aux causes de l'événement pris en compte et tente d'éviter sa réalisation⁶⁹³. Il ne s'agit toutefois pas de méconnaître sa particularité, qui est celle de l'incertitude scientifique dans laquelle un phénomène risque de se produire et qui conduit les pouvoirs publics à adopter des mesures adaptées.

Entre ces deux échelons extrêmes de l'échelle des connaissances, existe une multitude de degrés de la connaissance, et un phénomène donné est conduit à se déplacer sur cette échelle dans les deux sens en fonction de l'évolution du savoir. Ainsi, en matière de risques des entreprises, une menace peut-elle passer de risque très peu connu, hors de portée des opérateurs et donc objet de l'action des pouvoirs publics, à un aléa de la vie des affaires. L'inverse vaut également. Les techniques de prévention varient en fonction de ces évolutions.

254. Afin de prévenir les risques des entreprises, les pouvoirs publics usent à la fois de moyens classiques que leur offre le droit public et d'outils spécifiquement économiques. Dans le premier cas, la nature économique des entreprises ou l'origine économique du risque influe sur les procédés mis en œuvre et entraîne une adaptation par rapport au traitement ordinaire des risques. (**Section première**). Dans le second cas, pour des raisons propres ou similaires, des outils spécifiquement économiques sont utilisés (**Section seconde**).

⁶⁹³ Pour mieux le comprendre, il faut avoir à l'esprit que la connaissance s'acquiert progressivement dans le temps. On ne saurait dire à un moment déterminé que l'on connaît tout sur une chose : ce serait méconnaître le progrès des connaissances. Il paraît donc peu évident d'opposer de façon générale, à un moment précis, le connu à l'inconnu et d'en faire le critère de distinction entre deux actions qui seraient totalement distinctes : la prévention et la précaution.

Cette distinction ne doit cependant pas faire oublier que l'action de prévention se déroule toujours selon un processus identique – connaissance du risque, protection des victimes potentielles et contrôle des activités à risque –, que les outils mis en œuvre soient ou non des outils économiques. Nous tenterons donc, à l'appui d'exemples éclairants, reprenant les catégories de risques détaillées en première partie, d'exposer ces deux types d'outils en ayant soin de souligner le souci d'efficacité qui les sous-tend, avec une plus ou moins grande réussite selon les cas, ainsi que l'importance variable que prend l'intervention publique en fonction de la carence des entreprises.

SECTION PREMIERE :

L'ADAPTATION DES INSTRUMENTS COMMUNS DE PREVENTION

255. Les risques dont il sera question dans ces développements sont extérieurs à l'action de l'administration-puissance publique : ils sont naturels, sanitaires, industriels ou économiques. L'utilisation d'outils communs de prévention se justifie alors par le fait que, outre les entreprises, n'importe quel individu est susceptible d'en être victime. Les mêmes causes produisant généralement les mêmes effets, il est alors logique de recourir aux mêmes instruments de prévention.

Ceux-ci se divisent en deux catégories. L'action publique de prévention exige l'accomplissement d'un préalable nécessaire, mais insuffisant : l'acquisition de la connaissance du risque (§1). Dans un second temps, l'action préventive se manifeste de deux façons complémentaires : par la protection et par le contrôle⁶⁹⁴ (§2). Le fait qu'un de ces risques pèse sur une entreprise ne modifie en rien ce schéma, mais il entraîne des aménagements. Ceci pour deux raisons. D'une part, l'action publique de prévention est subsidiaire, elle doit laisser la priorité à l'initiative privée et n'intervenir que pour la seconder et la compléter. L'action des pouvoirs publics sera donc plus ou moins

⁶⁹⁴ Le rapport de la mission d'évaluation de la politique publique dans le domaine des risques naturels, publié en 1997, identifie quatre grands secteurs pour la prévention des risques : la recherche, la formation et l'information ; la localisation et la cartographie ; la protection ; l'alerte.

poussée, selon l'importance de la carence et des besoins exprimés par les entreprises⁶⁹⁵. D'autre part, les préjudices qui résultent pour une entreprise de la réalisation d'un risque sont de nature différente de ceux qui peuvent affecter un particulier, de nombreux intérêts doivent être pris en compte et justifient que la prévention s'adapte à leur situation particulière.

§ 1 - Un préalable nécessaire : la connaissance du risque

256. Définie comme l'action destinée à empêcher la réalisation d'un événement, la prévention exige une connaissance minimale des causes et des manifestations de celui-ci. Nécessaire, cette connaissance n'est cependant pas suffisante et suppose d'être complétée par d'autres actions qui seront détaillées plus avant. Elle n'est pas non plus gage d'efficacité de la prévention tant l'évolution des savoirs est rapide, la maîtrise des paramètres du risque approximative et temporaire, les éléments extérieurs susceptibles de venir bouleverser la manifestation d'un phénomène sont nombreux⁶⁹⁶. Ainsi, un événement que l'on croit bien connaître peut-il se manifester de façon totalement imprévisible du fait d'une chaîne de réactions jusqu'alors inconnue ou de l'intervention d'un élément extérieur venant perturber sa réalisation *ordinaire*.

Ce préalable nécessaire ne peut par ailleurs servir une politique de prévention efficace que dans la mesure où elle est transmise aux acteurs compétents et utilisée de façon à permettre une action pertinente, c'est à dire éclairer correctement le choix des

⁶⁹⁵ Lorsque la carence d'une entreprise est totale, le complément se transforme alors en remplacement.

⁶⁹⁶ Paradoxalement, la revendication sociale d'une sécurité générale qui s'est accompagnée du développement de programmes de recherche scientifique, s'est soldée par la découverte de nouvelles sources d'insécurité. Ce paradoxe est d'autant plus marqué que dans un contexte de conquête de la sécurité, les îlots d'insécurité qui demeurent deviennent intolérables. Voir en ce sens : C. DOURLENS, J.P. GALLAUD, J. THEYS, P.A. VIDAL-NAQUET, *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, L'Harmattan, coll. Logiques sociales, Paris, 1991.

décideurs⁶⁹⁷. Dès lors, l'acquisition de la connaissance du risque par l'organisation d'une veille **(A)** doit être suivie d'une transmission de l'information **(B)**. L'action des pouvoirs publics en ces deux domaines⁶⁹⁸ vient compléter celles des entreprises dont les intérêts économiques doivent être pris en considération.

A- La veille ou l'acquisition de la connaissance

257. La veille permet de définir le risque, de l'évaluer, d'acquérir des connaissances utiles. Elle permet de détecter les signes avant-coureurs d'une crise et doit donc de ce fait être permanente. Les informations qui en sont issues concourent alors à calculer les coûts et les avantages d'une action de prévention envisagée. La veille est un outil de connaissance commun à l'ensemble des risques, quelle que soit leur nature, elle est utilisée afin d'élaborer des mesures de protection et de contrôle dont les entreprises bénéficient au même titre que les autres victimes potentielles. Elle est cependant affectée par la nature économique des entreprises. Elle doit alors intégrer les enjeux économiques et laisser à l'initiative privée une suffisante marge de manœuvre.

La veille se décompose en plusieurs opérations dont la logique et les enjeux diffèrent. Il s'agit d'abord d'identifier et de répertorier les risques **(1°)** puis de les classer et de les hiérarchiser **(2°)**, enfin, de mettre à jour de façon permanente les connaissances acquises **(3°)**.

⁶⁹⁷ Une connaissance incomplète doublée d'une mauvaise information peut conduire les pouvoirs publics à prendre des mesures de prévention mal ciblées, sur ou sous-dimensionnées, donc inefficaces.

⁶⁹⁸ L'article L.565-2 du Code de l'environnement prévoit la possibilité pour le préfet d'élaborer un schéma de prévention des risques naturels précisant les actions à mener en matière de connaissance du risque, de surveillance et prévision des phénomènes, d'information et éducation sur les risques, de retour d'expériences.

1° L'identification des risques

258. Il est tautologique d'affirmer qu'il ne saurait y avoir d'action préventive du risque sans risque. Pourtant, s'il est évident que connaître ou supposer l'existence d'un risque, donc d'une probabilité de dommage, est une condition nécessaire à la prévention, il est certain qu'elle n'est pas suffisante pour en assurer l'efficacité. En ce sens, l'identification et l'inventaire des risques doivent également s'accompagner d'un effort de recherche destiné à les connaître le plus précisément possible. Ceci est valable pour l'ensemble des risques, des mieux connus en l'état actuel des connaissances, à ceux qui le sont le moins.

Pour les mieux connus, dont on est parvenu à établir les probabilités de réalisation, la permanence de la recherche, complétant leur inventaire, se justifie puisque l'évolution du savoir peut laisser apparaître l'existence de nouveaux risques qui n'avaient jusqu'alors pas été détectés.

Pour les moins connus, caractérisés par un contexte de plus grande incertitude, la mise en œuvre du principe de précaution⁶⁹⁹ exigeant que des mesures positives soient prises afin de limiter et d'encadrer certaines activités potentiellement dangereuses sans attendre que le danger soit scientifiquement établi, impose que des efforts de recherche soient engagés le plus rapidement possible afin de vérifier que les mesures adoptées sont bien ciblées et donc efficaces.

⁶⁹⁹ Il faut rappeler que le droit positif français – article L110-1 II, 1° du Code de l'environnement – formule le principe de précaution en ces termes : « Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». L'article 5 de la Charte de l'environnement dispose que : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. ». En outre, L'article 174 du Traité de Rome y fait référence comme fondement de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. D'autres traités internationaux ou déclarations portent sur le principe de précaution, ils ne retiennent cependant pas la même définition du risque à prévenir, ni la même définition du risque acceptable.

L'identification des risques et leur inventaire sont porteurs d'enjeux primordiaux aussi bien pour les pouvoirs publics que pour les entreprises **(a)**. Ces enjeux déterminent les adaptations apportées aux moyens d'identification utilisés par les pouvoirs publics **(b)**.

a) Les enjeux de l'identification des risques

259. De façon générale, la connaissance des risques est un gage de sécurité, car elle permet d'agir *en toute connaissance de cause*. Ceci se vérifie particulièrement lorsque l'on envisage la situation des entrepreneurs. La connaissance des événements imprévisibles susceptibles de leur être dommageables va déterminer leur choix d'établissement (lieu d'installation, mode de production, politique de prévention, etc.). Elle est un outil de rationalisation des choix et permet d'établir une balance des avantages et des inconvénients d'un projet économique : l'objet est de déterminer si les risques sont d'une importance telle que les dommages susceptibles d'en résulter seront supérieurs aux avantages escomptés. Leur identification permet ainsi aux entreprises de déterminer les modalités de leur politique de prévention afin qu'elles soient proportionnées aux dommages potentiellement encourus⁷⁰⁰. Elle participe alors d'une action plus générale dont les objectifs sont le gain de productivité, de rentabilité, la qualité des produits ou services, la diminution des coûts, etc.

260. L'inventaire des risques constitue également un enjeu primordial pour les pouvoirs publics lorsqu'ils envisagent d'intervenir en matière de prévention. Il permet d'opérer un choix entre les diverses mesures ou actions dont ils disposent. De la même façon que pour les entreprises, la connaissance d'un risque permettra d'adopter des mesures de prévention mieux adaptées et donc proportionnées aux dangers encourus.

⁷⁰⁰ Une mesure de prévention ciblant un risque mal identifié car fondée sur des connaissances incomplètes tendra à avoir un coût surélevé et à fausser l'analyse coût-avantage d'une politique globale de gestion des risques. En outre, une telle situation peut priver d'autres domaines moins bien couverts de moyens de protection.

Elle permet d'établir une comparaison des coûts⁷⁰¹ et des avantages des différentes options qui se présentent à eux et de retenir celle dont le bilan est non seulement positif, mais réduit en outre la probabilité de réalisation du risque au niveau le plus proche de celle du risque acceptable⁷⁰². Elle permet de ce fait d'éviter les excès de précaution et l'utilisation de moyens pouvant être mieux affectés à d'autres fins.

Il faut cependant noter, afin de nuancer ces propos, que l'acquisition de la connaissance d'un risque ne doit pas favoriser un excès de recherche au détriment de l'action. Ce peut être le cas si, s'étant assigné pour objectif la vérification de l'innocuité d'une activité ou d'un produit avant de l'autoriser, le retard ainsi causé par les pouvoirs publics, dû à une excessive volonté de recherche, risque de fragiliser la situation de l'entreprise concernée, de porter atteinte à la sécurité juridique dont elle doit bénéficier dans l'exercice de son activité et de freiner ses efforts d'initiative et de développement. Ceci est renforcé par la prise de conscience de plus en plus manifeste que dans certains domaines, la science ou les experts ne peuvent et ne pourront certainement jamais apporter de réponse définitive ou unique à un problème. L'un des apports du principe de précaution est d'ailleurs d'avoir permis de démontrer qu'il n'est plus nécessaire d'attendre les conclusions fermes des scientifiques ou des experts pour prendre une décision autre que la simple abstention.

261. L'identification des risques et leur connaissance constituent donc pour les entreprises comme pour les pouvoirs publics une nécessité conditionnant l'efficacité des mesures de prévention qu'ils décideront d'adopter. Il faut néanmoins considérer que les unes ne disposant pas des moyens des autres, la mise en œuvre concrète de

⁷⁰¹ L'article L110-1, II du Code de l'environnement reprend à deux reprises l'exigence d'un coût économiquement acceptable lorsqu'il traite en 1^o du principe de précaution et en 2^o du principe d'action préventive.

⁷⁰² L'acquisition de connaissances sur un risque permet aux pouvoirs publics de déterminer quel est, dans un contexte déterminé, le niveau de risque acceptable par la société au regard de critères éthiques, moraux, économiques ou politiques. Plus rapidement elle est entreprise, moins longtemps le critère du risque zéro, porteur de limites importantes à l'initiative privée et de surdimensionnement des précautions, sera retenu comme niveau de risque acceptable.

l'identification du risque appelle une complémentarité des actions issue de la règle de subsidiarité.

b) La complémentarité des moyens d'identification des risques des entreprises

262. L'action publique destinée à identifier les risques des entreprises se limite en principe à seconder celle qu'entreprennent ces dernières. N'étant pas à l'origine de ces risques, les pouvoirs publics n'interviennent que de façon subsidiaire, laissant la priorité à l'initiative privée, et se limitant à pallier leur carence ou leurs insuffisances. Dès lors, l'importance de la prise en charge est fonction du besoin exprimé, lui même déterminé par les capacités dont dispose chaque entreprise pour identifier les risques qu'elle est susceptible de subir. Or, il est évident que les opérateurs ne disposent pas d'égales capacités de recherche. De la multinationale à la petite entreprise, les moyens attribués à la gestion des risques varient de façon manifeste. De sorte que l'importance de l'action publique variera au cas par cas, d'une simple aide destinée à compléter temporairement l'action privée à une quasi-substitution à l'initiative privée lorsque l'absence de capacité d'identification et d'inventaire des risques exige de pallier des carences importantes. C'est en raison des moyens dont disposent les pouvoirs publics, de leur capacité technique et scientifique bien supérieure globalement à celle des entreprises, qu'il est fait appel à leur expertise en ce domaine.

Ainsi, l'intervention des pouvoirs publics n'est-elle jamais destinée à remplacer définitivement l'action des entreprises, elle est complémentaire, incitative et pédagogique. Malgré les différentes formes qu'elle est susceptible de prendre (β), elle laisse la priorité à l'initiative privée (α).

α- L'identification privée des risques

263. Si elle est difficilement entrée dans les habitudes des entrepreneurs français, la gestion des risques, ou « risk management »⁷⁰³, et l'identification des risques qu'elle suppose, est aujourd'hui une pratique répandue et indispensable dans la gestion de toute entreprise⁷⁰⁴, notamment dans la détermination des modes de prévention à retenir et la conclusion de contrats d'assurance⁷⁰⁵.

Elle suppose d'inventorier à la fois les événements générateurs de risques (incendie, catastrophes naturelles, pollutions, émeutes, terrorisme, vols, etc.) et les éléments du patrimoine susceptibles d'être affectés par ceux-ci (immeubles, matériels, stocks, valeurs incorporelles et actifs immatériels, créances, etc.) afin, dans un deuxième temps, de les estimer et les hiérarchiser⁷⁰⁶. Elle vise également à répertorier les risques que peut faire courir l'activité entreprise à des tiers, potentiellement d'autres entreprises. C'est le cas notamment des installations industrielles. Pour ces dernières, la technicité et la dangerosité des installations justifient l'élaboration de procédures particulières d'analyse des risques⁷⁰⁷. Ainsi, le guide ISO/CEI 51 :1999 définit-il l'analyse des risques comme « l'utilisation des informations disponibles pour identifier les phénomènes dangereux et estimer le risque ». Il s'agit en premier lieu d'identifier les sources de dangers internes et externes pouvant conduire à des dommages sur les biens ou les personnes ainsi que sur l'environnement. Ceci suppose le recueil d'un certain nombre

⁷⁰³ Voir, Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, Précis Dalloz, 2004.

⁷⁰⁴ L'association pour le management des risques et des assurances a élaboré en direction des PMI une méthode dite TQSE (technicité, qualité, sécurité, environnement) d'identification des risques.

⁷⁰⁵ L'identification et l'inventaire des risques est une opération essentielle de la conclusion de tout contrat d'assurance. Ils déterminent d'ailleurs le niveau de prise en charge par l'assureur du dommage subi, l'importance de la prime à verser.

⁷⁰⁶ Voir en ce sens : A. VILLEMEUR, « Évaluation des risques », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.73. L'auteur présente les techniques d'analyse prévisionnelle utilisées par les entreprises industrielles. Il détaille notamment les techniques dites d'analyse des modes de défaillance et leurs effets (AMDE), de l'arbre des causes et de l'arbre des conséquences dont l'objet est d'identifier les causes des événements dont la conjonction entraîne la réalisation du risque ainsi que la probabilité de ces événements.

⁷⁰⁷ Voir en ce sens, I.N.E.R.I.S.-D.R.A., *Outils d'analyse des risques générés par une installation classée*, Formalisation du savoir et des outils dans le domaine des risques majeurs, mai 2003.

d'informations sur l'environnement de l'installation⁷⁰⁸, la dangerosité des produits ou des techniques utilisées.

La volonté d'assurer une plus grande sécurité peut conduire les pouvoirs publics à imposer à ces entreprises l'élaboration de documents particuliers de recensement des risques, préalables à l'instruction des demandes d'installation. C'est le cas, par exemple, des études d'impact⁷⁰⁹ ou des études de danger⁷¹⁰ que doivent mener les entrepreneurs lorsqu'ils envisagent d'ouvrir des installations classées soumises à autorisation en vertu de l'article L. 512-1 du Code de l'environnement⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Celui-ci peut à la fois être une source d'agression pour l'installation et constituer une cible pouvant être affectée par un accident. Il convient donc de recenser les équipements susceptibles d'être à l'origine d'accidents, l'environnement naturel, mais également les sources d'agression externe (naturelles et /ou humaines).

⁷⁰⁹ Les études d'impact, prévues à l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 (article L.122-1 et s. C. env.) permettent d'apprécier l'impact de l'activité entreprise sur l'environnement, elles supposent de déterminer les risques que fait peser l'activité sur les tiers. L'article L.122-3 du Code de l'environnement précise que ces études doivent comprendre une analyse de l'état initial du site et de son environnement, l'étude des effets sur l'environnement et la santé, le détail des mesures envisagées pour y remédier, etc. Les décrets du 9 mars 1994 et du 20 mars 2000, exigent que l'ouverture des installations classées soumises à autorisation soit précédée par une étude d'impact renforcée. Voir en ce sens : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Thémis droit public, P.U.F., Paris, 2002, p.42.

⁷¹⁰ Les études de danger viennent compléter le dossier des pétitionnaires. Elles sont prévues par les directives 82-501 CEE du 24 juin 1982 (Directive dite SEVESO pour les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, J.O.C.E., 5 août 1982, transposée par l'article 46 de la loi n°87-565 du 22 juillet 1987 et codifiée à l'article L551-1 du Code de l'environnement) et 96-82 CE du 9 décembre 1996. Ces dispositions imposent une étude des risques d'accident (il s'agit des risques que peut générer l'installation en cause et qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, pour l'agriculture, la protection de la nature et de l'environnement. Art. L. 511-1 C. env.) et des mesures susceptibles de réduire leur probabilité. (Il s'agit notamment de la mise en œuvre du concept de « défense en profondeur » consistant à mettre systématiquement en place plusieurs protections indépendantes, afin que l'accident ne puisse se produire que si toutes ces lignes de défense ont été franchies. Voir en ce sens : P. TANGUY, « Méthodologie et sûreté nucléaire », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.61.). L'étude de danger a été renforcée par l'article 4 de loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. Dorénavant, les entrepreneurs doivent dans la présentation de cette étude, procéder à une analyse des risques « qui prend en compte la probabilité d'occurrence, la cinétique et la gravité des accidents potentiels (...) ». Voir, A. VAN LANG, préc., p.52.

⁷¹¹ A ces études doit s'ajouter, sur demande du préfet, un rapport de sûreté pour les installations les plus dangereuses, sur le modèle des installations nucléaires, en vertu de l'article 3-6°-3^e al. du 21 septembre 1977.

En plus du rôle joué par les entreprises dans la détermination et le recensement des risques, les pouvoirs publics interviennent soit en vue de compléter les efforts privés qui apparaissent insuffisants, soit en vue de pallier les carences des entreprises.

β- L'identification publique des risques

264. Les pouvoirs publics sont parfois mieux armés pour acquérir les connaissances relatives aux divers risques qui demeurent inaccessibles aux entreprises. Les moyens de recherche et l'expertise dont ils disposent dans des domaines divers leur permettent de recueillir les informations nécessaires à la détection et à l'inventaire de risques de toute nature : naturels, sanitaires, industriels, pour ne retenir que ces trois exemples. Cette mission de veille générale, mission de service public, bénéficie aux entreprises. Elle leur permet d'être informées des risques qui les menacent et d'adopter par la suite les comportements adaptés. Elle est principalement le fait d'organismes spécialisés *ad hoc*, mis sous la tutelle de différents ministères qui coordonnent leur action de recherche⁷¹². Quelques exemples permettront de préciser leur rôle.

En matière sanitaire, différents établissements publics ont été instaurés afin d'établir une expertise particulière dans des domaines précis (sécurité alimentaire notamment) et d'aider à la prise de décision publique. Ils participent de ce fait à l'identification de risques dont certains sont susceptibles de causer des dommages aux entreprises. Il en est ainsi de l'Institut de veille sanitaire⁷¹³, de l'Agence de sécurité

⁷¹² Par exemple, au sein du ministère de l'environnement, la direction des études économiques, de la recherche et de l'évaluation environnementale, instituée par le décret 2000-426 du 19 mai 2000, comprend une sous-direction de la recherche et de la prospective.

⁷¹³ Établissement public administratif de l'État instauré par la loi du 1^{er} juillet 1998 (Article 2 de la loi n°98-535 du 1^{er} juillet 1998), codifiée aux articles L. 1413-2 et s. du Code de la santé publique, il est placé sous la tutelle du ministère de la Santé et a pour mission de surveiller l'état de santé de l'ensemble de la population, de détecter toute menace, de rassembler les connaissances sur les risques sanitaires. Il dispose pour ce faire d'un réseau national lui permettant de recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il met en œuvre des activités d'investigation et d'évaluation des risques dans des domaines tels que les maladies infectieuses, les effets de l'environnement sur la santé, les risques d'origine professionnelle, etc. Il conseille le Gouvernement, informe la population et travaille en collaboration avec les différentes agences de sécurité sanitaire. Pour cela, l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1998 codifié à l'article L.1413-1 du

sanitaire des aliments⁷¹⁴ ou de l'Agence française de sécurité sanitaire environnementale⁷¹⁵. De tels organismes ont pu mettre en œuvre leur expertise et leur compétence à l'occasion des épizooties qu'a connues la France ces dernières années, notamment lors des épidémies de fièvre aphteuse. Si l'identification de ces risques ne relève pas uniquement de leur compétence⁷¹⁶, ils ont néanmoins permis au ministre chargé de l'agriculture d'exercer pleinement les siennes⁷¹⁷.

En matière de risque industriel, l'exemple de l'explosion de l'usine AZF de Toulouse en septembre 2001 montre à quel point il est nécessaire pour les pouvoirs publics de renouveler les efforts de recherche et d'identification des risques en matière d'installations industrielles. Plus encore, de rappeler à quel point un risque que l'on croyait connu et maîtrisé peut se révéler imprévisible⁷¹⁸. Dès lors, on conçoit

Code de la santé publique institue un Comité national de la sécurité sanitaire qui coordonne la politique scientifique de l'Institut de veille sanitaire et des agences de sécurité sanitaire.

⁷¹⁴ Établissement public administratif de l'État placé sous la tutelle des ministres chargés de la santé, de l'agriculture et de la consommation, il a pour mission d'analyser les risques sanitaires et nutritionnels que peuvent présenter les aliments destinés à l'homme ou aux animaux, mais également les maladies animales et de conseiller le Gouvernement sur les mesures à prendre. L'article L. 1323-1 du Code de la santé publique précise l'ensemble des missions de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments pour lesquelles elle recueille, selon l'article L. 1323-2, 4° les données scientifiques et techniques nécessaires et entreprend des actions et programmes de recherche scientifique et technique.

⁷¹⁵ La loi n°2001-398 du 9 mai 2001 en son article 3, crée une Agence française de sécurité sanitaire environnementale, établissement public administratif de l'État dont la mission est d'assurer la sécurité sanitaire dans le domaine de l'environnement et d'évaluer les risques sanitaires liés à l'environnement. Pour ce faire, et afin de conseiller le Gouvernement, elle peut procéder à des études ou expertises, et doit recueillir les données scientifiques et techniques nécessaires

⁷¹⁶ On doit également noter le rôle de l'Institut national de la recherche agronomique, établissement public placé sous la tutelle des ministres chargés de la recherche et de l'agriculture, dont la mission est notamment de produire et de diffuser des connaissances scientifiques dans les domaines de l'agriculture, de l'alimentation et de l'environnement. L'identification des risques ne relève d'ailleurs pas uniquement de l'ordre interne, la France ayant participé au niveau international à l'instauration de l'Office international des épizooties, organisation internationale créée par un arrangement du 25 janvier 1924. Celui-ci gère un système de surveillance et d'alerte relatif aux épizooties.

⁷¹⁷ En vertu de l'article L.222-1 du Code rural, le ministre de l'agriculture peut prendre toutes mesures destinées à collecter les données et informations d'ordre épidémiologique et à en assurer le traitement et la diffusion. Il peut également constituer des réseaux de surveillance des risques zoonosanitaires.

⁷¹⁸ La catastrophe de Toulouse trouve son origine dans l'explosion de nitrates d'ammonium, produit réputé stable.

l'importance des travaux d'identification des risques effectués par les établissements de recherche en ce domaine⁷¹⁹.

265. Dans le cadre de leur mission d'identification des risques, les pouvoirs publics peuvent avoir recours à un certain nombre d'expertises extérieures⁷²⁰ réalisées par des universitaires, des laboratoires privés, des experts privés⁷²¹. Les agences de sécurité sanitaire y sont autorisées⁷²², les ministres le peuvent également⁷²³. Ceci est particulièrement manifeste lorsqu'il convient de prendre des mesures de prévention en période d'incertitude. La contre-expertise est un moyen de vérification du bien-fondé d'une décision dans la mesure où elle est susceptible d'apporter un éclairage nouveau sur un problème débattu. Pour autant, le recours à des experts n'est pas sans présenter de nombreuses difficultés.

Celle de leur impartialité en premier lieu. Afin de ne pas fausser le jugement des décideurs, les rapports d'expertise doivent faire preuve d'indépendance et d'objectivité – le contradictoire des débats devant être respecté⁷²⁴. L'indépendance des experts doit

⁷¹⁹ On notera par exemple le rôle de l'Institut national de l'environnement et des risques industriels. Créé en 1990 (Décret 90-1089 du 7 décembre 1990, J.O. du 9 décembre), l'I.N.E.R.I.S est un établissement public à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle du Ministère de l'Écologie et du Développement Durable. Il a pour mission d'effectuer, à la demande des pouvoirs publics ou des industriels, des recherches et tests dans le domaine des risques industriels et des pollutions. Ses domaines d'intervention se répartissent entre les risques chroniques, les risques accidentels, les risques du sol et du sous-sol, la certification, la valorisation et la formation. Il a également joué un rôle important dans l'évaluation des risques liés au naufrage de l'Érika sur les côtes françaises.

⁷²⁰ L'article 2 de la loi du 30 juillet 2003 précitée, instaure des comités locaux d'information et de concertation (article L.125-2 du Code de l'environnement) ayant la possibilité de faire appel aux compétences d'experts reconnus pour faire réaliser des tierces expertises.

⁷²¹ Les entreprises y ont d'ailleurs recours de façon assez générale, notamment en matière de risque industriel, dans le cadre des études de danger qu'elles sont amenées à réaliser.

⁷²² Par exemple, l'article L.1323-2, 5° du Code de la santé publique autorise l'A.F.S.S.A. à recourir à des organismes privés de recherche ou de développements, des universités, des personnes physiques, etc. afin de mener ses programmes de recherche scientifique et technique.

⁷²³ L'article L.222-1 du Code rural autorise le ministre de l'agriculture à recourir, en matière d'épidémiologie, à l'expertise d'un certain nombre de laboratoires vétérinaires.

⁷²⁴ C'est ce que demande la décision de la Commission européenne 95/579/CE. Le respect du contradictoire doit permettre aux avis minoritaires de se faire entendre, afin d'assurer aux pouvoirs

se manifester à l'égard des entreprises et associations⁷²⁵, mais également à l'égard des pouvoirs publics⁷²⁶. Pour améliorer le respect de ces garanties, certains auteurs, prenant exemple sur ce qui se passe dans d'autres États voisins, n'hésitent pas à recommander la rémunération des experts en fonction de la qualité scientifique de leurs avis et la sanction d'éventuelles erreurs commises⁷²⁷.

En deuxième lieu, les pouvoirs publics doivent relativiser l'importance des avis d'experts dans la mesure où l'avis scientifique ne peut être le seul pris en compte. Il doit être replacé au sein d'autres intérêts dont l'administration a la charge afin que l'organe politique décide et non l'expert.

Enfin, l'expertise scientifique fait face aujourd'hui à une crise de confiance. Et ce en raison du fait que les analyses qui se succèdent, bien que censées susciter la confiance, la sécurité et produire de la vérité, sont toutes contestées. L'opinion publique acquiert donc le sentiment que les instruments d'évaluation ne sont pas adaptés aux domaines d'incertitude scientifique.

266. L'identification des risques, aussi indispensable soit-elle à l'élaboration d'une politique de prévention efficace, n'est cependant pas suffisante. Elle doit être complétée par une analyse des risques identifiés afin de les classer et de les hiérarchiser⁷²⁸. Les contraintes techniques et budgétaires conduisent les pouvoirs

publics la connaissance de tous les points de vue sur un problème donné, sans toutefois représenter une part plus importante que celle qui leur est due.

⁷²⁵ Il est fréquemment demandé aux experts de déclarer les intérêts qui les lient à certaines entreprises ou association. C'est le cas notamment pour l'A.F.S.S.A et à l'A.F.S.S.P.S.

⁷²⁶ Cette problématique est résolue par la possibilité laissée aux organismes d'expertises de s'autosaisir ou de recourir à des personnes extérieures.

⁷²⁷ Cette dernière proposition a principalement pour but d'éviter que les experts ne cèdent trop facilement à l'envie de « crier au loup » en donnant trop d'importance à des risques qui ne l'exigent pas. Voir en ce sens : *La décision publique face aux risques*, Rapport du Commissariat général au Plan, La documentation française.

⁷²⁸ La prévention des risques doit s'appuyer sur une évaluation théorique et expérimentale. Certaines juridictions internationales exigent de la part des États une telle évaluation préalable lorsque des mesures de prévention sont prises. Cette obligation est d'autant plus forte en période d'incertitude scientifique puisque le juge est amené à vérifier si l'État a bien pris en considération de véritables risques et non de simples fantasmes. Ainsi, dans le cadre de l'O.M.C., l'organe de

publics comme les entreprises à privilégier la prévention des événements dont les conséquences dommageables risquent d'être les plus graves. De ce fait, la hiérarchisation des risques permet d'atteindre l'efficacité puisqu'elle permet d'attribuer les moyens disponibles aux risques qui le méritent le plus. Le corollaire étant qu'ainsi, les mesures restrictives susceptibles d'être imposées aux entreprises – autorisations préalables, interdictions, servitudes, éloignement, etc. – sont mieux proportionnées au risque supposé et donc les plus limitées possibles.

2° Le classement et la hiérarchisation des risques

267. La classification et la hiérarchisation des risques que courent les entreprises font apparaître des enjeux partiellement nouveaux aussi bien pour les pouvoirs publics que pour les opérateurs. Si l'efficacité des mesures de prévention demeure au cœur de ces problématiques, la connaissance du risque n'est plus le seul objectif à atteindre. Il convient en effet d'analyser le risque identifié afin de déterminer les meilleurs moyens pour le prévenir. Il s'agit donc d'outils de gestion rationnelle des ressources affectées à la prévention des risques. Ils répondent à des enjeux comparables pour les entreprises ou les pouvoirs publics **(a)**.

Ici encore la nature économique des entreprises justifie que l'intervention publique se fasse de façon subsidiaire, en complément de l'analyse qu'elles opèrent ou afin de pallier leur carence **(b)**.

règlement des différends considère-t-il que des mesures étatiques peuvent légitimement porter atteinte à la liberté des échanges si elles sont prises sur la base d'une évaluation des risques (O.R.D. Japon, mesures visant les produits agricoles, WT/DS76/AB/R, 22 février 1999). Voir en ce sens : M.-A. HERMITTE et V. DAVID, « Évaluation et principe de précaution », *L.P.A.*, 30 novembre 2000, p.13.

a) *Les enjeux du classement et de la hiérarchisation des risques.*

268. La recherche de rentabilité qui motive la libre entreprise suppose d'affecter les moyens disponibles de la façon la plus efficace possible afin que ceux-ci permettent une productivité optimale. L'affectation des ressources au meilleur emploi possible est donc un exercice courant pour les entrepreneurs. Il consiste à utiliser un moyen à son meilleur escient, afin qu'il ne soit pas disproportionné par rapport au besoin auquel on l'attribue et qu'il ne prive pas un autre besoin des ressources nécessaires. Les moyens disponibles pour une politique de prévention doivent donc être affectés afin qu'elle soit la plus efficace possible. Pour ce faire, la hiérarchisation des risques est indispensable. Elle permet en effet de classer les risques en fonction de plusieurs paramètres, notamment la probabilité de réalisation et la gravité des dommages susceptibles d'en résulter⁷²⁹. Dans un contexte de ressources limitées, il convient en effet de prévenir les risques dont la réalisation est la plus probable et les dangers potentiels les plus importants et de leur affecter en priorité les moyens disponibles. La hiérarchisation des risques permet alors une hiérarchisation des choix de prévention. Les meilleurs moyens disponibles sont affectés à chaque risque, de quelque importance qu'il soit, sans perte inutile de ressources. Cela permet ainsi d'affecter la meilleure technique de prévention à un risque déterminé sans qu'un autre ne soit délaissé.

269. Les problématiques rencontrées par les pouvoirs publics sont du même ordre. L'affectation optimale des ressources disponibles n'est certes pas motivée par la recherche de la rentabilité, mais par le souci de préserver les finances publiques et par celui de protéger de la meilleure façon possible les entreprises contre des risques parfois catastrophiques. De ce fait, hiérarchiser les risques identifiés permet d'affecter en priorité les ressources aux besoins qui le méritent le plus et d'utiliser les moyens les plus appropriés. C'est donc également un outil de rationalisation du choix des pouvoirs publics dans un contexte de ressources limitées. Il évite de disperser les moyens

⁷²⁹ Cette hiérarchisation permet ainsi de différencier les risques identifiés et de déterminer le niveau à partir duquel ils sont jugés acceptables.

disponibles et de les affecter à des risques qui ne l'exigent pas. Cependant, un tel outil ne peut être efficace qu'à la condition que les risques se voient attribuer au sein de la hiérarchie une place correspondant à leur gravité ou à la probabilité de leur réalisation. Attribuer à un risque une place supérieure à celle qu'il devrait occuper entraîne la prise de mesures de prévention disproportionnées, souvent trop restrictives pour ceux qui les courent. Lui attribuer une place inférieure entraîne au contraire la prise de mesures trop faibles.

b) La complémentarité des outils de classification et de hiérarchisation des risques des entreprises

270. Les entreprises, quelle que soit leur importance et les moyens dont elles disposent, réalisent un classement et une hiérarchisation des événements qui sont susceptibles de leur être dommageables. L'assurance peut à nouveau servir d'exemple tant il est important de savoir contre quel risque s'assurer en priorité en fonction de l'activité entreprise, de son lieu d'implantation et de son mode de production. Le classement et la hiérarchisation permettent de déterminer le type de contrat à retenir et l'importance de la garantie, donc le montant des primes à verser. Dans la mesure où le contrat d'assurance ne garantit que les risques identifiés et déclarés, il convient, dans un contexte de ressources limitées affectées à l'assurance, de déterminer les risques dont la probabilité de réalisation et la dangerosité⁷³⁰ sont les plus grandes et qui doivent de ce fait être garantis, à l'exclusion de ceux qui sont jugés acceptables, car situés à un niveau inférieur dans la hiérarchie établie.

La nécessité d'une telle opération se fait encore plus ressentir pour certaines entreprises particulièrement exposées aux risques et potentiellement dangereuses pour

⁷³⁰ Cela suppose une analyse comparée et une évaluation des dommages encourus en cas de réalisation d'un risque. Cette analyse fixe pour chaque élément de l'actif de l'entreprise identifié en amont une évaluation du montant des dommages potentiellement subis en cas de réalisation d'un risque déterminé. Elle suppose donc d'envisager à la fois les pertes directes causées par la réalisation du risque mais également les pertes indirectes et les dommages causés aux tiers. De même doivent être distingués les sinistres maxima possibles, lorsque les circonstances les plus défavorables sont réunies, de ceux que l'on peut raisonnablement escompter.

leur environnement. Dans le cas des installations industrielles, la maîtrise de certaines techniques d'analyse est indispensable et permet de comparer le niveau de chaque risque identifié au sein de la hiérarchie à un niveau jugé acceptable pour l'entreprise. La dangerosité d'un risque et sa probabilité⁷³¹ de réalisation sont évaluées à partir de méthodes techniques de cotation et de détermination de la « criticité » de la situation⁷³². Le classement permet de déterminer les risques jugés inacceptables, afin d'engager des actions prioritaires pour réduire soit leur probabilité, soit leur gravité⁷³³.

271. Afin de compléter l'analyse réalisée par les entreprises, ou de combler leurs lacunes, les pouvoirs publics mettent en œuvre divers outils leur permettant de hiérarchiser les risques⁷³⁴. Cette action indispensable à la prévention est portée à la connaissance des entreprises qui bénéficient ainsi d'outils de gestion des risques qui ne leur seraient pas nécessairement accessibles en raison de l'importance des moyens exigés.

L'intervention publique prend la forme d'une planification géographique répertoriant par zone⁷³⁵ les différents risques en fonction de leur gravité ou de leur probable réalisation. Pour la réaliser, les pouvoirs publics disposent des moyens

⁷³¹ Il faut noter que la loi du 30 juillet 2003 préc., prévoit que doit figurer dans les études de danger réalisées par les entreprises industrielles soumises à autorisation une analyse de la probabilité et de la gravité des accidents potentiels.

⁷³² Voir en ce sens, INERIS-DRA, *Formalisation du savoir et des outils dans le domaine des risques majeurs*, préc., qui précise la nature et les conditions de mise en œuvre de ces méthodes d'analyse dites « semi-quantitative ».

⁷³³ L'objectif final étant qu'il n'existe plus de risque jugé inacceptable pour l'entreprise, et que les risques critiques fassent l'objet d'un niveau de contrôle maximum de façon continue.

⁷³⁴ En vertu du décret 2005-1157 du 15 septembre 2005 relatif au plan ORSEC, il est prévu que ce plan doit contenir un inventaire et une analyse des risques et des effets potentiels des menaces de toute nature.

⁷³⁵ Le zonage est une opération difficile, exigeant une identification et une analyse détaillées des risques sans laquelle les zones délimitées par les pouvoirs publics risquent d'être trop ou trop peu étendues et de constituer une imparfaite territorialisation des risques. Les mesures de prévention qui s'y appliquent seront de ce fait inadaptées. On peut toutefois noter qu'un contexte d'incertitude peut conduire les pouvoirs publics à surdimensionner les zones afin de garantir une plus grande sécurité.

classiques du droit de l'urbanisme⁷³⁶, mais également de moyens spécifiques à chaque type de risque.

Le zonage opéré dans le cadre de la planification urbaine permet de regrouper les risques par zones en fonction de leur gravité, de la probabilité de leur réalisation ou de la particulière sensibilité ou vulnérabilité des activités qui s'y déroulent. Il permet d'établir au sein de chaque groupe déterminé les mesures de prévention adaptées (servitudes, prescriptions, etc.)⁷³⁷.

D'autres documents d'urbanisme, initiés par l'État et plus spécialisés, permettent de réaliser une hiérarchisation des risques par le biais d'un zonage. Il s'agit par exemple des plans de prévention des risques naturels prévisibles ou des plans de prévention des risques technologiques⁷³⁸. Les premiers, s'appliquant à tous les risques naturels, précisent la nature des risques pris en compte et leurs conséquences potentielles afin de

⁷³⁶ De façon générale, les documents d'urbanisme doivent prendre en compte l'existence des risques. Ainsi, l'article L.121-1 du Code de l'urbanisme dispose-t-il que les documents d'urbanisme doivent permettre d'assurer la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques et des nuisances de toute nature. Les plans locaux d'urbanisme doivent comprendre un règlement fixant les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols permettant d'atteindre les objectifs de l'article L.121-1.

⁷³⁷ Ainsi, l'article L.123-1 du Code de l'urbanisme dispose-t-il que les plans locaux d'urbanisme délimitent des zones auxquelles correspondent des règles concernant l'implantation des constructions et qui doivent prendre en considération les risques naturels prévisibles ou technologiques en vertu de l'article L.121-1. Le respect des objectifs fixés par cet article doit d'ailleurs être explicité dans le rapport de présentation du plan local d'urbanisme prévu à l'article R. 123-2, qui justifie notamment les choix retenus en matière de zonage. Celui-ci est déterminé par le règlement du plan local d'urbanisme. En effet, les articles R.123-4 et s. prévoient que ce règlement doit répartir le territoire concerné en quatre zones (urbaines, à urbaniser, agricoles, naturelles et forestières) et fixer les règles d'occupation des sols qui s'y appliquent ; il peut comprendre l'interdiction ou la soumission à des conditions particulières de l'occupation et de l'utilisation des sols. Au sein de chaque zone sont prévues des limitations de l'occupation des sols en fonction de la nature du risque qui est susceptible de s'y réaliser. A cet effet, l'article R. 121-11 b dispose que les documents graphiques du plan local d'urbanisme doivent faire apparaître les secteurs où l'existence de risques naturels ou technologiques justifient que soient soumises à interdiction ou à des conditions spéciales les différentes occupations des sols (L'ancien code de l'urbanisme prévoyait l'existence d'une zone de risques et de nuisances et de protection des sites et paysage (ND)).

⁷³⁸ Les premiers ont été instaurés par la loi dite Barnier du 2 février 1995 préc., ils remplacent les plans d'exposition aux risques naturels institués par la loi n°82-600 du 13 juillet 1982. Les seconds sont issus de la loi du 30 juillet 2003 et du décret n°2005-1130 du 7 septembre 2005, J.O. 9 septembre 2005, p.14673.

les classer en deux zones distinctes soumises à réglementation : les zones exposées aux risques, les plus sensibles, et les zones non directement exposées aux risques.

Les seconds instaurent un périmètre d'exposition aux risques devant tenir compte de la nature et de l'intensité des risques technologiques décrits dans les études de dangers. Ils définissent donc différentes zones au sein de ce périmètre en fonction de la probabilité d'occurrence, de la cinétique et de la gravité des accidents potentiels. A chacune des ces zones correspond une réglementation spéciale⁷³⁹. Les plans de prévention constituent des documents d'urbanisme⁷⁴⁰ valant servitude d'utilité publique et doivent être annexés aux plans locaux d'urbanisme.

Enfin, les pouvoirs publics ont à leur disposition des outils de hiérarchisation propres à certains risques particuliers. On notera par exemple l'existence, en matière de lutte contre les épizooties, des dispositions du Code zoosanitaire adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale des épizooties qui classent les pays en deux zones, fonction de l'existence d'une obligation de vaccination, et fixent des obligations spécifiques à chacune⁷⁴¹. En outre, les maladies contagieuses des animaux soumises à déclaration font l'objet en France d'une nomenclature établie par décret en Conseil d'État après avis de la Commission nationale vétérinaire⁷⁴². En matière de pollution par hydrocarbure en milieu marin, les mesures adoptées par les pouvoirs publics varient en fonction de la gravité des pollutions. Trois niveaux sont distingués : les pollutions de faible ampleur, d'ampleur moyenne, et d'ampleur exceptionnelle justifiant la mise en œuvre du plan Polmar-terre adopté dans chaque département littoral⁷⁴³.

⁷³⁹ Art L. 515-16 du Code de l'environnement.

⁷⁴⁰ Voir C.E., avis n°244634, 12 juin 2002, *Préfet de la Charente Maritime*, *A.J.D.A.* 2002, p.1080, note P. LEBRETON, ainsi que C.E., avis, 3 décembre 2001, *SCI des 2 et 4, rue de la Poissonnerie et autres*, *A.J.D.A.* 2002, p.17, note H. JACQUOT, *R.F.D.A.* 2002, p.982, obs. N. CHAUVIN. Voir également, pour une vision critique : S. TRAORE, « La nature juridique des plans de prévention », *A.J.D.A.* 2003, n°41, p.2185.

⁷⁴¹ Titre 2-1, Chapitre 2-1-1, articles 2, 3 et 6 du Code zoosanitaire.

⁷⁴² Art. L. 223-2 du Code rural. Cette nomenclature peut être étendue sur le fondement de l'article L. 223-3 à toute maladie contagieuse qui prendrait un caractère dangereux.

⁷⁴³ Voir en ce sens : Rapport d'information du Sénat, N°441, Session ordinaire de 1999-2000.

3° La mise à jour des connaissances

272. L'exigence d'une mise à jour de l'information est une conséquence évidente de l'imprévisibilité qui caractérise le risque et de la nature évolutive des connaissances. A ce titre une action préventive, fondée sur des données dépassées sera aussi peu efficace qu'une action engagée en l'absence de connaissances. Elle est donc d'autant plus indispensable qu'est incertaine la connaissance déjà acquise. Ceci explique pourquoi les auteurs qui se sont intéressés au principe de précaution insistent sur ce point fondamental⁷⁴⁴.

Si, logiquement, elle suppose qu'aient été réalisés au préalable l'identification et le classement des risques, la mise à jour des informations obtenues ne clôt pas l'acquisition de la connaissance, mais au contraire lance un nouveau cycle d'analyse des risques en renouvelant la recherche, l'identification ainsi que la hiérarchisation. Elle est donc permanente.

273. Les enjeux d'une telle action rejoignent ceux déjà évoqués et sont communs aux entreprises et aux pouvoirs publics. Il s'agit en effet de permettre l'efficacité de la prévention en s'assurant de l'adéquation de la mesure prise avec le risque considéré tout en tentant de minimiser les inconvénients induits. Or, dans la mesure où le choix des outils de prévention se fait sur le fondement des inventaires et classements hiérarchiques des risques, la mise à jour de ces derniers permet aux acteurs concernés de reconsidérer l'utilité, la proportionnalité et l'efficacité des moyens mis en œuvre. La mise à jour constante justifiée par l'évolution des connaissances a donc comme corollaire le caractère révisable et révocable des mesures de prévention des risques. Elle constitue un outil indispensable à tous les niveaux en conditionnant la

⁷⁴⁴ Voir par exemple : PH. KOURILSKY ET G. VINEY, *Le principe de précaution*, Ed. O. Jacob, La documentation française, Paris, 2000 ; A. ROUYERE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *R.F.D.A.* mars-avril 2000, p.266, D. TRUCHET, « Douze remarques simples sur le principe de précaution », *A.J.D.A.*, 20 mars 2002, p.533. Voir également : *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, I.N.R.A. ; Dossier spécial consacré au principe de précaution, *L.P.A.* 30 novembre 2000 ; F. EWALD, *Le principe de précaution*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, préc.

fidélité de l'identification et de l'analyse des risques, donc l'efficacité des mesures concrètes de prévention.

Les actions de recherche entreprises par les opérateurs ou les pouvoirs publics jouent, du fait de leur caractère permanent, un rôle primordial dans l'actualisation des connaissances relatives aux risques. Par exemple, les missions confiées aux différents établissements publics de recherche exigent la continuité de leur action de veille, corollaire du principe général de continuité des services publics dont ils ont la charge. Ils peuvent ainsi acquérir par étapes, en un processus souvent discontinu, un savoir qui ne s'acquiert que progressivement.

De façon plus spécifique, mais sans sous-estimer le rôle de la recherche scientifique en ce domaine, certains outils de mise à jour des connaissances sont adaptés à la matière du risque : c'est le cas du retour d'expérience. Celui-ci constitue un moyen de faire évoluer les connaissances ou la maîtrise d'un risque en tirant les conséquences utiles d'événements passés, tels que la réalisation de risques connus, mais que l'on n'a pas su prévenir, celle de risques jusqu'alors inconnus, ou au contraire d'accidents qui ont pu être évités grâce aux moyens mis en œuvre. Il consiste à déduire de ces événements les probabilités de leur survenance future en tenant compte des corrélations entre les phénomènes, les causes et les risques.

Les entreprises utilisent cette méthode afin d'actualiser leur connaissance des risques et d'adapter les mesures de prévention qu'elles ont instaurées. En matière industrielle, les exploitants d'installations doivent rapporter les accidents et incidents s'étant déjà produits sur leur site⁷⁴⁵ ou ceux survenus sur des installations comparables afin d'adapter continuellement leurs mesures de prévention⁷⁴⁶. En effet, le retour

⁷⁴⁵ La difficulté d'une telle démarche provient du fait qu'il n'est jamais valorisant pour une entreprise de communiquer de telles informations.

⁷⁴⁶ L'article 38 du décret du 21 septembre 1977 impose aux exploitants d'installations classées l'obligation d'émettre une déclaration ainsi qu'un rapport détaillé en cas d'accident ou d'incident. De même, en vertu de l'article 4 du décret 86-1289 du 19 décembre 1986, le préfet peut exiger la mise à jour des études de danger ainsi que des études d'impact telle que l'impose la directive Seveso

d'expérience leur permet de déterminer les causes les plus fréquentes d'accidents et les outils de prévention les plus efficaces. De façon plus marquée, les exploitants d'installations nucléaires utilisent, en collaboration avec les pouvoirs publics, un système de mise à jour fondé sur une échelle des risques⁷⁴⁷ qui repose sur la déclaration de tout événement mettant en cause la sûreté de l'installation ainsi que sur son classement⁷⁴⁸. Le niveau atteint par un incident donné constitue alors une base de dialogue avec l'autorité de sûreté et permet de réévaluer les moyens de prévention mis en œuvre.

274. Les pouvoirs publics complètent ce retour d'expérience en mettant leurs moyens et capacités au profit des entreprises qui ne bénéficient pas d'une expertise comparable. Pour ce faire, ils utilisent des outils de mise à jour propre à chaque risque. Il convient d'en donner quelques exemples. Concernant les risques industriels, il faut souligner le rôle joué par le Bureau d'analyse des risques et des pollutions industrielles dont la mission est de collecter, d'analyser et d'enregistrer dans une base de données les comptes-rendus d'incidents et d'accidents qui lui sont communiqués par l'inspection des installations classées. De même, les plans de prévention des risques technologiques ont été conçus afin de permettre aux pouvoirs publics de tirer les leçons des événements exceptionnels qui se produisent. Enfin, l'exemple des pollutions par hydrocarbure successives qu'a connues la France a permis de tirer d'utiles conséquences sur l'efficacité des mesures de prévention⁷⁴⁹.

n°96-82 du 9 décembre 1996. Celle-ci prévoit en effet que les informations doivent être mises à jour périodiquement afin de tenir compte des nouvelles connaissances techniques ainsi que de l'évolution des connaissances en matière d'évaluation des risques. Voir en ce sens, M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, 5^e édition, 2004, p.493.

⁷⁴⁷ Il s'agit de l'échelle de gravité INES (International Nuclear Event Scale).

⁷⁴⁸ Ce classement distingue les simples écarts, les incidents et les accidents. Une échelle identique a été mise au point ne ce qui concerne les accidents industriels par la Communauté européenne et l'OCDE.

⁷⁴⁹ Voir en ce sens : Rapport d'information du Sénat, N°441, session ordinaire 1999-2000, relatif à la marée noire provoquée par le naufrage de l'Érika, p.41. Il a en effet résulté de l'analyse *a posteriori* du naufrage de l'Érika que les plans Polmar-terre, dont l'objet est de répertorier les zones à protéger en priorité, les moyens de lutte, les centres de traitement et de stockages, etc., étaient pour la plupart obsolètes lors de l'accident et devraient dorénavant être mis à jour annuellement. En outre, le

Concernant les risques naturels, on peut noter qu'en matière d'inondation, les catastrophes répétitives permettent de tirer toutes les conséquences utiles en matière de prévention⁷⁵⁰. Par exemple, à la suite des inondations dans la Somme en 2001, les experts ont préconisé que les schémas départementaux d'analyse et de couverture des risques devraient être mis à jour plus fréquemment, l'entretien des cours d'eau, des lits et des berges amélioré, tout comme le système d'alerte des crues. La loi du 30 juillet 2003 a ainsi pu prendre en compte ces éléments afin d'améliorer la prévention de ce risque⁷⁵¹.

275. La connaissance des risques des entreprises constitue un préalable nécessaire à la mise en place d'une politique de prévention efficace, et ce, aussi bien pour les entrepreneurs que pour les pouvoirs publics. Elle suppose que soient réalisées plusieurs étapes complémentaires, comportant des enjeux partiellement communs, mais qui ne sauraient à elles seules garantir l'efficacité de l'action entreprise. En effet, si le philosophe proclamait que science sans conscience n'est que ruine de l'âme, le juriste cherchant à appréhender le risque ose affirmer que science sans transmission du savoir n'est que ruine de l'action. Car l'action publique destinée à identifier et analyser le risque ne peut servir une politique de prévention des risques subis par les entreprises que dans la mesure où les informations recueillies servent utilement sa politique. On comprend dès lors l'importance que revêt la transmission de l'information en matière de prévention des risques.

Comité interministériel de la mer, réuni afin d'adopter des mesures permettant d'améliorer la lutte contre ces pollutions, a pris en compte les défaillances du système de prévention au regard de la crise de décembre 1999.

⁷⁵⁰ Voir en ce sens : Y. DAUGE, « Rapport sur les politiques publiques de prévention des inondations en France métropolitaine et en outre mer », 1999. L'auteur préconise d'encourager en matière d'inondation une politique systématique de retours d'expérience. Le rapport annuel du délégué aux risques majeurs pour 2000 prévoit en cas d'inondation : la collecte rapide, voire immédiate, des données après l'événement ; l'analyse complémentaire, après quelques mois, de l'événement et des enseignements à en tirer ; le suivi de la mise en œuvre des mesures arrêtées permettant la réparation et l'évaluation du processus. De tels retours d'expérience ont ainsi été menés pour les inondations dans le sud de la France, en Bretagne, dans la Somme.

⁷⁵¹ Voir en ce sens : C. CANS, « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels : réelles avancées et cruels constats d'inefficacité. », *D.E.*, novembre 2003, p.204.

B- La transmission de la connaissance du risque

276. En matière de risque tout comme dans d'autres domaines, les décideurs doivent être éclairés par des informations pertinentes relatives à la situation qu'ils ont à traiter. La prévention, qu'elle soit menée par les pouvoirs publics ou par les entreprises, repose sur des éléments d'information nécessaires à la prise de décision. Ainsi, les connaissances acquises par les pouvoirs publics dans le cadre de leur action préventive, dont on a dit qu'elle venait compléter celle des entreprises, doivent-elles être transmises à ces dernières afin qu'elles puissent utilement et efficacement apprécier les risques auxquels elles sont soumises et engager de façon autonome les actions nécessaires.

Inversement, et de façon spécifique, les entreprises doivent transmettre aux pouvoirs publics les informations ou connaissances qu'elles ont obtenues afin qu'ils puissent entreprendre les actions qu'ils sont mieux à même d'effectuer dans le cadre de leur mission d'intérêt général. L'information constitue donc pour les uns comme pour les autres une étape essentielle de l'action préventive. Elle donne lieu à une complémentarité des moyens mis en œuvre (**1°**). Cette complémentarité se manifeste encore plus fortement lorsque l'échange d'informations prend la forme d'une participation des entreprises ou d'une concertation à l'occasion de la prise de décisions publiques (**2°**).

1° L'échange d'informations

277. Afin de pallier les insuffisances de l'action préventive des entreprises ou de suppléer à leur carence, les pouvoirs publics doivent pouvoir à la fois bénéficier d'informations recueillies par les entreprises elles-mêmes et transmettre celles qu'ils ont acquises afin que les opérateurs en tirent profit. L'information a donc un double objet.

Les opérateurs économiques acquièrent certaines informations liées à leur activité, aux produits et techniques utilisés, au mode de production, etc., qui peuvent

concourir à une meilleure connaissance des risques : vulnérabilité de certains éléments du patrimoine, dangerosité de techniques ou produits, probabilité de réalisation d'un accident. Ils sont également les mieux placés pour répertorier et analyser les incidents et juger de l'efficacité et le coût de certaines techniques de protection. La constitution d'un tel savoir relatif au risque doit, dans la mesure du possible⁷⁵², bénéficier aux pouvoirs publics afin que ceux-ci puissent, en toute connaissance de cause et de façon éclairée, déterminer les mesures de prévention adéquates⁷⁵³. Les enjeux de l'information sont donc du même ordre que ceux de la recherche : disposer des connaissances les plus poussées dans le but de mettre en œuvre les mesures les mieux adaptées et les plus efficaces⁷⁵⁴. Cette transmission ne va pourtant pas nécessairement de soi lorsque sont en cause des données dont on tente de protéger le caractère secret ou dont la publicité n'est pas valorisante.

C'est pourquoi les pouvoirs publics imposent fréquemment aux entrepreneurs l'obligation de transmettre les informations qui leur permettront par la suite d'élaborer leur politique de prévention. Ces obligations sont sanctionnées⁷⁵⁵.

La transmission peut s'opérer selon un mode déjà évoqué pour les installations classées, par le biais d'études d'impact ou de danger réalisées par les entrepreneurs et qui constituent des éléments du dossier à présenter à l'administration⁷⁵⁶. Sur ce fondement, cette dernière pourra déterminer les restrictions et servitudes à imposer. De même, les exploitants ont l'obligation d'informer l'administration lorsque survient un incident ou un accident et de communiquer toute information nouvelle relative à la sécurité de l'installation en vertu des articles 20 et 38 du décret du 21 septembre 1977.

⁷⁵² Pour certains économistes, le fait que l'entreprise dispose de plus d'informations peut conduire à rejeter l'intervention publique. Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre second, n°226 et s.

⁷⁵³ On notera ici le paradoxe de la situation qui veut que pour pouvoir venir en aide aux entreprises défaillantes, les pouvoirs publics sont dépendants de l'information que celles-ci lui transmettront.

⁷⁵⁴ Voir supra, ce chapitre, n°259 et s.

⁷⁵⁵ Ainsi, l'article L. 228-5 du Code rural prévoit-il que le fait de ne pas effectuer les déclarations prescrites en cas de décès d'animaux est puni d'une amende prévue pour les contraventions de la 5^e catégorie.

⁷⁵⁶ Le préfet a la possibilité d'exiger la fourniture d'informations ou leur mise à jour.

Une telle obligation a par ailleurs été imposée aux éleveurs, tenus de transmettre aux pouvoirs publics un certain nombre d'informations nécessaires à la gestion des maladies animales⁷⁵⁷. Dans le cadre de l'OIE, les États ayant été informés de l'existence d'une épizootie doivent obligatoirement en faire la déclaration dans un délai de vingt-quatre heures.

278. Inversement, les pouvoirs publics communiquent aux entrepreneurs les informations et connaissances qu'ils ont acquises au sujet de certains risques. Les établissements publics de recherche publient régulièrement leurs résultats et apportent de ce fait une expertise aux entreprises qui n'en disposent pas⁷⁵⁸. Ils diffusent leurs connaissances⁷⁵⁹, et travaillent fréquemment avec elles. L'information consiste également en un rappel des dispositions réglementaires et législatives imposant aux entrepreneurs des obligations de prévention : réglementation des installations classées, prévention des risques naturels, etc.

Par ailleurs, un souci accru de transparence de l'action administrative a conduit le législateur à imposer une obligation d'information dans des domaines où sont susceptibles de se réaliser des risques⁷⁶⁰. Les entrepreneurs en bénéficient. Le droit de l'environnement a à cet effet consacré un principe d'information que l'on retrouve énoncé aux l'article L. 110-1-4° et L.124-1 et s. du Code de l'environnement, et à

⁷⁵⁷ Les éleveurs sont tenus de transmettre toute information permettant de prouver l'identification de l'anormal, son âge, son origine et son dernier lieu de provenance en vertu de l'article L. 221-4 du Code rural. De même, ils sont tenus, en vertu de l'article L. 223-5 d'informer les autorités compétentes lorsqu'un animal est soupçonné d'être atteint d'une maladie contagieuse.

⁷⁵⁸ Par exemple, le programme de recherche et d'étude initié par le ministère chargé de l'environnement relatif à la « Formalisation du savoir et des outils dans le domaine des risques majeurs », a fait l'objet de publications de l'INERIS facilement accessibles. Cette étude porte sur trois éléments distincts : les phénomènes physiques impliqués en situation accidentelle ; l'analyse et la maîtrise des risques ; les aspects méthodologiques pour la réalisation de prestations réglementaires.

⁷⁵⁹ Ainsi, l'Institut français de l'environnement, service statistique du ministère de l'environnement, est chargé de l'information statistique et des données.

⁷⁶⁰ Voir en ce sens : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., p.201 et s. L'auteur évoque l'apparition de nouveaux principes parmi lesquels le principe de la participation et de l'information.

l'article 7 de la Charte de l'environnement⁷⁶¹. En vertu de ce principe, et au titre de la loi sur la liberté d'accès aux documents administratifs du 17 juillet 1978, l'administration est par exemple tenue de communiquer les informations relatives aux niveaux de pollution, notamment celles émises par les installations classées, ainsi que les rapports d'enquête des services d'inspection⁷⁶². Il est également prévu que l'information du public doit être assurée tout au long de la procédure d'ouverture d'une telle installation, notamment par le biais de la publication de l'enquête publique⁷⁶³. En matière de risque naturel, la loi du 30 juillet 2003, affirme que « la transmission de l'information sur les crues est assurée par l'État » et vient ainsi compléter les dispositions de l'article L. 124-2 du Code de l'environnement reconnaissant un droit des citoyens à l'information sur les risques majeurs auxquels ils sont soumis⁷⁶⁴.

279. La connaissance des risques est très souvent affaire de spécialistes, scientifiques ou techniciens. La qualité de l'information des entrepreneurs dépend donc de la qualité des travaux de recherche menés ainsi que de la volonté des pouvoirs publics de leur accorder une place dans le processus de décision. En effet, dans un

⁷⁶¹ L'article 10 de la déclaration de Rio de 1992 proclame le droit à l'information de tous les citoyens. De même, la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 consacre un droit d'accès à l'information en matière d'environnement. La directive du Conseil du 7 juin 1990 (n°90-313, JOCE, n° 158 du 23 juin 1990), reconnaît la liberté d'accès aux informations en matière d'environnement. Voir en ce sens : B. DELAUNAY, « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement. », *A.J.D.A.*, 14 juillet 2003, p.1316. Voir également la récente Loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005, J.O. du 27 octobre 2005 précisant le droit d'accès à l'information en matière d'environnement.

⁷⁶² On doit noter la mise en place à compter du 27 février 2004 du European Pollutant Emission Register chargé d'inventorier les émissions de pollutions industrielles en Europe. Ce registre est présenté comme devant notamment servir aux entreprises afin d'améliorer leur politique de lutte contre les pollutions.

⁷⁶³ Article L. 122-3 du Code de l'environnement. La loi du 30 juillet 2003 prévoit que le commissaire enquêteur ou le président de la commission d'enquête peut organiser une réunion d'information et d'échange avec le public. Il le doit, à la demande du maire, pour les installations les plus dangereuses.

⁷⁶⁴ En outre, l'article 40 de la même loi dispose que le maire doit informer la population sur les risques naturels connus dans la commune, les mesures de prévention et de sauvegarde possibles, les dispositions du plan de prévention des risques naturels, etc. Les acquéreurs et locataires de biens immobiliers situés dans des zones couvertes par un plan de prévention doivent être informés de l'existence de risques et de leurs méfaits éventuels.

contexte qui est fréquemment marqué par l'incertitude, il n'est pas raisonnable de remettre le sort de la société dans les mains d'experts ou de scientifiques sans préalablement poser le débat démocratique de la nécessité de telle activité économique ou de telle mesure de prévention. La participation des opérateurs, est donc rendue nécessaire et répond à une revendication sociale de plus en plus forte liée à celle d'une plus grande sécurité.

2° La participation des entreprises

280. La technicité de la matière, l'absence d'information relative à l'importance des enjeux en cause ont souvent été les sources de l'incompréhension voire du désintérêt des citoyens pour les politiques publiques mises en place en matière de risque. Cependant, à la suite d'une série récente de catastrophes naturelles, écologiques, sanitaires ou technologiques à l'occasion desquelles ont été jugées inadaptées les mesures adoptées par les pouvoirs publics, est apparue une demande croissante de la société civile de participer ou d'être entendue lors de la prise de décisions publiques. Il s'agit d'un aspect d'un phénomène plus général⁷⁶⁵ et ancien que l'on désigne sous le nom de démocratie participative, marquée par l'institution de nouveaux organismes tels que la Commission nationale du débat public⁷⁶⁶ ou la *conférence de citoyens*⁷⁶⁷, le vote de lois de « démocratie » ou encore par la récente réforme de la décentralisation prévoyant un droit de pétition au niveau local⁷⁶⁸.

Les entrepreneurs bénéficient de cette tendance et saisissent l'opportunité qui leur est ainsi faite pour participer et faire entendre leur voix lorsqu'est abordée la question de la prévention des risques qu'ils sont susceptibles de subir ou de créer. C'est

⁷⁶⁵ Voir en ce sens, J. CHEVALLIER, *Science Administrative*, 3^e édition, préc., p.438 et s.

⁷⁶⁶ Instituée par l'article 2 de la loi 95-101 du 2 février 1995, il s'agit d'une autorité administrative indépendante qualifiée par la loi « démocratie de proximité » du 27 février 2002.

⁷⁶⁷ Une telle « conférence » a été mise en place en France en 1998 au sujet des organismes génétiquement modifiés et en 2002 au sujet du réchauffement de la planète.

⁷⁶⁸ Article 72-1 de la Constitution.

en effet à cette occasion que les entreprises ont la possibilité de faire connaître leurs choix en termes de préférence et d'utilité⁷⁶⁹. Elles expriment alors le niveau de risque qu'elles jugent acceptable de courir et le confrontent à celui retenu par les autres acteurs présents dont les intérêts sont souvent divergents. Il revient alors aux pouvoirs publics de concilier par des mesures adaptées l'ensemble de ces intérêts et de dégager un niveau de risque acceptable prenant compte des priorités de chacun. La concertation et la participation à la prise de décision en matière de risque sont donc doublement bénéfiques. Elles permettent aux entreprises de s'informer et de faire valoir leurs priorités ; elles permettent aux pouvoirs publics de répondre aux diverses revendications par des mesures proportionnées et de faire prévaloir l'intérêt général. Elles sont susceptibles de recouvrir plusieurs formes, on en retiendra quelques-unes à titre d'exemple.

281. Notons tout d'abord l'importance du rôle joué par les enquêtes publiques en matière de risques industriels ou naturels. L'ouverture d'une installation classée⁷⁷⁰ ou l'élaboration d'un plan de prévention des risques⁷⁷¹ sont soumises à l'organisation préalable d'une enquête publique qui permettra à l'ensemble de la population environnante ainsi qu'aux acteurs économiques et sociaux d'être informés des

⁷⁶⁹ Ce choix exprime le rapport établi par les entreprises entre sécurité et profit. Il est révélateur de la priorité donnée soit à l'une soit à l'autre en fonction du risque considéré, de sa dangerosité et de sa probabilité de réalisation. Ainsi, une entreprise sera-t-elle certainement plus encline à courir un risque peu probable dans la mesure où les profits qu'elle en retire sont grands que de prévoir des mesures de protection coûteuses au regard de l'incertitude des dommages susceptibles d'en résulter. Un raisonnement semblable est également valable lorsque c'est une entreprise qui est à l'origine du risque : elle sera naturellement conduite à poursuivre son activité à risque tant que celle-ci lui est profitable au détriment de mesures de prévention dont elle ne retire aucun avantage. Le rôle des pouvoirs publics consistera à confronter cette analyse à celle retenue par les autres acteurs sociaux afin de déterminer ce qu'est le risque acceptable pour l'ensemble de la société.

⁷⁷⁰ Articles 5 à 7 du décret du 21 septembre 1977. Par ailleurs, le commissaire enquêteur peut (ou doit pour les installations « seuil haut ») organiser des réunions d'échange réunissant la population, les industriels et l'administration. L'élaboration d'un plan de prévention des risques technologiques donne lieu à une concertation avec les exploitants des installations à l'origine du risque.

⁷⁷¹ Article L. 562-3 du Code de l'environnement. Il s'agit d'une enquête publique « démocratisée » dite « Bouchardeau » depuis la loi du 12 juillet 1983 codifiée aux articles L.123-1 et s. du code de l'environnement.

caractéristiques de l'installation et de faire connaître leurs observations ou contre-propositions.

La concertation peut également se faire par le truchement du dialogue institutionnalisé entre les pouvoirs publics et les associations. Ces dernières sont d'ailleurs représentées dans un certain nombre d'organes consultatifs tels que le Conseil supérieur des installations classées⁷⁷² ou la Commission départementale des risques naturels majeurs⁷⁷³ et peuvent être consultées à l'occasion de l'élaboration des documents d'urbanisme.

En matière de risque naturel, la loi du 30 juillet 2003, sur le modèle de ce qui a été instauré en matière d'équipements énergétiques⁷⁷⁴ ou de déchets⁷⁷⁵, a créé des Commissions départementales des risques naturels majeurs représentant le milieu socio-économique et chargées de donner des avis aux pouvoirs publics⁷⁷⁶.

On peut enfin citer l'élaboration des plans « Polmar-Mer⁷⁷⁷ » de lutte contre les pollutions marines qui donne lieu à une concertation avec l'ensemble des acteurs concernés dont les marins, pêcheurs et conchyliculteurs.

282. La politique de prévention des pouvoirs publics ne saurait faire l'impasse sur l'acquisition de la connaissance des risques. L'importance des intérêts économiques et politiques en jeu exige le recueil d'informations dont découlera en partie l'efficacité des mesures prises. Les expériences passées ont d'ailleurs démontré que les citoyens comprennent difficilement que les pouvoirs publics ne disposent pas des informations nécessaires à leur protection. L'échec de l'Etat à prévenir certains risques, dû à un

⁷⁷² Article 2 du décret du 29 décembre 1976, modifié le 2 novembre 1989.

⁷⁷³ Article L. 565-1 du Code de l'environnement.

⁷⁷⁴ Circulaire du Premier ministre du 15 décembre 1981 relative aux commissions locales d'information placées auprès des grands équipements énergétiques.

⁷⁷⁵ Article L.125-1 du Code de l'environnement.

⁷⁷⁶ Une commission semblable a été instituée pour les risques technologiques.

⁷⁷⁷ Circulaire du Premier Ministre du 17 décembre 1997.

défaut de connaissances, est d'autant plus mal compris qu'on lui assigne désormais l'obligation d'assurer de façon générale la sécurité de tous.

Ainsi, l'aide que peut apporter l'action publique aux entrepreneurs qui manifestent des insuffisances ou des carences en ce domaine, afin de combler ou de compléter leurs mesures de prévention est considérée par eux comme un dû. Elle se situe dans un mouvement actuel de renforcement des efforts de recherche et d'analyse des risques, d'information et d'association des acteurs concernés à la prise de décision.

§ 2 - Les manifestations de la prévention du risque

283. Le risque étant défini comme une menace d'événement imprévisible et dommageable, l'action de prévention l'appréhende à deux niveaux : celui de l'événement imprévisible et celui des dommages susceptibles d'en résulter. Elle tente donc d'empêcher soit la réalisation du premier, ce qui entraîne la prévention des dommages par voie de conséquence, soit la réalisation des seconds lorsque le risque s'est manifesté de façon irrésistible.

Tenter de prévenir l'imprévisible semble affaire impossible. Pourtant, comme il a déjà souligné dès l'introduction de cette étude, le risque n'est pas synonyme d'incertitude absolue. Il se manifeste par une imprévisibilité relative, liée aux conditions de sa réalisation : lieu, temps, intensité, durée, nature, etc.⁷⁷⁸. Ce caractère imprévisible est donc d'autant plus marqué que la connaissance du risque est faible. La philosophie du principe de précaution est alors particulièrement influente lorsqu'il s'agit de

⁷⁷⁸ Le risque se manifeste dès l'instant où une probabilité, un doute apparaissent sur l'éventualité de la réalisation d'un événement dommageable. Ce doute peut être étayé par une faible connaissance ou des informations disparates (le risque est alors particulièrement imprévisible). Il peut en revanche se rapprocher de la certitude s'il est étayé par une bonne connaissance.

déterminer concrètement les mesures de prévention à adopter en situation d'incertitude. La prise de décision est rendue plus difficile⁷⁷⁹ et exige souplesse et évolutivité.

La prévention des risques des entreprises met en œuvre des instruments juridiques communs à l'ensemble des risques. Elle adopte deux modalités distinctes : le contrôle des activités à risque **(A)** et la protection des victimes potentielles **(B)**. Ces modalités subissent cependant une adaptation puisque les activités qu'il s'agit de contrôler ou de protéger sont des activités économiques.

A- Le contrôle

284. L'hypothèse qui sera envisagée dans ces développements est celle d'activités économiques faisant peser des risques⁷⁸⁰ sur d'autres entrepreneurs⁷⁸¹.

L'intervention publique visant à en assurer le contrôle repose *a priori* sur des outils juridiques communs. Cependant, la matière économique est prise en compte à un double titre, qui modifie sensiblement la façon dont les pouvoirs publics agissent.

D'une part, les activités qu'il s'agit de contrôler sont économiques. Les mesures de contrôle adoptées leur sont spécifiques et ne sauraient convenir dans d'autres hypothèses⁷⁸². D'autre part, il est courant que le risque ainsi causé trouve son origine dans un risque préexistant dont la victime n'est autre que l'entreprise qu'il s'agit de contrôler. Ainsi est-ce parce qu'elle est victime d'une catastrophe naturelle qu'une

⁷⁷⁹ La difficulté résultera tout d'abord du choix entre l'action et l'abstention. Elle consistera ensuite, si le choix de l'action est fait, à choisir entre plusieurs modalités d'intervention plus ou moins restrictives pour les opérateurs selon le niveau de risque acceptable établi.

⁷⁸⁰ Ces activités dites à *risque* sont multiformes et peuvent être le fait d'industries, d'exploitants agricoles, d'éleveurs, etc.

⁷⁸¹ Les dommages ainsi causés peuvent résulter d'explosions, de pollutions, de contaminations, etc.

⁷⁸² On ne traite pas de la même façon les troubles de voisinage résultant de l'exploitation d'une centrale nucléaire, d'une industrie chimique, d'une exploitation agricole et ceux résultant de l'activité d'un particulier. Les prescriptions et mesures de contrôle ne sont pas du même ordre et n'ont pas la même intensité tant les dommages susceptibles de résulter de l'exploitation d'une activité économique pour les tiers ne peuvent être comparés, dans leur processus de réalisation et dans leur importance, à ceux qui résultent d'une activité non économique.

installation classée risque de causer des dommages imprévisibles à d'autres entrepreneurs. Dès lors, l'entreprise étant à la fois victime et cause de dommages, il convient d'opérer un contrôle adapté à sa situation.

285. Le contrôle opéré par les pouvoirs publics suppose au préalable qu'ils aient imposé des obligations de comportement aux entreprises *à risque*. Il s'agit en effet pour eux de vérifier que ces dernières respectent bien les prescriptions ainsi établies en vue de prévenir la réalisation de dommages. La réglementation des activités économiques contient de la sorte des dispositions assez nombreuses dont l'objet est d'éviter que les tiers⁷⁸³, dont des entrepreneurs, soient victimes de préjudices. Les modes de production, les techniques et matériaux employés, les conditions sanitaires d'exploitations, les conditions de sécurité, etc. font donc l'objet de prescriptions particulières.

Leur contrôle peut alors revêtir différentes formes qu'il s'agira de préciser **(1°)**. Le choix opéré par les pouvoirs publics dépendra de la définition et de l'analyse du risque qu'ils auront retenues **(2°)**.

1° Les formes du contrôle

286. Il va de soit que le contrôle des activités à risque comme moyen de prévention est un contrôle antérieur à la réalisation de dommages éventuels. Mais les diverses techniques utilisées n'interviennent pas nécessairement au même moment **(a)**. L'issue de contrôle se traduira alors de façon différente **(b)**.

⁷⁸³ Le droit de la consommation a par exemple développé une réglementation très poussée destinée à assurer la sécurité des consommateurs.

a) *Le moment du contrôle*

287. Les pouvoirs publics ont la possibilité d'intervenir avant que l'exploitation de l'entreprise ne débute ou au cours de son exploitation. Ce choix est déterminé par des considérations matérielles. Certains risques peuvent en effet être évités par l'édition de prescriptions adéquates dont il est possible d'assurer le respect lors de l'implantation de l'entreprise. D'autres en revanche ne peuvent être prévenus que par une surveillance des conditions d'exploitation.

288. Dans le premier cas, les techniques employées sont d'une intensité variable, allant de l'interdiction, à la déclaration préalable, en passant par l'autorisation.

L'interdiction générale d'exercer une activité économique ne porte que sur celles qui ont préalablement été déclarées illégales⁷⁸⁴. Elle peut cependant se décliner autrement lorsqu'elle concerne par exemple l'implantation d'une entreprise dans un lieu déterminé⁷⁸⁵. Elle peut alors être prononcée par l'autorité administrative en vertu d'un texte mais également en vertu de ses pouvoirs de police⁷⁸⁶. A ce titre, l'existence d'un système d'autorisation préalable ne fait pas obstacle à ce que l'autorité de police, si elle

⁷⁸⁴ En vertu de l'article 1131 du Code civil, l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun objet. L'article 1133 dispose que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. En outre, l'article 1833 du Code civil dispose que toute société doit avoir un objet licite.

⁷⁸⁵ Ainsi, l'autorité chargée de délivrer les permis de construire peut-elle refuser l'implantation d'une entreprise générant des risques pour ses voisins. L'article R. 111-14-1 du Code de l'urbanisme dispose que le permis de construire peut être refusé si les constructions envisagées sont susceptibles de compromettre les activités agricoles ou forestières. L'article R. 111-2 dispose quant à lui que le permis de construire peut être refusé si la construction envisagée risque de porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publiques. De façon plus générale, le plan local d'urbanisme peut prévoir, en vertu de l'article R.123-4 du Code de l'urbanisme, des zones dans lesquelles l'implantation de telles activités est interdite.

⁷⁸⁶ Sous le contrôle du juge qui vérifiera, en vertu d'une jurisprudence constante, que les mesures ainsi édictées ne sont ni absolues ni trop générales. Par exemple : T.C., 8 avril 1935, *Action française*, G.A.J.A., n°50 ; C.E., 4 mai 1984, *Guez*, p.393.

est compétente⁷⁸⁷, interdit en raison de circonstances locales particulières une activité préalablement autorisée à un niveau supérieur. Ceci en vertu du principe selon lequel la règle prise à un niveau général peut être aggravée au niveau local si les circonstances le justifient⁷⁸⁸.

L'autorisation ou la déclaration préalables visent quant à elles à s'assurer que la future entreprise a bien adopté les mesures nécessaires pour se conformer aux réglementations qui conditionnent l'exercice de son activité au respect de diverses conditions. En raison des atteintes importantes ainsi portées aux libertés économiques, seul le législateur peut instaurer de tels contrôles préalables⁷⁸⁹, exceptionnels au regard du système répressif généralement retenu⁷⁹⁰.

En ce qui concerne les autorisations préalables, le législateur peut laisser à l'administration chargée de s'assurer du respect des conditions légales une plus ou moins grande marge d'appréciation. La loi peut en effet fixer des conditions très précises, limitant d'autant le pouvoir discrétionnaire de l'administration, voire n'autoriser aucune appréciation et lui imposer une compétence liée. Il s'agit par exemple de la législation sur les installations classées⁷⁹¹ ou de celle qui impose aux industriels d'obtenir une autorisation de mise sur le marché avant de commercialiser certains produits⁷⁹², d'utiliser certaines techniques ou de respecter certaines obligations⁷⁹³. À

⁷⁸⁷ Ceci dans la mesure où l'exercice de la police spéciale n'est pas exclusif. Par exemple, l'autorité de police générale n'est pas, sauf circonstances exceptionnelles, compétente en matière d'installation classées.

⁷⁸⁸ C.E., 8 août 1919, *Labonne*, préc.

⁷⁸⁹ C.E., 22 juin 1951, *Daudignac*, préc. ; C.E., 2 juillet 2003, *Commune de Collioure*, *A.J.D.A.*, 2003, p.2218, note J.-P. MARKUS : le maire d'une commune ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, instaurer un régime d'autorisation préalable. En matière de déclaration préalable : CE 2 mars 1934, *Sieur Prothée*, p.123

⁷⁹⁰ Voir en ce sens : J. RIVERO et Y. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, 9^e édition mise à jour, T.1, P.U.F., Thémis droit public, Paris, 2004.

⁷⁹¹ La loi du 19 juillet 1976 prévoit que certaines installations sont soumises à autorisation préalable. Le pétitionnaire doit alors déposer un dossier auprès du préfet accompagné de diverses études déjà évoquées destinées à prouver que les prescriptions légales ont été observées.

⁷⁹² L'exemple particulièrement médiatisé de la mise sur le marché de certains insecticides peut ici être utilement cité. L'article L. 253-1 et L. 253-6 du code rural dispose que l'autorisation de mise sur

l'occasion de la délivrance de l'autorisation, l'administration pourra être amenée à imposer certaines prescriptions complémentaires que devra respecter l'entrepreneur. Il en va ainsi des autorisations de construire⁷⁹⁴, ou d'exploiter une installation classée⁷⁹⁵. Ces prescriptions pourront être aggravées, à certaines conditions, par l'autorité de police générale⁷⁹⁶.

En ce qui concerne les déclarations préalables, l'administration ne dispose d'aucune liberté d'appréciation et se contente d'enregistrer la volonté des entrepreneurs⁷⁹⁷. Prévenue à l'avance, l'autorité administrative pourra prendre les mesures nécessaires afin de prévenir la réalisation de dommages éventuels⁷⁹⁸. La déclaration conditionne la légalité de l'activité entreprise puisqu'à cette occasion, le déclarant doit faire la preuve qu'il observe les conditions posées préalablement. Si ces dernières sont effectivement suivies, l'administration sera tenue de laisser l'activité

le marché d'un produit phytopharmaceutique à usage agricole ne peut être délivrée qu'après vérification de l'innocuité du produit à l'égard de la santé publique, des utilisateurs, des cultures et des animaux, dans les conditions d'emploi prescrites. Voir, pour une application à l'insecticide « Gaucho » : C.E., 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, A.J.D.A., 2002, p. 1180, concl. F. SENERS ; C.E., 31 mars 2003, *Union nationale de l'apiculture française*, A.J.D.A., p.1388.

⁷⁹³ Les deux décrets du 19 mars 2004 (J.O. 21 mars 2004, p.5486) pris en application de la loi n°2003-8 du 3 janvier 2003 relative à l'ouverture du marché du gaz prévoient que les candidats doivent obtenir une autorisation du ministre chargé de l'énergie avant d'exercer leur activité. A cette occasion, le ministre vérifiera le respect de conditions légales tenant notamment à la continuité de l'approvisionnement *y compris dans des conditions météorologiques extrêmes*.

⁷⁹⁴ L'article R. 111-2 du Code de l'urbanisme permet à l'autorité habilitée à délivrer le permis de construire d'imposer des prescriptions particulières afin de préserver la salubrité ou la sécurité publique.

⁷⁹⁵ L'arrêté autorisant un entrepreneur à exploiter une installation classée est toujours assorti de prescriptions techniques adaptées au cas de l'entreprise et des risques qu'elle est susceptible de faire peser sur les tiers. Ces prescriptions doivent permettre de prévenir les diverses pollutions et nuisances et sont particulièrement précises. Cette autorisation vaut autorisation de rejet dans les eaux qui est assortie de prescriptions techniques imposées par arrêté préfectoral.

⁷⁹⁶ En cas de péril imminent le maire peut venir aggraver les prescriptions prises par le préfet : C.E., 15 janvier 1986, *Sté Pec-Engineering*, p. 635, A.J.D.A., 1986, p.191, obs. L. RICHER ; R.D.P. 1987, p.831.

⁷⁹⁷ PH. LIGNEAU, « Le procédé de la déclaration préalable. », R.D.P. 1976, p.679.

⁷⁹⁸ Ainsi, tout commerçant doit, avant de débiter son activité, s'inscrire au registre du commerce en vertu de l'article L. 123-1 du Code de commerce. De même, certaines installations classées doivent faire l'objet d'une déclaration auprès du préfet qui comprend des renseignements relatifs à la nature et au volume de l'activité entreprise, aux plans de situation, aux conditions d'évacuation et d'épuration des eaux résiduelles et des émanations de toute nature ainsi que les conditions d'élimination des déchets et résidus de l'exploitation.

s'exercer librement. Elle pourra cependant, lorsque la loi l'y autorise, imposer certaines prescriptions⁷⁹⁹.

289. Le contrôle des pouvoirs publics sur l'entreprise à risque peut également s'opérer en cours d'exploitation. Bien que poursuivant les mêmes objectifs que ceux du contrôle préalable, il s'en distingue cependant puisqu'il vise cette fois les conditions dans lesquelles l'entreprise est effectivement exploitée. Ainsi peut-il s'agir de vérifier que les prescriptions et autres obligations imposées en amont sont réellement observées en pratique. Il peut également s'agir de contrôler le respect de conditions liées aux modalités d'exploitation qui ne peuvent donner lieu qu'à un examen *a posteriori*. Et ceci, que l'activité en question ait ou non été soumise à un contrôle préalable⁸⁰⁰.

La surveillance ainsi exercée par les pouvoirs publics porte sur le respect d'obligations de faire ou de ne pas faire. La première hypothèse s'illustre en matière de construction des navires de transport d'hydrocarbure⁸⁰¹, de techniques d'élevage⁸⁰², de sécurité des productions industrielles⁸⁰³ ou d'activités industrielles de façon générale⁸⁰⁴.

⁷⁹⁹ Le préfet peut, par arrêté pris après avis du Conseil départemental d'hygiène, imposer des prescriptions aux installations classées qui ne sont soumises qu'à une simple déclaration. Il s'agit de prescriptions générales applicables par catégories d'installations élaborées par le ministre chargé de l'environnement mais que le préfet pourra adapter.

⁸⁰⁰ Les informations fournies à l'administration à l'occasion du contrôle préalable lui permettent d'exercer plus facilement la surveillance du fonctionnement des entreprises *à risque*. C'est d'ailleurs une justification généralement avancée du choix d'un régime de déclaration préalable.

⁸⁰¹ La règle n°13 de la convention pour la prévention de la pollution des mers impose aux navires transportant du pétrole brut l'utilisation de certains équipements, notamment des citernes à ballasts séparés et un système de nettoyage des citernes.

⁸⁰² L'article L221-3 du Code rural impose aux entrepreneurs de transport d'animaux de désinfecter les véhicules, les étables, écuries, quais et cours où les animaux ont séjourné.

⁸⁰³ Les entreprises industrielles doivent par exemple se conformer à certaines obligations posées par l'article L521-5 et s. du Code de l'environnement lorsqu'elles utilisent des produits chimiques.

⁸⁰⁴ La directive n°2004-35 du 21 avril 2005 relative à la responsabilité environnementale dispose en son article 5 al. 4 que « les pouvoirs publics obligent l'exploitant à prendre les mesures préventives » afin d'éviter la réalisation de dommages écologiques purs. Voir en ce sens : A. VAN LANG, préc., p.9. L'auteur considère que l'obligation ainsi faite aux pouvoirs publics devrait remplacer le traditionnel pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration en matière de contrôle des activités dangereuses.

La seconde s'illustre en matière de vaccination⁸⁰⁵ ou d'alimentation⁸⁰⁶ des troupeaux, d'utilisation d'engrais agricoles⁸⁰⁷, de rejet de déchets⁸⁰⁸. Les services de l'administration vérifieront sur place que ces prescriptions sont correctement observées⁸⁰⁹ et, le cas échéant, sanctionneront les manquements.

b) La sanction du contrôle

290. La sanction du contrôle opéré par les pouvoirs publics sur les activités à risque constitue un outil essentiel de prévention⁸¹⁰. Et ceci, à deux égards. D'une part, tant qu'elle n'est pas prononcée, la crainte qu'elle inspire conduit les entrepreneurs à adopter les comportements précautionneux imposés par les pouvoirs publics et à se soumettre à leur contrôle. Elle doit donc être dissuasive sans toutefois être trop restrictive sous peine d'entraver l'initiative privée. D'autre part, lorsqu'elle est prononcée avant qu'un dommage ne se soit réalisé, la sanction permet au minimum d'imposer de façon contraignante le respect de prescriptions (amendes), au mieux de faire disparaître le risque (interdiction).

⁸⁰⁵ La vaccination des animaux d'élevage contre la fièvre aphteuse est interdite en Europe depuis 1991.

⁸⁰⁶ Ainsi, un arrêté du 14 novembre 2000 (J.O., 15 novembre 2000), interdit-il l'utilisation des farines animales dans l'alimentation des animaux.

⁸⁰⁷ Par exemple, l'usage agricole du DDT est totalement interdit par un arrêté du 19 février 1971.

⁸⁰⁸ Certains déversements de produits nocifs dans les cours d'eau peuvent être totalement interdits par décret en Conseil d'État après avis du Conseil supérieur d'hygiène et du Comité national de l'eau en vertu du décret 70-871 du 25 septembre 1970. Il en va de même de l'interdiction de tout rejet d'hydrocarbures en mer imposée aux transporteurs.

⁸⁰⁹ De tels services d'inspection existent par exemple en matière d'installations classées (en particulier par les Directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement), d'élevage (article L. 221-6 et s. du Code rural), de transport d'hydrocarbures. Ils sont parfois relayés par des services spécialisés. C'est le cas des sociétés de classification des navires qui assurent pour le compte des États du pavillon une mission de classification et de certification. Ils peuvent également être imposés eux entrepreneurs et à leur charge. C'est notamment le cas en matière de pollutions des eaux.

⁸¹⁰ Elle peut également constituer un outil de réaction lorsqu'elle permet de faire cesser les dommages imprévisibles résultants d'une activité donnée. Voir *infra*, n°427 et s.

La sanction peut recouvrir plusieurs formes⁸¹¹. Elle peut tout d'abord consister, lorsque le contrôle est opéré avant que l'exploitation ne débute, en l'interdiction d'exercer l'activité envisagée⁸¹². Elle peut ensuite consister en le versement d'une somme d'argent en cas de violation par l'entreprise d'une réglementation ou des prescriptions qui lui ont été imposées⁸¹³. Elle peut également résulter du retrait provisoire ou définitif de l'autorisation ou de l'agrément attribués à l'entreprise qui ne répond plus aux conditions initialement posées⁸¹⁴. Enfin, des travaux peuvent être prescrits aux exploitants afin qu'ils se conforment à la réglementation en vigueur⁸¹⁵.

⁸¹¹ Voir en ce sens : F. MODERNE, « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *R.F.D.A.* 2002, p. 483 ; J.-M. SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français », *A.J.D.A.* 2001, n° spécial, p. 16

⁸¹² Le refus d'autorisation peut cependant n'empêcher que partiellement ou temporairement l'exploitation de l'activité à risque. L'entrepreneur peut en effet parfois obtenir son autorisation par des voies détournées. Ainsi, le transporteur n'ayant pu obtenir pavillon français en raison des résultats négatifs des contrôles exercés pourra certainement, sous couvert d'un pavillon de complaisance, obtenir l'autorisation de naviguer. Voir en ce sens le rapport d'information du Sénat, n°411, session ordinaire de 1999-2000, relatif à la marée noire causée par le naufrage de l'Érika, p.123. Les auteurs insistent sur la nécessité de développer la flotte française afin de sécuriser le transport des hydrocarbures et de permettre une politique de contrôle plus efficace.

⁸¹³ Lorsqu'une installation classée ne se conforme pas aux prescriptions émises par le préfet, ce dernier peut obliger l'exploitant à consigner une somme correspondant au montant des travaux à réaliser et qui lui sera restituée au fur et à mesure de la réalisation de ces derniers. De même est puni d'amendes et de peines d'emprisonnement le fait pour un éleveur de violer les prescriptions faites en matière de lutte contre les maladies contagieuses (article L. 228-1 du Code rural) Le droit de l'environnement comprend en outre une liste impressionnante d'incriminations pénales en cas de violation de diverses réglementations. Voir en ce sens, M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Précis Dalloz, préc., p.838 et s.

⁸¹⁴ Une installation classée peut ainsi être fermée provisoirement ou son activité suspendue par arrêté préfectoral en vertu des articles L.514-1 et s. du Code de l'environnement. La fermeture peut être définitive si l'installation fonctionne sans autorisation ou déclaration en vertu de l'article L.514-2 du Code de l'environnement. En cas de péril grave, l'autorité de police générale peut se substituer à l'autorité de police spéciale pour prononcer la suspension de l'activité d'une installation classée. En ce sens : T.A. de Cergy-Pontoise, 12 juin 2003, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, *A.J.D.A.* 2004 n°8, p.500, note J. ALZAMORA. De la même manière, l'administration peut suspendre l'autorisation de mise sur le marché de produits qui ne répondent plus aux conditions initiales de sécurité ou dont l'usage a révélé certains risques. L'exemple précité de l'insecticide Gaucho en est une illustration. Voir *a contrario* : C.E., 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, préc.

⁸¹⁵ La loi du 30 juillet 2003 prévoit la possibilité pour l'autorité compétente, d'ordonner la destruction des ouvrages construits sans permis de construire ou qui n'en respectent pas les prescriptions. De même, en matière d'installations classées, le préfet peut, après mise en demeure, faire procéder d'office à des travaux aux frais de l'exploitant. Enfin, à l'issue du Mémoire de Paris signé en 1982, les inspecteurs peuvent prescrire aux propriétaires de navires certaines réparations qui, si elles ne sont pas effectuées, peuvent conduire au bannissement dans les ports européens.

291. L'efficacité de la sanction du contrôle opéré par les pouvoirs publics dépend de plusieurs facteurs. Il faut d'abord que l'administration dispose de moyens suffisants pour utilement contrôler les activités à risque. Il faut également que les sanctions soient effectivement prononcées lorsque les prescriptions imposées ne sont pas observées.

Or, l'étude des risques qui se sont récemment réalisés et ont provoqué de fort nombreux dommages amène, par un retour d'expérience, à nuancer parfois fortement l'efficacité des contrôles et de leur sanction. On a en effet pu constater nombre de lacunes dans la politique de contrôle des activités à risque.

Pour être utiles et servir la politique de prévention, il est nécessaire que les contrôles soient réellement exercés, c'est-à-dire entièrement et complètement réalisés. Cela suppose donc de disposer de moyens suffisants pour y parvenir. Ce qui ne semble pas avoir été réellement le cas en matière de pollution par hydrocarbure ou d'installations classées pour ne retenir que ces deux exemples⁸¹⁶. En outre, on a pu observer la sous-utilisation par l'administration des sanctions disponibles, les privant de la sorte de leur vertu dissuasive⁸¹⁷. La multiplication des textes spécialisés et l'obsolescence qui les caractérise, leur technicité croissante, l'absence de cohérence de la vision politique des risques⁸¹⁸ ne facilitent pas l'accomplissement de cette mission⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Les retours d'expérience effectués après le naufrage de l'Érika ou du Prestige ont laissé apparaître le manque de moyens en personnel affecté au contrôle des navires mouillant dans les ports français. Les rapports parlementaires ont notamment souligné le nombre insuffisant d'inspecteurs par rapport à nos voisins européens ce qui conduit la France à n'opérer que la moitié des contrôles qu'elle est tenue de faire en vertu du Mémorandum de Paris précité. Des directives communautaires sont intervenues pour améliorer ces contrôles, notamment la directive 95/21/CE. La catastrophe de l'usine AZF a également permis de faire apparaître le manque de moyens affectés à leur contrôle : sous effectif de l'inspection des installations classées et de l'inspection du travail.

⁸¹⁷ D'une part, on constate que certaines sanctions prévues par la loi ne sont que rarement mises en œuvre. C'est le cas par exemple de l'obligation faite aux exploitants d'installations classées de procéder à leurs frais à des travaux. D'autre part, l'administration est parfois hésitante à sanctionner la violation des textes par les détenteurs d'autorisations lorsqu'est en jeu le développement technique et économique d'une région. Voir en ce sens : S. CHARBONNEAU, *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, coll. Patrimoine, Paris, 1992.

⁸¹⁸ Cette incohérence se manifeste par exemple lorsque l'on constate l'éparpillement et la concurrence des compétences en matière de prévention des risques, l'absence de lien réel entre les diverses formes de planification qui se font selon la source du risque et sans hiérarchie entre elles. Voir en ce sens, R. ROMI, « Les politiques publiques de prévention des risques », intervention lors du

Ceci est d'autant plus fâcheux que des enjeux économiques importants doivent être pris en compte par les pouvoirs publics lorsqu'ils élaborent leur politique de prévention des risques.

2° Les déterminants économiques

292. Le choix de retenir un mode particulier de contrôle, d'édicter certaines prescriptions ou d'imposer des sanctions aux entreprises à risque est la résultante d'une opération de conciliation opérée par les pouvoirs publics. Celle-ci vise à satisfaire les intérêts contradictoires de ceux qui profitent du risque créé et de ceux qui sont susceptibles d'en subir les conséquences dommageables. Elle doit aboutir à la détermination d'un niveau de risque acceptable pour toute la société, niveau qui ne correspond généralement pas exactement à celui qu'espèrent ceux qui créent le risque, ni à celui qu'espèrent ceux qui le craignent.

L'équilibre qu'il s'agit ainsi de trouver entre ces deux extrêmes est conditionné par la nature du risque que l'on tente de prévenir. En effet, la gravité des dommages susceptibles d'en résulter, la probabilité de leur réalisation, le nombre de victimes potentielles, sont des éléments objectifs qu'il convient nécessairement de prendre en compte. Le choix d'un système d'autorisation préalable au détriment d'une simple déclaration est fréquemment justifié en matière de risque par de telles considérations⁸²⁰. Cependant, des éléments plus subjectifs doivent également entrer en ligne de compte.

colloque « Risques naturels et technologiques, politiques de prévention et techniques d'indemnisation » Faculté de Droit et des Sciences économiques du Mans, 23 janvier 2004.

⁸¹⁹ Les observateurs du *droit des risques* se sont depuis longtemps inquiétés de la « stratification » des textes, de leur contradiction, de leur trop fréquente modification, de l'absence de mesures d'application, etc. Le vote de la récente loi consacrée aux risques technologiques et naturels ne les détrompe pas. On constate une réaction déplorable (un seul article occupant à lui seul plusieurs colonnes du journal officiel) et l'incohérence de la construction du texte (un même risque étant traité dans des articles différents, voire dans des codes différents). Voir en ce sens, Numéro spécial, Droit de l'environnement, Novembre 2003, consacré à la loi du 30 juillet 2003.

⁸²⁰ C'est notamment ce qui justifie la différence de régime au sein de la nomenclature des installations classées entre celles soumises à autorisation du préfet et celles qui ne doivent que déposer une déclaration en préfecture.

La conception du risque qu'ont les différents acteurs est déterminante, il s'agit de leur aversion au risque.

Pour certains, principalement ceux qui bénéficient de l'activité à risque, il peut être profitable de courir et de faire courir un risque puisque les avantages qui en résultent pour eux sont importants. Les bénéfices escomptés sont alors préférés à la protection contre des dommages éventuels. Ceci est d'autant plus vrai que le risque considéré est peu connu ou peu probable⁸²¹. Les pouvoirs publics, guidés par l'intérêt général, doivent prendre en considération de tels arguments puisque sont fréquemment en cause le développement économique d'une région, la création d'emplois et des investissements financiers privés comme publics souvent importants.

Pour d'autres en revanche, les bénéfices escomptés ne sauraient justifier de s'exposer à un risque déterminé, y compris si sa réalisation est peu probable et les certitudes très faibles. L'incertitude conduit alors à privilégier la sécurité. Cette approche n'est pas uniquement celle des particuliers, mais peut être celle de certains entrepreneurs tant l'exposition à un risque peut entraîner, outre l'insécurité de la population, la perte des stocks ou des récoltes, celle des moyens de production, la destruction de matériels, la perte d'emploi, etc.

Les pouvoirs publics devront décrypter ces divers sentiments et établir un juste équilibre entre ce qui mérite de courir un risque et ce qui l'exclut. Ils devront donc considérer la revendication d'une plus grande sécurité issue de la société civile⁸²² et la mettre en balance avec les avantages que procurent les activités économiques créatrices de risques. De la sorte, ils pourront déterminer la précision des prescriptions, l'intensité des contrôles, et la gravité des sanctions.

Ce choix dépendra tout autant de la connaissance qu'ils ont acquise au sujet du risque. En effet, si dans un contexte de certitudes relatives, le niveau de risque acceptable est partagé par la majorité, l'incertitude, la faible connaissance des caractères

⁸²¹ Il faut concevoir que, même pour ceux qui bénéficient du risque, il existe un niveau à partir duquel le danger atteint un niveau tel que la protection est privilégiée.

⁸²² Voir supra, Première partie, Titre second, Premier chapitre, n°174 et s.

d'un phénomène peuvent conduire les pouvoirs publics à opérer un choix plus délicat. La conciliation des intérêts en jeu peut les amener à définir un niveau de risque acceptable tantôt bas, tantôt haut.

Dans un cas, le risque sera considéré dès qu'il est juste soupçonné et entraînera l'adoption de prescriptions très précises et restrictives, de contrôles multipliés et de sanctions graves en attendant que ses caractères soient mieux connus. Quitte, lorsque la connaissance aura progressé, à libéraliser le contrôle de l'activité et à adoucir les sanctions. Ainsi, l'interdiction d'une activité pourra-t-elle parfois se justifier par le manque de moyens adéquats à la disposition des pouvoirs publics pour assurer la sécurité des tiers. Il pourra parfois s'agir de l'unique solution envisageable à défaut de connaissances suffisantes pour en élaborer une autre. Le *statu quo* pourra donc se justifier tant que certaines incertitudes ne seront pas levées.

Dans l'autre cas, le risque soupçonné ne sera pas pris en considération de façon si précoce et les contrôles et sanctions seront moins poussés. Tant qu'il ne sera pas mieux défini et sa probabilité de réalisation mieux connue, on considérera qu'il n'est pas opportun de limiter l'initiative privée en raison d'un simple risque. Quitte, si le danger se confirme, à accentuer et multiplier les contrôles, à aggraver les sanctions ou surdimensionner les prescriptions.

293. La recherche de cet équilibre doit impérativement prendre en considération la situation économique de l'activité *à risque* afin d'y adapter les mesures de protection ordinaires. Une interdiction, un refus d'autorisation préalable, des prescriptions trop restrictives peuvent entraîner pour un entrepreneur des conséquences d'un tout autre ordre que pour une activité quelconque. Il n'est pas besoin de souligner les enjeux financiers qui sont en cause, les intérêts des associés, des clients, mais également ceux des salariés, des investisseurs, etc. Le contrôle des activités économiques à risque doit donc prendre en compte cet aspect des choses tant il est important de ne pas museler l'initiative privée. Il convient, lorsqu'une telle activité est créatrice de risques, d'aboutir à un juste équilibre entre le besoin légitime de sécurité de la population et des autres entreprises et les avantages de tous ordres qui peuvent être retirés de l'établissement d'une telle entreprise. De ce fait, les mesures de protection doivent être adaptées à la

nature économique de l'activité en cause. Elles doivent également être souples et révisables pour tenir compte de l'évolution des connaissances, de celle de l'aversion des entreprises au risque et permettre ainsi un renforcement ou un allègement. A cette condition, elles constituent un outil rapide, simple et efficace de prévention des risques. Elle n'en constitue cependant qu'un aspect, puisqu'une politique de protection la complète utilement.

B- La protection des entreprises

294. La protection des victimes potentielles d'un risque est une action qui n'appréhende que les dommages susceptibles d'en résulter. Elle a pour but, non pas d'empêcher ce dernier, mais la réalisation de ses conséquences dommageables.

Elle n'est pas pour autant le signe d'un échec de la prévention. Certes, si certains risques s'avèrent irrésistibles par nature et ne peuvent donner lieu qu'à des mesures de protection des personnes exposées, dans d'autres cas, les pouvoirs publics peuvent utilement compléter les mesures de contrôle par des mesures de protection afin de parvenir à une prévention plus efficace.

La protection ne doit pas être considérée comme un pis-aller de la prévention des risques. Bien au contraire, certaines mesures peuvent atteindre des résultats très satisfaisants puisqu'elles permettent de supprimer le risque en supprimant totalement la probabilité du dommage. Les pouvoirs publics ont ainsi à leur disposition, en fonction de la nature des risques en cause, des moyens de protection partielle permettant de réduire la probabilité de dommages (**1^o**) et des moyens de protection totale permettant de la supprimer (**2^o**). La protection semble subir une moindre adaptation à la situation des entreprises que le contrôle. Ceci peut se justifier par le fait qu'il s'agit de mettre en œuvre des mesures de protection « physique » et qu'à ce titre, la protection contre les dégâts matériels est assez semblable qu'il s'agisse des biens d'un particulier ou de ceux d'une entreprise. Cependant, le choix opéré entre protection partielle ou totale est dicté, lorsque sont en cause des entreprises, par les enjeux économiques qu'elles véhiculent.

1° La protection partielle

295. S'il n'est pas possible de prévenir la réalisation d'événements irrésistibles, il est néanmoins possible d'empêcher qu'on y soit exposé. Dans cette optique, protéger les victimes éventuelles permet de réduire la probabilité de dommages.

Le fait de ne les protéger que partiellement, en ne les soustrayant pas totalement à une exposition au risque, peut être la conséquence d'un choix délibéré des pouvoirs publics ou être imposé par la nature du risque qu'il s'agit de prévenir.

En effet, il n'est pas toujours possible de soustraire entièrement une entreprise à un risque. Certains, en raison de leur nature et des modalités de leur réalisation, peuvent excéder toute maîtrise et, de ce fait, ne donner lieu qu'à des mesures réduisant la probabilité de dommages sans les empêcher. Il en va ainsi des risques naturels, particulièrement peu propices à la prévention. Quelle que soit l'importance des moyens mis en œuvre, aucune action humaine ne parviendra à protéger complètement les individus contre une tempête, une inondation, un tremblement de terre, etc. Les digues n'étant jamais assez hautes et solides, la protection qu'elles permettent demeure relative. Elles n'en constituent pas moins souvent le dernier rempart face au risque et permettent parfois d'éviter ou de limiter des catastrophes.

En outre, l'absence ou l'insuffisance de moyens disponibles liées à une faible connaissance d'un risque donné conduisent à ne protéger que partiellement les individus contre les dommages qu'il peut engendrer et ce, tant que les paramètres nécessaires à sa prévention ne sont pas complètement maîtrisés. Cet état de fait n'est pas volontaire, l'administration agit avec les moyens dont elle dispose, qui sont voués à n'assurer qu'une protection imparfaite tant que le risque n'est pas mieux connu.

Par ailleurs, le choix d'une protection partielle peut être le fruit d'une démarche volontaire des pouvoirs publics qui choisissent d'opter délibérément pour certaines mesures de protection alors que des moyens plus importants sont disponibles. Le contexte d'incertitude scientifique lié à certains risques permet d'en donner un exemple

éclairant. En l'absence de certitudes relatives à l'existence ou aux caractères d'un risque, le principe de précaution exige de ne pas rester inactif et suppose au minimum d'engager une action de recherche destinée à en accroître la maîtrise. L'importance de l'action alors entreprise et celle des restrictions apportées aux activités économiques dépendent principalement de la notion de risque acceptable retenue. Celle-ci, on l'a vu, résulte d'un arbitrage réalisé par les pouvoirs publics entre les intérêts de ceux qui profitent du risque et ceux des personnes qui en pâtissent. Le fait de privilégier les uns au détriment des autres dépend de la définition de risque retenue. Ainsi, lorsque les pouvoirs publics décident de ne pas prendre en compte un risque juste soupçonné et ne veulent pas contraindre excessivement l'initiative privée sur le fondement d'hypothèses non confirmées, ils peuvent préférer n'instituer que des mesures de protection partielle⁸²³. Quitte, si le risque envisagé se confirme, à les compléter par la suite. En cas d'épizootie déclarée à l'étranger, l'embargo sur les importations de viande peut être préféré dans un premier temps à l'interdiction de la vente et de la consommation sur l'ensemble du territoire, tant qu'aucune information supplémentaire ne permet de savoir s'il existe un risque de contamination du bétail français⁸²⁴.

296. Les mesures de protection partielle se manifestent de plusieurs manières. Elles peuvent consister soit en des mesures matérielles soit en des mesures juridiques.

La réalisation de travaux⁸²⁵ peut par exemple contribuer à la protection des entreprises exposées au risque. En dehors de l'érection de digues sus-évoquée⁸²⁶,

⁸²³ Il ne s'agit pas alors de s'abstenir de toute action tant que le risque n'est pas prouvé mais de proportionner les mesures adoptées à la probabilité de sa réalisation ou à sa dangerosité estimée.

⁸²⁴ Une telle analyse, si elle répond aux exigences de proportionnalité et de coût économique acceptable, imposées en droit positif par le principe de précaution, n'est cependant pas partagée par tous. Certains considèrent en effet que le simple soupçon doit permettre de déployer immédiatement les mesures les plus protectrices. Voir *infra*, n°298 et s.

⁸²⁵ L'article L151-36 du Code rural permet aux collectivités territoriales de prescrire ou exécuter des travaux afin de lutter contre toute une série de risques naturels.

⁸²⁶ La construction de digues est parfois mise en cause lorsque se réalisent des inondations catastrophiques. En effet, outils de prévention, elles permettent de valoriser les terrains qu'elles soustraient au risque et parfois de les classer en zones constructibles. Les pouvoirs publics sont donc parfois montrés du doigt et accusés de favoriser la réalisation du risque inondation plutôt que de le prévenir.

l'autorité de police générale peut, sur le fondement des articles L. 2212-2 et suivants du C.g.c.t. prescrire des travaux destinés à protéger les habitants contre la réalisation de certains dommages. Ils servent également en matière de risques naturels ou industriels (réalisation de travaux de protection dans l'entourage d'installations classées⁸²⁷ ou nucléaires).

297. D'autres mesures peuvent venir compléter ces opérations matérielles. Elles prennent par exemple la forme de servitudes d'utilité publique. La création de zones d'expansion des crues en constitue un bon exemple⁸²⁸. La loi du 30 juillet 2003 institue des zones de rétention temporaire des eaux de crues ou de ruissellement⁸²⁹ permettant de sur-inonder certaines zones en amont afin d'en protéger d'autres en aval, ou encore des zones de mobilité du lit mineur d'un cours d'eau en amont des zones urbanisées ou industrialisées⁸³⁰.

Les mesures juridiques de protection, même partielle, se doivent de façon générale d'être souples en ce sens que, fondées sur un savoir incertain, elles doivent pouvoir évoluer avec lui et donc être adaptées ou révisées, diminuées voire retirées, ou

⁸²⁷ L'article L. 515-15 IV du Code de l'environnement prévoit la possibilité de prescrire des travaux afin de protéger les populations face aux risques encourus. De même, l'article R. 111-7 du Code de l'urbanisme prévoit la possibilité pour l'autorité chargée de délivrer les permis de construire d'imposer la réalisation d'un réseau d'égouts pour les eaux résiduaires industrielles avec un pré-traitement approprié. L'article R.111-24 lui permet d'imposer l'établissement d'écrans de verdure pour les bâtiments industriels et les constructions légères.

⁸²⁸ « Les nouvelles servitudes envisagent le cas où il (le risque) lui prendrait envie de se doter de *résidences secondaires*, et favorisent ces voyages pour l'empêcher de nuire à domicile fixe... » in C. CANS, « La loi du 30 juillet 2003 et les risques naturels », préc., p.208. Les inondations ne sont pas le seul exemple de risque permettant d'imposer des servitudes d'utilité publique. L'article L. 518-1 du Code de l'environnement permet en effet d'imposer aux constructions voisines d'une installation classée des prescriptions tendant à *limiter* le danger d'exposition.

⁸²⁹ Article L. 211-12 du Code de l'environnement .La loi prévoit que des telles servitudes sont indemnisables.

⁸³⁰ Si des opérations matérielles peuvent être nécessaires pour aménager certaines de ces zones, les pouvoirs publics peuvent en revanche interdire aux propriétaires ou aux exploitants de réaliser tous types de travaux susceptibles de limiter leur efficacité, notamment s'ils restreignent le déplacement naturel des cours d'eau.

aggravées⁸³¹. Il s'agit alors de garantir que les restrictions susceptibles d'en résulter pour les entrepreneurs ne seront pas définitives et pourront évoluer dans l'avenir.

2° La protection totale

298. La suppression de la probabilité de dommages et par conséquent du risque lui-même consiste à soustraire les victimes éventuelles à toute exposition au risque. La protection devient alors totale et assure la sécurité des entreprises concernées. Plusieurs éléments peuvent justifier le recours à de telles mesures.

D'une part, il peut être imposé par la nature du risque dont il s'agit de prévenir la réalisation. L'éloignement peut ainsi constituer le seul moyen de prévenir des dommages susceptibles d'être causés par des événements imprévisibles que l'on ne peut ou ne sait empêcher.

D'autre part, il peut résulter d'un choix volontaire et raisonné des pouvoirs publics, alors que d'autres solutions moins contraignantes sont disponibles. On se situe alors dans l'hypothèse inverse de celle que l'on a étudiée plus haut. Dans un contexte d'incertitude lié à un risque déterminé, le choix d'une mesure de protection totale peut résulter d'une définition du risque acceptable à un niveau très bas. La conciliation des intérêts en jeu peut conduire les pouvoirs publics à privilégier la situation des victimes potentielles et à retenir le risque dès qu'il est juste soupçonné. De la sorte, ils n'attendent pas de confirmation des hypothèses soulevées et préfèrent immédiatement multiplier les précautions, sur-dimensionner les mesures de prévention quitte, si le risque s'avère moins probable ou grave, à les réduire par la suite. L'importance des dommages potentiels de certains risques industriels ajoutée à la demande de sécurité des citoyens font souvent pencher la balance en faveur des victimes éventuelles. On préférera alors la certitude qu'aucun dommage ne pourra se produire plutôt que le maintien d'une exposition à un risque peu probable. Et ce, même si la situation initiale,

⁸³¹ L'article L. 515-8 du Code de l'environnement prévoit que les servitudes d'utilité publique peuvent s'appliquer de façon modulée suivant les zones concernées.

que l'on refuse de conserver, était ou aurait pu devenir avantageuse et profitable pour certains.

299. Deux remarques peuvent être faites. La première consiste à souligner que ces mesures ne sont pas envisageables pour tous les risques que peuvent courir les entreprises. Elles ne sont utiles que dans la mesure où le risque est susceptible de se réaliser dans un ou des lieux déterminés. L'éloignement qui permet de soustraire certaines personnes à une exposition au risque est ainsi sans effet lorsqu'il s'agit de prévenir les dommages tels que ceux consécutifs à des tempêtes ou à des pollutions marines ; sauf à interdire de façon générale toute activité économique de bord de mer.

La seconde vise à constater que si les mesures de protection totale sont mises en œuvre par les pouvoirs publics, ils n'en sont pas nécessairement les instigateurs. Les entrepreneurs, peuvent décider qu'il est plus avantageux de s'éloigner de la source du risque que de s'y soumettre et de la sorte demander à bénéficier des procédures de protection.

300. L'éloignement constitue l'exemple type d'une protection totale des victimes éventuelles d'un risque. Elle est particulièrement mise en œuvre dans le cadre de la politique publique de prévention des risques naturels ou industriels.

Ainsi, le zonage réalisé par certains documents d'urbanisme permet de classer les zones sensibles en zones inconstructibles et permet d'éviter l'implantation d'entreprises nouvelles aux abords d'un site à risque⁸³². L'autorité compétente pour délivrer les permis de construire peut également en refuser l'octroi au pétitionnaire, sur le fondement de l'article R. 111-2 du Code de l'urbanisme, si la construction projetée se

⁸³² L'article L. 421-8 du Code de l'urbanisme dispose qu'en dehors des zones couvertes par un P.L.U. approuvé, le préfet peut, par arrêté après enquête publique et avis du Conseil municipal, délimiter un périmètre de protection autour des installations classées permettant de les isoler et d'éviter que des tiers ne viennent s'installer. L'article L. 515-8 du Code de l'environnement permet l'interdiction du droit d'implanter des constructions ou ouvrages aux abords d'installations classées nouvelles ou existantes. De même, l'article L. 515-15 du Code de l'environnement relatif aux plans de prévention des risques technologiques prévoit que ces derniers instituent un périmètre d'exposition au risque à l'intérieur duquel peuvent être délimitées des zones inconstructibles.

trouve à proximité d'installations ou zones présentant des risques⁸³³. La politique d'urbanisme n'a pourtant pas réussi à endiguer le mouvement de construction aux abords de zones dangereuses⁸³⁴. La législation sur les risques naturels ou industriels fournit alors des moyens complémentaires permettant d'éloigner les ouvrages ou construction, dont l'usage s'avère particulièrement adapté aux exigences de la prévention⁸³⁵.

Il s'agit en premier lieu de l'expropriation des biens situés à proximité d'une activité à risque. Leur particulière vulnérabilité justifie que cette procédure soit initiée par les pouvoirs publics dans la mesure où les autres moyens de sauvegarde s'avèrent impossibles ou plus coûteux. Indemnisées, les entreprises peuvent alors choisir de s'implanter dans des zones constructibles non exposées au risque considéré⁸³⁶.

En deuxième lieu, l'éloignement peut résulter de l'acquisition par l'administration des biens exposés au risque. Le droit de préemption urbain de l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme peut ainsi être mis en œuvre à l'intérieur du périmètre d'exposition aux risques institué par les plans de prévention des risques technologiques.

⁸³³ Voir en ce sens : C.E., 20 mai 1994, *Préfet du Rhône et de la région Rhône-Alpes*, B.J.D.U. 1994, n°5, p.44 ; R.D.P. 1996, p.287 : annulation d'un permis de construire un restaurant à proximité « d'unités de vapocraquage et d'hydrodésulfuration, (de) sphères de stockages de gaz combustible liquéfié (...) qui l'expose à des risques d'effets mortels ou irréversibles en cas de rejet accidentel de gaz ». Dans le même sens, mais concernant un refus de permis de construire : C.E., 12 mars 1999, *Cimamed*, req. n°175721. L'exploitant d'une installation classée peut d'ailleurs demander et obtenir l'annulation d'un permis de construire un ouvrage à proximité de son entreprise : C.E., 16 juin 1999, *Commune Chevrolière et Sté Loire-Atlantique Habitations*, Mon. T. pub., 1^{er} octobre 1999, p.60. Pour un exemple en matière de risque naturel : C.E., 9 juillet 2003, *Commune de Val d'Isère, M. Cohen*, A.J.D.A., 2003, p.2167

⁸³⁴ En ce sens : P.-J. BARALLE, « Intervention foncière et maîtrise de l'urbanisation aux abords des établissements dangereux », *D.E.*, novembre 2003, p.220 ; J.-P. BOIVIN, « Maîtrise de l'urbanisation autour des sites à risques », *B.D.E.I.* n° spécial 2002, p.34.

⁸³⁵ Les moyens ainsi créés sont proportionnés à la gravité du risque qu'il s'agit de prévenir. Plus il sera grave, plus il sera possible aux pouvoirs publics de porter atteinte au droit de propriété.

⁸³⁶ Partant du constat que c'est le voisin par son exposition qui crée le risque, l'article L. 561-1 du Code de l'environnement pour les risques naturels et la loi du 30 juillet 2003 pour les risques industriels, permettent la « suppression » du voisin afin d'entraîner celle du risque. L'article L. 561-1 prévoit que l'État peut, dans les conditions prévues par le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, exproprier des biens soumis à un risque de mouvements de terrain, d'avalanches ou de crues torrentielles. Il peut être procédé à l'expropriation immédiate en cas d'extrême urgence. L'article L. 515-16 III du Code de l'environnement consacré aux plans de prévention des risques technologiques prévoit un système comparable dans la mesure où un plan de prévention des risques a été institué.

En matière de risque naturel, les communes sont également autorisées à acquérir à l'amiable des biens exposés à certains risques⁸³⁷.

En dernier lieu, les entrepreneurs peuvent user, dans des zones où existent des risques importants d'accident, du droit de délaissement des bâtiments qui leur est ouvert par la législation sur les risques technologiques⁸³⁸ sur le modèle de celui qui est organisé par l'article L. 230-1 du Code de l'urbanisme.

301. Au-delà de la prise en compte de l'aspect économique des risques lors de l'adoption de mesures de prévention ou de l'adaptation des outils traditionnels à la situation des entreprises, les pouvoirs publics disposent d'outils spécifiquement économiques. Sans constituer une alternative aux techniques communes de prévention dont l'efficacité serait remise en question dès lors que des entreprises sont en jeu, ils offrent au contraire la possibilité de combiner et d'associer aux méthodes classiques des méthodes élaborées ou inspirées de la doctrine économique afin de mieux intégrer la particularité des risques courus par les entreprises. Si la situation d'un individu et celle d'un entrepreneur sont comparables sur certains points et expliquent l'utilisation d'outils communs de prévention, la nature économique du second justifie que la politique des pouvoirs publics se fonde spécifiquement sur l'analyse économique.

⁸³⁷ Article L. 561-3, al 3 et 4 du Code de l'environnement.

⁸³⁸ Article L. 515-16 II du Code de l'environnement. Ce droit n'est ouvert que si la commune s'est dotée d'un plan de prévention des risques technologiques. En outre, il ne concerne que les bâtiments existants à la date d'approbation du plan.

SECTION SECONDE :
L'UTILISATION D'OUTILS ECONOMIQUES
DE PREVENTION DES RISQUES

301. Il est nécessaire d'emblée d'expliciter les raisons de l'existence et de l'utilisation d'outils économiques de prévention. D'une part, les outils économiques de prévention sont mieux adaptés à la situation des entreprises que les outils classiques, d'autre part ils sont plus efficaces.

Les outils économiques sont mieux adaptés à la prévention des risques des entreprises, car ils permettent de mieux rendre compte de leur situation, des dommages qu'elles sont susceptibles de subir, de la façon dont il convient de les réparer et de la nature des intérêts en jeu. Ainsi, l'évaluation des coûts et des avantages (baisse ou hausse des coûts de production, de la productivité, de la compétitivité, atteinte au libre jeu de la concurrence, à la libre circulation, etc.) induits par une mesure de prévention dans un secteur d'activité donné exige-t-elle de recourir à des calculs qui sont du ressort de l'analyse économique. Il en va de même de l'évaluation des dommages éventuels que peuvent subir les entreprises, étape nécessaire pour déterminer la nature et l'importance des incitations publiques. Dans ce cadre, plusieurs intérêts parfois divergents sont à prendre en compte : ceux de l'entreprise, ceux de ses clients, ceux des actionnaires et ceux des salariés. L'importance des sommes en jeu justifie d'ailleurs souvent à elle seule l'existence d'un traitement particulier.

En outre, certains risques étant créés par le comportement d'entreprises sur le marché (externalités négatives, comportements anti-concurrentiels, etc.), déterminer les moyens de prévention les plus appropriés exige de connaître la façon dont ils se réalisent et fait donc appel à l'analyse des modes de production, du comportement des entreprises (position dominante, concentration), du fonctionnement du marché, etc. Les outils économiques permettent alors de jouer sur les mécanismes de marché pour en corriger les imperfections.

302. Ils sont également plus efficaces puisqu'ils permettent d'atteindre les résultats souhaités en minimisant les coûts pour les entreprises et pour la société de façon générale. Adaptés à la situation des opérateurs, ils sont principalement incitatifs et autorisent une plus grande flexibilité quant au choix des ressources à engager et des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif de prévention. Ainsi permettent-ils de satisfaire les revendications liées à une plus grande sécurité tout en prenant garde de ne pas sacrifier les intérêts économiques. La conciliation des intérêts qu'opèrent les pouvoirs publics est alors mieux éclairée dans la mesure où il est possible d'équilibrer les attentes de la société « civile » avec celles – mieux appréhendées – du monde économique. Pour ces raisons, il est fréquemment recommandé, au niveau interne comme international, d'intégrer de tels outils dans les politiques publiques de prévention. Ce fut notamment le cas ces dernières années pour les activités industrielles faisant peser sur leur environnement un nombre important de risques⁸³⁹.

303. L'utilisation d'instruments économiques dans le cadre de la politique de prévention des risques des entreprises ne signifie pas pour autant l'abandon des mesures classiques de prévention. S'ils peuvent parfois être préférés à la réglementation après comparaison des avantages et des inconvénients respectifs, ils pourront également y être associés fréquemment. Ainsi, cette nouvelle façon de *réguler* le risque et l'activité des entreprises n'est pas synonyme de déréglementation ou de non-intervention⁸⁴⁰.

⁸³⁹ Au niveau interne, le Commissariat général au plan a consacré un rapport sur l'utilisation des outils économique à la gestion des risques environnementaux. Les ouvrages publiés par la doctrine économique en ce domaine se multiplient ces dernières années. Voir par exemple : PH. BONTEMS et G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris 2003 ; C. LONDON, *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, L.G.D.J, coll. Systèmes, Paris 2001 ; A. VALLEE, *Economie de l'environnement*, Ed. du Seuil, coll. Points, Paris, 2002.

Au niveau international, les institutions communautaires et l'O.C.D.E. ont préconisé l'usage d'instruments similaires. Dès le premier programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (J.O.C.E. n° C112, 20/12/73), la Commission insistait sur le besoin d'analyser les pollutions à l'aide d'instruments économiques. L'O.C.D.E. publie depuis 1989 des rapports sur l'utilisation de ces outils en soulignant leur efficacité et le fait qu'ils favorisent souvent l'innovation : O.C.D.E., *Instruments économiques pour la protection de l'environnement*, 1989 ; *Le rôle des instruments économique*, 1994 ; *évaluer les instruments économiques des politiques de l'environnement*, 1997.

⁸⁴⁰ « L'effet d'incitation qu'exercent les instruments économiques en corrigeant les prix est essentiel et permet de compléter l'approche réglementaire. » in Rapport du 5 septembre 1990 du groupe de

La combinaison des techniques qu'offre le droit public avec les outils issus de l'analyse économique est facilitée par le fait que, comme les premiers, ces derniers peuvent avoir pour objectif, outre l'incitation à adopter un comportement donné, de contrôler et de protéger (§1).

La combinaison n'est cependant pas toujours possible et la difficulté de l'action préventive tient alors au choix de l'instrument qui semble le plus approprié. Il repose sur une appréciation au cas par cas, dépendant de la nature du risque considéré et de la situation des entreprises en cause. Il suppose une méthode d'évaluation propre à la matière économique (§2).

§ 1 - L'objectif des instruments économiques de prévention

304. Tout en étant dotés de spécificités par rapport aux instruments classiques de prévention du risque, les instruments économiques peuvent, de la même façon, viser soit le contrôle de l'activité des entreprises dites *à risque*, soit la protection de celles qui sont susceptibles de le subir (A). Ils revêtent cependant une particularité importante puisque la plupart tendent avant tout à modifier le comportement des entrepreneurs par le biais de mécanismes incitatifs (B).

A- La protection et le contrôle

305. Il est possible de distinguer les instruments économiques selon qu'ils visent à contrôler les activités économiques à risques ou à protéger les entreprises contre des risques. Cependant, la comparaison avec les instruments classiques de prévention doit être limitée. En effet, les outils économiques servent plus à protéger le marché qu'à le

contrôler. Ceci s'explique par l'acception libérale des marchés économiques qui perçoit l'intervention publique comme devant tendre à protéger le marché plus qu'à contrôler les activités qui s'y exercent librement. La vertu auto-régulatrice du marché excluant par principe toute intervention étatique réputée perturbatrice, seul le respect des conditions de son organisation et de son fonctionnement doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle. Protéger le marché et s'assurer de son fonctionnement harmonieux constituent donc en principe le seul domaine de l'intervention publique. Celle-ci peut se matérialiser de deux façons. En premier lieu, contrôler le comportement de entreprises afin d'éviter qu'elles ne troublent le bon ordre du marché (1°). En second lieu, protéger les entreprises susceptibles de subir des risques (2°).

1° Le contrôle des entreprises

306. Le fait qu'une activité économique fasse peser un risque sur d'autres entreprises ne justifie pas à lui seul l'utilisation par les pouvoirs publics d'instruments d'analyse économique. Les outils classiques de contrôle permettent en effet de prévenir, à certaines conditions, de tels les risques. Ils peuvent néanmoins, dans un souci de plus grande efficacité, être combinés avec des outils économiques, permettant de préciser la situation et les intérêts des entrepreneurs et donc d'aboutir à un résultat fondé sur une meilleure information des décideurs. Il est en outre des cas dans lesquels seuls les outils d'analyse économique peuvent servir à contrôler les activités à risque des entreprises.

Il s'agit des hypothèses dans lesquelles une entreprise est considérée comme faisant peser un risque sur les autres du fait du comportement qu'elle adopte sur un marché et non pas du fait de son fonctionnement ou de son mode de production. Si, dans ce dernier cas, c'est d'abord la sécurité physique des autres opérateurs qui est menacée, dans le cas présent, l'atteinte n'est qu'économique, puisqu'elle est causée par un comportement purement économique dans le cadre de relations entre unités

économiques. Cela concerne donc principalement les risques de violation des règles de concurrence⁸⁴¹ ainsi que les atteintes à la protection des consommateurs.

Or, pour prévenir de tels risques, le contrôle ne peut s'opérer que sur le fondement d'une analyse économique permettant de déterminer ce qu'est un marché, une atteinte à la concurrence, ainsi que la façon de les éviter. Les règles dont il s'agit d'assurer le respect sont donc celles qui établissent l'organisation, le fonctionnement et le bon ordre du marché⁸⁴² : elles sont elles-mêmes issues de l'analyse économique⁸⁴³. Elles visent par exemple à prohiber les comportements anticoncurrentiels ayant un effet sensible sur le marché comme une entente sur les prix, une répartition des marchés, l'exclusion d'un opérateur ou un abus de position dominante. Elles peuvent de même tendre à prohiber les opérations faisant disparaître la concurrence telles que les concentrations économiques.

307. Le contrôle du respect de ces règles peut s'opérer soit en amont soit en aval. Dans un cas comme dans l'autre, il est nécessaire, à l'aide d'instruments d'analyse économique, de déterminer les éventuelles atteintes à la concurrence⁸⁴⁴ et les contours du marché⁸⁴⁵ pertinent ou de référence⁸⁴⁶.

⁸⁴¹ Voir supra, pour la qualification des comportements anti-concurrentiels comme risques, Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°59 et s.

⁸⁴² Voir supra, les développements relatifs à la protection du bon ordre des marchés, Première partie, Titre second, Chapitre premier, n°166 et s.

⁸⁴³ « (...) puisqu'il s'agit de garantir le meilleur fonctionnement des mécanismes naturels du marché, les règles ne peuvent viser qu'à instaurer les conditions de fonctionnement du marché. Il faut donc identifier les préalables au fonctionnement naturel des mécanismes de marché. » in C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, P.U.F., coll. Thémis Droit privé, Paris, 2002, p.122.

⁸⁴⁴ C'est en raison du besoin de recourir à une telle analyse que l'ordonnance de 1986 a institué un Conseil de la concurrence plus compétent ou du moins plus habitué que les juges de droit commun à ce genre de raisonnement. Ceux-ci peuvent d'ailleurs le saisir d'une question liée à l'observation des règles de concurrence.

⁸⁴⁵ Pour une définition du marché, Voir C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, préc., p.167 et s. Le marché se caractérise par l'existence d'une offre et d'une demande pouvant se rencontrer et par la substituabilité des produits ou service offerts.

⁸⁴⁶ TPICE, 10 mars 1992, *verre plat*, Rec. 1992, II, 1405 : « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel ». Les critères généralement retenus du marché pertinent sont la nature du

En amont, il pourra prendre la forme d'une autorisation ou d'une interdiction comme c'est le cas en matière de contrôle des concentrations. Confié en droit interne au ministre chargé de l'économie⁸⁴⁷, il suppose de déterminer, avant que ne se réalise une telle opération⁸⁴⁸, son importance⁸⁴⁹, ses effets⁸⁵⁰ économiques sur le marché pertinent, de comparer le poids économique des avantages (contribution au progrès économique) et des inconvénients (atteinte au jeu de la concurrence) induits.

En aval, il s'agira de contrôler les pratiques des entreprises afin de s'assurer qu'elles ne violent pas les règles du marché en réalisant par exemple des ententes ou abus de position dominante⁸⁵¹. Confié au Conseil de la concurrence⁸⁵² lorsque les échanges entre États membres ne sont pas affectés⁸⁵³, ce contrôle vise à s'assurer de l'absence d'un effet restrictif de concurrence⁸⁵⁴ sur un marché défini *a posteriori*⁸⁵⁵ et

produit, le besoin satisfait, le critère géographique, l'élasticité de la demande et de l'offre. Ils ne sont pas pris en considération de façon égale selon le type de comportement observé.

⁸⁴⁷ Lorsqu'est en cause le contrôle national des concentrations, le ministre de l'économie est obligatoirement saisi par l'entreprise, ce qui suspend automatiquement l'opération, et doit statuer dans un délai de cinq semaines. Le ministre peut également se saisir d'office en cas d'absence de saisine spontanée. Il a la possibilité de saisir pour avis le Conseil de la concurrence.

⁸⁴⁸ La concentration économique est définie à l'article L 430-1 du Code de commerce. Il s'agit soit de l'hypothèse d'une fusion d'entreprises, soit de l'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

⁸⁴⁹ La loi NRE du 15 mai 2001 a modifié les trois conditions de l'article L 430 du Code de commerce permettant de définir les opérations soumises à un contrôle préalable. Elles sont liées à l'importance du chiffre d'affaires mondial et national des entreprises concernées. Au-delà d'un seuil, l'opération fera l'objet d'un contrôle au niveau communautaire.

⁸⁵⁰ L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que « sont prohibés (...) lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ». On retrouve une telle formulation à l'article 81 du Traité CE en vertu duquel « sont incompatibles avec le marché commun et interdits (...) qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

⁸⁵¹ Articles L 420-1 à 4 du Code de commerce.

⁸⁵² Sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris en vertu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁸⁵³ Articles 81 et 82 du Traité CE.

⁸⁵⁴ La restriction de concurrence est appréciée, en ce qui concerne les ententes, au terme d'un bilan concurrentiel déterminé au sein du marché pertinent.

⁸⁵⁵ La détermination du marché pertinent est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de qualifier un abus de position dominante défini à l'article L 420-2 du Code de commerce.

conduit, si aucune exemption n'a été accordée⁸⁵⁶, à la nullité des engagements illicites⁸⁵⁷, à des sanctions administratives (sanctions financières, injonctions et publications) et civiles (sanctions pécuniaires civiles telles que la restitution, l'allocation de dommages et intérêts) dont l'effet persuasif participe de la politique de prévention des atteintes aux règles de fonctionnement du marché.

2° La protection des entreprises

308. À la différence des outils d'analyse qui viennent d'être présentés, les instruments économiques de protection ne visent pas uniquement à protéger les entreprises contre les risques que leur font courir le comportement d'autres opérateurs sur le marché, mais également contre ceux qui résultent de leur existence même ou du mode de production adopté : risques liés à la dangerosité des produits, à celle du processus de production, etc. Dans cette hypothèse, la protection sera alors utilement assurée par une combinaison de mesures économiques et de mesures classiques⁸⁵⁸.

Les instruments économiques de protection peuvent avoir un objet micro ou macroéconomique. Ils seront microéconomiques lorsqu'ils viseront à prévenir les risques résultant du comportement anticoncurrentiel d'un opérateur. Ils seront

⁸⁵⁶ L'article L 420-4, 2° prévoit des exemptions lorsque les pratiques considérées assurent un progrès économique et réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Il en va de même lorsque des accords ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites.

⁸⁵⁷ L'article L 420-3 du Code de commerce dispose qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les alinéas 1 et 2.

⁸⁵⁸ On a pu constater que certains mécanismes économiques tels que la limitation du commerce et des échanges permirent de protéger des éleveurs contre le risque que faisait courir à leurs troupeaux l'importation sur le territoire national de bêtes atteintes d'épizootie ou l'importation de produits contaminés. Et ce, en complément des mesures sanitaires adoptées par les autorités de police générale ou spéciale. Il en va de même de l'utilisation par un État de l'embargo commercial frappant certaines exportations afin de se prémunir contre les troubles économiques que pourrait provoquer un risque de guerre ou d'agression provenant d'un autre État. Ce, sur le fondement de l'article 41 de la Charte des Nations-Unies.

macroéconomiques lorsqu'ils viseront la protection contre les dysfonctionnements du marché lui-même⁸⁵⁹. Ils peuvent par ailleurs assurer une protection partielle ou totale.

Elle sera partielle⁸⁶⁰, si l'intervention publique n'a pour conséquence que de réduire la probabilité de réalisation du risque considéré. C'est le cas lorsque les pouvoirs publics décident d'instaurer un embargo contre l'importation de certains produits afin de protéger les entreprises nationales contre un risque sanitaire provenant de pays tiers⁸⁶¹.

Elle sera totale, si la probabilité de dommage est complètement éliminée. C'est le cas lorsque les pouvoirs publics suppriment l'environnement concurrentiel⁸⁶² d'une entreprise, lui assurant ainsi qu'elle ne sera pas victime du comportement irrégulier d'un autre opérateur sur le marché⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Les politiques communautaires relatives aux produits ont instauré des mécanismes économiques de protection du marché commun. Ainsi, dans le cadre de la Politique Agricole Commune, la Communauté peut décider de suspendre la délivrance des certificats d'importation ou d'exportation voire même d'instaurer un contingentement en cas de risque de difficultés économiques. Dans le cadre de la politique de la CECA, la Haute autorité pouvait également instituer des restrictions quantitatives aux importations afin de protéger le marché commun.

⁸⁶⁰ Le choix opéré par les pouvoirs publics de ne recourir qu'à des mesures de protection partielle s'explique par les mêmes raisons que pour le choix des mesures classiques de protection. Il peut soit leur être imposé par la nature du risque considéré, soit résulter d'une démarche volontaire.

⁸⁶¹ Ce fut le cas à l'occasion de la crise dite de la « vache folle », lorsqu'un embargo sur l'exportation de la viande de bœuf en provenance de Grande-Bretagne fut instauré par une décision 96/239/CE, J.O.C.E. L 78, p. 47. De même, lors de la dernière crise de fièvre aphteuse, la France décida d'interdire l'importation des animaux d'espèces sensibles en provenance de l'Irlande, de la Belgique. Par ailleurs, l'exportation en provenance du territoire français et plus généralement tout commerce fut interdit pour les espèces sensibles.

⁸⁶² Ainsi, en vertu de l'article 4 de l'ordonnance n° 67-808 du 22 septembre 1967, un périmètre de protection peut être instauré par décret en Conseil d'Etat autour des marchés d'intérêt national, dont le but est d'éviter qu'ils soient concurrencés par des échanges parallèles bénéficiant de la proximité du marché sans en supporter les charges. Le juge administratif vérifie l'adéquation des mesures d'interdiction résultant de l'instauration d'un périmètre aux objectifs d'intérêt général poursuivis. Voir pour plus de précisions sur les MIN : Y. GAUDEMET, « Marchés d'intérêt national », J.-Cl. Adm. fasc. 259.

⁸⁶³ C'est par exemple le cas des clauses d'exclusivité fréquemment inscrites dans les contrats de délégation de service public passés entre l'administration et une entreprise par laquelle le concédant s'engage à ne pas autoriser ou à ne pas favoriser la concurrence d'autres opérateurs dans le domaine couvert par le contrat. L'administration contractante s'engage ainsi à ne pas conclure d'autres contrats portant sur le même objet avec des tiers ou à ne pas autoriser l'activité d'entreprises concurrentes. Libre de toute concurrence, l'entreprise cocontractante est ainsi protégée des comportements dommageables que seraient susceptibles de lui faire subir illégalement les

B- L'incitation

309. L'incitation, en tant que technique juridique n'est pas propre à la prévention des risques. Elle ne l'est d'ailleurs pas non plus à la direction des conduites des entreprises. Il s'agit d'un phénomène global touchant l'ensemble de la production normative depuis plusieurs décennies.⁸⁶⁴ Elle participe d'une évolution dans la technique d'édiction des règles de droit par la puissance publique. Ainsi, à côté de l'édiction par voie de *commandement* de réglementations ayant pour objectif de contraindre ceux qui y sont soumis au respect de règles de conduite, se développe l'utilisation de techniques plus flexibles et « douces »⁸⁶⁵ de recommandation destinées à influencer plus qu'à contraindre⁸⁶⁶. L'incitation vise ainsi, selon ce modèle, à obtenir des individus le respect d'objectifs, l'observation de directives non par la contrainte publique mais par la garantie d'obtenir en contrepartie un bénéfice ou un avantage.

310. Elle reçoit cependant une remarquable application en matière de prévention des risques des entreprises et ceci à deux titres complémentaires⁸⁶⁷.

D'une part, l'incitation a fait l'objet d'une utilisation importante en matière économique pour des raisons bien précises. En effet, dans le cadre d'un État

opérateurs présents sur le même marché. Il convient cependant, de noter que la protection accordée à l'entreprise sert plus fondamentalement à garantir la continuité du service public concédé.

⁸⁶⁴ Voir en ce sens : P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.* 1982, I, p.275. Selon l'auteur, « Les normes juridiques mises de nos jours en circulation dans les sociétés industrialisées du monde occidental tendent, non seulement à prévenir ou à régler des conflits possibles entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites. »

⁸⁶⁵ Voir en ce sens, J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, préc., p.128.

⁸⁶⁶ « (...) d'une part, à côté des commandements juridiques de type traditionnel, la recommandation juridique, c'est-à-dire la direction juridique non autoritaire des conduites, est en voie de prendre une place de plus en plus importante. », P. AMSELEK, préc.

⁸⁶⁷ Les pouvoirs publics ne sont pas les seules sources d'incitation. Les marchés économiques le sont aussi. Voir en ce sens : J.-M. SURET, T. PAUCHANT, M. DESNOYERS, « Prévention et marchés financiers », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.139. Les auteurs démontrent comment le marché peut avoir un effet incitatif conduisant les entreprises à adopter de mesures précautionneuses. Ainsi, en matière de transport aérien, le marché semble punir, quoique dans une moindre mesure, les transporteurs négligents en termes de sécurité.

providence à « réinventer », l'incitation est apparue comme une forme renouvelée d'interventionnisme, permettant de sauvegarder la liberté de décision des opérateurs tout en permettant d'orienter leur comportement⁸⁶⁸. Afin de surmonter le paradoxe né d'une demande d'intervention étatique respectant le primat libéral de la libre initiative, l'incitation a pu permettre de concilier la volonté des pouvoirs publics de régler les conduites avec la marge d'initiative qu'il est indispensable de laisser aux entreprises⁸⁶⁹. La discussion et la collaboration avec les opérateurs qu'elle autorise sont très certainement une marque de l'évolution de l'art de réglementer qu'entraîne la régulation économique.

L'incitation trouvant son champ d'application privilégié en matière économique se traduit naturellement par la mise en œuvre d'outils économiques : aides financières, taxes et instruments fiscaux, permis négociables, conventions, etc. Elle prend ainsi de multiples formes⁸⁷⁰, unilatérales ou contractuelles⁸⁷¹ et vise à encourager certains comportements des opérateurs en contrepartie d'avantages prévus par des textes ou promis par l'administration. L'octroi effectif de ces avantages demeure subordonné à la constatation par l'administration de l'adoption d'un comportement donné ou de l'observation d'une directive⁸⁷². Il en est ainsi pour de nombreuses aides ou subventions⁸⁷³.

⁸⁶⁸ Voir en ce sens : J. CHEVALLIER, *Science administrative*, préc., p.175.

⁸⁶⁹ « (...) plus économique dans son usage, plus souple dans effets et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'incitation assure un meilleur contrôle des comportements ; elle permet d'éviter les réactions de passivité et de rejet suscités par la réglementation », in J. CHEVALLIER, préc.

⁸⁷⁰ La nature et les caractères des critères permettant aux pouvoirs publics de choisir parmi les divers outils économiques celui qui semble le plus efficace seront détaillés plus loin. On se limitera ici à démontrer combien ces outils économiques d'incitation sont adaptés à la prévention des risques subis par les entreprises.

⁸⁷¹ La contractualisation de l'action publique en matière économique part de l'idée que le développement économique passe par l'accord et non par la contrainte. Voir M. HECQUARD-THERON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *A.J.D.A.* 1993, Chron., p. 451.

⁸⁷² En ce sens, on peut rapprocher l'incitation d'un acte-condition. Voir J.-P. COLSON, *Droit public économique*, 3^e éd., LGDJ, manuel, Paris 2001, p.398.

⁸⁷³ Voir par exemple, C. LONDON, « De l'opportunité des aides et fonds en matière d'environnement », *J.C.P.*, 1992, I, 3624. Les agences de l'eau peuvent par exemple aider au financement de travaux améliorant la qualité des eaux. De même, au niveau communautaire, des aides financières peuvent être accordées aux entreprises par la Banque européenne d'investissement,

D'autre part, les outils économiques d'incitation ont acquis une grande importance en matière de prévention des risques. Étant considérés comme mieux adaptés à la situation des entreprises, plus efficaces, moins coûteux et plus flexibles que les autres outils, ils sont de plus en plus nombreux à être mis en œuvre ; certains ayant d'ailleurs été élaborés dans l'unique but de prévenir la réalisation de risques. Ils sont incitatifs en ce sens que, indiquant des objectifs à atteindre, des comportements à observer ou à éviter, ils conduisent les entreprises à adopter une attitude précautionneuse. Il s'agit tantôt de celles qui font peser sur les autres opérateurs un risque, tantôt de celles qui en sont les victimes potentielles.

Lorsque les entreprises à risque sont appelées à réduire d'elles-mêmes, en choisissant les techniques les plus appropriées, la probabilité des dommages qu'elles sont susceptibles de causer, les pouvoirs publics souffrent alors moins des lacunes relatives à la difficile connaissance du coût des dommages, des coûts de production ou de réduction des risques que l'on a déjà relevées. Il en est ainsi des systèmes de quotas ou de permis d'émission instaurés afin de prévenir les pollutions industrielles⁸⁷⁴.

Un tel système inspiré du principe « pollueur-payeur », prévu par le protocole de Kyoto du 10 décembre 1997 et testé aux États-Unis pour les émissions de dioxyde de soufre, consiste à déterminer un niveau limite de pollution jugé acceptable pour l'environnement et imposé à l'ensemble des opérateurs. Il consiste ensuite à attribuer à chaque pollueur un certain nombre de permis d'émission cessibles, négociables sur le marché. Cette attribution initiale peut être soit gratuite⁸⁷⁵ soit payante⁸⁷⁶. Le recours au

ou par l'intermédiaire de fonds structurels, afin de les inciter à remplir certains objectifs déterminés. Il s'agit notamment du développement économique et social, de l'amélioration des infrastructures, de la protection de l'environnement, le renforcement de la compétitivité internationale de l'industrie, le soutien de l'activité des petites et moyennes entreprises, etc.

⁸⁷⁴ Voir par exemple : PH. BONTEMS et G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, Ed. La Découverte, coll. Repères, Paris, 2003 ; M. DUBOST-MOLINER, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *A.J.D.A.* 2003, chron., p.2073 ; « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », *A.J.D.A.*, 2004, p.1132 ; C. LONDON, *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, L.G.D.J., Systèmes, Droit, Paris, 2001 ; A. VALLEE, *Economie de l'environnement*, Ed. du Seuil, Points Économie, Paris, 2002 ; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., p.89 et s.

⁸⁷⁵ Dans un tel système, les permis d'émission ou quotas sont attribués proportionnellement à l'importance des pollutions émises. Plus attrayant pour les opérateurs, il favorise cependant les plus gros pollueurs et peut apparaître moins efficace dans la prévention des risques de pollution. En

libre jeu du marché permet de fixer un *juste prix* à l'externalité que constitue la pollution et d'atteindre une répartition optimale des coûts et des ressources⁸⁷⁷. Chaque entreprise devra en effet arbitrer entre le coût d'une mesure de dépollution ou celui de l'achat de quotas, ce qui doit en théorie l'inciter à baisser les coûts de dépollution afin de pouvoir revendre les permis acquis⁸⁷⁸.

La France a institué un système de ce type en transposant la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 instituant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre par une ordonnance du 14 avril 2004⁸⁷⁹ complétant la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement⁸⁸⁰. Elle combine

outre, ce système a pu être taxé d'inégalitaire, faisant reposer une part plus importante de l'effort de dépollution sur les plus petits pollueurs ou les entreprises plus « vertueuses ». Voir en ce sens : M. DUBOST-MOLINER, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », préc.

⁸⁷⁶ Ce second système, plus persuasif pour les entreprises, a le mérite de bénéficier aux finances de l'État et permet ainsi, en théorie, de procéder à une baisse des charges sociales pesant sur les opérateurs ou à un réinvestissement. C'est ce que l'on appelle le *double dividende*. Voir en ce sens : PH. BONTEMS et G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, préc., p.75. De même, S. ROUSSEAUX, « Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : un partenariat entre la Communauté européenne les Etats membres et les entreprises », *R.F.F.P.*, mai 2005, n°90, p.81. Les conséquences économiques du coût pesant ainsi sur les pollueurs sont cependant à prendre en compte et doivent être comparés aux avantages escomptés. Voir infra, n°314 et s.

⁸⁷⁷ Pour qu'un tel marché fonctionne, plusieurs conditions doivent être remplies. Il doit d'une part être concurrentiel et faire participer suffisamment d'agents. En outre, les coûts de transaction ne doivent pas être trop élevés et il ne doit pas y avoir d'abus de position dominante. Enfin, il est nécessaire que la surveillance soit suffisante et les sanctions efficaces c'est à dire adaptées à la gravité de l'infraction.

⁸⁷⁸ Chaque entreprise ne pourra pas polluer au-delà du quota qui lui a été attribué à moins d'acquérir les permis d'autres entreprises. Il s'agit ainsi de rémunérer l'effort de dépollution effectué par cette dernière. Pour être attractif, le coût de ce permis devra donc être inférieur au coût de dépollution de l'acheteur et supérieure au coût du vendeur pour obtenir une dépollution supplémentaire.

⁸⁷⁹ Ordonnance n°2004-330 du 14 avril 2004, J.O.R.F. du 17 avril 2004, p.7089.

⁸⁸⁰ Articles L. 229-5 à L. 229-19 du Code de l'environnement. Il est prévu que l'administration fixe un seuil global de pollution dans le cadre d'un plan national d'affectation des quotas et que le ministre de l'environnement distribue - gratuitement jusqu'en 2007 puis à 90% jusqu'à 2012 - des permis aux pollueurs (y compris les nouveaux entrants afin d'éviter une rupture d'égalité) avec obligation de limiter leurs pollutions à un niveau déterminé. Ces permis sont cessibles mais resteront en nombre invariable. Ils sont qualifiés de biens meubles par l'ordonnance.

le recours aux mécanismes du marché avec un système traditionnel de déclaration et de contrôle⁸⁸¹.

311. Les outils économiques d'incitation sont également des instruments privilégiés de la politique publique de prévention à destination des entreprises soumises aux risques. Plus flexibles en ce qu'ils laissent aux entrepreneurs une liberté d'action et une marge de manœuvre étendue, ils reflètent parfaitement le caractère subsidiaire de l'intervention des pouvoirs publics en guidant les conduites sans les contraindre autoritairement en vue d'une soustraction volontaire au risque. Il en est ainsi en matière de prévention des risques naturels⁸⁸². La législation relative à la prévention des risques d'inondation⁸⁸³ prévoit de faire évoluer le montant de la surprime « catastrophe naturelle » en fonction du comportement des assurés selon qu'ils acceptent ou refusent d'adopter des mesures de précaution afin de réduire la vulnérabilité de leur activité.

312. Dans les deux hypothèses qui viennent d'être distinguées, l'incitation par le biais d'outils économiques peut consister en une persuasion ou en une dissuasion. Dans le premier cas, l'entreprise considérée sera favorisée si elle accepte de se conformer au comportement promu par les pouvoirs publics. Il en va notamment ainsi en matière de lutte contre les risques de pollutions par hydrocarbure. En vue de prévenir de tels risques, les pouvoirs publics incitent les transporteurs à adopter le pavillon français afin

⁸⁸¹ L'exploitant doit déclarer tous les ans son niveau d'émission. Cette déclaration sera contrôlée à ses frais par un organisme indépendant. En cas de non déclaration, le préfet peut arrêter d'office le volume des émissions jusqu'à restitution des quotas. S'il ne le peut pas il devra payer une amende de 40 puis de 100 euros par quotas manquants. En cas de fausse déclaration la sanction sera la non cessibilité des quotas jusqu'à régularisation.

⁸⁸² Il faut noter en ce domaine, que des mécanismes incitatifs existent également à l'égard des collectivités locales. En effet, depuis la loi du 2 janvier 1995, les franchises spécifiques « catastrophes naturelles », sont multipliées si la commune n'est pas dotée d'un plan de prévention des risques.

⁸⁸³ Le rapport de la Commission d'enquête du Sénat sur les inondations dans la Somme avait préconisé l'instauration de mécanismes incitatifs destinés à responsabiliser les entreprises venant s'installer en zone à risques. Il prévoyait notamment une modulation de la prime d'assurance ou une décote de l'indemnisation versée dans le cas où aucuns travaux de prévention n'ont été réalisés par l'assuré.

de lutter contre les pavillons de complaisance jugés responsables⁸⁸⁴ des marées noires touchant le littoral national⁸⁸⁵. Dans le second cas, l'entreprise sera sanctionnée si son comportement ne correspond pas aux standards fixés par les pouvoirs publics. Il en est ainsi par exemple de l'instauration de taxes supplémentaires en cas de non-respect par les entreprises des objectifs fixés par les pouvoirs publics ou visant à compenser la réalisation d'effets non souhaités tels que des pollutions. En matière de protection des ressources en eau, support de nombreuses activités économiques, une redevance a été instaurée, fonction du volume de produits déversés⁸⁸⁶. D'autres taxes ont également été instaurées telles que la taxe générale sur les activités polluantes adoptée aux termes de la loi de finances pour 1999⁸⁸⁷ qui constitue une parfaite illustration du principe « pollueur-payeur ».

313. L'analyse économique des risques ne vise pas uniquement à élaborer des outils de prévention mieux adaptés à la situation des entreprises et plus efficaces que les

⁸⁸⁴ Voir en ce sens, Rapport d'information de la commission chargée d'examiner l'ensemble des questions liées à la marée noire provoquée par le naufrage du navire « Érika », Sénat, session ordinaire de 1999-2000, n°41.

⁸⁸⁵ Ainsi, la loi n°96-607 du 5 juillet 1996 instaure-t-elle un système de déduction fiscale en faveur des souscripteurs de part de copropriétés de navires. Par la suite, la loi n°98-546 du 2 juillet 1998 permet à un groupement d'intérêt économique de bénéficier d'un amortissement accéléré et de l'exonération des plus-values en cas de cession lors de l'achat d'un navire. Par ailleurs, par dérogation à l'article 87 du traité sur l'Union européenne, cette dernière a autorisé les États membres à accorder des aides à leurs flottes nationales telles que l'amortissement accéléré. Voir notamment la communication de la Commission relative aux orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime, J.O.C.E. n°C, p. 205/5, 5 juillet 1997.

⁸⁸⁶ L'article 18 alinéa 1^{er} du décret 66-700 du 14 septembre 1965 énonce que cette redevance est réclamée aux personnes qui « contribuent à la détérioration de la qualité de l'eau (...), qui appellent des prélèvements sur la ressource en eau (...), qui modifient le régime des eaux dans tout ou partie du bassin ». Bien que rangée parmi les impositions de toute nature par le Conseil constitutionnel dans une décision n°882-124 L du 24 juin 1982, ce sont les agences de bassin qui en fixe les règles d'assiette, le taux et les modalités de recouvrement et non pas le législateur comme l'article 34 de la Constitution le laisserait supposer.

⁸⁸⁷ Loi n°98-1266, du 30 décembre 1998, J.O.R.F. 30 décembre 1998. Cette taxe, destinée à encourager des comportements respectueux de l'environnement, devait voir son produit affecté au financement de la réforme « des 35 heures ». La TGAP vise notamment la production de déchets, d'huiles usagées, les nuisances sonores, la pollution atmosphérique, les installations classées, etc. Le Conseil constitutionnel a censuré le souhait du gouvernement d'étendre cette taxe aux consommations intermédiaires d'énergie par une décision n°2000-441 DC du 22 décembre 2000, J.O.R.F. 31 décembre 2001, p.21204.

instruments classiques. Elle permet également aux pouvoirs publics d'opérer un choix plus éclairé, prenant en compte l'ensemble des intérêts en jeu, établissant justement un niveau de risque acceptable par tous afin d'assurer à l'action publique la plus grande efficacité possible. La nature économique des entités créatrices de risque, des victimes potentielles ou des dommages éventuels justifie en effet que des outils économiques d'évaluation soient mis en place qui soient spécifiques aux risques des entreprises.

§ 2 - La mise en œuvre d'outils économiques d'évaluation

314. Les outils d'évaluation mis en œuvre dans le cadre de la politique de prévention des risques des entreprises ont un double objet. Le premier est constitué du risque lui-même. Le fait que des entreprises - et non pas de simples particuliers - en soient les victimes, exige que la prévention intègre des mécanismes particuliers évaluant l'aspect purement économique des risques ainsi que la vulnérabilité des entreprises **(A)**. Le second est quant à lui constitué des mesures de prévention adoptées par les pouvoirs publics. Il s'agit alors de comprendre comment s'opère le choix des instruments les plus efficaces au moyen d'outils d'analyse économique **(B)**.

A- L'utilisation d'outils d'évaluation des risques des entreprises

315. L'acquisition de la connaissance des risques des entreprises, aussi indispensable soit-elle à la politique de prévention menée par les pouvoirs publics, ne saurait suffire à percevoir toute leur spécificité. Celle-ci ressort à la fois de la nature des risques considérés, et de la diversité des intérêts concernés par la prévention.

En effet, certains risques sont susceptibles de ne toucher que des entreprises. Les outils communs de prévention étant alors inutiles, il convient de recourir à des mécanismes particuliers destinés à connaître la façon dont ils se réalisent et les dommages qui peuvent en résulter. Il en est ainsi des risques de violation des lois et

règles du marché auxquelles peuvent contrevenir certains opérateurs économiques : concurrence déloyale, abus de position dominante, ententes illicites, etc. Il en va de même des risques d'espionnage industriel ou de contrefaçon⁸⁸⁸.

En outre, les dommages résultant pour une entreprise de la réalisation d'un risque ne sont pas de la même nature que ceux que peuvent subir les particuliers lorsqu'il se réalise. Ils atteignent bien plus de situations et d'intérêts. Outre les préjudices matériels ou moraux de l'entrepreneur, il faut prendre en considération ceux de l'entreprise personne morale, ceux de ses salariés, de ses actionnaires, de ses clients, de ses fournisseurs, etc. L'intérêt général peut également être affecté. Sont alors concernés l'emploi, le développement économique et technologique, la croissance, l'aménagement du territoire, l'urbanisation, etc. C'est ainsi, par exemple, que la législation sur les risques technologiques et naturels impose que soit prise en compte la situation des salariés et des actionnaires des entreprises dites *à risque* afin que leur soit apportée une information satisfaisante⁸⁸⁹.

Pour ces raisons, il apparaît indispensable d'apporter un traitement particulier aux risques des entreprises en faisant porter l'évaluation sur les éléments qui les distinguent des autres. Ainsi, afin de mener efficacement une politique préventive, convient-il d'une part de connaître la façon dont se réalisent les risques d'origine économique et d'autre part d'évaluer précisément les secteurs d'activités ou les opérateurs particulièrement vulnérables et les préjudices économiques qu'il s'agit d'empêcher.

⁸⁸⁸ Le Code pénal et le Code de la propriété industrielle comprennent des dispositions destinées à la conservation des secrets des entreprises, notamment les secrets de fabrique ainsi qu'à la lutte contre les contrefaçons. Voir en ce sens : M. WATIN-AUGOUARD, « La lutte contre la contrefaçon : un objectif pour la défense économique. », *Droit et défense*, 1994, n°3, p.62.

⁸⁸⁹ Voir par exemple l'article 10 de la loi du 30 juillet 2003 relatif au droit d'alerte des salariés par le biais du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en cas de risque d'accident. De même, l'article L. 225-102-2 du Code de commerce dispose que le rapport annuel présenté à l'assemblée des actionnaires doit faire figurer des informations relatives à la politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société, à la capacité de celle-ci à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de son exploitation, et aux moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes.

316. Il a déjà été souligné précédemment⁸⁹⁰ combien est importante la connaissance des mécanismes par lesquels le comportement des opérateurs sur le marché peut faire peser sur d'autres entreprises des risques et comment l'analyse économique permet de les appréhender. On se limitera donc ici à rappeler la règle selon laquelle il ne peut y avoir de prévention sans connaissance des mécanismes par lesquels un risque se crée et se réalise. Ceci se traduit donc par l'exigence faite aux pouvoirs publics de savoir évaluer, par exemple, un marché pertinent, ses acteurs, les effets économiques d'une pratique anti-concurrentielle, à l'aide d'instruments d'analyse économique.

Par ailleurs, devancer utilement la réalisation de dommages suppose d'avoir évalué en amont les secteurs économiques, les zones géographiques d'activités ou les concentrations industrielles particulièrement vulnérables. Il convient en effet de déterminer à l'avance lesquels, parmi les opérateurs économiques d'un secteur ou d'une région, risquent de souffrir de la réalisation d'un risque donné. Ceci doit être complété par une évaluation des dommages susceptibles d'en résulter. Seront-ils uniquement matériels (perte de bétail, destruction de stocks, de bâtiments, d'engins, de machines, d'usines, etc.) ou autres (perte de clientèle, diminution du carnet de commande, diminution du chiffre d'affaires, ruptures de contrat d'approvisionnements ou de vente, chômage technique, insolvabilité, etc.) ? Pour ce faire, plusieurs moyens sont à la disposition des pouvoirs publics. En premier lieu l'étude des risques qui se sont déjà réalisés et, en second lieu, la mise en œuvre d'outils de veille économique.

317. L'étude des risques qui se sont déjà réalisés est particulièrement instructive en ce qu'elle permet non seulement de tirer des leçons des expériences passées⁸⁹¹, mais également de déterminer les points sur lesquels concentrer les efforts de prévention. Ainsi, l'étude des pollutions marines par hydrocarbures, des épizooties, des inondations, des explosions d'usines, des actes de terrorisme qui se sont récemment réalisés ont

⁸⁹⁰ Voir supra, ce chapitre, n°306.

⁸⁹¹ Voir supra, sur la notion de retour d'expérience, ce chapitre, n°273.

permis de connaître assez précisément la nature des secteurs économiques principalement touchés⁸⁹² et celle des dommages qui en ont résulté.

La veille économique contribue également à atteindre cet objectif en assurant une surveillance permanente de l'économie nationale et en permettant de déterminer les secteurs en difficultés, les plus sensibles et donc les plus vulnérables. Elle peut adopter plusieurs formes. Au plan interne, elle peut par exemple se manifester par l'institution d'outils spécialisés tels que le système DEMETER, organisé en réseau, chargé de gérer les informations à dominante économique⁸⁹³ et intégré dans la politique nationale d'intelligence et de renseignement économique⁸⁹⁴. Il a pour objectif de constituer une base de données collectées par voie de questionnaires et permet ainsi aux pouvoirs publics de connaître le tissu économique du pays. À ceci s'ajoute le travail effectué par les divers organes de consultation, d'information et de statistiques à vocation économique ou non qui permettent de faire un état des lieux périodiques de l'économie nationale⁸⁹⁵.

⁸⁹² L'expérience ainsi acquise permet alors de protéger de façon privilégiée les secteurs vulnérables. Pour ne prendre que quelques exemples, il apparaît que les risques touchant l'environnement portent atteinte aux entreprises dont l'activité y trouve le siège mais également les ressources. C'est le cas notamment des activités de pêche, de pisciculture, de restauration lors d'inondations ou de pollutions. Les crises zoonosaires, si elles touchent principalement les éleveurs, se répercutent sur l'ensemble du réseau de distribution et en dernier lieu sur les consommateurs. Par ailleurs, les activités liées au tourisme sont parmi les premières à souffrir des risques de pollutions, de crises sanitaires ou d'actes de terrorisme. Les rapports des missions parlementaires relatifs aux récentes catastrophes font clairement apparaître la vulnérabilité de ces activités.

⁸⁹³ Voir J. BOUTOUX, « La défense économique », *Administration*, 1993, dossier spécial consacré à la sécurité économique, p. : « en étudiant les grandes filières, (cela permet) de déterminer leurs aléas, leurs vulnérabilités (...) ».

⁸⁹⁴ Voir notamment, B. WARUSFEL, « Vers un dispositif français d'intelligence et de renseignement économique », *Droit et défense*, n°2, 1995, p.75 ; « Intelligence économique et droit », in « L'intelligence économique : un nouveau métier pour l'administration ? », Dossier des cahiers de la fonction publique, 1995 n°140, p.4 et s. ; « Intelligence économique et sécurité de l'entreprise », Les cahiers de la sécurité intérieure, n°24, 1996, p.48. Le gouvernement est conseillé en matière de renseignement et d'intelligence économique par le Comité pour la compétitivité et la sécurité économique.

⁸⁹⁵ On notera à titre d'exemple le rôle d'information et de conseil joué par le Conseil d'analyse économique ou par le Conseil économique et social. L'article 1^{er} du décret n°97-766 du 22 juillet 1997 portant création du conseil d'analyse économique dispose que ce dernier a pour mission « d'éclairer, par la confrontation des points de vue et des analyses, les choix du Gouvernement en matière économique. »

La veille économique se retrouve également au niveau communautaire, dans le cadre des politiques communes. Ainsi, en vertu des dispositions relatives à la politique de l'énergie, la Communauté a-t-elle mis au point un système complexe et précis d'information permettant d'avoir une connaissance permanente du marché.⁸⁹⁶ Il en a été de même dans le cadre du traité CECA⁸⁹⁷.

318. La connaissance et la prise en compte de l'aspect économique des risques ne suffisent pas à elles seules à garantir l'efficacité de l'action publique. De multiples choix s'offrent en effet à eux parmi les diverses solutions et outils alternatifs de prévention. Opérer de façon efficiente ces choix supposent alors de recourir à l'analyse comparée des outils de prévention du risque et à l'évaluation de leurs effets.

B- L'évaluation des instruments de prévention des risques des entreprises

319. L'évaluation de l'action publique n'est pas une problématique propre à la prévention des risques des entreprises. Elle s'est généralisée depuis peu à l'ensemble de l'action publique⁸⁹⁸. Les pouvoirs publics sont ainsi tenus, avant de décider, d'envisager l'ensemble des solutions alternatives, d'établir un bilan des conséquences positives et négatives des mesures envisagées⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Voir le règlement 1729-76, JOCE, n°L198 du 23 juillet 1976, qui organise un mécanisme d'information « sur la situation de l'approvisionnement en énergie de la communauté ».

⁸⁹⁷ Voir les articles 46, 47, 48 du Traité : la fonction de prévision a été attribuée initialement à la Haute Autorité. Elle consiste en l'établissement d'études, d'informations prévisionnelles, etc.

⁸⁹⁸ On en veut pour preuve la création récente de nombreux offices ou comités d'évaluation : Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Comité interministériel d'évaluation des politiques publiques, Office parlementaire d'évaluation de la législation, Office parlementaire d'évaluation des politiques publiques, etc.

⁸⁹⁹ Voir par exemple, la circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de lois et de décrets en Conseil d'Etat.

Appliquée à la prise en charge des risques des entreprises, l'évaluation a pour objectif de vérifier l'efficacité des mesures de prévention adoptées par les pouvoirs publics au regard des informations dont ils disposent et des divers intérêts dont ils ont la garde. Pour ce faire, ils ont recours à des éléments d'analyse économique dont le plus remarquable est l'utilisation de l'analyse coût-bénéfice⁹⁰⁰.

320. L'analyse coût-bénéfice a pour but d'évaluer l'utilité d'un projet qui sera considéré comme bénéfique pour la collectivité s'il génère un gain de bien-être social. À son terme, ne sera retenue que la mesure dont les bénéfices attendus sont plus importants que les coûts induits. Les économistes y ont recours afin de déterminer la façon optimale de gérer les situations de risques sur le fondement de méthodes probabilistes⁹⁰¹.

Cette recherche d'efficacité transparait dans de nombreuses normes juridiques qui imposent que des mesures proportionnées⁹⁰² soient prises à un coût économiquement acceptable⁹⁰³, à l'aide des techniques les plus adaptées⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ Voir par exemple : ANNIE VALLLEE, *Economie de l'environnement*, préc., p.254 et s. L'utilisation de l'analyse coût-bénéfice n'est pas propre à la France : voir, CH. NOIVILLE, *du bon gouvernement des risques*, préc., p. 173 ; F. EWALD, CH. GOLLIER, N. SADELEER (de), *Le principe de précaution*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, Paris, 2001, p.104 et s.

⁹⁰¹ Voir en ce sens, Rapport du Commissariat général du plan, *La décision publique face aux risques*, La documentation française, p.70 et s. L'analyse économique du risque « présuppose (...) que cet optimum peut être évalué grâce au calcul des probabilités et par l'utilisation du critère du maximum de l'utilité espérée. ». Pour y parvenir, il est nécessaire de généraliser l'analyse coût-bénéfice « en intégrant le caractère aléatoire des bénéfices et des coûts grâce au calcul des probabilités. ».

⁹⁰² Il en est ainsi notamment des dérogations qu'admet le droit communautaire aux règles du marché. La Cour de justice des Communautés européennes vérifie avec attention que les exceptions aux traités sont proportionnées aux buts poursuivis. Les mesures adoptées lors de la crise de la vache folle (embargo contre la viande bovine d'origine britannique) furent considérées, en l'état des connaissances, proportionnées. Ne l'auraient certainement pas été l'abattage de l'ensemble du cheptel ou le simple étiquetage. Voir en ce sens : C.J.C.E. aff. C-157/96 du 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, Rec. I-2236.

⁹⁰³ Rappelons que la formulation du principe de précaution, tel qu'il est appliqué en droit interne, fait référence à des mesures entraînant un coût économiquement acceptable. C'est le cas de l'article L. 200-1 du nouveau Code rural qui dispose que le principe de précaution exige que ne soit pas retardée « l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ». La Charte de l'environnement dispose en son article 6 que les politiques publiques doivent concilier « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès

Il faut noter que le choix de la mesure de prévention la plus efficace au terme d'une analyse coût-bénéfice dépend directement du choix par les pouvoirs publics du niveau de risque socialement et économiquement acceptable. Ainsi, pour une mesure de prévention donnée, les avantages pourront-ils être jugés supérieurs aux coûts induits si le niveau de risque acceptable est fixé *a minima*, alors qu'ils ne le seraient pas si le niveau de risque acceptable était fixé plus haut. Un tel choix aura donc d'importantes conséquences sur la liberté laissée aux entreprises de courir un risque ou d'exploiter des activités risquées. Il devra donc également reposer sur une analyse des avantages et inconvénients qu'il y a pour le bien-être social à courir un risque donné⁹⁰⁵.

321. La principale difficulté de l'analyse coût-bénéfice réside dans la façon dont il faut déterminer la valeur des avantages escomptés et des inconvénients redoutés. Elle porte d'une part sur le mode de calcul à retenir et d'autre part sur la manière d'intégrer l'évolution des informations à la disposition des pouvoirs publics.

Les conséquences d'une mesure de prévention peuvent s'étaler dans le temps, et le calcul des bénéfices et des coûts est alors rendu d'autant plus difficile que ces valeurs

social ». De même, l'article 174 R 3° du traité CE dispose que la Communauté tient compte des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action. La communication de la Commission européenne sur le principe de précaution du 2 février 2000 reprend cette exigence. Au plan international, la convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques de 1982 stipule de même que « les politiques et mesures (...) requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible. » Une formule similaire est reprise notamment par la Convention révisée sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée de 1985, par le Protocole additionnel à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance de 1994.

⁹⁰⁴ Voir par exemple, la directive 96/61 du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, J.O.C.E. série L257 du 10 octobre 1996, p.27, qui fait référence aux « meilleures techniques disponibles (...) qui implique(nt) le choix de techniques ou de technologies récentes et faisables économiquement. »

⁹⁰⁵ L'exemple de l'optimum de pollution développée par les économistes en est une bonne illustration. Il met en scène une entreprise dont la production pollue et une autre dont la production en est affectée. Il convient alors d'atteindre une situation dans laquelle le coût de dépollution supporté par la première entreprise équilibre celui des dommages subis par la seconde. Cet équilibre permet de concilier l'intérêt que retire la société de l'activité polluante et l'intérêt de vivre dans un environnement non pollué. Une fois ce niveau de risque fixé, les pouvoirs publics doivent recourir à une analyse coût-bénéfice afin de pouvoir choisir la mesure qui atteindra cet optimum au moindre coût.

ne seront connues qu'à des dates différentes. Il est alors nécessaire de recourir à des mécanismes d'actualisation⁹⁰⁶. Cette technique a cependant fait l'objet de critiques puisque la trop rapide diminution des valeurs actualisées aurait pour conséquence de réduire à une portion minime les conséquences des mesures adoptées passé un délai de cinquante ans. Or, le contexte d'incertitude dans lequel sont prises de nombreuses mesures de prévention des risques ne permet pas d'exclure, dans un futur plus lointain, la réalisation de dommages graves. Cette même incertitude rend par ailleurs très difficile l'évaluation en elle-même. Dans la mesure où les conséquences dommageables d'un événement imprévisible sont difficiles à appréhender ou à probabiliser, le calcul coût-bénéfice des mesures de prévention est rendu d'autant plus ardu et parfois impossible.

L'acquisition des connaissances du risque étant évolutive dans le temps, le problème se pose également de savoir comment intégrer dans le calcul coût-bénéfice la possibilité de voir les informations s'accroître en raison des progrès de la science. Cette problématique doit impérativement être résolue par les pouvoirs publics sous peine de s'apercevoir après coup que trop de ressources ont été utilisées afin de prévenir un risque inexistant, restreignant donc abusivement l'initiative privée, et que trop peu ont été affectées aux autres. L'évaluation doit alors intégrer cette probable évolution et aboutir au choix d'une solution flexible. C'est l'objectif de la *valeur d'option*⁹⁰⁷. Cette théorie part de la constatation qu'une mesure de prévention irréversible, car non évolutive dans le temps, aurait un coût spécifique puisque les informations ultérieures seraient inexploitablement par les pouvoirs publics. En conséquence, la flexibilité devrait être intégrée dans les gains de l'évaluation, puisque l'ensemble des choix est alors préservé pour l'avenir. Cette extension de l'analyse coût-bénéfice permet ainsi de justifier le report de la prise d'une décision jusqu'à ce que des informations nouvelles

⁹⁰⁶ « (...) les risques sont d'une part aléatoires, et d'autre part, échelonnés dans le temps. Il faut donc être en mesure de monétariser tous les effets possibles puis d'actualiser – c'est à dire de choisir un taux de conversion qui permette de ramener les valeurs futures à l'échelle des valeurs présentes –, pour calculer la valeur actualisée nette espérée. », in *La décision publique face aux risques*, préc., p.71.

⁹⁰⁷ C. HENRY, « Investment decisions under uncertainty : The irreversibility effect », *American Economic Review*, 64, 1006-1012, cité in PH. BONTEMS et G. ROTILLON, préc., p.27.

soient disponibles ou tout au moins la possibilité de réviser ses choix dans l'avenir. Ceci n'est efficient que dans la mesure où les coûts induits par ce report ou cette révision sont inférieurs aux bénéfices finalement espérés.

322. Appliquée aux risques des entreprises l'analyse coût-bénéfice suppose que soient évaluées les conséquences favorables et défavorables des mesures de prévention pour les opérateurs économiques. C'est avant tout sur eux qu'il convient de concentrer la démarche d'évaluation.

L'intervention publique entraîne nécessairement certains coûts pour les entreprises dont il s'agit d'assurer la protection ou le contrôle⁹⁰⁸. Dès lors que l'objectif est d'atteindre un équilibre entre la protection des intérêts économiques des opérateurs et leur sécurité, il est exclu que soient surestimés ces coûts ou que soient sous-estimés les risques qui peuvent se réaliser. Or, on peut constater⁹⁰⁹ que les objectifs économiques des entreprises ont longtemps primé sur ceux de la prévention des risques, conduisant ainsi à sur-évaluer les coûts au regard des bénéfices attendus. Cette difficulté tient pour partie au mode de calcul retenu qui souffre de la faiblesse des informations dont disposent les pouvoirs publics et de celle des instruments de calcul eux-mêmes⁹¹⁰. Ceci étant encore aggravé par les incertitudes scientifiques qui marquent de plus en plus l'univers des risques et par les controverses entre experts qui en sont les conséquences désormais inévitables⁹¹¹.

⁹⁰⁸ C'est pour des raisons économiques que la vaccination obligatoire des troupeaux soumis aux risques d'épizootie a été abandonnée dans le cadre de l'Union européenne.

⁹⁰⁹ Voir en ce sens, N. HERVE-FOURNEEAU, *L'entreprise et le droit communautaire de l'environnement*, éd. Apogée, 1999.

⁹¹⁰ La résolution du Conseil du 3 décembre 1992 (J.O.C.E., Série C331 du 16 décembre 1992, p.5), énonce qu'« il est nécessaire de disposer de méthodes meilleures et systématiques pour évaluer le bénéfice des mesures de protection (...), ainsi que leurs coûts et leurs avantages pour l'industrie. »

⁹¹¹ Les entreprises ont en effet naturellement tendance à surestimer les coûts induits par les mesures de prévention de risques très incertains, marqués par des désaccords entre scientifiques. Elles craignent de voir leur liberté d'initiative et de recherche paralysée par la prise en considération de ce qui n'est encore qu'une simple hypothèse. Elles se font d'ailleurs fort de démontrer, preuves à l'appui, le nombre d'inventions et de découvertes qui n'auraient jamais vu le jour si l'initiative privée avait été « brimée » par des mesures de prévention trop restrictives.

Les coûts qu'il s'agit d'évaluer sont supportés soit par les entreprises qui subissent le risque⁹¹² soit par celles qui le créent⁹¹³. Ils peuvent consister en une perte de compétitivité due au caractère restrictif des mesures prises⁹¹⁴. Ces dernières peuvent en outre porter atteinte à la stabilité des entreprises. Lorsque les changements qu'elles entraînent ne sont pas suffisamment prévisibles, les entreprises ont alors peu de temps pour s'adapter : le temps du risque ne coïncide alors pas avec le temps de l'entreprise⁹¹⁵. Elles peuvent enfin porter atteinte aux règles du marché, notamment les règles de la liberté du commerce et de la libre concurrence⁹¹⁶. Notons cependant que l'objectif de prévention des risques peut parfois justifier certaines exceptions à l'observation de ces règles⁹¹⁷.

Quant au bénéfice résultant des mesures de prévention des risques, il s'agit en premier lieu de ne plus avoir à les craindre. Il se décline pour les entreprises en

⁹¹² Il s'agit par exemple des coûts induits par les obligations faites aux entrepreneurs de réaliser des travaux, de protéger leur site, de s'assurer, de s'éloigner d'une source probable de risque.

⁹¹³ Prescriptions relatives au mode de production, interdictions, contrôles, etc.

⁹¹⁴ En droit communautaire, les États membres doivent concilier de façon « raisonnable » l'objectif de prévention des risques et le respect des intérêts économiques des opérateurs. La Cour de justice des Communautés européennes vérifie que les mesures de prévention adoptées par les États membres ne portent pas une atteinte excessive à la liberté économique des opérateurs. Voir par exemple, C.J.C.E., aff. 13/57 du 21 juin 1958, *Wirtschaftsvercirigungeisen c/ Haute Autorité*, Rec., p.265.

⁹¹⁵ A cet égard, les États membres de l'UE peuvent bénéficier de la dérogation prévue à l'article 92§3 b) du traité CE pour octroyer aux entreprises des aides destinées à faciliter la transition et qualifiées d'aides destinées à promouvoir un projet important d'intérêt européen commun.

⁹¹⁶ Par exemple, les mesures de protection adoptées peuvent être considérées comme des aides illicites, les taxes ou redevances peuvent constituer des entraves à la libre circulation des marchandises, les prescriptions techniques peuvent être assimilées à des restrictions aux importations, etc. Pour lutter contre de tels effets, l'OMC s'est dotée notamment de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce visant à éviter que les prescriptions techniques faites aux producteurs ne créent d'obstacles aux échanges. De même, l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires vise à éviter les effets négatifs sur le commerce de telles mesures.

⁹¹⁷ En matière de commerce international, un État ne pourra déroger à ses obligations pour des motifs liés à la prévention de risques que s'il apporte des preuves suffisamment pertinentes et précises à l'appui de sa prétention et fondées sur un test scientifique. Il en va ainsi des dérogations au droit communautaire (Par exemple : article 30 TCE ou jurisprudence *Cassis de Dijon* de 1979) et au droit de l'OMC (Article XX des accords du GATT). L'accord SPS énonce à cet égard que les mesures devront être fondées sur des principes scientifiques. En outre, les mesures adoptées devront être nécessaires et proportionnées. Voir pour une étude détaillée des conditions dans lesquelles ces exceptions peuvent être invoquées : C. LONDON, *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, préc., p. 167 et s. ; CH. NOIVILLE, *du bon gouvernement des risques*, préc., p.137 et s. L'auteur démontre une tendance à l'assouplissement des exigences de la preuve scientifique.

l'avantage de pouvoir bénéficier d'une plus grande sécurité, de la continuité de leur activité, d'une protection élevée, de l'économie de ressources ainsi réalisée, etc. Les entreprises créatrices de risques bénéficient également de ces mesures. En effet, elles contribuent souvent à favoriser leur compétitivité⁹¹⁸ en permettant le développement de la recherche, l'acquisition de nouvelles techniques, la découverte de nouveaux produits. Elles permettent aussi des économies et une meilleure utilisation des ressources, une diversification des sources d'approvisionnement visant à diminuer la sensibilité au risque.

323. Le bilan coût-bénéfice ainsi opéré par les pouvoirs publics permet d'évaluer l'efficacité comparée des diverses solutions alternatives qui s'offrent à eux afin de choisir celle qui leur semble la plus adaptée au risque à prévenir⁹¹⁹. Il est important de noter que si les divers outils de prévention font ainsi l'objet d'une confrontation on ne saurait pour autant considérer que le choix de l'un exclut tous les autres. Bien au contraire, l'observation des politiques publiques de prévention des risques des entreprises amène à constater la combinaison des divers outils classiques et économiques afin de parvenir à la sécurité la plus importante. Par ailleurs, si chaque risque est particulier et nécessite la mise en œuvre d'outils adaptés, tout dépend en réalité des conditions et du contexte dans lesquels il est susceptible de se produire. Un risque donné pourra donc faire l'objet de prescriptions techniques à un moment donné et dans un lieu donné. Il pourra être pris en charge de façon différente dans d'autres circonstances.

⁹¹⁸ Dans la mesure où le niveau de risque acceptable a été fixé à un niveau assez élevé, la marge de liberté ainsi laissée aux entreprises par les mesures de prévention dans un domaine pourtant risqué peut permettre un développement technique et scientifique donnant lieu à la création de nouveaux procédés ou à la découverte d'inventions.

⁹¹⁹ Par exemple, l'évaluation des mesures de prévention du risque permet ainsi de choisir entre la réglementation ou la taxation lorsque sont en cause des activités industrielles polluantes. Selon les informations dont disposent les pouvoirs publics, le choix portera sur l'une ou l'autre des deux solutions jugée alternativement la plus efficace. De même, l'évaluation permettra de choisir entre la taxation et l'instauration d'un marché de permis négociables. Voir PH. BONTEMS et G. ROTILLON, préc., p.59 et s.

324. L'utilité et l'efficacité d'une telle évaluation se heurtent toutefois à deux obstacles qui peuvent conduire à freiner l'extension de sa mise en œuvre en matière de risque.

D'une part, s'il est impératif que les coûts induits par les mesures de prévention ne soient pas surévalués au détriment de la sécurité des entreprises, il ne faut pas non plus verser dans le penchant inverse, et adopter un comportement « catastrophiste » conduisant à sous-évaluer cette fois les intérêts économiques en refusant de courir le moindre risque dès lors qu'il est juste soupçonné. Or, il semble que « l'air du temps », celui des « nouveaux risques » caractérisés par une grande incertitude scientifique et une confrontation des experts, conduise l'opinion publique à privilégier une sécurité totale, et à refuser le risque à tout prix. Cette tentation du *risque zéro*, pourtant critiquée par la majorité des auteurs, peut être très dangereuse pour les entreprises qui peuvent alors se voir refuser toute prise de risque, freinant de la sorte leur développement. Cette frilosité de l'opinion publique, nourrie de fantasmes relayés par la doctrine du « catastrophisme », est aggravée par l'opacité dans laquelle sont élaborées et décidées les mesures publiques. La motivation des choix opérés ou du niveau de risque acceptable retenu est souvent jugée insuffisante. Malgré les efforts conduits pour améliorer l'information des citoyens, la technicité et l'aridité de la matière lassent en effet souvent la volonté des citoyens de prendre connaissance des problèmes liés aux risques⁹²⁰.

D'autre part, la faiblesse du contrôle juridictionnel de l'analyse coût-bénéfice en matière de risque n'incite pas les pouvoirs publics à développer sa mise en œuvre. Pour ne prendre que l'exemple topique du principe de précaution, très rares ont été les décisions juridictionnelles sanctionnant une erreur dans l'évaluation des avantages et des inconvénients d'une mesure de prévention. Se limitant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁹²¹, le juge administratif a rarement annulé des mesures de

⁹²⁰ Peu de cas a en effet été fait, en dehors des revues spécialisées, de l'introduction en France d'un mécanisme aussi novateur que la création d'un marché d'échange de quotas d'émission de pollution.

⁹²¹ Par exemple : C.E., 24 février 1999, *Pro-Nat*, p.614. Le Commissaire du Gouvernement Stahl dans ses conclusions sur l'arrêt *Greenpeace* de Septembre 1998, souligne que l'imprécision du principe et la technicité des problèmes traités doivent conduire le juge à n'exercer qu'un contrôle restreint. Au-delà de l'application du principe de précaution, le juge sanctionne régulièrement

prévention excessive au regard des coûts induits⁹²² ou au contraire trop peu restrictifs au regard des avantages escomptés⁹²³.

325. L'échec partiel de la prévention qui s'est manifesté lors des dernières grandes catastrophes naturelles ou industrielles, a focalisé l'attention sur la politique publique de gestion des risques. Il en est résulté une demande de rénovation des mesures classiques de prévention afin qu'elles puissent correspondre à l'émergence de nouveaux risques marqués par une grande incertitude scientifique (démocratisation des choix, développement de l'information, etc.)⁹²⁴.

l'erreur manifeste commise par l'administration dans l'appréciation des risques qu'elle opère. Voir par exemple : C.E., 9 juillet 2003, *Commune de Val d'Isère*, *A.J.D.A.*, 2003, p.2167 : « Considérant qu'il n'est pas contesté que la parcelle, d'une superficie de 4 021 m², sur laquelle doit être édifiée la construction envisagée a subi en 1958 une avalanche qui a détruit un magasin et un atelier qui y étaient implantés (...) que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'ordonner l'expertise sollicitée, la décision du maire de la commune de Val-d'Isère d'autoriser la construction projetée doit être regardée, pour l'application des dispositions précitées de l'article R. 111-3 du code de l'urbanisme, comme entachée d'une erreur manifeste d'appréciation au regard du risque d'avalanches auquel est exposé le terrain en cause ».

⁹²² Voir par exemple : C.E., 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, p.330.

⁹²³ Voir en ce sens et pour une critique de la faiblesse du contrôle : CH. NOIVILLE, préc., p.105 et s. ; A. ROUYERE, *L'exigence de précaution saisie par le juge*, *R.F.D.A.*, 2000, p.278.

⁹²⁴ En ce sens : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., p.67 et s.

Les entreprises sont au cœur de cette problématique, tantôt demandeurs d'une intervention publique plus ajustée à leurs besoins et spécificités, tantôt pointées du doigt comme étant la source principale de ces nouveaux dangers. Elles se situent donc en première ligne lorsqu'il s'agit de définir le niveau de risque acceptable et la définition opératoire à retenir du principe de précaution. De telles sortes que les pouvoirs publics, à l'occasion de la conciliation des divers intérêts en jeu, doivent trouver un difficile équilibre entre deux tentations extrêmes : d'une part, exclure au nom de la libre entreprise toute réglementation des activités sous peine d'empêcher le progrès et de brimer les initiatives, et d'autre part interdire de façon générale toute activité risquée ou multiplier à l'excès les contraintes de sécurité et de protection.

CHAPITRE SECOND :

LA PREVOYANCE DES RISQUES DES ENTREPRISES

326. La prévoyance est l'attitude de celui qui, en prévision d'un événement aléatoire ou non, prend les mesures destinées à en compenser ou à en limiter les conséquences dommageables⁹²⁵. C'est une attitude qui, si elle est bien antérieure à l'événement considéré, ne se concrétise qu'*a posteriori*. Elle ne s'intéresse donc pas à ses causes ni ne tente d'en empêcher la réalisation ; elle n'appréhende que ses conséquences. Appliquée à la matière des risques des entreprises, la prévoyance consiste à prévoir les moyens de faire face aux conséquences économiquement dommageables d'un événement imprévisible, préalablement à sa réalisation. L'exemple type en est l'assurance.

Si elle peut sembler passive face au risque, la prévoyance n'est cependant pas isolée de la prévention. Ces deux actions sont au contraire étroitement liées, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la prévoyance ne peut se concrétiser sans que soient auparavant réalisées certaines exigences de prévention. La connaissance et l'analyse des risques des entreprises en sont un bon exemple. En effet, l'opération d'assurance exige que les entrepreneurs aient acquis une connaissance suffisante des événements susceptibles de leur être dommageables ou d'endommager d'autres exploitations. La sincérité des déclarations exigée par les assureurs lors la conclusion des contrats en dépend⁹²⁶. Ensuite, la prévoyance dispose de certaines vertus préventives⁹²⁷. Le mode

⁹²⁵ La prévoyance, du latin *praevidere* : apercevoir d'avance, constitue pour les libéraux classiques une vertu morale de l'individu placé, à égalité avec les autres, devant la fortune ou les coups du sort.

⁹²⁶ La connaissance et l'analyse des risques sont d'autant plus importantes en matière d'assurance qu'elles déterminent en partie l'*assurabilité* de tel ou tel événement. Ici encore, l'échelle des connaissances, la variabilité et l'évolution des savoirs dans le temps qui ont été évoquées au début de cette partie entraînent des conséquences importantes. Les risques les mieux connus, les plus facilement probabilisables, feront l'objet d'une politique de prévoyance efficace, les moins connus seront plus difficiles à couvrir et seront parfois exclus des garanties proposées par les assureurs jusqu'à ce qu'ils disposent d'une connaissance suffisante.

⁹²⁷ Voir par exemple : P.-M. DUCORPS, C. PARIZOT, F. SAUVANET, « Entreprises et prévention », *Risques*, n°4, janvier 1991.

de calcul du montant des primes d'assurance ainsi que leur variabilité peuvent inciter les entrepreneurs à adopter de plus amples mesures de prévention afin de diminuer le coût de la couverture des risques. Enfin, prévoyance et prévention sont complémentaires. Une gestion efficace des risques ne saurait faire l'économie de l'une ou de l'autre ; elles sont en ce sens inséparables. Ceci s'explique par le fait qu'en associant prévention et prévoyance, l'entreprise parvient en amont de la réalisation du risque à pallier les carences éventuelles de l'une ou de l'autre. Ainsi, lorsque l'action préventive ne parvient pas à empêcher la survenance d'un événement dommageable⁹²⁸, la prévoyance permet seule d'en assumer les conséquences. De la même façon, lorsqu'un risque n'est que partiellement ou pas du tout couvert par l'assurance⁹²⁹ ou lorsque les moyens de faire face à sa réalisation n'ont pas été prévus, la prévention demeure la seule alternative possible.

327. La prévoyance des risques des entreprises se manifeste de deux façons nécessairement complémentaires. Il s'agit d'une part pour l'entrepreneur de se garantir contre les conséquences financières d'un risque déterminé. Il conviendra pour ce faire d'assurer les éléments de son patrimoine susceptibles d'être endommagés ou détruits par la réalisation d'un événement imprévisible. Il devra également souscrire une assurance de responsabilité destinée à indemniser les dommages qu'il pourrait causer à des tiers, notamment des entreprises tierces⁹³⁰.

Il s'agit d'autre part de prévoir dès le début de l'exploitation de l'entreprise les moyens matériels, juridiques et financiers qu'il faudra mettre en œuvre dans l'imminence d'un risque ou au moment de sa réalisation afin de pouvoir prendre les mesures exigées par les circonstances. Elle prend fréquemment la forme de plans d'action ou de plans d'urgence élaborés au sein de l'entreprise.

⁹²⁸ Soit parce que les mesures de prévention se sont avérées inadaptées, soit parce que le risque s'est réalisé de façon irrésistible. Ces deux hypothèses sont à considérer afin de bien comprendre que la prévoyance n'est pas nécessairement la preuve d'un échec de la prévention.

⁹²⁹ Soit parce que l'entreprise a délibérément choisi de ne pas s'assurer, soit parce que le risque considéré n'est pas assurable.

Au regard de ces diverses opérations, il convient de déterminer si l'action des pouvoirs publics visant à prendre en charge les risques des entreprises est dotée d'une particularité liée à leur activité économique, qui la distinguerait de la prise en charge des risques d'individus ordinaires.

On démontrera dans les développements suivants qu'en matière de garantie **(Section première)** tout comme en matière de prévision des moyens d'action **(Section seconde)**, les pouvoirs publics prennent en charge les risques des entreprises de façon originale. Cette originalité tient à deux caractères de l'intervention. En premier lieu aux moyens utilisés par les pouvoirs publics qui, s'ils servent par ailleurs à prendre en charge d'autres risques, connaissent une adaptation lorsqu'ils profitent aux entreprises. En second lieu, au développement d'un certain nombre d'outils de prévoyance destinés spécifiquement à prendre en charge les risques des entreprises.

Cette originalité se double d'une seconde tenant à ce que l'intervention publique en matière de prévoyance vise non seulement les entreprises sur qui pèse un risque, mais également les entreprises créatrices de risques⁹³¹. Dès lors, la nature économique des victimes de risques s'ajoute à celle des activités qui en sont la cause et influence les mesures adoptées.

⁹³⁰ C'est l'exemple d'une entreprise industrielle dont les rejets polluants causent des dommages à une tierce entreprise.

⁹³¹ Il faut en effet considérer que dans de nombreuses hypothèses, c'est parce qu'elles sont elles-mêmes victimes d'un risque (naturel ou fortuit), que les entreprises dites à risque causent des dommages aux tiers et à leur environnement.

SECTION PREMIERE :

LA GARANTIE DES RISQUES DES ENTREPRISES

328. Se référer à l'assurance⁹³² lorsque l'on s'intéresse au traitement des risques semble aller de soi tant la notion de risque dispose d'une place centrale en droit des assurances⁹³³. Constituant à la fois l'événement générateur, le dommage et l'objet de la garantie, il se retrouve lors de la négociation du contrat d'assurance (détermination des risques à couvrir), lors de sa conclusion (détermination du montant de la prime) et lors du règlement du sinistre (détermination du montant des indemnités versées). L'assurance, en tant que technique contractuelle, est toute entière destinée à prendre en charge le risque. Ceci se vérifie de façon manifeste lorsque l'on étudie la définition juridique du contrat d'assurance. Il s'agit en effet d'une convention par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque aléatoire prévu au contrat⁹³⁴. Le contrat d'assurance est donc aléatoire au sens des articles 1104 al 2 et 1964 du Code civil ; ses effets dépendent d'un événement incertain⁹³⁵.

329. A la lecture de cette définition, on perçoit déjà fort bien que l'assurance constitue un instrument privilégié de prise en charge des risques des entreprises. L'événement incertain et aléatoire contre lequel le contrat d'assurance permet de se garantir peut correspondre au risque tel qu'il a été défini au début de cette étude⁹³⁶.

⁹³² Les développements qui suivent se référeront essentiellement à l'assurance comme outil de garantie des risques. On aura cependant l'occasion de souligner à quelques reprises l'existence d'autres moyens de garanties, notamment au travers de l'étude des contrats administratifs.

⁹³³ « Le risque est l'élément central de l'assurance » in PICARD et BESSON, *Traité général des assurances en droit français*, Paris, 1938, T.1 ; « La notion de risque est une notion originale propre au droit et à la science des assurances (...) » in A. CHAUFFON, *Les assurances, leur passé, leur présent, leur avenir*, Paris 1884, cités in F. EWALD, préc.

⁹³⁴ Voir Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 12^e éd., 2005.

⁹³⁵ Ce caractère aléatoire est une condition de validité de la convention.

⁹³⁶ Il faut cependant noter que l'assurance permet d'appréhender des risques que l'on appellerait ici aléa. En effet, certains événements certains, comme la mort, peuvent donner lieu à la conclusion de

Pour autant, on ne saurait se limiter à une définition juridique du contrat d'assurance pour appréhender correctement la globalité de l'opération qu'il organise. Car l'assurance tire son originalité de la technique qu'elle met en place. Celle-ci permet en effet d'organiser *en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et (d)'indemnise(r) ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées*⁹³⁷. Le succès historique qu'a connu l'assurance⁹³⁸ peut ainsi s'expliquer par la possibilité offerte à des entreprises d'assurance d'organiser au sein d'une collectivité la lutte contre des événements dommageables, auxquels les individus, individuellement, ne pouvaient se soustraire en raison de leur caractère imprévisible et de l'importance des dommages qui en résultaient. L'assurance, diluant les effets des coups du sort au sein de l'ensemble des assurés, permettait ainsi d'obtenir l'indemnisation de préjudices qui n'auraient pas pu donner lieu à l'engagement d'une quelconque responsabilité. Pour ce faire, elle se fonde sur le calcul des probabilités⁹³⁹ appliqué aux statistiques des années précédentes afin, grâce à la loi des grands nombres, d'évaluer le nombre et l'importance des sinistres à venir⁹⁴⁰.

La hausse de l'insécurité que connaît la société contemporaine liée à la multiplication, à la diversification des menaces ainsi qu'à la croissance du montant des dommages fait de l'assurance un parfait outil de socialisation des risques.

contrats d'assurance. Le caractère aléatoire correspondant à la date de réalisation du risque ou au nombre d'années pendant lesquelles la prime devra être versée.

⁹³⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, préc., p.41 et s.

⁹³⁸ Voir par exemple : J.-M. PONTIER, « Le législateur, l'assureur et la victime », *R.F.D.A.* 1986, p.98.

⁹³⁹ La probabilité étant le rapport du nombre de chances de réalisation d'un événement sur le nombre de cas possibles. Voir, pour une approche historique du calcul des probabilités et son insertion dans la gestion des risques : P. L. BERNSTEIN, *Plus forts que les dieux, La remarquable histoire du risque*, Flammarion, Essais, Paris, 1998.

⁹⁴⁰ On peut dès à présent noter la difficulté liée à l'existence de « nouveaux risques », dont on ne sait que peu de choses ni ne dispose de statistiques suffisamment importantes. Les critères de l'*assurabilité* n'étant donc pas toujours remplis, l'assureur peut décider de ne pas couvrir ces risques ou de ne le faire que partiellement. L'intervention publique peut alors constituer une réponse à cette carence du marché.

330. Les entreprises ne sont pas extérieures à ce phénomène. Elles constituent bien au contraire une part importante de la clientèle des assureurs⁹⁴¹ : d'une part pour garantir les éléments de leur patrimoine susceptibles d'être endommagés par la réalisation d'un risque et d'autre part pour assurer les dommages qu'elles peuvent causer à des tiers ou à leur environnement⁹⁴². Considérée comme mécanisme de défense contre l'incertain, l'assurance, en permettant le développement économique, a conquis le monde de l'entreprise depuis plusieurs siècles⁹⁴³. Ceci ne s'est cependant pas fait sans aménagement puisque la situation des entreprises face au risque se singularise tant au niveau de la nature et de l'importance des dommages susceptibles de se réaliser que des patrimoines et des intérêts à garantir. Les assureurs ont donc dû proposer des garanties particulières, destinées aux entreprises.

Malgré cela, l'assurance privée ne permet pas de couvrir l'ensemble des risques des entreprises ; certains d'entre eux demeurent non couverts ou ne le sont que partiellement. De telle sorte qu'il revient à l'État de compléter la garantie privée, afin de pallier ses carences ou insuffisances⁹⁴⁴. Cette complémentarité constitue la première originalité de l'intervention publique dans le domaine des risques des entreprises (§1). La seconde tient au fait que les pouvoirs publics ont développé, dans le cadre de leur action subsidiaire, des instruments de garantie propres à ces risques (§2).

⁹⁴¹ Les entreprises recourent fréquemment à des courtiers d'assurance chargés de placer leurs risques auprès des compagnies d'assurance.

⁹⁴² La situation des entreprises à risque est donc doublement intéressante puisque l'assurance doit tenir compte non seulement de la spécificité des dommages qu'elles peuvent subir, mais également de ceux qu'elles peuvent causer. L'intervention publique prend alors en compte ces deux aspects.

⁹⁴³ Voir en ce sens : J-P MARECHAL, *Le prix du risque*, Presse du CNRS, Paris 1991, p.119 : « Or, il est évident que le rôle joué par ces mécanismes a été et demeure inestimable pour le développement économique, en général, et industriel, en particulier, car de nombreuses innovations n'auraient sans doute jamais vu le jour, ni pris de l'extension, si leurs promoteurs n'avaient eu à leur disposition de tels filets de sécurité. » Dans le même sens : M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », in *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1998, p. 3 et s. : « (...) l'assurance suscite des effets d'entraînement. Elle réduit l'incertitude au niveau des agents économiques, elle finance l'économie et la croissance et elle contribue au bien-être social ».

⁹⁴⁴ Ce complément peut prendre plusieurs formes. Il peut tout d'abord, de façon subsidiaire, compléter les efforts des entreprises qui s'avèrent insuffisants. Ils peuvent ensuite, imposer un certain nombre de contraintes aux assureurs afin de pallier les carences du marché de l'assurance.

§ 1 - La complémentarité de l'action publique en matière de garantie des risques des entreprises

331. La garantie des risques des entreprises semble à première vue être l'affaire de partenaires privés. Usant de la liberté qui leur est reconnue dans la gestion de leur activité⁹⁴⁵, les entreprises décident de se dégager sur un ou plusieurs tiers d'événements qu'elles pensent ne pas pouvoir supporter seules. Ce processus est ainsi le fruit de la rencontre de deux volontés dont les intérêts économiques convergent. La prise en charge par les pouvoirs publics apparaît alors assez paradoxale dans un domaine relevant par principe de la libre initiative. Ce paradoxe peut cependant être résolu si l'on considère qu'ils n'interviennent que dans le but de pallier les carences ou insuffisances de l'assurance privée⁹⁴⁶ **(B)**. Cela suppose donc, préalablement, que les opérateurs économiques aient librement conclu - ou tenté de le faire - des contrats d'assurance sans toutefois parvenir à garantir la totalité de leurs risques **(A)**.

A- Les assurances de l'entreprise

332. Recourir à l'assurance suppose pour un entrepreneur d'avoir préalablement résolu certaines questions dont les implications économiques sont importantes⁹⁴⁷. Elles portent principalement sur la nécessité de se garantir contre un risque, sur le choix des risques à garantir en priorité ou sur le choix du contrat d'assurance **(1°)**. Ces problématiques, si elles sont également partagées par les individus lorsqu'ils décident de recourir à l'assurance, sont abordées de façon distincte par les entreprises. Et ceci pour des raisons déjà soulignées à plusieurs reprises tenant en particulier à l'importance des dommages subis et à la multiplicité des intérêts à protéger (salariés, actionnaires, clients,

⁹⁴⁵ Mises à part les quelques obligations d'assurance faites à certains entrepreneurs.

⁹⁴⁶ Carence des entreprises ou des assureurs.

fournisseurs, et plus généralement emploi, croissance, développement économique et technologique, etc.). Afin de répondre à ces exigences, les assureurs proposent aux entreprises des produits adaptés à leurs besoins (2°).

1° Les déterminants économiques de l'assurance des risques des entreprises

333. L'opération d'assurance est généralement considérée comme économiquement profitable pour les deux parties contractantes. Elle facilite la prise de risque qui, pour nombre d'entreprises, constitue le moteur d'activité. Dans la mesure où il permet d'augmenter le bien-être de chacune d'entre elles, le contrat d'assurance permet d'atteindre une situation d'efficacité. Il est en effet la manifestation du souhait d'une entreprise de transférer une partie des risques qui pèsent sur elle moyennant le paiement d'une prime, et de celui d'un assureur de les prendre à sa charge en espérant être amené à payer une somme inférieure à la totalité des primes reçues durant son exercice et de dégager ainsi un bénéfice.

Le choix de l'assurance s'inscrit donc pour l'entreprise comme pour l'assureur dans le cadre d'une analyse dont les déterminants économiques sont importants.

Pour l'assureur, il conviendra de déterminer lesquels parmi les risques qu'on entend lui transférer peuvent être pris en charge et dégager un profit. De ces « bons » risques, il conviendra d'exclure ceux dont la réalisation pourrait mettre en danger son équilibre financier. C'est à ce problème de *non assurabilité* que l'intervention des pouvoirs publics tente de répondre⁹⁴⁸.

Pour l'entreprise il conviendra de déterminer lesquels parmi les risques auxquels elle est soumise méritent d'être courus et ceux qu'elle entend transférer à l'assureur. Une telle démarche n'est certes pas propre à l'assurance, elle consiste, tout comme en matière de prévention, à répertorier et à hiérarchiser les différentes menaces afin de

⁹⁴⁷ Il s'agit en premier lieu et principalement du montant des indemnités auxquelles l'entrepreneur pourra prétendre.

⁹⁴⁸ Voir infra, n°344 et s.

calculer les coûts et avantages d'une intervention *a priori*.⁹⁴⁹ C'est pour cette raison que les assureurs exigent des entreprises un recensement extrêmement précis⁹⁵⁰ des risques qu'elles sont susceptibles de courir avant de procéder à leur déclaration⁹⁵¹. Les informations doivent par ailleurs être mises à jour constamment, le droit des assurances sanctionnant le défaut de déclaration de circonstances nouvelles⁹⁵².

La connaissance du risque constitue pour l'entreprise un enjeu financier considérable puisqu'un risque mal connu sera mal évalué et donc mal assuré. Sous-évalué, il pourra tout d'abord n'être pas assuré, ce qui, en cas de sinistre s'avérera catastrophique : perte des innovations, des produits de la recherche, des machines et autres stocks. Il sera le plus souvent sous-assuré. Or la « règle proportionnelle de prime »⁹⁵³ énonce dans ce cas que l'indemnité versée sera réduite en proportion du taux de prime payé par rapport à celui qui aurait dû être payé.⁹⁵⁴ Sur-évalué, le risque sera

⁹⁴⁹ En effet, seule une connaissance suffisante du risque permet à l'entrepreneur de déterminer s'il vaut la peine d'être conservé ou si sa probabilité d'occurrence ajoutée à l'importance des dommages qui en résulteraient doivent, en comparaison avec les avantages escomptés, l'en dissuader. Le recours à l'assurance dans ce dernier cas est donc tributaire de l'opération de veille et d'analyse dans la mesure où elle permet de déterminer les risques que l'entrepreneur ne saurait supporter lui-même.

⁹⁵⁰ Cette opération suppose une connaissance très poussée des événements déclencheurs, des éléments du patrimoine de l'entreprise vulnérables ainsi que du montant des dommages encourus. Ce qui inclut non seulement les pertes directes, mais également les pertes indirectes : installations dans de nouveaux locaux, indemnités pour rupture de contrats, pertes de loyers, etc. Voir en ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, Précis Dalloz, 3^e éd., Paris, 1991.

⁹⁵¹ L'article L. 113-2 du Code des assurances dispose que l'assuré est tenu « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge. » La déclaration des risques est donc une opération fondamentale pour l'assureur comme pour l'assuré puisqu'elle permet en effet de déterminer le montant de la prime à verser.

⁹⁵² L'article L. 113-2-3° du Code des assurances dispose que l'assuré est tenu de « déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence, soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur. » Ayant eu connaissance de telles aggravations avant la conclusion du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou l'aurait fait moyennant le paiement d'une prime plus importante. A la suite de la déclaration, l'assureur a le choix entre trois solutions : maintenir le contrat aux conditions initiales, proposer de nouvelles conditions ou résilier le contrat. L'article L. 113-3 al 9 du Code des assurances prévoit la déchéance pour déclaration tardive des aggravations de risque.

⁹⁵³ Article L.113-9 du Code des assurances.

⁹⁵⁴ De telle sorte que l'entreprise assurée restera son propre assureur pour l'excédent. Il faut cependant nuancer ces propos aux vues des adaptations apportées à la règle proportionnelle de

sur-assuré et donnera lieu au paiement d'une prime plus importante, donc au gaspillage et à l'affectation inefficace des ressources disponibles. De façon plus grave, il pourra entraîner le refus de l'assureur de le prendre à sa charge, entraînant de la sorte l'abandon d'un projet normalement assurable.

334. Si la connaissance du risque est indispensable à l'opération d'assurance, elle n'est cependant pas la seule condition déterminante du choix de s'assurer. En effet, lorsque l'analyse d'un risque laisse apparaître qu'il ne devrait pas être assumé par le seul entrepreneur en raison de sa forte probabilité de réalisation ou de l'importance des préjudices redoutés, le choix de l'assurance ne s'impose pas nécessairement. Encore faut-il déterminer, dans un second temps, que les avantages retirés de l'assurance dépassent en importance la somme des primes qui doivent être versées et plus généralement des coûts liés à l'opération d'assurance⁹⁵⁵. C'est dire que le coût de la gestion du risque ne doit pas être disproportionné au regard des avantages procurés par l'assurance. Car d'autres solutions alternatives peuvent être envisagées, parfois moins coûteuses pour l'entreprise⁹⁵⁶, particulièrement dans un contexte de ressources limitées où il convient d'affecter les moyens les mieux adaptés aux risques qui le méritent⁹⁵⁷. La solution retenue devra donc fournir un bilan coût-avantage ; le but étant de

capitaux. En effet, elles ne s'appliquent pas à certaines PME ou aux entreprises qui ont fait procéder à une évaluation des biens par des experts agréés.

⁹⁵⁵ Il s'agit par exemple d'un ensemble de frais annexes tels que frais d'intermédiation, taux de chargement des compagnies, commissions de réassurance, taxes parafiscales, etc.

⁹⁵⁶ C'est le cas, de l'auto-assurance. L'entreprise assure alors elle-même la couverture des sinistres les plus courants dans des conditions économiques plus avantageuses que celles que propose l'assurance. Pour compenser ces frais, l'entreprise préférera privilégier une politique de prévention et concentrer son effort d'assurance sur les risques les plus graves. Voir en ce sens : TH. VAN SANTEN, « L'assurance et le risque d'entreprise », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p.509 et s.

⁹⁵⁷ Dans cette hypothèse, la hiérarchisation des menaces permet, comme en matière de prévention, d'allouer efficacement les ressources disponibles aux risques qui l'exigent. Afin de ne pas attribuer trop de ressources à ceux qui ne le méritent pas, ou trop peu à ceux qui le méritent plus, l'entrepreneur devra, sur le fondement de sa hiérarchisation, distinguer les risques qu'ils s'agit d'assurer de ceux que l'on peut raisonnablement courir en ne prévoyant que des mesures de prévention ou que l'on choisit de sous-assurer voire de ne pas assurer. L'entrepreneur peut également opter pour une conservation partielle du risque par le biais de la franchise absolue. Il décidera ainsi de conserver une proportion de chaque risque.

proportionner les moyens utilisés à la gravité des risques et de gérer rationnellement les ressources disponibles.

Au terme de ces réflexions, on constate à nouveau combien prévention et prévoyance entrent incontestablement et nécessairement dans la même démarche de gestion des risques de l'entreprise. Reposant sur une analyse identique du risque, dépendantes de la connaissance acquise et de la hiérarchisation opérée, prévention et prévoyance sont les deux faces d'une même médaille dont le coût doit être soigneusement calculé afin d'obtenir des solutions efficaces et proportionnées⁹⁵⁸. Ces impératifs économiques sont pris en compte par les assureurs qui, conscients des enjeux propres aux entreprises, ont élaboré des produits qui leur sont spécialement destinés.

2° L'objet des contrats d'assurance des risques des entreprises

335. La conclusion des contrats d'assurance par les entreprises répond aux mêmes conditions légales que celles applicables aux particuliers⁹⁵⁹. Pour autant, la particularité de leur situation est prise en compte à de multiples niveaux⁹⁶⁰.

Dans le but de faire diminuer la fréquence et l'ampleur des sinistres, les assureurs recourent-ils ainsi à des corps d'inspecteurs vérificateurs, à la réalisation

⁹⁵⁸ Ce coût, en théorie, comprend plusieurs postes : les coûts d'assurance et ceux des sinistres non assurés, les coûts de la prévention et les coûts d'administration. Voir pour une analyse de ces coûts : TH. VAN SANTEN, « Le coût du risque », *Risques*, n°13, janvier-mars 1993, p.63.

⁹⁵⁹ Voir pour plus de détails : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, préc., p.190 et s.

⁹⁶⁰ Il faut constater que, conscients que la fragilisation croissante des rouages de l'entreprise et des processus de production peut conduire à ce qu'un sinistre, même limité dans ses conséquences matérielles, entraîne des conséquences bien plus graves sur la vie de l'entreprise (Il peut s'agir des pertes d'exploitations, mais également de pertes non assurables comme les parts de marché, la notoriété, la perte de fichiers informatiques, etc.), les assureurs ont fait évoluer leur métier en y intégrant un volet conseil en prévention. Voir en ce sens : P.-M. DUCOPRS, C. PARIZOT, F. SAUVANET, « Entreprises et prévention », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.127.

d'audit sécurité auprès des industriels afin d'évaluer le montant des sinistres éventuels et de mettre à jour leur connaissance du patrimoine de l'entreprise. En outre, ils peuvent recommander ou imposer la prise de certaines mesures de prévention-sécurité⁹⁶¹. Le souhait de voir se développer les efforts de prévention des entreprises passe également par une incitation financière consistant en des rabais lorsque des mesures de sécurité ou de protection sont adoptées, en l'augmentation des primes et franchises⁹⁶² ou en la diminution des indemnités dans le cas contraire⁹⁶³.

336. L'offre d'assurance pour les entreprises est large. Elle se manifeste à la fois par la création de garanties spécifiques **(a)** et par l'adaptation des polices d'assurance à la situation de chacune des entreprises⁹⁶⁴ **(b)**.

a) L'existence de garanties propres aux entreprises

337. Afin de tenir compte des spécificités de l'activité économique, l'assurance privée a développé certains produits propres aux entreprises⁹⁶⁵. Ceci s'explique par le

⁹⁶¹ Il peut qu'il s'agisse de la construction et de l'entretien des bâtiments, de l'installation de matériels destinés à protéger ou à limiter l'extension des sinistres, de l'agrément des matériaux et procédés utilisés, du gardiennage et de la surveillance des locaux.

⁹⁶² A défaut de contrats de maintenance du matériel de l'entreprise, l'assureur peut décider d'augmenter primes et franchises.

⁹⁶³ Dans certaines hypothèses, notamment en matière d'assurance incendie, les contrats peuvent être conclus provisoirement en attendant la réalisation d'éléments de protection. Voir en ce sens : A. GELLIONO et J. LANDEL, *L'assurance incendie*, L'Argus, coll. Les fondamentaux de l'assurance, 2^e éd., Paris 1998.

⁹⁶⁴ « Ces garanties sont fréquemment personnalisées, ne serait-ce que par l'adaptation des clauses contractuelles à l'activité industrielle ou commerciale principale. », in CH. STRULOVICI, « L'offre d'assurances pour les entreprises. », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1998, p.1133.

⁹⁶⁵ Le droit des assurances distingue classiquement les assurances de dommages et les assurances de personnes. Les premières comprennent les assurances de choses destinées à indemniser les pertes matérielles consécutives à une atteinte aux biens, ainsi que les assurances de responsabilité visant à garantir les conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'assuré. Les secondes visent quant à elles à garantir les risques affectant l'intégrité physique de l'assuré, elles ne feront donc pas l'objet

fait que l'assurance des risques des entreprises met en jeu des intérêts bien spécifiques pouvant être affectés par des dommages dépassant souvent de loin ceux qu'un particulier serait susceptible de subir. Ainsi, l'existence de polices destinées aux entreprises permet-elle de protéger les actionnaires dont les apports constituent les capitaux propres et qui supportent en dernier lieu les risques. Par ailleurs, étant acquis qu'une entreprise mal assurée n'est pas attractive sur le marché, l'offre spécifique de l'assurance privée permet d'éviter qu'il ne tire les conséquences d'un manque de garantie et que les titres de l'entreprise ne connaissent une décote en bourse⁹⁶⁶.

338. Historiquement⁹⁶⁷, et de façon caractéristique, les premières formes d'assurance ont concerné les risques des entreprises de transport maritime. La mer, milieu naturel propice au commerce, fut un des berceaux de l'assurance. Dès l'antiquité, les armateurs ont recouru au « contrat à la grosse aventure » par lequel le prêteur avançait le prix de la cargaison, à charge pour eux de rembourser le prêt si le navire arrivait à bon port. En cas de sinistre, la réparation était à la charge du prêteur. Par la suite, des conventions d'assurance se sont développées, permettant aux armateurs de prendre certains risques tout en ne craignant pas de supporter les conséquences du péril. L'assurance a ainsi pu accompagner le développement économique jusqu'à la révolution industrielle, puisqu'elle permettait de sécuriser les échanges commerciaux, dépendants du transport de marchandises. Ce n'est qu'avec la révolution industrielle que l'assurance va permettre de couvrir les risques de production des entreprises et proposer de nouveaux produits destinés à protéger les capitaux investis⁹⁶⁸. L'industrialisation doit donc beaucoup à l'assurance en ce qu'elle permit de courir le risque de l'innovation. À ce titre, l'assurance bris de machine constitue un bon exemple

des développements suivants. Voir pour plus de précisions : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, préc., p.52 et s.

⁹⁶⁶ Voir en ce sens : D. KESSLER, « Le marché de l'assurance des risques industriels », *Risques*, n°13, janvier-mars 1993, p.17.

⁹⁶⁷ Voir M. ALBERT, « Le rôle économique et social de l'assurance », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, Paris, 1998, p.3 ; P. L. BERNSTEIN, *Plus forts que les dieux. La remarquable histoire du risque*, préc., p.83 et s.

⁹⁶⁸ Voir en ce sens : TH. VAN SANTEN, « L'assurance et le risque d'entreprise », préc., p.510 et s.

de prise en compte des particularités de l'activité industrielle. Elle consiste à garantir les dommages accidentels⁹⁶⁹ causés aux machines de l'entreprise alors qu'elles fonctionnaient normalement⁹⁷⁰.

L'assurance des risques des entreprises ne se limite pas aux seules activités industrielles. Les assureurs ont parfaitement pris la mesure des particularités de chaque activité. Ainsi, le domaine agricole⁹⁷¹ fait-il l'objet de contrats spécifiques portant notamment sur la mortalité des animaux⁹⁷² ou la perte de récoltes⁹⁷³.

De même, les activités de service, très dépendantes de l'outil informatique, ont pu recourir à des contrats d'assurance informatique⁹⁷⁴ couvrant à la fois les matériels informatiques, bureautiques ou systèmes électroniques. Sont ainsi pris en charge les dommages matériels résultant d'événements tels que les chutes, heurts, vibrations, échauffements, maladroites, malveillances, vols, incendies, explosions, etc.

⁹⁶⁹ Ces dommages sont « tous dommages matériels atteignant les biens assurés de manière soudaine et imprévue ainsi que l'aggravation de ces dommages résultant des mesures prises pour le sauvetage des personnes. ». Voir pour plus de précisions : P. RUBISE, *L'assurance des risques techniques*, 2^e édition, L'Argus, coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris, 1999.

⁹⁷⁰ Les événements garantis peuvent consister en des causes extérieures telles que cataclysmes (grêle, tempête, pluie torrentielle, gel) ou des causes humaines. Moyennant surprime et aménagement des franchises, peuvent également être pris en charge certains frais tels que les pertes de loyers ou le paiement d'honoraires d'experts.

⁹⁷¹ Voir D. CHAPUIS, « Calamités agricoles et assurance agricole », *Risques*, n°20, octobre-décembre 1994, p.33 ; P. VIOLIER, « L'assurance agricole, une nouvelle approche », *Risques*, n° 20, octobre-décembre 1994, p.59.

⁹⁷² Voir pour plus de précisions : M.-B. CRESCENZO-d'AURIAC, « Assurance mortalité des animaux », J-class. Assurances, fasc. N°528. Dans ce cas, un contrat spécifique ou une garantie spécifique comprise dans un contrat multirisque permettant par ailleurs de garantir les élevages spécialisés de type industriel, peuvent garantir l'exploitant contre la mort, la maladie, l'accident, l'opération des animaux de fermes et du bétail ou l'abattage (A l'exception des abattages effectués en application de la législation sanitaire ou de toute mesure de prophylaxie officielle.). Deux formules de garanties sont proposées à l'éleveur : une assurance par tête désignée ou une assurance globale par groupe d'animaux.

⁹⁷³ Voir pour plus de précisions : A. de BEAUCARON, « Assurance climatique sur les récoltes agricoles », *Risques*, n°20, octobre-décembre 1994, p.25 ; Y. TASSEL, « Assurances relatives aux biens : récoltes (grêle, tempête) », J-class. Assurances, fasc. n°527. Dans ce cas, les produits des récoltes peuvent être garantis contre la grêle et la tempête. Ainsi, certaines cultures comme le maïs, le colza ou le tournesol sont-elles considérées comme assurables contre les tempêtes et font l'objet d'une garantie annexée au contrat grêle.

b) L'adaptation des polices d'assurance à la situation de chaque entreprise

338. L'offre d'assurance faite aux entreprises est étendue en raison de la forte concurrence existant sur le marché français où sont présents à la fois des opérateurs nationaux et des filiales de grands groupes étrangers. De telle sorte que, dans la limite des risques assurables, les besoins de l'entreprise sont correctement couverts. Ainsi, l'offre varie-t-elle en fonction de la taille de l'entreprise et de son activité⁹⁷⁵, tout étant prévu pour adapter les polices à la situation particulière de chaque assuré⁹⁷⁶. Quelques exemples permettront d'éclairer ces propos.

339. Dans le cadre de polices multirisques, adaptées au type d'activité de chaque entreprise⁹⁷⁷, sont garantis les biens de l'entreprise ainsi que sa responsabilité. Ces garanties de base peuvent être complétées afin de tenir compte de l'existence de risques propres, liés, par exemple, à l'utilisation de techniques, de matériaux ou de machines particuliers⁹⁷⁸. Différents traités de risque incendie sont en outre proposés aux

⁹⁷⁴ Voir en ce sens : CH. STRULOVICI, « L'offre d'assurance pour les entreprises », préc., p.1137.

⁹⁷⁵ Une très grande entreprise se verra souvent proposer un contrat personnalisé alors qu'une plus petite se verra proposer un contrat multirisque plus courant.

⁹⁷⁶ Voir en ce sens : CH. STRULOVICI, Ibid, p.1139. L'auteur donne l'exemple d'une adaptation des garanties à la situation des entreprises industrielles dont la valeur des stocks est variable. Pour celles-ci, les assureurs proposent un système d'assurances ajustables, révisables ou en compte courant. Voir de même : G. HUSSON, « L'assurance pollution », *Risques*, n°11, juillet-septembre 1992, p.43. La visite du risque, à l'initiative de l'assureur et opérée par des inspecteurs et ingénieurs, lui permet d'avoir une bonne connaissance des risques de l'entreprise et ainsi d'y adapter son offre.

⁹⁷⁷ Les contrats multirisques permettent de façon générale de prendre en considération les caractères particuliers de chaque entreprise et d'y adapter la police d'assurance. Ainsi, en matière d'assurance agricole, les contrats multirisques sont-ils adaptés aux caractères propres de l'exploitation, des cultures et de la région.

⁹⁷⁸ Voir A. GELLIONO et J. LANDEL, *L'assurance incendie*, préc. La garantie de base de l'assurance incendie concerne-t-elle ainsi, en vertu de l'article L. 122-1 du Code des assurances, « tous dommages causés par conflagration, embrasement ou simple combustion (...) » aux biens de l'assuré. Sont également assurés, en dehors des garanties imposées par le législateur, les dommages causés par les mesures de secours et de sauvetage, par la foudre et l'explosion. Des extensions facultatives peuvent être demandées pour ce qui est des dommages causés par la neige sur les toitures, les tremblements de terre ou les risques attentats non liés à un incendie. Sont concernés par l'ensemble de ces garanties les dommages matériels atteignant directement les biens de l'assuré (Bâtiments, mobilier, matériels, marchandises, emballages, approvisionnements, espèces et valeurs,

entreprises. Le traité « risques simples et risques à usage industriel et commercial » (TRS/RIC) correspond à la situation des petits commerçants et artisans ou des petites entreprises industrielles désireux de se garantir contre de petits et moyens risques. Les usines et fabriques très importantes⁹⁷⁹ se voient quant à elles proposer le traité « risque d'entreprise » (TRE).

Quel que soit le traité retenu, une extension de garantie perte d'exploitation⁹⁸⁰ peut être accordée. Exemple type d'adaptation de l'assurance à la situation de chaque entreprise⁹⁸¹, cette garantie permet de couvrir les pertes d'exploitation⁹⁸² résultant de la baisse du chiffre d'affaires consécutif à l'arrêt temporaire⁹⁸³ ou au ralentissement de la production⁹⁸⁴.

etc.) ainsi que les frais pécuniaires engendrés par les conséquences directes des dommages matériels (Perte d'usage des locaux, perte de loyer, honoraires d'experts, intérêts d'emprunt, etc.).

⁹⁷⁹ Elles se distinguent par une plus grande importance des capitaux, des surfaces développées ou le stockage de produits inflammables.

⁹⁸⁰ Voir J. ENO et J. PERVOTES, *L'assurance des pertes d'exploitation*, L'Argus, coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris, 1996; D. LASSERRE, Juris-classeur Assurance, fascicule n°521, *Pertes d'exploitation*.

⁹⁸¹ La tarification de cette garantie tient compte de tous les éléments propres aux caractéristiques de chaque entreprise, et est adaptée à la durée qui leur est nécessaire pour disposer des moyens de faire face au sinistre et de reconstruire l'outil de production. Voir également : CH. de BELAIR, « L'indemnisation des pertes d'exploitation, le rôle de l'expert », *Risques*, n°35, juillet-septembre 1998, p.67. L'auteur démontre combien l'expert doit prendre en considération les spécificités de chaque entreprise sinistrée (sa taille, sa capacité financière, son activité, etc.) afin de déterminer les solutions les plus judicieuses permettant de la remettre à flot.

⁹⁸² La part des charges fixes non compensée (Les charges fixes d'une entreprise sont constituées des salaires, impôts, loyers, intérêts d'emprunt, amortissement, etc.) ajoutée aux frais supplémentaires d'exploitation (par exemple, la location temporaire de locaux ou de matériel, le paiement des heures supplémentaires, le recours à des intervenants extérieurs, etc.) constituent des coûts que l'assurance peut prendre en charge afin de replacer l'entreprise dans la situation qui aurait été la sienne si le sinistre ne s'était pas produit. Techniquement, l'assureur versera à l'entreprise une indemnité dont le montant est fixé en appliquant à la perte du chiffre d'affaire un coefficient égal au rapport entre sa marge brute et son chiffre d'affaires. Des extensions de garanties, ainsi que des garanties optionnelles peuvent être adoptées en surplus de la garantie de base : elles portent par exemple sur la carence de fournisseurs de matières premières ou d'approvisionnements, le paiement de pénalités de retard, l'impossibilité matérielle d'accéder au site de l'entreprise, la perte de droit au bail, le paiement d'honoraires d'experts, etc.

⁹⁸³ Un exemple significatif peut être tiré de la catastrophe du 11 septembre. Les entreprises qu'abritaient les deux tours jumelles ont vu leur chiffre d'affaires diminuer fortement voire s'éteindre.

⁹⁸⁴ Ce contrat d'assurance exige la connaissance des « goulots d'étranglement », c'est à dire, des points de passage obligé de la production, ainsi que les unités indispensables dont l'arrêt risque de paralyser l'entreprise.

340. Les assurances de responsabilité⁹⁸⁵ permettent quant à elles aux entrepreneurs de faire face aux réclamations d'entreprises tierces en ne puisant pas dans leurs ressources propres. De ce fait, elles ne risquent pas d'être déstabilisées par le versement de lourdes indemnités à la suite de la réalisation de dommages parfois très graves. Cet avantage connaît cependant une contrepartie importante dans la mesure où se sachant garanties, les entreprises peuvent ne pas prendre toutes les mesures de prévention nécessaires. En outre, la tendance des juges à accueillir favorablement les recours en responsabilité dès lors que le responsable est assuré tend à inhiber le goût du risque des entrepreneurs.

L'assurance risque-exploitation garantit toutes les fautes commises pendant l'exploitation de l'entreprise, quelle que soit leur gravité, à l'exclusion des fautes intentionnelles. Sont pris en charge les dommages matériels⁹⁸⁶ causés à des tiers ainsi que les dommages immatériels, ces derniers étant constitués des pertes de revenus et manques à gagner consécutifs à un sinistre⁹⁸⁷. À ces différents cas correspondent différents contrats d'assurance qui s'adaptent à la situation de chaque opérateur. Adaptation qui se manifeste également par l'existence de garanties complémentaires répondant aux besoins particuliers de certains. C'est le cas de l'assurance atteinte à l'environnement⁹⁸⁸ pour les installations industrielles ou agricoles, qui permet, à

⁹⁸⁵ Voir F. CHAUMET, *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, L'Argus, coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris, 2001.

⁹⁸⁶ Il s'agit des dommages résultant de la destruction, de la dégradation ou de la détérioration d'un bien matériel.

⁹⁸⁷ L'assurance responsabilité civile en cours d'exploitation sera mise en œuvre dans les hypothèses de responsabilité du fait des choses de l'article 1384 al. 1 du Code civil (les choses en question sont les terrains, murs d'enceinte, bâtiments, locaux, entrepôts, matières premières, fournitures, outils, machines, etc., qui sont la cause directe et génératrice du dommage, qui ont joué un rôle actif dans la survenance du dommage), ou de responsabilité du fait des dommages matériels causés au voisinage par l'incendie ou l'explosion des biens de l'entreprise (article 1384 al. 2). Elle le sera également lorsque les dommages sont directement causés à des entreprises tierces ou clientes par l'activité de l'entreprise : il s'agit de l'exemple classique des flammèches s'échappant d'une cheminée d'usine et provoquant un incendie dans un champ voisin.

⁹⁸⁸ Cette assurance concerne les atteintes terrestres à l'environnement, d'origine non nucléaire, causées par le fonctionnement normal de l'entreprise ou par le dérèglement de ses installations.

certaines conditions⁹⁸⁹, d'indemniser les préjudices subis par d'autres entreprises du fait d'une pollution accidentelle ou de nuisances⁹⁹⁰.

341. Aussi importante soit-elle, l'offre faite aux entreprises par les assureurs ne permet pas de couvrir l'intégralité des risques qui pèsent sur elles. Pour un certain nombre de raisons qui vont être explicitées, l'assurance privée connaît des carences. Dès lors, les pouvoirs publics interviennent pour prendre en charge ces risques non garantis. L'originalité de cette intervention tient au fait qu'elle se limite à compléter l'offre privée, afin de pallier ces insuffisances.

B- Le complément public de l'offre privée d'assurance

342. L'opération d'assurance repose sur une série d'opérations techniques qui permettent aux assureurs de distinguer les risques susceptibles d'être pris en charge de ceux qui ne le sont pas. Une telle détermination s'avère souvent très délicate et peut

⁹⁸⁹ La garantie pouvait initialement être rachetée dans le cadre des contrats d'assurance de responsabilité générale. Par la suite, afin d'augmenter le montant de la garantie, les assureurs et co-assureurs ont institué le GARPOL, constituant un pool de souscription proposant des garanties plus importantes. Il a été remplacé par le groupement de coassurance ASSURPOL en 1989. Le contrat proposé garantit : « Les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile de l'assuré en raison des dommages corporels, matériels et immatériels subis par des tiers (...) lorsque les dommages résultent d'atteintes à l'environnement consécutives à des faits fortuits qui se produisent dans l'enceinte des sites de l'assuré (...) et imputables à l'exercice des activités assurées ». A cette garantie s'ajoute celle des dépenses de nettoyage et de dépollution. Voir pour plus de précisions : *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, préc. ; J. DEPRIMOZ, « Régime juridique des assurances contre les risques d'atteinte à l'environnement. », J-Cl. Assurances, fasc. 210 ; G. HUSSON, « L'assurance pollution », *Risques*, n°11, juillet-septembre 1992, p.43.

⁹⁹⁰ Il s'agit par exemple de bruits, odeurs, vibrations, variations de température susceptibles de troubler la production d'entreprises. La difficulté principale engendrée par ces garanties résulte de l'évaluation monétaire des dommages. Il est en effet délicat d'apprécier la valeur, pour une entreprise, de la perte de potentiel de la nature, de la perte de capacité de reproduction des ressources naturelles voire de la destruction de l'écosystème. En outre, l'entreprise dont l'intérêt est lésé doit apporter la preuve du lien de causalité entre l'activité économique incriminée et le dommage subi. Voir par exemple : T.G.I. d'Albertville, 26 août 1975, *J.C.P.* 1976.II.18384 : le tribunal engage la responsabilité d'une usine située dans une vallée pour la destruction d'abeilles dont les ruches ont été décimées en raison d'un dépôt de fluor sur les fleurs.

entraîner, si elle est erronée, des conséquences économiques catastrophiques ; on lui accorde donc une importance toute particulière. Ceci explique que certains risques ne répondant pas aux critères de prise en charge par l'assurance ne sont pas couverts puisqu'économiquement non viables. Ils sont donc laissés à la seule charge des entreprises. La constatation et la compréhension de cette insuffisance de l'assurance privée (**1°**) conduisent les pouvoirs publics à compléter plus ou moins directement l'offre privée d'assurance selon des modalités diverses (**2°**).

1° Les carences de l'assurance privée des risques des entreprises

343. Afin de comprendre comment les pouvoirs publics prennent en charge les risques des entreprises délaissés par l'assurance privée, il est indispensable de préciser les raisons pour lesquelles cette dernière est amenée à exclure totalement ou partiellement certains risques (**a**). À ces explications doit s'ajouter un certain nombre de considérations économiques justifiant le recours à la solution publique (**b**).

a) L'existence de risques d'entreprises non assurables

344. L'étude des fondements techniques de l'opération d'assurance permet d'explicitier les raisons de l'existence de risques non couverts par les compagnies d'assurance. Cette difficulté n'est cependant pas toujours insoluble pour les entreprises qui tentent de trouver des parades aux carences du marché privé d'assurance. Pour autant, ces parades semblent encore aujourd'hui insuffisantes et laissent la place à une demande d'intervention des pouvoirs publics.

α) Les justifications techniques de l'*inassurabilité* des risques

345. En vue de déterminer ce qu'il peut accepter dans son portefeuille et ce qu'il doit refuser, il est nécessaire à l'assureur de se référer à des règles suffisamment précises lui permettant de distinguer le risque assurable de celui qui ne l'est pas⁹⁹¹. Il se réfère alors à certains critères techniques⁹⁹² en vertu desquels un risque est assurable lorsque, la couverture de ce risque étant autorisée, les pertes interviennent de façon aléatoire, que le sinistre maximum et le rapport entre le sinistre moyen et la survenance sont faibles, que les sinistres sont fréquents, que la prime est élevée et qu'il n'y a pas de risque moral. En revanche, il est bien plus délicat de déterminer à partir de quel moment un de ces critères n'est plus satisfait, et comment la satisfaction de certains peut compenser la non-satisfaction des autres. Ceci est accentué par le fait que la solution obtenue sera fonction du type de risque considéré, de la capacité financière de l'assureur et de son aversion au risque.

Au regard de ces éléments, on constate qu'un certain nombre de risques d'entreprises ne répondent pas aux critères d'*assurabilité* et ne sont donc pas susceptibles d'être couverts par l'assurance. Pour n'en citer que quelques-uns, on se référera par exemple au risque de guerre, traditionnellement exclu des polices d'assurance⁹⁹³. Il en va de même pour les risques naturels catastrophiques qui ont une probabilité d'occurrence

⁹⁹¹ Voir en ce sens : J.-P. MARECHAL, *Le prix du risque*, préc., p.125 et s., l'auteur se réfère aux travaux de B. BERLINER, notamment *Limits of insurability of Risks*, Prentice Hall, Inc., 1982.

⁹⁹² Selon B. BERLINER, neuf critères peuvent être retenus afin de déterminer l'*assurabilité* d'un risque : le caractère aléatoire de la survenance du sinistre, le sinistre maximum possible, le rapport sinistre moyen/survenance, la période moyenne entre deux survenances de sinistres, la prime, le risque moral, la mesure dans laquelle le rôle économique fondamental de l'assureur est de supporter le risque, les restrictions légales et les limites de couverture.

⁹⁹³ L'exclusion des risques de guerre résulte d'une exclusion légale. L'article L.121-8 du Code des assurances dispose que « l'assureur ne répond pas, sauf convention contraire, des pertes et dommages occasionnés soit par la guerre étrangère, soit par la guerre civile (...) ». Entraînant des destructions massives très concentrées, la guerre ne peut donner lieu à une prévision statistique efficace. Dès lors, on verra que c'est l'État, souvent par des lois de circonstances (Ce fut le cas en France suite aux deux conflits mondiaux de 1914-1918 et de 1939-1945), qui prend en charge les dommages matériels qui en résultent.

très faible, mais une taille excessive ou les risques climatiques en matière agricole⁹⁹⁴ qui sont déclarés *inassurables* compte tenu de l'inconnu des aléas atmosphériques, de la diversité des cultures, des modes de production, etc.⁹⁹⁵.

Ces quelques exemples n'épuisent pas la liste des risques non assurables. D'autres, tels que les risques environnementaux majeurs ou les risques de terrorisme aérien, ne sont pas garantis. Entraînant des sinistres peu fréquents, mais souvent très lourds, ces événements rendent très difficile pour les assureurs la détermination du montant des primes à verser. En effet, l'ignorance du rapport sinistre moyen/survenance et des données statistiques concernant la période s'écoulant entre deux sinistres rend impossible la détermination de la prime pour un risque déterminé. En conséquence, les assureurs ne pourront logiquement pas le couvrir sauf à fixer un montant de prime surélevé, ne rencontrant aucune demande de la part des entreprises.

346. Face à la nécessité d'indemniser les entreprises et compte tenu de la capacité du marché privé de l'assurance à ne remplir que partiellement cette mission, le recours à l'intervention publique semble donc être la seule solution possible. Pourtant, les assureurs et entrepreneurs ont à leur disposition certaines parades leur permettant de pallier, dans une certaine mesure, les insuffisances du marché.

β) Les parades privées à l'inassurabilité des risques des entreprises

347. Confrontées à l'impossibilité de garantir certains risques jugés inassurables, les compagnies d'assurance ainsi que les entreprises ont à leur disposition une palette de palliatifs divers.

⁹⁹⁴ Mises à part la grêle et la tempête qui sont considérées comme répondant aux critères de l'assurabilité.

⁹⁹⁵ Ainsi, l'article L. 361-2 du Code rural codifiant la loi du 10 juillet 1964 (Loi n°64-706 du 10 juillet 1964) définit-il les calamités agricoles comme les dommages non assurables d'importance exceptionnelle dus à des variations anormales d'intensité d'un agent naturel.

En premier lieu, les assureurs devant faire face à des risques dont les conséquences dommageables dépassent souvent leur capacité financière recourent à des partenariats permettant d'élargir leur capacité d'assurance et de couvrir certains risques de grande envergure en les divisant et les dispersant. C'est tout d'abord le cas de la coassurance, très utilisée pour les risques maritimes, aériens ou industriels⁹⁹⁶. Il en va de même de la réassurance⁹⁹⁷ par laquelle un assureur se fait à son tour assurer pour un risque qu'il a accepté de garantir. Toutefois, certaines grandes catastrophes ont pu, à plusieurs reprises, engendrer des dommages dépassant de loin les capacités des compagnies de réassurance. Celles-ci, dans ces domaines sensibles ont donc parfois institué des *pools* de réassurance permettant d'étendre la capacité de couverture des risques. Ce fut le cas, par exemple, dans le domaine du nucléaire avec la création du Pool français d'assurances des risques atomiques⁹⁹⁸, et dans celui des pollutions avec la création du pool Assurpol⁹⁹⁹. En outre, les assureurs et réassureurs ont pu utiliser les marchés financiers par le biais de la titrisation¹⁰⁰⁰. Ce système leur permet de recourir à une capacité de couverture bien supérieure à celle que propose l'assurance. Il consiste à convertir des risques en titres financiers échangeables sur les marchés boursiers¹⁰⁰¹.

Par ailleurs, les assureurs, confrontés à des risques dits « majeurs » ont développé des systèmes d'assurance partielle. Ceux-ci se traduisent par l'insertion dans

⁹⁹⁶ Voir en ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.196 et s. Elle permet de diviser la garantie d'un risque important entre plusieurs assureurs qui s'engagent à en couvrir une partie, sans qu'aucune solidarité n'existe entre eux en cas de sinistre.

⁹⁹⁷ Voir Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, préc., p.47 et s. ; *Risques et assurance des entreprises*, préc., p.100 et s. Selon que le contrat de réassurance porte sur le risque ou le sinistre, il s'agira d'une réassurance de sommes ou de dommages. La réassurance est particulièrement importante dans le domaine des catastrophes naturelles ou technologiques puisqu'elle permet de disperser les risques assurés.

⁹⁹⁸ Il s'agit d'un groupement d'intérêt économique au sein duquel une clause de solidarité est stipulée en cas de défaillance d'une société membre.

⁹⁹⁹ Ce pool concerne notamment les installations classées au titre de la loi du 19 juillet 1976.

¹⁰⁰⁰ La titrisation est particulièrement utilisée en matière de risques naturels catastrophiques tels qu'ouragans, ou tremblements de terre. Voir en ce sens : O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Folio actuel, Ed. Gallimard, 2002, p. 408 et s.

¹⁰⁰¹ Il existe trois outils principaux permettant de recourir aux marchés financiers : les échanges de risques entre assureurs proposés sur CATEX de New-York, les options sur indice du Chicago Board of trade et les obligations indexées du Chicago Board of trade.

les contrats d'assurance de clauses limitant leur engagement en cas de sinistre ainsi que la durée pendant laquelle l'indemnisation pourra être réclamée¹⁰⁰². Cette technique offre l'avantage de rendre assurable un risque qui ne l'était pas puisqu'elle permet à l'assureur de fixer une prime dont le montant reflète réellement le risque transféré.

348. En second lieu, les entreprises faisant face à des risques non assurables peuvent décider de les conserver¹⁰⁰³. Plusieurs modalités sont alors envisageables. Elles peuvent tout d'abord décider de s'auto-assurer en provisionnant des sommes normalement destinées au paiement des primes d'assurance. Le régime fiscal peu favorable de cette technique peut toutefois conduire les plus grandes entreprises à préférer la création pour leur groupe d'une société d'assurance dite « captive »¹⁰⁰⁴ qui permet la couverture des risques que le marché est réticent à garantir¹⁰⁰⁵. Enfin, d'autres solutions s'offrent aux industriels. Ceux-ci ont parfois recours à la création de *pools inter-industries d'assurance*¹⁰⁰⁶, formules de mutualisation inter-industries de risques non assurables au sein desquelles chaque entreprise participe à la mesure de ses risques.

349. Malgré l'existence de quelques parades à l'insuffisance du marché privé de l'assurance, les entreprises restent souvent démunies face à des risques d'une ampleur importante. De telle sorte qu'elles réclament, avec les assureurs dont les capacités financières sont limitées, une intervention des pouvoirs publics afin que ceux-ci

¹⁰⁰² « La limitation de couverture est un instrument utilisé par les assureurs pour rendre un risque, qui est par ailleurs inassurable, acceptable en isolant les caractéristiques assurables. » in M. AICKIN, « Legal and Cover restrictions », *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol.11, n°39, p.157, cité in J.-P. MARECHAL, préc., p.142.

¹⁰⁰³ Voir en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.57 et s.

¹⁰⁰⁴ Voir en ce sens : A. CHAUMONT, « Les captives, outil du gestionnaire des risques. », *Risques*, n°13, janvier-mars 1993, p.99.

¹⁰⁰⁵ Faisant nécessairement appel à la réassurance, la captive constitue fréquemment pour l'entreprise un complément du marché traditionnel de l'assurance. Elle permet d'accorder à ses risques un traitement plus favorable et d'éviter les hausses de primes exigées par les assureurs. Elle constitue cependant une solution alternative coûteuse en raison de frais de constitution et d'administration importants.

¹⁰⁰⁶ Voir Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurance des entreprises*, préc., p.63.

participent à la prise en charge des risques. Une telle réclamation est souvent manifeste à la suite de grandes catastrophes. Les attentats de septembre 2001 aux États-Unis furent ainsi l'occasion dramatique de voir les assureurs en appeler à l'intervention de l'État¹⁰⁰⁷. Ces appels à l'action publique ne sont cependant pas suffisants pour comprendre l'intervention de l'État. S'y ajoutent en effet certaines considérations économiques.

b) Les justifications économiques de l'intervention publique

350. En dehors de l'existence de risques non assurables¹⁰⁰⁸, il est possible de relever l'existence de plusieurs types de défaillances du marché privé de l'assurance justifiant l'intervention de l'État en ce domaine¹⁰⁰⁹.

Il peut tout d'abord s'agir d'une asymétrie d'information entre les assureurs et les assurés entraînant un phénomène de *sélection adverse*. Celui-ci se réalise lorsqu'un assureur ne parvient pas à distinguer entre plusieurs classes de risques. Dans cette hypothèse, en vue de couvrir les risques disparates d'une communauté d'agents économiques, l'assureur a tendance à proposer un tarif moyen à ses clients. Cette prime

¹⁰⁰⁷ Voir en ce sens : J.-M. GICQUEL, « Assurance aviation : turbulences... », *Risques*, n°48, décembre 2001, p.45 : « Un nouveau partage des risques doit s'établir entre les États et les assureurs de façon à libérer ces derniers et leurs assurés d'avoir à répondre d'événements causés par des actes délibérés dont les conséquences ne sont pas mesurables. » ; J.-M. LAMERE, « Le 11 septembre tourne une nouvelle page de l'histoire du risque et de l'assurance. », *Risques*, n°48, décembre 2001, p.29 : « Les spécificités de l'hyperterrorisme et les besoins de couverture économique continue qui caractérisent notre époque nécessitent que les solutions de couverture du risque combinent les capacités de marchés et la garantie des États en cas de catastrophe majeure (...) La souscription des risques d'entreprise ne sera possible que si les garanties dommages et attentats sont –au moins partiellement- déliées, et si l'on combine le marché et la garantie de l'État pour la couverture des attentats.»

¹⁰⁰⁸ « le gouvernement, au moins dans ses activités économiques, est habituellement implicitement ou explicitement tenu de fonctionner comme l'agent qui supplée la défaillance du marché. » in KENNETH J. ARROW (1970), *Essays in the theory of Risk-Bearing*, North-Holland Publishing Company, p.185, cité in J.-P. MARECHAL, *Le prix du risque*, préc., p.152.

¹⁰⁰⁹ Voir en ce sens : P.-A. CHIAPPORI, « Les limites de l'assurance privée : que dit la théorie économique ? », *Risques*, n°30, avril-juin 1997, p.37 ; H. LOUBERGE et P. MAURER, « Risques politiques et assurance-crédit à l'exportation », *Risques*, n°7, septembre 1991, p.13.

étant souvent trop élevée pour les entrepreneurs à faible probabilité de sinistres, seules les entreprises surexposées aux risques acceptent de la payer. De telle sorte que, n'attirant que les clients dont la *sinistralité* est supérieure à la moyenne, le montant des primes versées ne permet alors plus de régler celui des sinistres. L'augmentation consécutive des primes aboutit alors à faire fuir les assurés, faisant disparaître le marché. Une solution consiste alors pour l'État à rendre l'assurance obligatoire et à en fixer les modalités.

Il peut ensuite s'agir du risque moral qui se manifeste lorsque les assurés, conscients d'être financièrement protégés, modifient leur comportement et n'adoptent plus les mesures de prévention et de sécurité nécessaires. Les sinistres se révèlent alors plus importants et entraînent des pertes que l'assureur ne peut pas toujours couvrir¹⁰¹⁰.

Face à de telles difficultés, la solution publique semble donc présenter des avantages non négligeables¹⁰¹¹. Elle repose en effet sur un pouvoir de répartition des coûts bien plus large dans le temps et l'espace, sur une capacité à diversifier les risques et à offrir des conditions tarifaires plus intéressantes que les conditions du marché. Elle prendra diverses formes en fonction de la nature et de l'importance des carences observées ainsi que de celles des besoins exprimés par les entreprises.

2° Les modalités de l'intervention publique

351. L'intervention des pouvoirs publics destinée à pallier les carences de l'assurance privée n'est pas uniforme. Elle s'adapte à la spécificité de chaque insuffisance afin d'y apporter une solution ajustée. Il n'est dès lors pas étonnant que son étendue varie en fonction des besoins de chaque entreprise confrontée à un manque de

¹⁰¹⁰ Le risque moral peut conduire les assureurs à laisser une part plus importante du risque à la charge de leurs clients par le biais de l'augmentation des franchises.

¹⁰¹¹ Voir en ce sens : O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Folio actuel, 2002, p. 434 et s.

garantie. Or, ceux-ci dépendent en premier lieu de leur capacité à pouvoir s'assurer. Il est évident qu'une grande entreprise disposera de moyens importants qu'elle pourra consacrer à l'assurance, tandis qu'une plus petite structure disposera de moyens limités. En second lieu, les besoins des entreprises dépendent de la capacité de chacune d'entre elles à trouver des produits d'assurance ajustée à sa situation. Ils sont donc dépendants de l'offre d'assurance. Dès lors, le complément apporté par l'État est susceptible de prendre une plus ou moins grande importance en fonction du type de carence constatée. Il ira du simple ajustement à un remplacement presque total de l'initiative privée.

En outre, les objectifs que tentent d'atteindre les pouvoirs publics peuvent être différenciés selon qu'ils tendent à remédier à la non-assurabilité des risques ou à l'insolvabilité des assureurs. L'incapacité de ces derniers à proposer une couverture de tous les risques des entreprises tenant à l'impossibilité technique d'assurer un événement donné **(a)** ou à l'insuffisance des fonds disponibles **(b)**, l'action publique va dès lors tenter de remédier à ces deux difficultés.

a) Les remèdes à la non-assurabilité de certains risques des entreprises

352. L'action des pouvoirs publics en matière d'assurance des entreprises tend à remédier au refus des assureurs de prendre à leur charge certains risques au motif qu'ils sont inassurables. Ces risques sont pourtant susceptibles d'être fortement dommageables pour les opérateurs économiques. Il apparaît donc indispensable de suppléer les assureurs privés afin que les entreprises puissent bénéficier des avantages liés à la garantie¹⁰¹². Deux exemples permettront d'éclairer ce phénomène.

Il s'agit d'une part de l'assurance contre les risques de catastrophes naturelles. Ces dernières sont classiquement considérées comme des phénomènes non assurables

¹⁰¹² Voir supra, ce chapitre, n°333 et s., pour une étude des avantages de l'assurance des risques des entreprises.

du fait de l'importance des dommages qui en résultent¹⁰¹³. Pour y remédier, la loi du 13 juillet 1982 codifiée à l'article L.125.1 et s. du Code des assurances a instauré un système original mêlant l'action publique et l'action privée, qui impose aux assureurs de garantir les catastrophes naturelles¹⁰¹⁴ dans les contrats couvrant les dommages aux biens¹⁰¹⁵. En outre, depuis la loi n°92-665 du 16 juillet 1992, seuls « les dommages matériels directs non assurables » sont garantis¹⁰¹⁶. Cette précision est d'importance puisque les entreprises n'ayant pas préalablement conclu de contrat d'assurance dommages matériels n'en bénéficient donc pas¹⁰¹⁷. Cela permet alors de souligner à nouveau que le but des pouvoirs publics n'est pas de remplacer les entreprises dans la gestion de leur risque¹⁰¹⁸, le bénéfice de l'assurance catastrophe naturelle est en effet tributaire des efforts réalisés initialement par les opérateurs¹⁰¹⁹. Deux autres conditions doivent cependant être réunies afin que la garantie des catastrophes naturelles soit

¹⁰¹³ Sur l'ensemble de l'année 2000, le total des dommages financiers directs dus à des catastrophes techniques ou naturelles s'élève à cinquante milliards de dollars. Voir en ce sens : Sigma, n°2/2001.

¹⁰¹⁴ La loi ouvre droit à la garantie pour les dommages matériels directs « ayant pour cause déterminante l'intensité anormale d'un agent naturel ». Par exemple, pour les dommages résultant de la sécheresse : Civ. 1^e, 13 février 2001, R.C.A. 2001 n°168. Le législateur a volontairement choisi de ne pas fixer de liste exhaustive des catastrophes naturelles, comme cela est le cas dans d'autres pays européens, afin de laisser aux autorités administratives la latitude de déterminer au cas par cas ce qui en relève ou pas.

¹⁰¹⁵ Il ne s'agit donc pas d'une obligation de contracter imposée aux entreprises. Elle se traduit par l'insertion de clauses types dans les polices d'assurance. Si une entreprise se trouve confrontée à un refus de contracter, elle pourra saisir le bureau central de tarification qui imposera à l'assureur choisi de la garantir contre les effets de catastrophe naturelle.

¹⁰¹⁶ Sont considérés comme non assurables les dommages résultants d'inondations, de coulées de boue, de tremblements de terre, de raz de marée, d'affaissements de terrains dus à la sécheresse, d'avalanches, d'éruptions volcaniques, etc. Sont donc exclus de la garantie la foudre, la grêle, la tempête, le gel, la neige sur les toitures qui, comme on l'a vu, peuvent faire l'objet de contrats d'assurance. Cependant, la loi n° 90-509 du 25 juin 1990 a imposé aux assureurs, dans le cadre des contrats d'assurance garantissant les dommages d'incendie à des biens, de garantir les effets du vent dû aux tempêtes, ouragans ou cyclones. Cette garantie relève exclusivement du domaine de la liberté contractuelle, et les effets du vent dû aux tempêtes, ouragans ou cyclones ne sont pas considérés comme des catastrophes naturelles au sens de la loi de 1982.

¹⁰¹⁷ Il sera vu dans le dernier chapitre de cette étude que de telles entreprises peuvent toutefois bénéficier du fonds de secours institué par l'article 75 de la loi du 4 août 1956.

¹⁰¹⁸ Voir en ce sens supra, Première partie, Titre premier, Chapitre second, pour une étude des contraintes imposées par le respect de la liberté d'entreprendre.

¹⁰¹⁹ On peut noter que la souscription préalable d'un contrat d'assurance était également exigée par la loi du 10 avril 1915 créant le service public d'assurance maritime contre les risques de guerre.

engagée. Il faut tout d'abord qu'un arrêté interministériel reconnaissant « l'état de catastrophe naturelle » soit publié¹⁰²⁰. Cet arrêté définit les zones géographiques et les périodes de la catastrophe ainsi que la nature des dommages qui en ont résulté. Il est ensuite nécessaire qu'aient été respectées les prescriptions des plans de prévention des risques naturels prévisibles¹⁰²¹.

Au titre de cette garantie sont couverts les dommages matériels directs couverts par le contrat socle¹⁰²². Pour les entreprises, sont ainsi visés les installations commerciales ou industrielles et leur contenu, les bâtiments agricoles et leur contenu, c'est à dire les récoltes engrangées, le cheptel vif en bâtiment, le cheptel mort, les serres, les forêts, etc.¹⁰²³. Par ailleurs, lorsque le contrat socle¹⁰²⁴ comprend une garantie perte d'exploitation, la garantie catastrophe naturelle les couvre également¹⁰²⁵. En contrepartie, chaque souscripteur doit payer une prime additionnelle à taux unique, qui ne varie pas en fonction du degré d'exposition aux risques¹⁰²⁶.

¹⁰²⁰ La décision de déclarer l'état de catastrophe naturelle est prise par la commission interministérielle des catastrophes naturelles. La procédure devant être suivie est décrite par une circulaire ministérielle du 19 mai 1988. Le Conseil d'État exerce un contrôle normal sur l'arrêté de constatation. Il est en revanche limité à l'erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il porte sur un refus de constatation. Voir en ce sens : C.E., 10 janvier 1992, *Epx Sandrin-Renard*, req n° 106356, Juris-Data n°040615.

¹⁰²¹ Ainsi, les bâtiments situés dans des zones inconstructibles des PPR ne peuvent bénéficier de la garantie catastrophes naturelles.

¹⁰²² Il s'agit des dommages prévus par le contrat socle qui portent atteinte à la structure ou à la substance du bien. L'indemnisation suppose un lien de causalité entre la catastrophe naturelle et les dommages. Sont donc exclus pour les entreprises les préjudices immatériels tels que les pertes de loyer, les remboursements d'honoraires d'experts, les dommages aux appareils électriques, la perte de valeur vénale d'un fonds de commerce.

¹⁰²³ Sont en revanche exclus les récoltes non engrangées, les cultures aux sols et cheptels vif hors bâtiment qui relèvent du régime d'indemnisation des calamités agricoles.

¹⁰²⁴ Il s'agit du contrat d'assurance dommages matériels préalablement conclu.

¹⁰²⁵ Les entreprises ayant souscrit une telle garantie sont encore peu nombreuses, 30% seulement d'entre elles sont couvertes pour les pertes d'exploitation. Certains demandent pour cette raison que la garantie des pertes d'exploitation soit incluse directement dans la garantie catastrophe naturelle.

¹⁰²⁶ Cette prime fixe marque bien l'imbrication de mécanismes d'assurance avec des mécanismes de solidarité nationale. Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre second, n°186.

353. Les pouvoirs publics ont d'autre part tenté de remédier à la non-assurabilité des risques de terrorisme par un mécanisme relativement similaire. Traditionnellement inassurables puisqu'assimilés au risque de guerre, les risques de terrorisme pouvaient cependant faire l'objet de garanties conventionnelles à l'initiative des compagnies d'assurance¹⁰²⁷. Les pouvoirs publics sont ensuite intervenus en 1983 afin de négocier la généralisation de cette garantie, sans toutefois imposer la moindre obligation. Elle incluait les émeutes et mouvements populaires mettant en jeu la responsabilité de l'État ainsi que les actes de terrorisme et attentats. Ce n'est qu'en 1986, suite à une vague d'actes de terrorisme en France, que le législateur, par une loi du 9 septembre 1986¹⁰²⁸, a décidé que « les contrats d'assurance de biens ne peuvent exclure la garantie de l'assureur pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats commis sur le territoire national »¹⁰²⁹. Cette interdiction faite aux assureurs d'exclure de leurs contrats une garantie particulière se rapproche de l'obligation qui leur est faite en matière de catastrophes naturelles¹⁰³⁰. Elle suppose également que les entreprises aient initialement conclu un contrat d'assurance de biens¹⁰³¹. De ce fait, seuls les biens mobiliers ou immobiliers couverts par un contrat d'assurance font l'objet de cette garantie. Elle concerne les dommages matériels et immatériels, ce qui, pour les

¹⁰²⁷ Confrontés à la montée du terrorisme dans le courant des années 70, les assureurs ont en effet élaboré à la demande des industriels une clause d'extension de garantie moyennant le versement d'une surprime couvrant les dommages causés par « les émeutes, mouvements populaires et les actes de terrorisme et de sabotage commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme et de sabotage. »

¹⁰²⁸ Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, J.O. 10 septembre 1986.

¹⁰²⁹ Article L. 126-2 du Code des assurances.

¹⁰³⁰ Elle s'en distingue toutefois. Alors que la garantie « Catastrophes naturelles » ajoute la garantie d'un risque nouveau aux risques assurés dans le contrat socle, il s'agit pour la garantie « actes de terrorisme », d'une exclusion interdite qui complète la garantie de ces mêmes risques. Dès lors, seuls les actes de terrorisme ayant causé des événements assurés par le contrat socle sont obligatoirement garantis. En conséquence, les conditions de garantie applicables, notamment la franchise, sont en principe celles stipulées dans le contrat.

¹⁰³¹ Cependant, les dommages résultant de la « casse » ne sont pas compris dans la garantie. Ils peuvent faire l'objet d'une garantie spécifique. À la différence de la garantie des catastrophes naturelles, aucun mécanisme n'est prévu qui permette au Bureau central de tarification d'imposer à un assureur la prise en charge des risques d'un assuré qui s'est vu opposer plusieurs refus.

entreprises, inclut les pertes d'exploitation¹⁰³². Les pouvoirs publics n'ont pas imposé de règles relatives à l'établissement des primes et des franchises. Cependant, les attentats de septembre 2001¹⁰³³ les ont conduits à modifier par décret le montant de la garantie pour les grands risques¹⁰³⁴.

b) Les remèdes à l'insolvabilité des assureurs

354. En plus d'imposer la prise en charge par l'assurance privée de risques jugés non-assurables, les pouvoirs publics ont instauré des mécanismes visant à garantir la solvabilité des assureurs. De nombreux exemples montrent en effet combien la survenance de risques d'un niveau exceptionnel peut conduire à la défaillance des assureurs et réassureurs qui ne peuvent dès lors plus tenir leurs engagements¹⁰³⁵. Les assurés, privés d'indemnisation, supportent alors seuls les conséquences financières des risques contre lesquels ils se croyaient couverts. Afin de remédier à ce double risque, pour les assureurs comme pour les entreprises assurées, l'action publique adopte deux modalités complémentaires. Elle vise d'une part à contrôler la solvabilité des compagnies d'assurance, et d'autre part à apporter la garantie publique aux risques assurés.

¹⁰³² Sont toutefois exclus les dommages résultant de la désaffection de la clientèle par peur d'un nouvel attentat.

¹⁰³³ Du fait du retrait des réassureurs des couvertures de grands risques à la suite du 11 septembre et à l'explosion de l'usine AZF, les assureurs, afin de respecter la loi de 1986 ont trouvé, en partenariat avec l'État, une solution de réassurance mixte. Le GAREAT (Gestion de l'assurance et de la réassurance des risques attentats et actes de terrorisme) constitue un pool de réassurance bénéficiant de la garantie de l'État par le biais de la Caisse centrale de réassurance. Voir Rapport public du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque*, préc., p.256 et s.

¹⁰³⁴ Le décret n°2001-1337 du 28 décembre 2001 fixe une limite de garantie pour les grands risques énumérés à l'article L. 111-6 du Code des assurances.

¹⁰³⁵ Une fois encore, l'exemple des attentats de septembre 2001 illustre parfaitement ce phénomène. Ayant volontairement sous-évalué le montant des primes que devaient verser les assurés, les compagnies d'assurance disposaient d'une couverture insuffisante lorsque se sont réalisés les dommages. Certaines n'ont donc pas été capables d'indemniser totalement leurs clients.

355. Le droit des assurances met en œuvre un certain nombre de mécanismes et de contrôles destinés à assurer la sécurité financière des consommateurs d'assurance¹⁰³⁶. À ce titre, il permet de garantir la solvabilité financière des assureurs en cas de sinistre. C'est à la Commission de contrôle des assurances qu'est confié le soin de vérifier si les assureurs et réassureurs ayant leur siège social en France disposent des capacités financières suffisantes¹⁰³⁷. Pour ce faire, elle procède sur pièces et sur place et peut demander aux compagnies d'assurance toutes informations nécessaires à l'exercice de sa mission¹⁰³⁸.

L'État peut également s'assurer de la solvabilité des entreprises d'assurance en leur proposant sa garantie. Il le fait notamment par le biais de la Caisse centrale de réassurance¹⁰³⁹. Le cas des risques de catastrophes naturelles et d'actes de terrorisme peut à nouveau être évoqué. En effet, dans ces deux hypothèses, la caisse est habilitée à

¹⁰³⁶ Voir en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, préc., p.107 et s. L'article L. 310-1 du Code des assurances dispose ainsi que « le contrôle de l'État s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation. »

¹⁰³⁷ L'article L. 310-12 du Code des assurances relatif à la Commission de contrôle des assurances dispose en son alinéa 3 que « la commission s'assure que les entreprises (...) sont toujours en mesure de tenir les engagements qu'elles ont contractés à l'égard des assurés et présentent la marge de solvabilité prescrite ; à cette fin, elle examine leur situation financière et leurs conditions d'exploitation. »

¹⁰³⁸ Son contrôle porte notamment sur les provisions techniques prévues aux articles R. 331-6 et s. du Code des assurances, sur les placements et autres éléments d'actifs ainsi que sur la marge de solvabilité des entreprises d'assurance (En vertu de l'article R. 334-1 du Code des assurances, « toute entreprise (...) doit justifier de l'existence d'une marge de solvabilité suffisante relative à ses activités sur le territoire de la République française. »). En cas d'infraction, la commission peut adresser une mise en garde ou enjoindre à l'assureur de prendre, dans un délai déterminé, toutes mesures nécessaires pour rétablir son équilibre financier. Elle dispose par ailleurs d'un pouvoir de sanction pouvant aller jusqu'au retrait de l'agrément ou au transfert du portefeuille de l'assureur à une autre compagnie, ainsi qu'à l'édition de sanctions pécuniaires. Enfin, lorsque la situation financière de l'assureur menace les intérêts des souscripteurs, la commission peut, en vertu de l'article L. 323-1-1 du Code des assurances, prendre toutes les mesures d'urgence nécessaires à la sauvegarde des intérêts des assurés. Parmi ces mesures, peuvent être décidées la mise sous surveillance spéciale, la restriction ou l'interdiction de la libre disposition des actifs de l'entreprise d'assurance, la suspension de certaines activités, etc.

¹⁰³⁹ Loi n°92-665 du 16 juillet 1992, article 11 fixe le statut de la Caisse centrale de réassurance. Celle-ci est rémunérée par l'Etat.

pratiquer des opérations de réassurance avec la garantie de l'État¹⁰⁴⁰ donnée sous la forme d'avances du Trésor remboursables sous quatre ans.

§ 2 - L'utilisation d'outils propres à la garantie des risques des entreprises

356. La prise en charge par les pouvoirs publics de la prévoyance des risques ne saurait se limiter à compléter l'offre du marché privé de l'assurance sans s'adapter à la situation des entreprises. C'est ainsi seulement que l'option publique constituera une solution efficiente¹⁰⁴¹.

Or, la spécificité des risques que courent les entreprises justifie l'établissement et l'utilisation d'outils qui y soient adaptés. Certes, l'entreprise est parfois soumise au même type de risque qu'un particulier (risque naturel, d'actes de terrorisme, risque industriel, etc.), mais les conséquences qui en résultent sont d'un tout autre ordre, ne serait-ce que sur le plan de l'importance des dommages¹⁰⁴². Par ailleurs, l'entreprise subit des risques qui lui sont propres, qu'aucun particulier n'est susceptible de subir du simple fait qu'il n'exerce pas d'activité similaire. Ces risques, que l'on pourrait qualifier d'économiques puisqu'ils ne sont liés qu'à l'activité économique, exigent des outils

¹⁰⁴⁰ Concernant les risques de catastrophes naturelles, la Caisse ne peut apporter sa garantie que si l'état de catastrophe naturelle a été déclaré. Concernant les risques d'actes de terrorisme, le groupement des assureurs et réassureurs des attentats terroristes a été créé à la suite des attentats de septembre 2001. Ce GIE est le fruit d'un accord entre les professionnels de l'assurance et de l'État. Il regroupe les assureurs, réassureurs et la Caisse centrale de réassurance.

¹⁰⁴¹ Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre second, Seconde section, pour une analyse de l'efficacité de l'intervention publique en matière de risques des entreprises. Il ne suffit pas en effet de combler les lacunes du marché pour être efficace. Dans la mesure où d'autres solutions alternatives peuvent être envisagées, il convient que celle que proposent les pouvoirs publics soit particulièrement adaptée aux problèmes des entreprises.

¹⁰⁴² Il a déjà été vu que les risques susceptibles de toucher des entreprises comme des particuliers sont très souvent bien plus dommageables pour les premières. Non seulement en quantité, les dommages pouvant s'élever jusqu'à des sommes impressionnantes, mais également en qualité, les préjudices causés touchant non seulement l'entrepreneur, mais également les salariés, les clients, les actionnaires, etc., jusqu'aux collectivités publiques chargées d'assurer le développement économique et le maintien de l'emploi.

adaptés non seulement au monde économique et à ses enjeux de façon générale, mais également et plus précisément à chaque type d'activité entreprise. Les pouvoirs publics complètent donc l'initiative privée par des outils propres aux risques des entreprises. Ils le font de façon directe **(A)** et indirecte **(B)**.

Il faut souligner, avant de poursuivre, que cette difficulté n'est pas la seule que doit résoudre l'État lorsqu'il détermine les outils à mettre en œuvre. Il faut en effet replacer l'intervention des pouvoirs publics en matière de garantie des risques des entreprises dans son contexte général. Le choix d'un outil particulier au détriment d'un autre comporte des enjeux importants et participe de la sorte à la détermination du risque acceptable par tous, et à son niveau d'acceptabilité. La balance des intérêts opérée à cette occasion est alors du même type que lors du choix des outils de prévention¹⁰⁴³. Elle tend à concilier les intérêts des « risquophiles » et ceux des « risquophobes » ainsi qu'à déterminer la nature et l'importance des mesures permettant de satisfaire les deux parties. Ceci est d'autant moins aisé que le contexte du risque est fréquemment un contexte d'incertitude scientifique. Il conviendra alors de déterminer s'il est préférable de ne proposer ou de n'imposer aucun instrument de garantie, quitte à conserver la possibilité de le faire par la suite, ou au contraire d'adopter de telles mesures immédiatement en conservant la possibilité de les réviser. Car l'assurance, si elle comporte des avantages indéniables pour l'entreprise¹⁰⁴⁴, comprend également des inconvénients non négligeables¹⁰⁴⁵. Il faut alors parvenir à préserver ses vertus (permettre et sécuriser la prise de risque, assurer l'indemnisation des victimes¹⁰⁴⁶), tout

¹⁰⁴³ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, premier chapitre, n°292.

¹⁰⁴⁴ Outre ceux que l'on a pu noter jusqu'à présent (aide au développement économique, sécurisation des inventions et initiatives, etc.) l'assurance peut également permettre d'éviter la prise de mesures de prévention jugées trop lourdes par les entreprises.

¹⁰⁴⁵ Il s'agit en premier lieu du montant des primes qui pèsent sur les entreprises et peuvent, si elles semblent trop importantes, limiter la prise de risque et la recherche. Ceci s'ajoutant souvent à des mesures de prévention coûteuses, les entreprises sont alors tentées de les négliger, provoquant indirectement des dommages de grande ampleur lorsque se réalise un risque.

¹⁰⁴⁶ Il faut relever le danger que constitue la croyance en ce que le risque acceptable est le risque indemnisable. Si elle est très protectrice des victimes du risque, une telle conception risque d'amener les entreprises créatrices de risques à négliger les mesures de protection et de prévention, à ne pas se considérer responsables des dommages causés et à ne pas prendre en considération les

en respectant la libre initiative des entreprises pour qui elle peut être contraignante, en protégeant les intérêts de ceux pour qui le risque n'est pas acceptable.

A- L'intervention directe des pouvoirs publics

357. Il faut rappeler d'emblée que les hypothèses qui seront abordées dans ces développements concernent des risques extérieurs à l'action publique. En effet, les pouvoirs publics ne disposent pas d'outils spécifiques de garantie leur permettent d'assurer en amont la prise en charge des dommages qu'ils font courir aux entrepreneurs.

358. On relèvera seulement pour mémoire, puisqu'un tel mécanisme n'est pas propre aux risques des entreprises, que les collectivités publiques recourent à l'assurance responsabilité¹⁰⁴⁷ afin de couvrir les dommages qu'elles seraient susceptibles de causer à des tiers. Les entreprises en bénéficient alors au même titre que les particuliers, sans que leur nature n'influe de façon sensible¹⁰⁴⁸ sur les contrats d'assurance¹⁰⁴⁹.

intérêts de ceux pour qui le risque n'est malgré tout pas acceptables et qui refusent de le courir. Voir en ce sens : CH. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, préc., p.

¹⁰⁴⁷ Certaines circulaires, afin de faire face à l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité administrative ainsi qu'à l'écart existant souvent entre la capacité financière des collectivités et l'importance des dommages, leur recommandent de souscrire un contrat d'assurance de responsabilité. Voir par exemple : Circulaire du 26 octobre 1984, R.G.A.T., 1985, p.450. Elles reçoivent même une compensation financière de la part de l'État lorsqu'elles souscrivent une garantie des risques contentieux liés à la délivrance d'autorisation d'utilisation du sol (Circulaire du 27 août 1996, *Quinzaine juridique*, 1996, n°103, p.14.

¹⁰⁴⁸ Mis à part, bien sûr, le calcul du montant des indemnités à verser, qui doit prendre en compte la spécificité des dommages économiques. Voir en ce sens, *infra*, Seconde partie, Titre second, Second Chapitre, n°511 et s.

¹⁰⁴⁹ Ils sont d'ailleurs assez proches de ceux que souscrivent les entreprises privées et portent sur « les conséquences pécuniaires des responsabilités que ces personnes publiques peuvent encourir, en droit privé et en droit administratif, du fait de leurs agents, de leurs activités et de leurs biens. » in F. VINCENT, « Assurances de responsabilité des collectivités territoriales et de leurs élus », *J.-class. Assurance*, fasc. 848, p.6. Dès lors, ces contrats d'assurance permettent de garantir aux entreprises

359. Les collectivités publiques proposent aux entreprises de les garantir contre certains risques qu'elles sont susceptibles de courir. Elles leur offrent ainsi des outils spécifiques que leur situation n'aurait pas toujours permis d'obtenir sur le marché privé. Cette intervention peut alors prendre deux formes distinctes. La première consiste à recourir à un intermédiaire assurant au nom des pouvoirs publics certains risques des entreprises (**1°**). La seconde consiste à les garantir personnellement (**2°**).

1° La garantie des risques des entreprises au nom des personnes publiques

360. Afin de pallier les carences du marché privé de l'assurance, et en vue de proposer des outils adaptés à la situation des entreprises, les pouvoirs publics ont recours à des intermédiaires permettant d'octroyer des garanties propres à certains entrepreneurs confrontés à des risques inassurables. Ces organismes privés, constitués sous la forme de sociétés anonymes, exercent cette mission au nom de l'État.

Deux exemples retiendront notre attention. Celui de la COFACE¹⁰⁵⁰ et celui de la Caisse centrale de réassurance.

Le premier est constitué de la garantie crédit à l'exportation offerte aux entreprises par la COFACE au nom de l'État¹⁰⁵¹. Il s'agit pour elle de couvrir les

une indemnisation des préjudices imprévisibles que leur a causés l'action des pouvoirs publics. Ainsi, les communes – pour ne retenir que cet exemple – souscrivent-elles un contrat type élaboré par l'association générale des sociétés d'assurance avec le concours du ministère des finances. Celui-ci couvre les dommages aussi bien matériels qu'immatériels susceptibles d'être causés à des entreprises par l'action et l'inaction de l'administration. Les garanties de bases peuvent être étendues, moyennant le versement d'une prime spéciale, à certains risques particuliers tels que la garantie de la responsabilité provenant de l'exercice de compétences particulières (port de plaisance, délivrance d'autorisation d'utilisation des sols). Voir en sens : B. CERVEAU, P. JULIEN SAINT AMAND, « L'assurance de protection juridique au service des communes. », *A.J.D.A.* 1989, p.283.

¹⁰⁵⁰ Voir pour plus de détails sur le fonctionnement de la COFACE, H. LOUBERGE, P. MAURER, « Risques politiques et assurance-crédit à l'exportation. », *Risques*, n°7, septembre 1991, p.13.

¹⁰⁵¹ La COFACE offre d'autres garanties pour le compte de l'État, notamment la garantie des investissements, qui couvre les risques politiques liés aux investissements des entreprises françaises à l'étranger : confiscation, expropriation, nationalisation, abandon forcé, empêchement de

exportateurs et les banques contre les risques de non-paiement, de nature politique ou commerciale, qui ne sont pas assurés par le marché privé. Créée par le décret n° 46-1332 du 1^{er} juin 1946, la Caisse française pour le commerce extérieur est destinée à gérer le service public¹⁰⁵² de l'assurance-crédit et de garantir la bonne fin des opérations d'exportation et d'importation et de toutes les opérations de commerce extérieur. Elle gère avec la garantie financière de l'État une gamme de produits destinés à soutenir les exportations françaises en les protégeant contre des risques non assurables. A ce titre, cette société anonyme¹⁰⁵³ est rémunérée par l'État.

Les risques couverts par la COFACE sont soit politiques soit commerciaux. Les premiers intègrent les risques de non-paiement pour cause de catastrophe naturelle, de guerre, de révolution, d'émeutes, ou d'une décision d'un gouvernement étranger ayant des conséquences dommageables (interruption d'un marché, dépossession, etc.). Les seconds résultent de la détérioration de la situation financière de l'acheteur¹⁰⁵⁴. Sont alors couverts les biens de consommation, les équipements légers ou lourds, des travaux de construction ou prestations de service des entreprises à la condition que la France ait conclu avec le pays étranger une convention de protection et de promotion réciproques des investissements¹⁰⁵⁵. Malgré les critiques¹⁰⁵⁶ dont elle a fait l'objet, au même titre d'ailleurs que les organismes similaires établis dans d'autres États étrangers, la COFACE demeure en France la seule institution apte à couvrir certains risques

fonctionner, etc. Par ailleurs, elle offre, en son nom propre, un certain nombre de garanties de risques commerciaux ou politiques à court ou moyen terme.

¹⁰⁵² La mission de service public confiée à la COFACE justifie que des règles et principes soient observés, dont l'égalité d'accès aux procédures des établissements de crédit et des entreprises ou la séparation entre les opérations effectuées pour le compte de l'État et pour son propre compte sont des exemples.

¹⁰⁵³ Privatisée en 1994 suite à la privatisation de l'UAP qui détenait 26% de son capital social par le biais de sa filiale de réassurance, la COFACE a été introduite en bourse en 2000.

¹⁰⁵⁴ La garantie des risques commerciaux n'est en principe pas nécessaire lorsque l'acheteur est public, c'est-à-dire lorsqu'il ne peut pas être mis en faillite.

¹⁰⁵⁵ En ce sens, voir la loi n° 71-1025 du 24 décembre 1971. Celle-ci prévoit un certain nombre d'exceptions.

¹⁰⁵⁶ Ces critiques portent principalement sur deux points. D'une part sur l'importance des déficits relatifs aux missions exercées pour le compte de l'État, d'autre part sur les distorsions de concurrence qu'un tel mécanisme est susceptible d'engendrer. Voir en ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.444 et s.

propres aux entreprises. La concurrence en matière de risque crédit-caution à l'exportation se développant, il est cependant probable que cette action subsidiaire se concentre à l'avenir sur les risques les plus importants¹⁰⁵⁷.

Le second exemple permettant de mettre en lumière la façon dont un intermédiaire intervient pour le compte de l'État¹⁰⁵⁸ en matière de garantie des risques des entreprises, est celui de la garantie accordée par la Caisse centrale de réassurance en matière de risques maritimes de guerre. Le risque de guerre a longtemps été considéré comme le cadre normal des activités maritimes. Lorsqu'il est devenu plus exceptionnel, les armateurs, désireux de voir baisser leurs primes d'assurance, en ont demandé l'exclusion de leurs contrats. Il est alors revenu à l'État d'instituer lors de chaque conflit, un mécanisme d'assurance obligatoire géré par un organisme public¹⁰⁵⁹, alors que la loi du 3 juillet 1967¹⁰⁶⁰ posait le principe de l'exclusion du risque de guerre dans les contrats d'assurance maritime. Pour autant, des conventions particulières venant compléter les polices ordinaires peuvent être conclues par les entreprises avec leur assureur. Elles ne couvrent cependant jamais *le risque de guerre facultés de bout en bout* puisque les assureurs, du fait d'un accord international appelé « waterbone agreement », ne peuvent assurer que les marchandises sur mer. C'est alors la Caisse centrale de

¹⁰⁵⁷ Voir en ce sens : H. LOUBERGE, P. MAURER, « Risques politiques et assurance-crédit à l'exportation », préc., p. 23 et s.

¹⁰⁵⁸ C'est le directeur de la Direction des relations économiques extérieures du ministère de l'économie qui approuve les demandes de garanties des entreprises sur avis de la Commission des garanties et du crédit au commerce extérieur.

¹⁰⁵⁹ Ce fut le cas lors des deux guerres mondiales. L'État étant devenu assureur direct du risque de guerre. Ainsi, la loi du 10 avril 1915 consacre-t-elle le service public de l'assurance maritime. La loi du 19 avril 1917 rend quant à elle obligatoire l'assurance contre les risques de guerre. De même, un décret-loi du 6 mai 1939 créa le service des assurances de guerre qui proposait une assurance de « bout en bout », c'est-à-dire de magasin à magasin. Voir en ce sens : R. BOIZARD, *L'intervention de l'État sur le marché français de l'assurance maritime*, Thèse, Paris, 1943. De même, C.E., 23 décembre 1921, *Sté générale d'armement*, p.1109, R.D.P. 1922, p.74, concl. RIVET ; C.E., 23 mai 1924 *Sté les affréteurs réunis*, p.498 : le Conseil juge en l'espèce, et contrairement à ce qu'il avait fait en 1921 à propos de la loi de 1915 qui n'imposait pas d'obligation d'assurance, que le service public est administratif et que les contrats d'assurance passés avec l'État sont des véritables contrats administratifs.

¹⁰⁶⁰ L'article L. 172-16 du Code des assurances exclut des polices d'assurance les risques de guerre civile ou étrangère, de mines et de tous engins de guerre ; les risques de piraterie, de capture, de prise ou détention par tous Gouvernements ou autorités quelconques ; les risques d'émeutes, de mouvements populaires, de grèves et de lock-out, d'actes de sabotages ou de terrorisme.

réassurance¹⁰⁶¹ qui propose aux entreprises maritimes une police couvrant les marchandises pendant toute la durée du voyage, du magasin de l'expéditeur à celui du destinataire. Cette intervention, à la fois subsidiaire et adaptée aux besoins des entrepreneurs, se fait pour le compte de l'État¹⁰⁶², dont elle obtient la garantie financière¹⁰⁶³, dans des conditions assez restrictives. Elle couvre les pertes ou dommages matériels subis par le navire ou les marchandises, la dépossession ou l'indisponibilité du navire.

2° Les garanties accordées personnellement par les pouvoirs publics

361. La situation de certaines entreprises exige que les pouvoirs publics leur octroient des garanties qui correspondent aux risques et au type de dommages qu'elles sont susceptibles de subir. C'est notamment le cas des entreprises en début d'exploitation ou d'innovation.

En effet, l'installation d'une entreprise, le début de son exploitation, le développement et la mise en place des innovations, sont des périodes de sensibilité accrue aux risques pendant lesquelles les opérateurs sont certainement les plus vulnérables. Pour cette raison, les pouvoirs publics acceptent, dans les conditions prévues par la loi, de leur accorder des garanties financières dont des garanties d'emprunt. S'il existe d'autres causes de défaillance pour un débiteur que la réalisation d'un risque, on peut constater qu'elle constitue une menace importante qui exige de

¹⁰⁶¹ La Caisse centrale de réassurance a d'abord été un établissement public à caractère industriel et commercial (article L. 431-1 ancien du Code des assurances) avant de devenir une société anonyme en vertu de la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992, J.O. du 17 juillet 1992.

¹⁰⁶² L'article L. 431-7 du Code des assurances dispose qu'« un compte distinct ouvert dans les écritures de la caisse retrace l'ensemble des opérations d'assurance et de réassurance » opérées avec la garantie de l'État.

¹⁰⁶³ Au-delà de cette garantie directe, la Caisse centrale de réassurance couvre également d'autres risques exceptionnels avec la garantie de l'État. Son activité de réassurance, initialement exercée en monopole, est aujourd'hui concurrencée par le secteur privé, notamment par le Groupement d'assurances des risques exceptionnels. Elle demeure toutefois le seul réassureur de la police de bout en bout pour les dommages causés à terre.

pouvoir se couvrir contre ses effets dommageables. En effet, le recours aux emprunts bancaires, nécessaire en vue de l'installation ou du développement d'innovations, risque d'être compromis si l'entreprise ne peut apporter de garantie solide. Ceci d'autant plus que son activité est sensible aux événements extérieurs ou potentiellement dangereuse pour son environnement (activités industrielles, agricoles, etc.). La réalisation d'un risque représente donc un danger de défaillance pour l'entreprise débitrice. L'obtention d'une garantie de la part des personnes publiques constitue alors une sécurité pour le prêteur.

Par ailleurs, lorsqu'une entreprise sensible aux risques subit des dommages importants, le recours à l'emprunt peut constituer une solution permettant « la remise à flot ». La garantie accordée par les pouvoirs publics apparaît alors comme un argument non négligeable face à un prêteur éventuel réticent à couvrir une telle opération. Diverses solutions sont alors envisageables¹⁰⁶⁴.

362. Tout d'abord, dans le cadre du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, les articles L. 2252-1, L. 3231-4, L. 4253-1, L. 5111-4 du Code général des collectivités territoriales permettent aux régions, départements et communes ainsi qu'à leurs groupements d'accorder leurs garanties aux emprunts contractés par des entreprises privées¹⁰⁶⁵. L'octroi d'une telle garantie doit se faire sur autorisation de

¹⁰⁶⁴ Il est nécessaire de souligner que les garanties d'emprunt destinées à combler les lacunes du marché privé constituent des aides au sens du droit communautaire de la concurrence. En effet, en vertu de sa communication du 1^{er} mars 2000, la Commission considère qu'une garantie d'emprunt accordée alors que l'emprunteur ne peut obtenir un prêt aux conditions de marché sur les marchés financiers sans intervention de l'État constitue une aide devant être notifiée et approuvée par la Commission avant sa mise en œuvre. Cependant, en ce qui concerne les fonds de garantie établis par les collectivités locales, les autorités françaises ont notifié un régime cadre spécifique qui couvre les interventions sous forme de fonds de garantie et de prise en charge des commissions. Ce régime cadre ne concerne que la garantie de concours financiers servant à l'installation ou au développement d'une entreprise.

¹⁰⁶⁵ La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales instaure un nouveau régime des interventions économiques des collectivités locales. Elle supprime la distinction entre aides directes et indirectes, sans toutefois modifier le régime des garanties d'emprunt. Il faut par ailleurs noter que le Code général des collectivités territoriales reconnaît cette compétence à l'égard de toute personne privée. Les garanties d'emprunt sont toutefois particulièrement adaptées à la situation des entreprises. Ces dernières en sont d'ailleurs les principales bénéficiaires si l'on observe les statistiques établies dans les rapports de la Cour des Comptes.

l'autorité délibérante. Il peut viser toute entreprise, quelle que soit son activité ou sa forme juridique. Un certain nombre de règles prudentielles le limitent cependant¹⁰⁶⁶. D'une part, le montant total garanti ne doit pas excéder un certain pourcentage des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget¹⁰⁶⁷. D'autre part, le montant des annuités garanties par une collectivité locale au profit d'un même débiteur est plafonné. Enfin, les collectivités ne peuvent garantir la totalité d'un emprunt, les banques devant conserver un minimum du risque pour lequel elles sont rémunérées.

Ensuite, les articles L.2253-7, L. 3231-7, L. 4253-3 du Code général des collectivités territoriales autorisent, par exception au principe d'interdiction qui leur est faite de participer financièrement au capital de sociétés commerciales ou d'organismes à but lucratif, leur participation au capital de sociétés anonymes ayant pour objet exclusif de garantir des concours financiers octroyés à des entreprises¹⁰⁶⁸. Les collectivités peuvent, à certaines conditions, constituer auprès de ces sociétés un ou plusieurs fonds de garantie, alimentés par le versement de subventions.

Enfin, en vertu de l'article L. 1511-3 alinéa 3 du Code général des collectivités territoriales, ces dernières peuvent prendre à leur charge les commissions dues par des entreprises bénéficiaires de garanties d'emprunt accordées par des établissements de crédit agréés à cet effet.

B- L'intervention indirecte des pouvoirs publics

363. L'intervention indirecte visant à permettre la garantie des risques des entreprises n'est pas moins adaptée à la situation des entreprises que ne l'est

¹⁰⁶⁶ Ces règles ne s'appliquent pas aux emprunts des personnes morales de droit public et des entreprises qui ont emprunté pour construire, acquérir ou améliorer des logements bénéficiant d'une subvention de l'État ou réalisés avec le bénéfice des prêts aidés par l'État.

¹⁰⁶⁷ Les collectivités ont la possibilité de constituer des provisions destinées à couvrir les sinistres éventuels : cela permet d'augmenter leur capacité d'octroi des garanties.

¹⁰⁶⁸ L'article L. 4211-1-10 autorise les régions à constituer des fonds de garantie auprès de sociétés de garantie dont elles ne sont pas actionnaires.

l'intervention directe. Certes, dans ce dernier cas, les pouvoirs publics assurent eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un tiers la garantie des risques des entreprises et peuvent ainsi répondre à leurs exigences particulières. Mais cette adaptation peut aussi bien s'opérer par le truchement d'incitations ou d'obligations propres aux entreprises afin d'assurer la prévoyance de risques qu'elles sont seules à courir.

En ce sens, l'intervention indirecte n'engendre pas nécessairement plus de souplesse pour les opérateurs. Si elle peut être incitative, répondant alors mieux aux intérêts des entreprises qui peuvent adapter leur politique de prévoyance aux exigences d'intérêt général, elle peut également être contraignante lorsque ces dernières doivent impérativement s'imposer. Deux solutions sont alors envisageables afin de répondre aux besoins particuliers des entreprises. D'une part, inciter les entreprises à conclure des contrats d'assurance (1°). D'autre part, imposer aux entreprises à risques des obligations de garantie (2°).

1° Les incitations à l'assurance des entreprises

364. Synonyme de souplesse, l'incitation vise à influencer les opérateurs économiques afin qu'ils adoptent un comportement déterminé sans toutefois les y contraindre. Elle est donc particulièrement adaptée à leur situation puisqu'elle indique des directions à suivre tout en laissant aux entrepreneurs la liberté d'emprunter ou non les chemins balisés. Pour ce faire, l'incitation leur offre la garantie d'obtenir certains avantages en échange de l'adoption de mesures précises. Appliquée à la matière de la garantie des risques, l'incitation vise alors à obtenir de la part des entrepreneurs la conclusion de contrats d'assurance qui les couvriraient contre certaines menaces déterminées. Elle tend en effet à remédier au fait qu'encore trop peu d'entreprises, notamment les moins importantes, mettent en œuvre de véritables politiques de prévoyance. S'ils souhaitent bénéficier d'un soutien des pouvoirs publics, ils devront alors se plier à leurs exigences. La solution est donc doublement bénéfique. Pour les entreprises d'une part, qui seront indemnisées en cas de sinistre ; pour les pouvoirs

publics d'autre part, dont l'état des finances justifierait souvent qu'ils prennent en charge les risques des entrepreneurs de façon moins importante.

Tout comme en matière de prévention, l'incitation peut prendre en matière de garantie la forme de la persuasion ou de la dissuasion. Dans le premier cas, elle visera à récompenser l'entreprise adoptant le comportement promu par les pouvoirs publics. Dans le second, elle visera à sanctionner les opérateurs n'observant pas les recommandations publiques.

Ainsi, la loi n°64-706 du 10 juillet 1964 portant création du fonds d'indemnisation des calamités agricoles comprend-elle des dispositions visant à inciter les exploitants à souscrire des polices d'assurances agricoles¹⁰⁶⁹. En effet, l'article L.316-6 al. 2 du Code rural dispose que seuls peuvent prétendre au bénéfice de l'indemnisation par le fonds les exploitants justifiant que les éléments principaux de l'exploitation étaient assurés contre l'un au moins des risques reconnus par arrêté interministériel comme normalement assurables dans le cadre de la région¹⁰⁷⁰. De la même façon, les prêts que peuvent accorder les pouvoirs publics aux exploitants agricoles lors de la survenance de calamités sont soumis à la condition qu'ait été souscrit un contrat d'assurance préalablement à la réalisation du risque. Par ailleurs, afin de favoriser les agriculteurs assurés, et d'inciter les autres à faire de même, l'article L.361-8, al. 1^{er} dispose que le fonds d'indemnisation prend à sa charge pendant une période d'au moins sept ans une partie des cotisations versées¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁹ Voir supra, ce Chapitre, n°338, pour une étude des contrats d'assurance proposés aux agriculteurs.

¹⁰⁷⁰ Ce mécanisme peut donc être comparé à celui qui a été retenu en matière de catastrophes naturelles par la loi du 13 juillet 1982 qui prévoit que ne pourront bénéficier de la garantie risque naturel, couvrant des risques jugés non assurables, que les entreprises ayant préalablement conclu des contrats d'assurance protégeant leurs biens.

¹⁰⁷¹ Par exemple, au titre de l'année 2002, pour les risques de récoltes fruitières le fonds a pris en charge 7,5% des primes. Ce chiffre s'élève à 10% pour les risques de récoltes viticoles. Données tirées de CH. PITAUD, D. ROCHARD, « Calamités agricoles », J.-class., assurances.

2° L'imposition aux entreprises d'obligations de garantie

365. Certaines activités économiques font peser sur leur entourage des risques dont la probabilité de réalisation et l'importance des dommages qu'elles peuvent provoquer sont telles qu'elles exigent que l'on force les entrepreneurs à adopter des mesures de prévoyance permettant d'indemniser les préjudices qu'ils auront causés¹⁰⁷². Dans de telles hypothèses, les intérêts économiques doivent se soumettre aux exigences de l'intérêt général qui correspondent au niveau de risque acceptable déterminé par les pouvoirs publics. Celui-ci se situe alors à un niveau relativement bas, le risque n'étant acceptable que dans la mesure où des mécanismes d'indemnisation adéquats sont prévus en amont. C'est ainsi que les pouvoirs publics ont imposé aux exploitants d'installations nucléaires ou aux armateurs pétroliers l'obligation de souscrire des contrats d'assurance.

A la suite des catastrophes de Three-Mile Island aux États-Unis le 28 mars 1979 et de Tchernobyl le 26 avril 1986, un certain nombre de textes internationaux et nationaux sont venus modifier les règles régissant la responsabilité civile des exploitants d'installations nucléaires. Ce régime tendant à concilier les intérêts contradictoires des exploitants et des tiers¹⁰⁷³, instaure une responsabilité de plein droit¹⁰⁷⁴ de l'exploitant en cas d'accident nucléaire¹⁰⁷⁵. Sont ainsi indemnisés à ce titre, les frais de décontamination

¹⁰⁷² L'hypothèse ici traitée est celle des entreprises à risques. L'aspect économique provient donc de la source du risque. Néanmoins, la nature économique des entreprises qui les courent est également prise en compte par les régimes d'assurance imposés par les pouvoirs publics, notamment en ce qui concerne le type de préjudice couvert.

¹⁰⁷³ Les pouvoirs publics ont été soucieux de faire accepter le développement de l'énergie nucléaire aux citoyens tout en favorisant l'installation des exploitants.

¹⁰⁷⁴ Cela suppose que l'exploitant ne pourra pas invoquer de causes étrangères pour échapper à l'engagement de sa responsabilité : cas fortuit, force majeure, faute d'un tiers ou de la victime. Seuls la guerre ou les cataclysmes naturels de caractère exceptionnel, catastrophique et totalement imprévisible peuvent l'exonérer.

¹⁰⁷⁵ Ce régime a été instauré par la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, (R.G.A.T. 1961.215), modifiée depuis et complétée à plusieurs reprises. L'accident est défini comme « un fait ou une succession de faits de même origine ayant causé des dommages, à condition que le fait ou les faits dommageables, ou certains des dommages causés soient dus à la radioactivité et à des propriétés toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses des combustibles nucléaires ou produits ou déchets radioactifs. »

ainsi que les pertes pécuniaires afférentes à la période d'arrêt d'exploitation des entreprises endommagées. Cette responsabilité de plein droit est cependant limitée dans son montant, afin de permettre aux exploitants d'obtenir une garantie satisfaisante. En effet, les exploitants d'installations nucléaires sont tenus de disposer d'une couverture financière correspondant au montant maximal de leur responsabilité¹⁰⁷⁶. Elle pourra prendre la forme d'un contrat d'assurance susceptible d'obtenir la garantie de l'État et devra être reconstituée après chaque accident. Ainsi, l'article 7 de la loi du 30 octobre 1968¹⁰⁷⁷ dispose-t-il que la garantie doit obtenir l'agrément du ministère de l'Économie et des Finances¹⁰⁷⁸. En conséquence, les exploitants français concluent les contrats d'assurance imposés par la loi¹⁰⁷⁹ auprès du Pool français d'assurances des risques atomiques qui se réassure lui-même auprès de la Caisse centrale de réassurance.

De la même manière, dans le domaine des pollutions maritimes par hydrocarbures, la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 organise-t-elle un régime de responsabilité et des systèmes de garantie repris par la loi française du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de pollutions par hydrocarbures¹⁰⁸⁰. Ces textes retiennent le principe d'une responsabilité objective du propriétaire du navire¹⁰⁸¹ limitée à un montant déterminé. Accompagnant ce régime de responsabilité, une obligation de

¹⁰⁷⁶ L'article 10 de la Convention de Paris stipule que « Tout exploitant devra être tenu, pour faire face à la responsabilité prévue par la présente convention, d'avoir et de maintenir, à concurrence du montant fixé à l'article 7, une assurance ou une garantie financière correspondant au type et aux conditions déterminées par l'autorité publique compétente. »

¹⁰⁷⁷ En attendant l'entrée en vigueur de la Convention de Paris, une loi du 12 novembre 1965 avait instauré un régime transitoire. Voir en ce sens : A de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, T.4, 3^e édition, *L'administration de l'économie*, L.G.D.J., Paris ; 1977, p.443.

¹⁰⁷⁸ Celui-ci est d'ailleurs autorisé à accorder la garantie de l'État aux exploitants qui se substitue alors en tout ou en partie à une assurance ou autre garantie financière.

¹⁰⁷⁹ Les assureurs ne peuvent suspendre ou résilier la police d'assurance qu'en respectant un préavis de deux mois. Dans le cas contraire, le ministre pourra suspendre l'activité de l'exploitation jusqu'à ce que la situation soit régularisée.

¹⁰⁸⁰ Loi n°77-530 du 26 mai 1977, J.O., 27 mai 1977. 2993, R.G.A.T. 1977.395.

¹⁰⁸¹ L'article 3 de la Convention dispose que le propriétaire du navire sera « responsable de tous dommages par pollution qui résultent d'une fuite d'hydrocarbures de son navire. ». Cette responsabilité objective tombe au cas de preuve d'une cause étrangère.

garantie financière a été imposée aux propriétaires des navires, à concurrence du montant maximal de leur responsabilité¹⁰⁸².

366. L'obligation ainsi faite aux entreprises de conclure des contrats d'assurance n'est cependant pas une condition suffisante d'efficacité de la gestion des risques. Elle peut en effet dissuader les entrepreneurs d'adopter des mesures de prévention puisque les coûts qu'ils y auraient consacrés ont été affectés au versement des primes d'assurance ou, parce que se sachant couverts, ils ne voient pas l'intérêt d'affecter des ressources à la prévention. L'assurance, malgré ses vertus préventives, ne saurait alors être la seule solution envisagée dans les hypothèses de risques industriels majeurs. Les pouvoirs publics ne peuvent donc pas limiter le choix du niveau de risque acceptable au seul risque indemnifiable sans contredire les efforts qu'ils mènent en vue de prévenir les risques des entreprises. Si la prise en compte des intérêts économiques doit, dans certaines hypothèses, céder devant les exigences de sécurité portées par les pouvoirs publics, et se concilier avec la nécessité de trouver des débiteurs solvables en cas de dommages, les entreprises ne doivent en aucun cas en conclure qu'elles peuvent se détourner de la prévention des risques. C'est la raison pour laquelle des solutions complémentaires sont envisagées ou instaurées, qui permettent, tout en assurant une indemnisation adéquate, de maintenir la politique de prévention des entreprises à un niveau satisfaisant. La limitation de la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires ou des propriétaires de navires en est un exemple, l'indemnisation étant complétée par des fonds d'indemnisation ou par l'État en dernier lieu¹⁰⁸³.

¹⁰⁸² Nous verrons plus loin qu'un fonds international d'indemnisation vient compléter l'indemnisation accordée par les assureurs.

¹⁰⁸³ Voir *infra*, Seconde partie, Titre second, Second chapitre, pour l'étude de l'indemnisation des préjudices résultant de la réalisation d'un risque.

SECTION SECONDE :

LA PREVISION DES MOYENS DE GESTION DES RISQUES DES ENTREPRISES

367. Le second volet de la politique de prévoyance des entreprises consiste à prévoir les moyens qu'elles entendent mettre en œuvre en cas de réalisation d'un risque afin de compenser ou limiter les conséquences dommageables qu'il serait susceptible d'emporter. Si l'on ose emprunter ses mots au poète, il convient en effet pour l'entreprise de ne pas se trouver démunie quand le risque est venu. Afin d'éviter qu'elle ne crie famine, il lui faut non pas danser tout l'été telle la cigale, mais se préparer à supporter la bise comme le fait la fourmi. Être prévoyant consiste alors à se doter des moyens juridiques et financiers destinés à faire face à la situation de crise qu'engendre la réalisation d'un risque¹⁰⁸⁴.

Si la prévision des moyens est d'une nature différente de celle de la prévention, elle n'en est pas moins dépendante des mesures de prévention. Elle repose en effet sur la façon dont ont été répertoriés les risques et la façon dont ils ont été hiérarchisés. Plus encore, c'est de cette détermination que vont dépendre l'efficacité des outils prévus et celle de l'allocation de ressources de l'entreprise. Les moyens juridiques, notamment les plans d'urgence, que doivent instaurer les opérateurs, ne sont efficaces que s'ils sont adaptés aux risques qu'ils visent à appréhender, à leur multiplicité, à leur probabilité de réalisation ou à leur importance. Dès lors, ils exigent la connaissance des événements redoutés et une remise à jour permanente des acquis. De la même façon l'attribution de ressources financières, humaines ou matérielles à la gestion d'un risque mal connu, sous ou sur-estimé, peut conduire à leur utilisation inefficace, certains risques étant dépourvus de moyens alors qu'ils l'exigeraient, au profit d'autres qui ne le méritent pas.

¹⁰⁸⁴ Cette politique de prévision se concrétise a posteriori, une fois que le risque s'est réalisé. Elle constitue cependant un élément de l'attitude attentive que doivent adopter les entreprises. C'est en amont qu'elle doit être préparée à défaut de quoi, la réaction à la situation de crise sera au mieux inadaptée, au pire inefficace.

La hiérarchisation des risques constitue donc un élément indispensable à la prévoyance¹⁰⁸⁵.

En outre, la prévision des moyens permettant de faire face aux situations de crise est tributaire de l'évolution des connaissances. Elle doit donc évoluer au même rythme qu'elles, tenir compte des exercices accomplis, des retours d'expérience ou de l'amélioration du savoir. Ceci implique alors nécessairement une souplesse et une adaptabilité des procédures prévues afin de pouvoir les réviser aisément.

368. Les pouvoirs publics prennent en charge ce pan de la politique de prévoyance des risques de façon plus ou moins importante selon les cas. Ils sont en effet à l'origine de l'élaboration de nombreux plans d'urgence permettant d'organiser les secours publics en cas de sinistres et bénéficient de techniques budgétaires leur permettant le moment venu de faire face aux situations de crise. Cette intervention bénéficie tant aux particuliers qu'aux entreprises. Il convient alors de s'interroger à nouveau sur l'existence d'une spécificité de la prise en charge des risques des entreprises, liée à la nature économique de ces dernières, qui la distinguerait de la prise en charge des risques des particuliers.

Cette originalité se manifeste par l'adaptation des moyens mis en œuvre afin de les ajuster à la situation particulière des entreprises. Que cela soit en matière de prévision des moyens juridiques destinés à faire face aux situations de crises (§1) qu'en matière de prévision de moyens financiers (§2), les pouvoirs publics tentent de prendre en compte la spécificité économique des entreprises afin de leur offrir des outils adaptés. Et cela, de deux façons complémentaires : en prévoyant des outils qui leur soient propres, et en ajustant les mécanismes communs à leur situation et à leurs besoins.

¹⁰⁸⁵ Consistant à déterminer une échelle des risques, du plus probable, dangereux ou dommageable à celui qui l'est le moins, elle permettra de proportionner les moyens que l'on décide de leur affecter, donc d'assurer leur efficacité et l'allocation optimale des ressources disponibles.

§ 1 - La prévision des moyens juridiques destinés à faire face à la réalisation d'un risque

369. Il est très utile, si ce n'est indispensable, pour un entrepreneur de connaître à l'avance les mesures qu'il pourra et devra prendre dans l'hypothèse où un risque se réaliserait. Cela suppose d'avoir procédé en amont à l'élaboration de plusieurs scénarios de risque auxquels correspondent l'allocation de certains moyens et la prise de mesures déterminées. Cette opération peut prendre la forme de ce que l'on nommera des « plans d'action », destinés à répertorier les moyens disponibles, les diverses solutions envisageables et les mesures qui y correspondent, les décisionnaires ainsi que les chaînes de décision, les procédures d'alerte, d'information et de secours, etc., en vue de réduire les conséquences du risque et de rétablir le plus rapidement possible la sécurité de l'entreprise.

La pratique des plans d'action est répandue dans le monde de l'entreprise, particulièrement dans le domaine industriel. Elle n'échappe cependant pas aux autres domaines. Pourtant, force est de constater l'insuffisance de ces seuls plans face à des risques qui dépassent souvent de loin la capacité des entrepreneurs. Dès lors, afin de pallier cette insuffisance, il revient aux pouvoirs publics de compléter l'initiative des entreprises **(A)**. En outre, les pouvoirs publics élaborent des moyens de prévoyance qui sont applicables spécifiquement aux entreprises et donc particulièrement ajustés à leur situation. S'ils peuvent prendre la forme de plans d'action, ils ne s'y limitent cependant pas ; l'étude des contrats passés par l'administration en témoigne **(B)**.

A- La complémentarité des outils publics et privés de prévision des moyens juridiques destinés à faire face à la réalisation d'un risque

370. Prévoir à l'avance les moyens de réagir ou de résister à une situation de crise semble relever par principe de la sphère privée, excluant de la sorte toute ingérence des pouvoirs publics. Chacun étant responsable des activités qu'il entreprend,

la prévoyance relève d'un libre choix qu'aucune intervention extérieure ne saurait remplacer. Il s'agit en effet d'une nécessité de la vie des affaires que de se prémunir contre les coups du sort, et les diverses modalités adoptées sont le reflet de la liberté de gestion reconnue aux entreprises. Celles-ci sont libres de s'organiser comme elles l'entendent en vue de faire face à un sinistre et d'y accorder des moyens plus ou moins importants.

Cependant, certaines initiatives demeurent insuffisantes lorsqu'il s'agit de faire face à des menaces dont l'ampleur ou le caractère imprévisible dépassent les capacités des entreprises. Ce constat est valable aussi bien pour les grandes multinationales qui peuvent être dépassées par des événements irrésistibles que pour les plus petites entreprises disposant d'une moindre expertise technique. Il vise aussi bien les entreprises à risque que les autres. Dès lors, il revient aux pouvoirs publics, dotés de moyens bien plus importants et parfois mieux adaptés, de pallier ces insuffisances ou carences et de compléter, dans une plus ou moins grande mesure, la prévoyance des entreprises. Ceci, sans toutefois s'ingérer de façon exagérée dans la gestion des opérateurs.

Pour le comprendre il convient d'examiner en premier lieu les plans d'action mis en place par les entreprises (1°), avant d'examiner la façon dont les pouvoirs publics complètent leur initiative et adaptent les moyens d'action à leur situation (2°).

1° La prévision privée des moyens juridiques permettant la gestion de crise

371. Les décisions prises par les chefs d'entreprises dans les heures ou les jours qui suivent la réalisation d'un risque sont primordiales. Elles sont en effet déterminantes tant au niveau de la reprise de la production que du maintien de la clientèle ou de la concurrence. Il convient donc de ne pas se reposer uniquement sur les mesures de prévention adoptées en amont et croire en leur infaillibilité. Bien au contraire, il est indispensable d'avoir conscience de l'imperfection de toute mesure préventive et de prévoir les moyens de faire face, le cas échéant, à une crise résultant en partie de leur inefficacité. Pour ce faire, les entreprises, qu'elles soient créatrices de

risques **(b)** ou non **(a)**, élaborent des plans destinés à répertorier les actions et les mesures susceptibles d'être adoptées en situation de crise afin de limiter l'extension du sinistre, de rétablir la sécurité et permettre la reprise de l'activité.

a) Les « plans de survie » des entreprises

372. Dans le cadre des négociations préalables à la souscription de contrats d'assurance par les entreprises, ces dernières sont amenées, en partenariat avec leur assureur, à élaborer des plans de survie¹⁰⁸⁶ en complément des mesures de prévention exigées.

Ceux-ci ont pour but d'aider les dirigeants à maîtriser une situation de crise en leur fournissant diverses solutions préalablement établies. En effet, la réalisation d'un risque pouvant provoquer la paralysie d'une exploitation en raison de l'endommagement de l'outil de production ou de la destruction des services administratifs, les décisions prises en ces circonstances doivent avoir été préparées en amont puisqu'elles engagent souvent l'avenir de l'entreprise et entraînent des frais et conséquences qui nécessitent d'avoir été évalués.

L'élaboration de ce plan suppose la participation de tous les responsables de l'entreprise, ils doivent prendre en compte diverses hypothèses de risques et élaborer plusieurs scénarios probables, envisager l'importance des dommages pour chacun d'entre eux, la façon dont ils sont susceptibles de se réaliser et les conséquences qu'ils peuvent engendrer. Ainsi, dès le moment où l'entreprise n'est plus présente sur le marché, les relations avec sa clientèle seront certainement affectées. Il convient donc d'avoir défini une politique de relation avec la clientèle et d'adopter un plan de marketing spécifique. Celui-ci détermine les produits devant impérativement continuer à être livrés et les clients dont on devra honorer la commande¹⁰⁸⁷. Il est nécessaire pour

¹⁰⁸⁶ Voir en ce sens : J. ENO et J. PREVOTES, *L'assurance des pertes d'exploitation*, préc., p.26 et s.

¹⁰⁸⁷ Dans de nombreuses entreprises, la majorité des bénéficiaires relèvent des commandes d'une minorité de clients.

ce faire de connaître la politique des stocks de l'entreprise, les moyens annexes de production dont elle pourra bénéficier, des possibilités de sous-traitance et du temps de réaction de la concurrence. En cas d'interruption prolongée de l'activité, il convient d'avoir réfléchi à une éventuelle réorientation de la production en fonction de l'évolution supposée du marché : abandon de certaines productions, maintien de certaines autres.

Par ailleurs, le plan de survie comprend un certain nombre d'informations permettant de pouvoir agir avec célérité et efficacité dans les moments qui suivent le sinistre. Il s'agit de documents permettant aux dirigeants de trouver des informations utiles sur les mesures de sauvetage et de gardiennage¹⁰⁸⁸, les démarches auprès des diverses administrations¹⁰⁸⁹, les mesures d'information auprès du public et de la clientèle, les premières mesures en vue de la reprise de l'activité¹⁰⁹⁰, etc.

L'objectif assigné aux « plans de survie » exige une mise à jour fréquente des informations qu'il contient, une adaptabilité constante et une souplesse d'utilisation. Des exercices peuvent parfois être instaurés afin de s'assurer de l'efficacité des mesures préconisées. Ils se sont cependant bien moins développés que dans l'hypothèse des plans d'urgence élaborés par les entreprises créatrices de risques, notamment dans le secteur industriel.

b) Les plans élaborés par les entreprises créatrices de risques

373. Les entreprises dont l'activité industrielle est susceptible de mettre en péril l'activité des tiers sont tenues de prévoir les mesures qu'elles devront mettre en œuvre

¹⁰⁸⁸ Ils déterminent les personnes responsables en matière d'accueil des secours, d'évacuation des locaux, de protection du matériel, etc.

¹⁰⁸⁹ Les numéros de téléphone en premier lieu, mais aussi les indications sur le local qui sera utilisé comme poste de commandement de l'entreprise sinistrée. Ceci passe fréquemment par un accord réciproque avec une entreprise voisine.

¹⁰⁹⁰ Il s'agit notamment des modalités d'obtention d'un permis de construire, des possibilités de sous-traitance ou de location de bâtiments ou de matériels, d'une liste des réparateurs, d'une liste des stocks disponibles, etc.

en cas de réalisation d'un risque. Elles le font notamment dans le cadre des études de dangers qu'elles sont tenues d'élaborer¹⁰⁹¹. Celles-ci doivent en effet contenir la définition et la justification des mesures propres, le moment venu, à réduire les conséquences d'un accident.

De façon plus manifeste encore, les entreprises industrielles peuvent être tenues de mettre en place un Plan d'opération interne sur le fondement des études de dangers et des divers scénarios d'accidents possibles qu'elles détaillent. Prescrit par le préfet¹⁰⁹², le Plan d'opération interne est établi par l'exploitant et sous sa responsabilité. Il a pour objectif d'organiser au sein de l'entreprise la lutte contre le sinistre et doit détailler les moyens et équipements à mettre en œuvre le moment venu ainsi que les procédures d'urgence qui devront être observées¹⁰⁹³. Il définit « les mesures d'organisation, les méthodes d'intervention et les moyens nécessaires que l'exploitant doit mettre en œuvre pour protéger le personnel, les populations et l'environnement »¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹¹ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Premier chapitre, n°263.

¹⁰⁹² L'article 17 du décret n°77-1133 du 21 septembre 1977 indique que toutes les installations classées soumises à autorisation peuvent se voir imposer, en fonction des risques qu'elles présentent, la réalisation d'un plan d'opération interne après consultation des services départementaux d'incendie et de secours (S.D.I.S.). Le POI est obligatoire pour les installations soumises à servitudes. Par ailleurs, la directive n°82-501 du 24 juin 1982, dite « Seveso », impose aux établissements présentant des risques importants de prévoir l'organisation des secours en cas de sinistre. La circulaire du 30 décembre 1991 précise que les POI doivent être élaborés dans les installations qui sont soumises à des servitudes d'utilité publique. Le préfet peut aussi l'imposer pour toute installation soumise à autorisation après avis du service départemental d'incendie et de secours.

¹⁰⁹³ L'élaboration du P.O.I. suppose donc une formation adéquate du personnel, la concertation de l'exploitant avec les services publics concernés ainsi qu'une mise à jour régulière. Par ailleurs, des exercices d'application doivent être organisés afin de vérifier sa fiabilité et corriger ses lacunes éventuelles.

¹⁰⁹⁴ Le dossier du plan d'opération interne doit comprendre un certain nombre d'éléments. On retiendra notamment la présentation des moyens de transmission, les messages d'information prévus, un schéma d'alerte, le mode d'organisation des secours, les différents scénarios d'accidents envisageables. Pour chacun de ceux-ci, le plan devra contenir les caractéristiques de l'activité, des équipements, des dangers principaux, l'état des produits utilisés pouvant créer le danger, le schéma prévisionnel de l'évolution du sinistre, les consignes particulières d'intervention (notamment les procédures d'alerte et de mise en sûreté des installations), la liste des moyens de lutte, etc.

Des plans comparables sont également élaborés dans des domaines spécifiques. C'est notamment le cas en matière nucléaire¹⁰⁹⁵ où la nécessité de maintenir un niveau de sécurité élevé et constant impose que les mesures de prévention soient complétées par une politique d'intervention destinée à éviter qu'un simple accident ne se transforme en une véritable catastrophe. Dans ce but sont élaborés des plans d'urgence interne qui visent à replacer l'installation dans un état de sûreté optimal tout en limitant les conséquences d'un accident. Ce P.U.I. doit alors prévoir toutes les actions à conduire à l'extérieur du site en cas de rejets de produits dangereux, ainsi que les mesures relatives à l'installation elle-même en cas de sinistre. Destiné à permettre aux dirigeants d'être préparés à affronter une situation de crise, il doit contenir les informations et les moyens d'action qui leur seront nécessaires¹⁰⁹⁶.

374. Malgré l'importance accordée aux divers plans élaborés par les entreprises, et sans mésestimer leur valeur et leur utilité, il faut cependant constater que les mesures de prévoyance élaborées en amont s'avèrent fréquemment insuffisantes pour faire face à des situations de crise. Et ce, aussi bien pour les entreprises dites « à risques » que pour les autres. Lorsque des risques se réalisent qui dépassent parfois très largement les capacités des opérateurs, il revient alors aux pouvoirs publics de compléter l'effort privé en vue de pallier les diverses carences et insuffisances et répondre, dans cette seule mesure, aux besoins exprimés.

¹⁰⁹⁵ Voir en ce sens : P. TANGUY, « Méthodologie et sûreté nucléaire », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.61.

¹⁰⁹⁶ En matière nucléaire, l'accident résulte souvent de l'accumulation de plusieurs défaillances dans le temps, le dirigeant doit donc être préparé à prendre les mesures nécessaires pour orienter la chaîne accidentelle vers une voie moins dangereuse. Voir en ce sens : P. TANGUY, « Méthodologie et sûreté nucléaire », préc.

2° Les moyens complémentaires de prévision mis en œuvre par les pouvoirs publics

375. La complémentarité de l'intervention publique et des initiatives privées constitue une des originalités de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises. Elle manifeste l'exigence de subsidiarité qui s'impose en cette matière et se concrétise par une nécessaire prise en compte des caractères et particularités des entreprises. Dès lors que les pouvoirs publics ne peuvent s'immiscer dans la gestion des opérateurs sans nier la liberté économique qui leur est reconnue, leur intervention ne peut être que secondaire, respectueuse du primat de l'initiative privée et subordonnée à l'expression d'un besoin. L'importance de ce dernier, conséquence de celle de la carence ou de l'insuffisance de l'entreprise, détermine donc l'étendue de l'intervention publique, qui variera d'un simple ajustement à un remplacement quasi complet. Si certaines parmi les entreprises les plus importantes bénéficient de moyens suffisants de prévoyance et peuvent, sous réserve de certaines carences, faire face à des situations de crise, ce n'est pas le cas de la majorité qui se trouve fréquemment démunie et sans ressource face à de telles situations. Et ce, que l'on considère le cas des entreprises à risque ou celui des autres opérateurs.

Ainsi, les pouvoirs publics, seuls détenteurs des moyens suffisants pour faire face à des crises de grande ampleur, élaborent-ils des plans d'action visant à prévoir les moyens et les procédures utilisables en cas de sinistre. Ces plans bénéficient à la fois aux particuliers et aux entreprises dans la mesure où ils subissent des risques similaires appelant des réponses comparables. Cependant, la spécificité de la situation des opérateurs exigent que les moyens communs leur soient ajustés.

376. Le plan ORSEC constitue l'exemple le plus connu de plan d'urgence. Trouvant sa base légale dans la loi du 22 juillet 1987 révisée par la loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile¹⁰⁹⁷, ce plan « Organisation des secours » fixe les

¹⁰⁹⁷ Loi n°2004-811 du 13 août 2004, J.O. n°190 du 17 août 2004, p.14626. Décret n°2005-1157 du 13 septembre 2005, J.O. 15 septembre 2005, p.14946.

modalités de mobilisation des secours et de fonctionnement de la chaîne de commandement. Il recense et organise les moyens existants, définit les fonctions opérationnelles ainsi que les plans d'action utilisables en cas de crise¹⁰⁹⁸. La loi du 13 août 2004 simplifie ce mécanisme et distingue désormais les dispositions d'ordre général applicables en toute circonstance et les dispositions propres à certains risques particuliers¹⁰⁹⁹. C'est au préfet qu'il appartient en principe de déclencher le plan dans le cadre du département. Cependant, lorsque la catastrophe est d'une ampleur qui dépasse le cadre d'un département le plan ORSEC de zone peut être déclenché par le préfet de zone de défense¹¹⁰⁰. Ces plans doivent être révisés tous les cinq ans dans des conditions définies par décret en Conseil d'État et faire l'objet d'exercices d'entraînement fréquents¹¹⁰¹.

À côté des dispositions générales du plan ORSEC, existaient auparavant des plans plus spécialisés tels que le plan ORSEC TOX pour les matières toxiques ou le plan POLMAR pour les pollutions marines d'origine accidentelle. Ce dernier fut notamment mis en œuvre lors des pollutions par hydrocarbure résultant du naufrage du navire « Érika » sur les côtes françaises. Il est constitué de deux volets : le plan POLMAR-MER dans chaque zone de responsabilité de préfecture maritime, et le plan POLMAR-TERRE dans chaque département littoral. La circulaire du Premier ministre

¹⁰⁹⁸ En vertu de l'article 2 de la loi n°87-565 de 1987, le plan ORSEC « recense les moyens publics et privés susceptibles d'être mis en œuvre en cas de catastrophe et définissent les conditions de leur emploi par l'autorité compétente pour diriger les secours ». L'article 14 de la loi du 13 août 2004 précise que « le plan ORSEC départemental détermine, compte tenu des risques existant dans le département, l'organisation générale des secours et recense l'ensemble des moyens publics et privés susceptibles d'être mis en œuvre. ». La loi du 13 août 2004 fait évoluer le plan Orsec d'un simple recensement des responsables et des ressources vers « une planification des scénarios, centrée sur la définition des actions correspondant à chaque situation et fournissant aux responsables des éléments précis, renvoyant à des procédures connues et testées, pour construire les dispositifs de gestion de crise. »

¹⁰⁹⁹ Auparavant, la loi de 1987 distinguait le plan ORSEC départemental, de zone ou national.

¹¹⁰⁰ Par ailleurs, le ministre de l'intérieur dispose du centre opérationnel de gestion interministérielle des crises (COGIC) chargé de l'informer de tout événement pouvant conduire à la mise en place d'un dispositif de défense ou de sécurité civile et lui fournit les informations nécessaires à l'exercice de ses compétences. Le COGIC dispose également d'un centre de crise, activé lorsqu'un événement risque de dégénérer en situation de crise nationale ainsi qu'un centre de transmission permettant de faire passer des messages d'alerte.

¹¹⁰¹ En outre, le ministre chargé de la sécurité civile est tenu, en vertu de l'article 5 du décret du 15 septembre 2005, d'assurer la synthèse des retours d'expérience après tout recours au plan ORSEC.

du 17 décembre 1997 qui organise la lutte contre les pollutions marines accidentelles prévoit que ces plans doivent recenser l'ensemble des moyens disponibles de lutte contre la pollution afin de permettre, le moment venu, de mobiliser toutes les administrations et organismes concernés¹¹⁰². Si le premier a fait la preuve de son efficacité, notamment en raison de la centralisation de la prise de décision au niveau du préfet maritime, les seconds ont toutefois pêché par manque de coordination entre les différents préfets concernés et par une absence criante de mise à jour les rendant obsolètes lors du naufrage¹¹⁰³. Dorénavant, le plan POLMAR est intégré au plan ORSEC maritime instauré par l'article 14 de la loi du 13 août 2004.

De la même manière, les dispositions spécifiques des plans ORSEC, remplaçant les anciens plans d'urgence établis par décret en Conseil d'État, ont pour objet de déterminer à l'avance les mesures à prendre ainsi que les moyens à mettre en œuvre lors de la réalisation de risques de nature particulière ou liés à l'existence et au fonctionnement d'installations ou d'ouvrages déterminés. Elles viennent donc compléter sur ce point les mesures adoptées par les entreprises comme le prévoyait, concernant les anciens plans de secours, la circulaire du 30 décembre 1991¹¹⁰⁴ relative à l'articulation entre le plan d'opération interne et les plans d'urgence visant les installations classées.

Ces dispositions spécifiques, si elles ajoutent aux plans qu'élaborent les entreprises et viennent en pallier les insuffisances ou les carences, sont également la manifestation d'une deuxième originalité de l'intervention publique en matière de

¹¹⁰² La circulaire précise les données qui doivent figurer dans les plans POLMAR-TERRE. Parmi celles-ci, on trouve par exemple : l'inventaire exhaustif et tenu à jour des matériels de lutte ou de nettoyage disponible, les plans précis de pose et de maintenance des barrages, l'inventaire des sites de stockage temporaire des déchets récupérés, l'inventaire des centres de traitement des produits, la liste des organismes et institutions possédant une compétence en matière de lutte contre les pollutions, etc.

¹¹⁰³ Voir en ce sens, pour des critiques de la mise en œuvre des plans POLMAR-TERRE : Rapport du Sénat, n°411, Session ordinaire, 1999-2000, relatif à la marée noire provoquée par le naufrage de l'Érika, p.41 et s. De même, il faut noter que l'article 14 de la loi du 13 août 2003 a instauré les plans Orsec maritimes qui doivent déterminer l'organisation des secours et recenser l'ensemble des moyens publics et privés susceptibles d'être mis en œuvre.

¹¹⁰⁴ J.O. n°40 du 16 février 1992.

prévoyance des risques des entreprises. Elles sont en effet spécialement adoptées pour régir leur situation et justifient donc qu'on les étudie plus précisément.

B- L'élaboration de moyens propres à la situation des entreprises

377. Les raisons pour lesquelles la situation des entreprises justifie qu'on leur applique un traitement particulier ont déjà été évoquées. Elles se manifestent à nouveau lorsque l'on s'intéresse aux moyens juridiques de prévoyance. D'une part, les entreprises subissent ou créent des risques qu'aucun particulier n'est susceptible d'engendrer ou de subir. Il n'est qu'à penser aux risques d'épizootie et d'abattage des troupeaux qui s'en suit. D'autre part, les dommages qu'elles subissent sont d'un tout autre ordre, tant au niveau de leur importance que de la diversité des intérêts qu'ils touchent. La défense des intérêts des clients, des salariés ou des actionnaires permet de le mettre en lumière¹¹⁰⁵. C'est pour cela que les pouvoirs publics, soucieux d'adapter leur intervention à la spécificité des opérateurs économiques et tentant de préserver au maximum leur liberté, mettent en place des instruments juridiques permettant le moment venu de faire face à la réalisation de risques. Outre des plans d'action propres aux entreprises (1°), les contrats conclus par l'administration peuvent constituer le support de mécanismes de prévoyance adaptés à la situation de ses cocontractants (2°).

¹¹⁰⁵ A cet égard, on peut noter que la loi du 30 juillet 2003 relative aux risques technologiques et naturels prévoit que le rapport annuel présenté à l'assemblée générale des sociétés exploitant des activités à risque doit rendre compte des moyens prévus afin de faire face à l'indemnisation des dommages susceptibles d'être causés.

1° Les plans d'action propres aux entreprises

378. Qu'elles soient à l'origine de risques pour les tiers **(a)**, ou simplement victimes éventuelles **(b)**, les entreprises bénéficient de plans d'action ajustés à leur situation et mis en œuvre par les pouvoirs publics.

a) Les plans d'action propres aux entreprises « à risque »

379. En fonction de l'activité considérée, les pouvoirs publics adoptent diverses mesures adaptées aux spécificités de chaque entreprise, en vue de prendre en compte les éléments typiques qui les différencient des autres et qui influent sur la nature des risques engendrés. Ainsi, en marge des plans ORSEC, les pouvoirs publics avaient-ils la possibilité d'adopter des plans d'urgence permettant d'ajuster à certains risques ou à certaines installations les mesures de prévoyance qu'ils avaient définies¹¹⁰⁶. Deux catégories de plans ont alors été établis. D'une part, les plans particuliers d'intervention, préparés par le préfet de département après avis des maires et de l'exploitant concerné¹¹⁰⁷, visent certaines installations industrielles définies à l'article 1er du décret du 15 septembre 2005 (installations nucléaires, installations classées, aménagements hydrauliques, etc.). Ils doivent comporter la description de l'installation ou de l'ouvrage, la liste des communes concernées, les mesures d'information, d'alerte et de protection ainsi que les mesures que doit observer l'exploitant. D'autre part, les plans de secours spécialisés sont élaborés pour faire face à des risques technologiques n'ayant pas fait l'objet d'un plan particulier d'intervention ainsi qu'à des risques liés à un accident ou à

¹¹⁰⁶ Le décret n°88-622 du 6 mai 1988 relatif aux plans d'urgence dispose qu'ils sont préparés et arrêtés par le préfet de département. Ils doivent être actualisés tous les cinq ans. Ils doivent préciser les mesures à prendre et les moyens à mettre en œuvre ainsi que les modalités d'organisation et de commandement sur le lieu des opérations, les procédures d'alerte et d'information de la population. La mise en œuvre de ces plans ne fait pas obstacle au déclenchement du plan Orsec. Voir en ce sens : A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., p.53.

¹¹⁰⁷ Les P.P.I. sont adoptés par arrêté interministériel, précédé d'une soumission à consultation publique, avant approbation par le préfet de département.

un sinistre de nature à porter atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes, des biens ou à l'environnement. Ils sont préparés par le préfet et adoptés après consultation des maires concernés.

380. De tels plans ont été largement déclinés et adaptés à l'émergence de nouveaux risques depuis 1987. Si bien qu'au cours de l'année 2004, plus de deux mille plans d'urgence avaient été recensés. Cette hétérogénéité pénalisant, par la complexité qu'elle engendrait, l'efficacité de l'action publique, l'article 12 de la loi du 13 août 2004 prévoit désormais de rassembler tous ces plans au sein des dispositions spécifiques du plan ORSEC. Celles-ci conservent néanmoins le même objet et ne modifient pas le droit applicable aux opérateurs.

b) Les plans d'action propres aux autres entreprises

381. Chaque entreprise est susceptible d'être victime de risques qui lui sont propres, qui portent atteinte à ses intérêts particuliers et dont les conséquences dommageables sont toujours distinctes de celles que pourrait subir un autre opérateur. Dès lors, on ne saurait dresser une liste exhaustive de l'ensemble des plans d'action particuliers que les pouvoirs publics jugent utiles d'élaborer afin de prendre en considération les spécificités d'un secteur d'activité déterminé. Nous retiendrons donc l'exemple de la prévoyance des maladies des animaux d'élevage, dont les récentes épizooties ont constitué une malheureuse illustration.

La loi n° 91-639 du 10 juillet 1991 transposant la directive du 26 juin 1990 et modifiant le Code rural institue un système d'alerte et un plan d'intervention en cas de risque de fièvre aphteuse. Il est prévu qu'un plan national d'urgence¹¹⁰⁸ doit fixer les mesures réglementaires à mettre en œuvre en cas d'épizootie. A celui-ci correspondent des plans départementaux d'action élaborés par les comités départementaux de lutte

contre la fièvre aphteuse. En outre, l'article L.223-21 du Code rural dispose que le préfet doit élaborer un plan d'intervention prévoyant les mesures à prendre en cas de suspicion ou de confirmation d'un foyer de fièvre aphteuse ainsi que les mesures de secours à mettre en œuvre.

Par ailleurs, sans qu'il soit besoin de recourir à une distinction entre les différents secteurs d'activité économique, on observe que toute entreprise quelle qu'elle soit est par nature susceptible d'être soumise à des risques inconnus des particuliers. De telle sorte que l'élaboration de plans d'action propres à ces risques se justifie. Violation des règles de marché, espionnage industriel, contrefaçon ne sont que quelques exemples de risques exigeant des mesures de prévoyance ajustées. C'est ainsi que dans le cadre du système DEMETER¹¹⁰⁹, sont répertoriées en fonction de la nature de la crise envisagée, du domaine concerné et du territoire touché, les données relatives aux capacités de production ou de stockage, aux ressources disponibles, à la logistique, ainsi que les informations sur les structures et les opérations afin de donner au décideur des moyens les plus fiables possible.

382. S'ils constituent l'exemple le plus répandu de mesures juridiques de prévoyance des risques des entreprises, les plans d'urgence n'épuisent cependant pas l'ensemble des moyens à la disposition des pouvoirs publics. Ceux-ci utilisent en effet l'outil contractuel afin de prévoir les mesures à adopter dans l'hypothèse où des événements imprévisibles lors de sa conclusion surviendraient. Ils tiennent alors logiquement compte des spécificités de l'entreprise cocontractante et s'ajustent à sa situation.

¹¹⁰⁸ Voir pour plus de précisions : J.-M. GOUREAU, « Les mesures de lutte contre la fièvre aphteuse en France. », Bulletin de l'Académie vétérinaire de France, 1997, n°70, p.213 et s.

¹¹⁰⁹ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°317. Il s'agit d'un système interministériel de traitement et de gestion des données à dominante économique organisé en réseau.

2° les moyens contractuels

383. Il a déjà été vu précédemment comment le contrat constitue un outil essentiel de prévoyance des risques lorsqu'ont été étudiés les divers contrats d'assurance à la disposition des entreprises¹¹¹⁰. Mais le risque dont il était alors question est extérieur et indépendant du contrat. Or, celui-ci est susceptible de subir les effets d'événements plus ou moins prévisibles qui auront des conséquences défavorables sur les parties. Il convient alors de prévoir dans les clauses contractuelles les mesures qu'il s'agira de mettre en œuvre le moment venu afin de permettre l'exécution de la convention. On retrouve de telles stipulations dans les contrats que conclut l'administration. Elles ont pu faire l'objet d'analyses économiques¹¹¹¹. Qu'il s'agisse de contrats de droit public ou de droit privé, les pouvoirs publics acceptent en effet d'y insérer des outils de prévoyance des risques ; qu'ils les aient créés **(b)** ou non **(a)**.

a) La prévoyance des dommages causés aux cocontractants de l'administration

384. Le cocontractant de l'administration, à qui peut être confiée une mission d'intérêt général, de service public ou qui simplement y participe, se trouve dans une situation particulière qui justifie que soit prévue la mise en place d'outils de garantie adaptés. En effet, le contrat offre une solution négociée à une situation de risque¹¹¹² et

¹¹¹⁰ Voir supra, ce chapitre, n°335 et s.

¹¹¹¹ Voir par exemple, T. KIRAT, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats incomplets à la pratique des contrats administratifs », *R.I.D.E.*, 2003, n°1, p.11 et s. ; J-B. AUBY et T. KIRAT, *Le contenu et la portée économiques des règles de droit, application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Rapport à la mission de recherche Droit et Justice, octobre 2003. Considérant les contrats dits « incomplets », puisque « ne (pouvant) prévoir tous les états du monde futurs possibles et y associer des clauses de comportement certaines », l'analyse économique tente d'appréhender les dispositifs permettant aux parties de pallier l'incomplétude des contrats.

¹¹¹² Ne sont ici étudiées que les stipulations contractuelles par lesquelles l'administration garantit de véritables risques. Les aléas propres à toute activité économique, s'ils peuvent également faire l'objet de clauses de garantie, n'entrent pas dans le champ de notre étude. Il en est ainsi, par exemple, des clauses par lesquelles l'administration assure au délégataire de service public une rémunération minimum ou un niveau de recettes susceptibles de varier en fonction des aléas de la vie des affaires.

permet en outre d'assurer la bonne exécution des missions déléguées. L'administration pourra alors, en amont, garantir son cocontractant contre les effets dommageables d'un événement imprévisible en incluant dans le contrat des stipulations destinées à y faire face le moment venu.

L'administration accepte ainsi souvent d'inclure dans le contrat qui le lie à une entreprise une clause de renégociation ou de révision en cas de survenance d'un risque¹¹¹³. Elle le fait pour les marchés publics et les délégations de service public au travers des divers documents contractuels qui y sont annexés. Les cahiers des charges contiennent des clauses de variation¹¹¹⁴ qui permettent de modifier le tarif en fonction d'un coefficient qu'elles fixent¹¹¹⁵, ou des clauses de révision par lesquelles les parties s'engagent, dans certaines circonstances, à négocier suivant une procédure déterminée un avenant sans toutefois en prévoir le contenu¹¹¹⁶.

L'administration peut également accepter, dans le cadre des négociations contractuelles, de garantir son cocontractant contre les dommages résultant de la réalisation d'un risque particulier. C'est ainsi que le contrat portant sur la réalisation du tronçon nord du périphérique de Lyon, rendu célèbre par la jurisprudence *Tête du Conseil d'État* du 6 février 1998, prévoyait que la Communauté urbaine de Lyon prenait à sa charge les risques géologiques, géotechniques et hydrauliques. Si de telles clauses

De telles clauses peuvent certes jouer en cas de réalisation d'un risque, mais elles ne sont pas expressément négociées en ce sens.

¹¹¹³ Les clauses de révision stipulent souvent qu'un important changement des circonstances économiques est nécessaire pour entraîner une nouvelle négociation. Voir en ce sens : C.E., 13 juillet 1967, *Sté concessionnaire des immeubles de la Pépinière*, p. 335.

¹¹¹⁴ Voir en ce sens : S. ABBATUCCI, B. SABLIER, V. SABLIER, « Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », *A.J.D.A.*, 2004, p.2192.

¹¹¹⁵ En cas de refus par l'administration de faire application d'une telle clause, le juge pourra engager sa responsabilité contractuelle et la condamner à indemniser le préjudice subi par le cocontractant. Voir en ce sens : C.E., 27 juillet 1935, *Commune de Berck*, p.908.

¹¹¹⁶ Voir en ce sens : A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1984, T.2, 1146, p.354 et s : « la clause de révision ne joue qu'après un certain temps d'exécution du contrat, alors que la clause de variation s'applique dès que les paramètres qu'elle comporte subissent les changements prévus ; la clause de révision implique une nouvelle négociation alors que la clause de variation, résultant de la convention initiale, suffit à provoquer l'effet convenu (...) ». Ici encore, le refus de l'administration de faire application d'une telle clause peut engager sa responsabilité. Voir en ce sens : C.E., 6 mai 1960, *Ville de Bône*, *A.J.D.A.*, 1960.II.230, note H. LAULLE.

n'ont pas été prévues, le cocontractant pourra cependant compter sur la prise en charge de ces événements sur le fondement de la théorie des sujétions imprévues applicable aux contrats administratifs. Selon celle-ci, « lorsque, dans l'exécution des contrats administratifs, surviennent des difficultés matérielles¹¹¹⁷ d'un caractère absolument anormal, qui n'ont pu raisonnablement entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat et qui rendent plus onéreuse l'exécution de celui-ci (...) »¹¹¹⁸, le cocontractant de l'administration est en droit d'obtenir l'indemnisation intégrale des préjudices subis¹¹¹⁹. Cette indemnisation prendra la forme d'un relèvement de sa rémunération, ce qui suppose que le cocontractant de l'administration reste tenu d'exécuter le contrat.

b) La prévoyance des dommages causés par l'administration à ses cocontractants

385. Les pouvoirs publics peuvent être à l'origine d'événements imprévisibles venant perturber l'exécution du contrat par l'autre partie. Il peut s'agir de mesures de portée générale ou individuelle auxquelles la convention va apporter une réponse adaptée à la situation de l'entreprise.

Ainsi, le législateur aussi bien que l'administration peuvent-ils décider de prendre en charge les conséquences des mesures à portée générale (lois ou règlements) qui porteraient atteinte aux conditions d'exécution de contrats administratifs passés avec des entreprises. Ce fut le cas de la loi du 3 décembre 1908 prévoyant au profit des concessionnaires de chemins de fer la possibilité de réclamer des indemnités en raison des préjudices causés par des mesures de raccordement entre voies ferrées et voies

¹¹¹⁷ Il s'agit le plus souvent d'événements naturels.

¹¹¹⁸ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., préc., 1276 et s. Il faut noter que le champ d'application de cette théorie est principalement celui des travaux publics.

¹¹¹⁹ Dans l'hypothèse d'un marché forfait, l'indemnisation intégrale ne sera versée que si la sujétion a provoqué un bouleversement de l'économie du contrat.

navigables¹¹²⁰. De la même manière, l'administration contractante peut accepter d'inclure dans un contrat une clause d'indemnisation en raison des préjudices subis du fait de mesures générales portant atteinte à ses conditions d'exécution¹¹²¹. Elle peut également prévoir un aménagement des clauses relatives à la rémunération du cocontractant.

Lorsque ni la loi, ni l'administration, ni le contrat ne prévoient de telles solutions, l'entreprise cocontractante peut tenter de se prévaloir de la théorie du fait du prince¹¹²². Il s'agit, dans son sens strict, d'une mesure de l'administration contractante qui affecte les conditions d'exécution du contrat en les rendant plus difficiles ou plus onéreuses. Lorsque les conditions d'application de la théorie sont remplies¹¹²³, l'entreprise cocontractante bénéficie alors d'un droit à une réparation intégrale de ses préjudices directs et certains¹¹²⁴.

Les mesures donnant lieu à l'application de cette théorie peuvent avoir pour objet de modifier les conditions d'exécution du contrat ou simplement pour effet de les affecter. Dans les deux cas, il peut s'agir de mesures de portée générale portant atteinte aux dispositions mêmes du contrat. En effet, par exception au principe en vertu duquel

¹¹²⁰ Exemple tiré de A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., préc., n°1309 et s. Voir en ce sens : C.E., 11 juillet 1919, *Chemin de fer du Midi*, S. 1921.3.1, note HAURIOU.

¹¹²¹ Le cahier des charges peut prévoir de telles clauses. Voir en ce sens : C.E., 22 décembre 1961, *S.N.C.F.*, p.738, concl. COMBARNOUS, *A.J.D.A.*, 1962, p.16, chron. GALABERT et GENTOT. En l'espèce, le Conseil d'Etat se réfère à la convention du 31 août 1937 conclue entre l'État et la S.N.C.F qui stipule en son article 20 bis que « toutes obligations de transporter à titre gratuit ou à des tarifs réduits qui sont ou pourront être imposées à la Société nationale par voie législative ou réglementaire (...) donne lieu au versement par l'Etat à la Société nationale de sommes destinées à la couvrir des charges correspondantes. »

¹¹²² Il faut noter que si certains contrats prévoient la possibilité de recourir à cette théorie, le fait de ne pas le stipuler ne la supprime pas, la théorie du fait du prince étant invocable même dans le silence du contrat. Voir A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., préc., n°1290 et s. ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 2004, 4^e éd., Paris, p. 274 et s.

¹¹²³ La mesure prise par l'administration doit être imprévisible : elle ne devait pas être normalement prévisible au moment de la conclusion du contrat. En ce sens : C.E., 14 mai 1926, *Pouillard*, p.498.

¹¹²⁴ Voir en ce sens : C.E., 8 mars 1941, *Amat*, p.99. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat portant sur l'enlèvement des ordures ménagères. L'administration, en imposant à l'entrepreneur l'extension de sa mission au-delà de ce que prévoyait limitativement le contrat (enlèvement du produit du décapage des trottoirs) doit indemniser les préjudices causés.

les mesures de portée générale touchant aux conditions d'exécution du contrat ne peuvent donner lieu à l'application de la théorie du fait du prince¹¹²⁵, cette dernière trouve à s'appliquer lorsque les mesures prises ou abrogées par l'administration affectent un élément qui a joué un rôle essentiel dans la conclusion du contrat, qui a déterminé sa conclusion¹¹²⁶. Par ailleurs, des mesures particulières peuvent donner lieu à l'application de cette théorie. Soit qu'elles touchent aux dispositions mêmes du contrat, soit qu'elles en affectent les conditions d'exécution.

386. Prévoir les moyens juridiques permettant d'agir le moment venu et d'affronter les situations de crise ne saurait suffire à assurer leur efficacité. Pour reprendre une expression familière, en situation d'urgence l'argent demeure « le nerf de la guerre ». Il en va naturellement ainsi en matière de risque. Il est donc impératif de se préoccuper à l'avance de la manière dont seront financées les diverses mesures de réactions élaborées en amont. Les entreprises disposent de moyens d'y procéder ; leur effort est complété par les pouvoirs publics.

§ 2 - La prévision des moyens financiers destinés à faire face à la réalisation d'un risque

387. Il est impératif pour une entreprise faisant face à une situation de crise, de pouvoir bénéficier de moyens financiers aptes à limiter et réparer ses conséquences dommageables, à compenser les pertes et à permettre le redémarrage de l'activité atteinte. Néanmoins, les opérateurs ne disposent pas tous d'une surface financière suffisante pour débloquer, dès que le besoin s'en fait ressentir, les sommes exigées par

¹¹²⁵ Elles ne donnent lieu en principe qu'à l'application de la théorie de l'imprévision.

¹¹²⁶ En ce sens : C. E., 9 avril 1897, *Gaz de Montluçon*, p.305. En l'espèce, à l'époque de la conclusion d'un contrat relatif à l'éclairage au gaz de la commune de Montluçon, il n'existait aucun droit d'octroi sur la houille. Le fait pour la ville de l'établir par la suite, entraîne l'indemnisation du cocontractant puisque les parties s'étaient initialement entendues en tenant compte de l'absence de droits sur les houilles.

les événements. Il en est d'ailleurs très peu capables d'affronter des situations de catastrophes naturelles ou technologiques sans s'y être préparées à l'avance. Il est donc nécessaire de prévoir les moyens permettant de bénéficier le moment venu de moyens financiers d'urgence. Les entreprises s'y emploient de différentes manières, selon qu'elles sont susceptibles d'être à l'origine de risques ou qu'elles n'en sont que des victimes potentielles.

Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, les cas sont nombreux où cette prévoyance ne sera pas suffisante face à des risques dont les conséquences dommageables dépassent de loin les capacités financières des opérateurs. La situation exige alors des pouvoirs publics qu'ils viennent pallier cette insuffisance en usant de techniques budgétaires propres à dégager les moyens financiers nécessaires en situation de crise et ajustées à la situation des entrepreneurs **(A)**. Elle est d'ailleurs double, puisque les mesures complémentaires ainsi adoptées doivent en outre s'ajuster à la situation des entrepreneurs. Par ailleurs, dans le cadre de cette complémentarité, les pouvoirs publics adoptent des moyens de prévoyance propres aux entreprises afin de répondre précisément à la spécificité de leur situation et des dommages qu'elles subissent **(B)**.

A- La complémentarité des outils privés et publics de prévoyance financière

388. Les entrepreneurs sont par principe libres de déterminer les risques qu'ils entendent courir et ceux contre lesquels il est préférable de se prémunir. C'est à leurs risques et périls qu'ils décident de ne pas tenir compte de certains événements imprévisibles, considérant qu'il est plus efficace d'allouer des ressources à des besoins qui l'exigent immédiatement plutôt que de les utiliser pour se protéger contre des événements incertains. Ils peuvent toutefois, dans un souci de prévoyance, déterminer à l'avance comment bénéficier de ressources financières dans l'hypothèse où un risque viendrait à se réaliser. De ce fait, les pouvoirs publics n'ont en principe aucune raison d'intervenir dans un domaine relevant de la libre gestion des entreprises. La

détermination des risques étant en effet le reflet des choix économiques de l'entrepreneur, elle déterminera l'échec ou la réussite d'une activité entreprise de plein gré.

Cependant, confrontés à des risques excédant parfois largement leurs capacités, les pouvoirs publics interviennent souvent en vue de pallier leurs carences ou insuffisances. Cela suppose que l'action publique ait été précédée de la détermination de techniques budgétaires permettant le moment venu de disposer de ressources financières propres à compléter l'effort de prévoyance privé. Pour le comprendre, il conviendra d'étudier dans un premier temps les moyens de prévoyance mis en place par les entreprises (1°) avant de préciser dans un second temps la manière dont les pouvoirs publics les complètent et s'adaptent à leur situation (2°).

1° Les moyens privés de prévoyance financière

389. Puisqu'elles sont libres de déterminer les risques qu'elles entendent courir, les entreprises doivent décider en toute connaissance de cause d'attribuer ou non des ressources à la gestion de crises éventuelles. Dès lors, les pouvoirs publics n'ont en principe aucune raison de leur imposer une quelconque obligation de prévoyance financière¹¹²⁷. Cette absence de contrainte publique n'entraîne cependant pas l'absence de toute prévoyance privée. En effet, les entreprises prévoient fréquemment les moyens qui leur permettront en cas d'urgence de bénéficier de ressources financières. Ceci afin de faire face aux dommages qu'elles seraient susceptibles de subir. Ainsi recourent-elles à diverses techniques qui, bien qu'elles tendent au même objectif, sont de trois ordres distincts sans être exclusives les unes des autres.

¹¹²⁷ On notera cependant une exception concernant l'obligation faite aux entreprises d'assurance de constituer des provisions afin de répondre aux contraintes de solvabilité qui leur sont imposées par les pouvoirs publics. Voir supra, ce chapitre, n°354 et s.

Les premières sont constituées des provisions ou réserves¹¹²⁸ financières. Instaurées avant que ne se réalise le risque, elles représentent la « graisse »¹¹²⁹ de la société puisqu'elles assurent sa survie en cas de difficultés.

Les provisions peuvent également servir à l'auto-assurance de l'entreprise¹¹³⁰. Elles visent alors à satisfaire des besoins similaires, notamment la garantie des pertes d'exploitation, des pertes de stocks ou de matériel afin de replacer l'entreprise dans sa situation initiale.

De façon différente, les secondes ne représentent pas des réserves d'argent, mais permettent de débloquer les sommes nécessaires en cas de besoin.

Le droit des sociétés permet par exemple l'établissement de conventions de trésorerie ou pools de trésorerie dans les groupes de sociétés qui permettent au groupe de bénéficier des suppléments de trésorerie dont disposent certaines filiales. En effet, ces pools sont destinés à assurer une gestion centralisée des ressources et des besoins financiers de chacune des filiales¹¹³¹. Celles-ci mettent leur excédent de trésorerie à disposition de la société mère sous forme de prêts, et, en cas de besoin, peuvent contracter auprès d'elle des emprunts¹¹³². Ainsi, une filiale pourra consentir des avances à la société mère dans le cadre d'une de ces conventions qui, s'il s'agit d'une convention courante conclue à des conditions normales, sera conclue librement¹¹³³.

¹¹²⁸ En plus des réserves obligatoires imposées par la loi ou par leurs statuts, les sociétés peuvent constituer, en vue de l'affectation du résultat, des réserves facultatives, ou réserves ordinaires qui ne sont pas indisponibles.

¹¹²⁹ Voir M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Doit des sociétés*, 17^e éd., Litec, 2004, p.307 et s.

¹¹³⁰ Voir supra, ce chapitre, n°347 et s.

¹¹³¹ La Cour de Cassation a reconnu que l'article L. 511-7-3 du Code monétaire et financier, qui interdit à tout établissement autre que les établissements de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel, ne fait pas obstacle à l'institution de convention de trésorerie dans les groupes d'entreprises. Voir en ce sens : Cass. Com., 10 décembre 2003, Bull. July 2004, p.503, note J.-M. MOULIN.

¹¹³² Voir en ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Doit des sociétés*, préc., p. 597.

¹¹³³ L'article L. 225-39 du Code de commerce dispose en effet que les conventions passées entre les dirigeants et la société qui portent « sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales », ne sont pas soumises à autorisation.

De même, les associés peuvent consentir à une société des apports en comptes courants consistant en des prêts à l'entreprise, pouvant être rémunérés et disponibles à tout moment. Ils permettent par exemple à une société mère de consentir des avances à une de ses filiales en difficulté. Bénéficiant de la liberté contractuelle, les apports en comptes courants sont réalisés sans formalisme ; ils donnent lieu au versement d'intérêts par la société.

Enfin, les dernières techniques de prévoyance financière consistent en des accords conclus entre entrepreneurs d'une même branche afin d'assurer le déblocage rapide de sommes destinées à l'indemnisation des préjudices causés par un risque préalablement déterminé. Il en va ainsi de l'indemnisation des dommages causés par la fièvre aphteuse aux éleveurs. Ceux-ci, regroupés au sein des groupements de défense sanitaire ont constitué une caisse de péréquation visant à apporter une compensation financière aux éleveurs pâtissant de préjudices indirects causés par l'épizootie. Financés volontairement par les entrepreneurs, ces groupements reversent une partie des fonds collectés à la Fédération nationale des groupements de défense sanitaire. Lorsqu'est constaté un foyer aphteux, celle-ci provisionne rapidement le compte du groupement concerné qui procède alors à l'indemnisation des éleveurs atteints.

390. Si bénéfiques et utiles qu'ils puissent se révéler, les moyens de prévoyance financière établis par les entreprises ne sont pas pour autant exempts de tous dangers. L'aléa moral que l'on constate en matière d'assurance se retrouve également ici. En effet, se sachant aptes à affronter des situations de crise, les entreprises sont amenées à délaisser leur politique de prévention au détriment d'une gestion globale des risques. Ceci peut s'expliquer par le fait que, dans un contexte de ressources limitées, le choix de leur affectation est souvent dicté par des exigences indemnitaires de plus en plus lourdes et contraignantes. Dès lors qu'il est assimilé au risque indemnifiable, le risque acceptable tend à entraîner chez les opérateurs le choix de la réparation plutôt que celui de la prévention. On peut alors s'interroger sur la pertinence d'une intervention publique visant à compléter l'effort de prévoyance financière des entreprises.

Conscientes d'être « couvertes » par les pouvoirs publics en cas de crise, les entreprises ne seraient en effet plus enclines à aborder le risque dès avant sa survenance.

Ce n'est alors qu'en étant subsidiaire, secondaire par rapport à l'initiative privée et répondant à ses insuffisances que l'action publique conserve son utilité. Si elle est susceptible de recouvrir une plus ou moins grande importance en fonction de celle des besoins exprimés, approchant parfois même le remplacement complet en cas de grave défaillance des entreprises les moins capables, elle ne bénéficie pas de la primauté d'action qui demeure de l'essence de la libre entreprise. En outre, ce n'est qu'en s'ajustant à la situation des entreprises que les mesures complémentaires mises en œuvre par les pouvoirs publics seront correctement proportionnées et donc efficaces.

2° L'ajustement des moyens complémentaires de prévision financière à la situation des entreprises

391. Les pouvoirs publics sont tenus de répondre à deux objectifs distincts lorsqu'ils recherchent les moyens qui leur permettront de bénéficier de ressources financières une fois le risque réalisé. Le premier vise à assurer le financement de leur propre action¹¹³⁴. En effet, celle-ci tentera tout d'abord de stopper la réalisation des dommages, de remettre en état les situations économiques et d'assurer le redémarrage des entreprises¹¹³⁵. Le second visera à trouver les ressources nécessaires pour financer l'indemnisation des entreprises une fois les effets du risque éteints.

Il faut noter d'emblée que les divers mécanismes qui concourent à la satisfaction de ces deux objectifs ne sont pas propres aux risques des entreprises ; ils s'appliquent en cas d'urgence sans que soit prise en considération la nature des victimes. Ceci s'explique aisément par le fait que, dans bon nombre de cas, particuliers comme entreprises subissent les mêmes événements imprévisibles. Les mesures de réaction

¹¹³⁴ Les opérations de secours sont par exemple fréquemment inscrites dans la loi de finances au budget du ministère de l'Intérieur.

¹¹³⁵ Voir *infra*, Seconde partie, Titre second.

étant alors comparables, leurs modes de financement sont donc identiques. L'originalité tient cependant à ce qu'ils prennent en compte la spécificité des préjudices économiques que subissent les opérateurs et s'adaptent à leur situation.

392. Afin de financer l'action publique en situation d'urgence, un certain nombre de techniques budgétaires sont à la disposition des pouvoirs publics. En effet, le budget étant un instrument de planification financière, il constitue un état prévisionnel des recettes et des dépenses et permet de minimiser la part d'imprévisibilité de l'avenir. Il offre ainsi les moyens de financer la prise en charge des risques des entreprises.

Il en va ainsi des crédits provisionnels. S'ils ne figurent plus sous cette appellation dans la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finance, ils conservent cependant toute leur utilité puisqu'ils s'appliquent à des dépenses qui ne peuvent être évaluées de façon précise à l'avance, étant accidentelles et imprévisibles¹¹³⁶. En vertu de l'article 11 de la loi du 1^{er} août 2001, ces crédits sont répartis par programmes, par décret pris sur rapport du ministre des finances.

Par ailleurs, les pouvoirs publics bénéficient de mécanismes d'abondement des crédits en cours d'exécution tels que les décrets d'avance pris en « cas d'urgence ou en cas d'urgence et de nécessité impérieuse d'intérêt général »¹¹³⁷. De même, peuvent-ils y parvenir en modifiant, à certaines conditions¹¹³⁸, la répartition des crédits par des

¹¹³⁶ Ainsi, à la suite des inondations ayant eu lieu dans la Somme, un crédit provisionnel de 10 millions de francs fut ouvert afin de venir en aide aux victimes.

¹¹³⁷ L'ordonnance du 2 janvier 1959 distingue l'abondement des crédits provisionnels qui peut être décidé en cas d'urgence par décret pris sur rapport du ministre des Finances puis ratifié dans la prochaine loi de finances, et l'abondement des crédits limitatifs. Pour ces derniers, l'ordonnance distingue les situations d'urgence ou d'urgence et nécessité impérieuse d'intérêt national. Dans le second cas, l'abondement est décidé par décret pris en Conseil des ministres sur avis du Conseil d'État. Il doit également être ratifié par le Parlement. La loi de 2001 prévoit l'instauration de garanties supplémentaires qui sont entrées en vigueur en 2006.

¹¹³⁸ La loi du 1^{er} août 2001 dispose dans son article 7 IV que les modifications par voie administrative ne peuvent être admises qu'à titre exceptionnel. Le principe est donc que la modification des crédits en cours d'exécution doit être autorisée par le législateur.

transferts¹¹³⁹ ou virements de crédits ainsi que par des reports de crédits de l'exercice précédent. On peut également noter la possibilité d'abonder les crédits des collectivités locales par la conclusion d'avenants aux contrats de plan Etat-Régions¹¹⁴⁰ ou par le biais d'autorisations de programme¹¹⁴¹.

Enfin, les pouvoirs publics peuvent, en cas de crise, recourir à la technique des arrêtés de « dépenses éventuelles » ou décrets de « dépenses accidentelles » qui prélèvent des crédits sur des chapitres budgétaires¹¹⁴². L'article II, 1° et 3° de l'ordonnance du 2 janvier 1959 prévoit quant à lui le recours à des crédits exceptionnels à l'occasion de catastrophes naturelles de grande ampleur. De même, certains fonds d'intervention sont prévus explicitement pour être mis en œuvre en cas de crise. Il en va ainsi du fonds d'intervention du plan POLMAR à qui l'on impute « les dépenses exceptionnelles ne pouvant être assurées par les moyens normaux »¹¹⁴³.

Il faut toutefois souligner que l'État n'est pas le seul à bénéficier de techniques budgétaires de cet ordre. Les collectivités locales ont en effet la possibilité de débloquer des fonds d'urgence, notamment par le biais des fonds d'intervention mis en place en cas de crise. Ainsi, à la suite du naufrage de l'Érika au large des côtes françaises, les

¹¹³⁹ Les transferts de crédit visent à « déplacer les crédits d'un service à un autre sans modification de l'objet de la dépense pour laquelle ils avaient été inscrits. Les virements visent quant à eux à modifier « la nature de la dépense pour laquelle les crédits avaient été prévus ». Voir pour plus de précision : M. BOUVIER, M.-CH. ESCLASSAN, J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, 7^e éd., L.G.D.J., 2004, p. 345 et s.

¹¹⁴⁰ Ainsi, suite au naufrage de l'Érika, des avenants « Marée noire » furent conclus avec les régions du littoral pour un montant de 4 milliards d'euros. Voir en ce sens : Y. TANGUY, « L'intervention des organismes publics face à la pollution de l'Érika en Pays de la Loire », *R.F.F.P.*, mai 2005, n°90, p.160.

¹¹⁴¹ Les autorisations de programme permettent des autorisations qui ne concernent que l'engagement de dépenses publiques à l'exclusion des autres phases de l'opération de dépense. A la suite du naufrage de l'Érika, des autorisations de programme ont permis d'abonder le fonds d'intervention du plan POLMAR.

¹¹⁴² Ce fut le cas à la suite de la catastrophe de l'Érika : des crédits ont été prélevés sur les chapitres 37-94 et 37-95 du budget des charges communes, celui de l'Intérieur et de l'Agriculture. D'autres crédits exceptionnels ont été ouverts, notamment en matière d'activités touristiques, imputés sur le chapitre 66-03 « Développement territorial du tourisme ».

¹¹⁴³ En ce sens, Y. TANGUY, préc., p.166.

régions concernées ont instauré des fonds d'intervention régionaux « pollution pétrolière » visant à financer notamment les aides aux pêcheurs et conchyliculteurs.

393. Les ressources financières issues de ces techniques budgétaires bénéficient aussi bien aux particuliers qu'aux entreprises victimes d'un risque. Cependant, elles s'adaptent à la situation de ces dernières, ainsi qu'à la spécificité de leurs préjudices. Ainsi, à la suite de la marée noire de l'hiver 2001, des aides particulières aux secteurs de la pêche, de la conchyliculture et du tourisme ont pu être financées par le recours à une dotation du budget de l'Agriculture et de la pêche et à l'ouverture de crédits exceptionnels. Elles visaient spécifiquement à permettre le redémarrage des exploitations touchées par la catastrophe. En outre, la particularité de certains préjudices a été prise en compte. Par exemple, ceux qu'a subis le secteur de l'hôtellerie de plein air ont été distingués de ceux qu'ont subis les équipements de tourisme social afin de donner lieu à des évaluations plus précises.

394. Des techniques d'une nature différente et dont la mise en œuvre est plus récente permettent d'assurer le financement de l'indemnisation des sinistrés. L'exemple type en est le fonds d'indemnisation qui permet « des financements croisés combinant mutualisation élargie et solidarité nationale, voire de reconstituer une forme d'assurance par un financement des assurés ou des responsables »¹¹⁴⁴.

Destinée à garantir des risques que les assureurs refusent généralement d'assurer, cette technique d'indemnisation doit être provisionnée de façon constante afin de pouvoir répondre aux demandes d'indemnisation qui suivent la réalisation d'un sinistre.

¹¹⁴⁴ In Rapport public du Conseil d'État 2005, *Responsabilité et socialisation du risque*, E.D.C.E, La documentation française, Paris, 2005, p.250. Plus loin le rapport rappelle que la socialisation des risques ne suppose pas nécessairement un recours aux fonds publics, mais peut associer assurance et prise en charge d'une partie des conséquences financières des risques par les entrepreneurs et par les auteurs des dommages.

Il faut cependant noter que rares sont les fonds d'indemnisation qui bénéficient aux entreprises au même titre qu'aux particuliers. Les opérateurs sont donc, sous cet aspect, largement responsables de la prévoyance des moyens financiers propres à affronter les conséquences dommageables d'un risque. Il en va ainsi du fonds de garantie contre les actes de terrorisme qui tend à indemniser uniquement les préjudices corporels¹¹⁴⁵. Par ailleurs, le législateur peut décider d'exclure certaines entreprises du bénéfice de certains fonds. Il en va ainsi de celui auquel fait référence la loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et industriels qui ne s'applique pas aux personnes morales¹¹⁴⁶.

Ce constat connaît cependant certaines exceptions. On notera par exemple le recours à un compte d'affectation spéciale¹¹⁴⁷ permettant de financer, en vertu de la loi du 4 août 1956, le fonds de secours aux victimes de sinistres et de calamités¹¹⁴⁸. Les entreprises n'ayant pas souscrit de contrat d'assurance et ne relevant donc pas de la garantie des calamités naturelles, seront ainsi partiellement indemnisées des préjudices subis dans des conditions qui mettent à nouveau en lumière la subsidiarité de l'action publique.

¹¹⁴⁵ En vertu de l'article L. 422-1 al. 2 du Code des assurances, ce fonds est alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens. Perçue par les assureurs, cette contribution est ensuite versée à la Recette des Impôts.

¹¹⁴⁶ En vertu de la loi, le fonds de garantie prévu à l'article L. 421-1 du Code des assurances, initialement limité à la garantie automobile, voit ses missions élargies puisqu'il couvre désormais les victimes de dommages causés par une catastrophe technologique et non couvertes par un contrat d'assurance. Seuls les dommages immobiliers touchant l'habitation principale d'une personne physique sont ainsi couverts par ce fonds.

¹¹⁴⁷ Ces comptes spéciaux du Trésor, ouverts par le législateur sur proposition du Gouvernement, visent à affecter des dépenses à des recettes déterminées par exception au principe de non-affectation.

¹¹⁴⁸ Loi n°56-780 du 4 août 1956, J.O. du 7 août 1956, p.7448. Ce compte d'affectation spéciale permet le financement du fonds de secours aux victimes de sinistres et de calamités. Il centralise les ressources destinées à venir en aide aux victimes : « il s'agit, en fait, d'une mesure purement comptable qui doit permettre, lorsque survient une calamité, de centraliser à un compte unique ouvert au trésor, le produit des collectes. » in M. PELLENCO, rapport fait au nom de la Commission des finances, sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, J.O., Doc. Parl., Conseil de la République 1956, annexe n°587, p.791, cité in J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques, préc.*, p.159 et s.

B- La prévision de moyens financiers propres aux entreprises

395. Lorsque les entreprises subissent les conséquences dommageables de risques qu'aucun particulier n'est susceptible de subir, que cela soit en raison de son origine ou de la nature de ces dommages, les outils communs de prévoyance, même adaptés à leur situation, peuvent ne plus suffire. Il convient alors d'en utiliser de particuliers, répondant de façon propre aux attentes et aux besoins des entrepreneurs. Les pouvoirs publics y procèdent de deux façons complémentaires. D'une part en prescrivant des obligations de prévoyance financière à certaines entreprises (**1°**) ; d'autre part en utilisant des modes de financement propres au secteur économique (**2°**).

1° La prescription de mesures de prévoyance aux entreprises

396. Il s'agit d'envisager ici le cas des entreprises à risque. Pour ces dernières, et compte tenu de l'importance des dommages qu'elles peuvent occasionner aux autres entrepreneurs, il apparaît souvent indispensable de prévoir en amont les ressources destinées à indemniser les préjudices, à réparer les dommages en cas d'accident ou à financer les mesures de réaction. Cette exigence est apparue suffisamment importante aux yeux des pouvoirs publics pour qu'ils ne laissent pas une entière liberté aux opérateurs. C'est ainsi que, comme il a déjà été relevé, la loi du 30 juillet 2003 dans sa partie relative aux risques technologiques, prévoit que le rapport annuel présenté à l'assemblée générale des exploitations à risque devra présenter les moyens propres à faire face à l'engagement de sa responsabilité ainsi que les mesures prises en vue d'indemniser les éventuelles victimes¹¹⁴⁹. Dans cette hypothèse, la liberté est cependant laissée aux entrepreneurs quant au choix des moyens à retenir pour parvenir à ce résultat. Ce n'est cependant pas toujours le cas.

¹¹⁴⁹ Ceci suppose que l'entreprise ait préalablement défini dans l'étude de danger une analyse quantitative des dommages qu'elle pourrait causer aux tiers. Voir en ce sens l'article L. 515-26 du Code de l'environnement.

En effet, la législation relative aux installations classées prévoit que la mise en activité des installations classées présentant des risques importants d'accidents ou de pollutions, des carrières et installations de stockage de déchets, est subordonnée à la constitution de garanties financières. Celles-ci sont destinées, en vertu de l'article L.516-1 du Code de l'environnement, à assurer notamment les interventions éventuelles en cas d'accident ainsi que la remise en état du site, mais non l'indemnisation des tiers. En cas de manquement à cette obligation, et après mise en demeure par le préfet, ce dernier peut imposer à l'exploitant la consignation entre les mains d'un comptable public des sommes correspondantes¹¹⁵⁰. En outre, si les garanties financières ne sont plus constituées, les pouvoirs publics peuvent, en vertu de l'article L. 541-27 du Code de l'environnement, mettre en demeure l'exploitant de les reconstituer. Une amende administrative peut être infligée en cas de refus¹¹⁵¹.

Par ailleurs, le droit de l'environnement prévoit pour les ouvrages ou installations présentant des risques dont les éventuelles conséquences financières sont manifestement disproportionnées par rapport à la valeur du capital immobilisé, que l'autorité chargée de délivrer l'autorisation d'exploitation peut en subordonner la délivrance à la constitution de garanties financières¹¹⁵².

2° L'élaboration de modes de financement propres aux risques des entreprises

397. Lorsqu'ils envisagent les moyens de financer la prise en charge *a posteriori* des risques propres aux entreprises, les pouvoirs publics doivent distinguer deux aspects de leur intervention. Le premier vise à permettre aux entreprises de continuer leur exploitation, et de se remettre à flot. Le second vise quant à lui à indemniser les

¹¹⁵⁰ Article L514-1 du Code de l'environnement.

¹¹⁵¹ La valeur de l'amende est fixée à trois fois la valeur de la différence entre le montant de la garantie exigée et le montant de la garantie réellement constituée.

¹¹⁵² Article L. 552-1 du Code de l'environnement.

préjudices subis. Si cette distinction peut apparaître superficielle à certains égards puisque les aides publiques permettent également d'indemniser les dommages tout comme les indemnités versées assurent la restauration de la situation économique des opérateurs, elle ne l'est cependant pas en réalité et peut être maintenue. En effet, les objectifs demeurent bien distincts : la première action tend à assurer la continuité de l'activité économique, elle doit donc être immédiate sous peine de voir disparaître les exploitations les plus affaiblies, alors que la seconde, qui peut être plus tardive, tend à l'indemnisation des préjudices. Il n'est donc pas étonnant de retrouver cette séparation lorsque l'on étudie les divers modes de financement.

En premier lieu, la technique du fonds d'indemnisation peut permettre de prendre en charge des préjudices propres aux entreprises. Plus encore, certains fonds sont uniquement destinés à assurer l'indemnisation des opérateurs. C'est notamment le cas lorsque leur objet ne concerne que des entrepreneurs. Ainsi, le fonds d'indemnisation des calamités agricoles¹¹⁵³ a-t-il été institué par la loi n° 64-706 du 10 juillet 1964¹¹⁵⁴ afin de prendre en charge les préjudices résultant des dommages non assurables, d'importance exceptionnelle, dus à des variations anormales d'intensité d'un agent naturel, lorsque les moyens techniques de lutte préventive ou curative employés habituellement dans l'agriculture n'ont pu être utilisés ou se sont révélés insuffisants ou inopérants¹¹⁵⁵. Sont ainsi concernés les dommages causés aux récoltes non engrangées, aux cheptels hors bâtiments ou aux pertes de fonds (sols, plantation, petits ouvrages agricoles). Cependant, l'indemnisation n'a lieu que si les agriculteurs ont préalablement souscrit un certain nombre de contrats d'assurance pour leurs biens.

Le fonds est alimenté à la fois par les agriculteurs dont les primes d'assurance sont assorties de taxes parafiscales, dites « contributions additionnelles »¹¹⁵⁶, instituées

¹¹⁵³ Voir D. CHAPUIS, « Calamités agricoles et assurance agricole », *Risques*, n°20, octobre-décembre 1994, p.33 et s.

¹¹⁵⁴ J.O. 11 juillet 1964.

¹¹⁵⁵ Article L. 361-2 du Code rural.

¹¹⁵⁶ L'article L. 361-5 du Code rural fixe le taux de contribution à 11%. Un taux particulier est cependant prévu pour les exploitants conchylicoles.

au profit du fonds et par une subvention de l'État d'un montant au moins égal. C'est à la Caisse centrale de réassurance qu'a été confiée la gestion comptable et financière du fonds. Ce financement n'a pourtant pas toujours été suffisant. Ainsi, a-t-il pu connaître à plusieurs reprises des déficits financiers importants qui ont été comblés par des dotations exceptionnelles de l'État et par des emprunts. Par ailleurs, le financement par la profession agricole a été réévalué plusieurs fois.

398. En second lieu, dans le but d'assurer le financement des mesures destinées à rétablir la situation des entreprises, les pouvoirs publics peuvent recourir à des techniques budgétaires classiques dont l'objet sera cependant exclusivement économique¹¹⁵⁷. De fort nombreuses aides sont ainsi accordées aux entrepreneurs par le biais de décrets d'avance¹¹⁵⁸ ou de dépenses exceptionnelles.

En outre, des modes de financement particuliers peuvent être retenus afin d'octroyer des aides propres aux entreprises rencontrant d'importantes difficultés suite à la réalisation d'un risque. Le Code général des collectivités territoriales permet en effet aux régions et aux départements d'accorder des aides aux entreprises en difficulté¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ Par exemple, une aide fut accordée aux éleveurs ayant du conserver dans leurs élevages des animaux destinés à la vente au cours de la période de crise de la fièvre aphteuse. Elle fut imputée sur le chapitre 44.53, article 90 du budget de l'Agriculture et de la pêche.

¹¹⁵⁸ Au mois de mai 2001, le Gouvernement a, par décret d'avance, ouvert un crédit de trois milliards de francs pour financer les aides accordées aux exploitants agricoles à la suite des crises de l'encéphalopathie spongiforme bovine et de la fièvre aphteuse ainsi qu'au secteur touristique touché par les marées noires.

¹¹⁵⁹ Les difficultés dont il s'agit ici ne sont pas nécessairement la conséquence d'un risque. Elles peuvent résulter de simples aléas de la vie des affaires (mauvaise gestion, conjoncture défavorable, etc.). Cependant, elles peuvent parfaitement s'appliquer pour compenser les effets dommageables de la réalisation d'un risque. Pour déterminer si une entreprise est en difficulté, il convient de prendre en considération des indices économiques tels que la diminution de son carnet de commandes, l'endettement croissant, le niveau élevé des pertes, etc. La collectivité publique devra s'assurer que la difficulté est plus que passagère. Afin d'être conforme au droit communautaire, l'aide devra être attribuée à une entreprise « incapable, avec ses propres ressources financières ou avec les ressources que sont prêts à lui apporter ses propriétaires/actionnaires et ses créanciers, d'enrayer des pertes, et qui la conduisent, en absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, vers une mort économique quasi certaine à court ou moyen terme. » in G. AUJALEU, *Les aides des collectivités locales aux entreprises*, Le Moniteur, Paris, 2002, p.193.

lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l'exige¹¹⁶⁰. De la même manière, les collectivités publiques peuvent octroyer des aides aux entreprises victimes de catastrophes naturelles. Elles sont destinées à remettre l'exploitation en état afin de limiter les pertes dues à l'arrêt temporaire de la production. Leur efficacité suppose une célérité accrue de la part des pouvoirs publics afin de combler les manques de trésorerie des opérateurs¹¹⁶¹.

Pour financer de telles aides, les collectivités territoriales peuvent recourir à des systèmes particuliers. C'est notamment le cas lorsqu'elles bénéficient de dotations ou de subventions de l'État (par exemple le fonds d'intervention et de sauvegarde de l'artisanat et du commerce¹¹⁶²) ou qu'elles utilisent des ressources issues des fonds européens tels que les fonds structurels¹¹⁶³.

¹¹⁶⁰ Ces intérêts correspondent notamment au maintien de l'emploi et du tissu industriel de la collectivité locale.

¹¹⁶¹ Ainsi, la France a notifié à la Commission européenne un régime temporaire d'aide destiné aux entreprises victimes de la tempête de décembre 1999 et de la marée noire de l'hiver 2000.

¹¹⁶² Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

¹¹⁶³ Il s'agit du fond social européen, du fonds européen d'orientation et de garantie agricole, du fonds européen de développement régional, l'instrument financier d'orientation de la pêche.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

399. L'action des pouvoirs publics en matière de prévention et de prévoyance des risques est marquée par la nature économique des entreprises qui les courent. Cette influence n'a toutefois pas la même ampleur selon les hypothèses. Tantôt il s'agit d'une simple adaptation des moyens communs de prise en charge, tantôt il s'agit de l'adoption de moyens spécifiques. Dans l'une ou l'autre de ces situations, l'action publique tend à compléter les mesures adoptées par les entrepreneurs afin de combler leurs lacunes et répondre, dans cette seule mesure, aux besoins qu'ils expriment. Ce complément n'a d'ailleurs pas non plus la même importance selon les cas. Il varie en effet en fonction des carences ou insuffisances constatées chez les opérateurs. Qu'il s'agisse de prévention ou de prévoyance, les entreprises ne sont pas sur un pied d'égalité face aux risques puisque leur capacité financière et les moyens dont elles disposent sont très variables. En outre, il est des domaines où l'initiative privée existante exige un simple ajustement (en matière d'assurance notamment) alors que dans d'autres, elle est loin de suffire à faire face aux risques (prévention, prévisions des moyens financiers, etc.) et exige de la sorte une intervention publique plus poussée.

400. L'adaptation de la prise en charge des risques à la situation des entreprises, si elle permet de rendre plus efficaces tant la prévention que la prévoyance par l'adoption de mesures proportionnées et utiles, détermine également l'efficacité des mesures adoptées *a posteriori*, lorsque le risque s'est réalisé. En effet, faire cesser le trouble résultant d'un risque ou remettre en état les situations économiques exige une bonne connaissance du risque que permet l'action de prévention. De la même manière, l'action réactive des pouvoirs publics ne peut atteindre ses objectifs que si les moyens juridiques ou financiers prévus en amont sont correctement ajustés.

TITRE SECOND :
L'ATTITUDE REACTIVE DES POUVOIRS PUBLICS

401. Un individu est dit « réactif » lorsqu'il adopte une modification de son comportement ou de son attitude¹¹⁶⁴ en réponse à une action ou à une donnée extérieure.

Appliquée à une situation de risque pour les entreprises, la réaction consiste à s'y opposer par une action contraire. Concrètement, elle signifie rétablissement de l'ordre là où le risque a introduit le trouble économique, restauration de situations viables. Ainsi, la réaction est-elle une action qui tend à prendre le dessus sur des bouleversements ; elle s'oppose au découragement et au laisser-aller.

L'observation d'une attitude réactive ne signifie pas nécessairement que rien n'a été tenté *ex ante* pour prévenir les conséquences d'un événement dommageable. Elle peut certes être adoptée dans de telles hypothèses, mais peut aussi l'être dans des situations d'échec de la prévention.

Par ailleurs, la réaction ne saurait en aucun cas être opposée à la prévoyance des risques. Celle-ci n'a en effet pour seule finalité que de permettre de disposer de moyens suffisants en situation de crise : on est en effet d'autant plus à même d'intervenir dans ce cas que l'on s'y est préparé à l'avance. Elle se concrétise naturellement *ex post* lorsqu'il s'agit d'affronter l'urgence et la gravité des événements.

402. L'attitude réactive des pouvoirs publics ne se distingue pas de celle qu'est susceptible d'observer tout individu ou toute entreprise face à la réalisation d'un événement imprévisible et dommageable¹¹⁶⁵. Elle vise en premier lieu à rétablir une situation dans laquelle l'activité pourra reprendre dans des conditions satisfaisantes (**Premier chapitre**), puis en second lieu à prendre en charge les conséquences financières des préjudices subis (**Second chapitre**).

403. Avant d'étudier les deux aspects de la réaction et de constater à nouveau leur spécificité par rapport à la prise en charge des risques des particuliers, il convient de

¹¹⁶⁴ Celle-ci peut être initialement une attitude passive.

¹¹⁶⁵ Ils n'agissent cependant pas dans le même intérêt.

préciser que ceux qui trouvent leur origine dans l'action administrative ne seront pas traités de façon égale dans les développements qui suivent. En effet, si l'ensemble des risques résultant de l'action des pouvoirs publics, qu'elle soit légale ou non, peut donner lieu à indemnisation, ils ne donnent en revanche pas tous lieu à une action de rétablissement de la situation économique des entreprises.

En effet, si les agissements illégaux peuvent entraîner une obligation de remise en état pour les pouvoirs publics, on constate logiquement que ceux-ci ne tentent pas de rétablir la situation d'entrepreneurs qu'ils ont légalement et volontairement bouleversée.

CHAPITRE PREMIER :

LE RETABLISSEMENT D'UNE SITUATION ECONOMIQUE VIABLE

404. Afin de limiter l'ampleur des dommages résultant de la réalisation d'un risque et d'assurer le rétablissement des situations économiques, deux actions complémentaires doivent être menées. Il convient d'une part de faire cesser la situation dommageable, et d'autre part de permettre une reprise rapide de l'activité économique¹¹⁶⁶. Les entreprises tentent d'intervenir en ce sens sur le fondement des outils de prévoyance qu'elles ont établis en amont : signature de contrats d'assurance, plans de survie ou d'urgence, prévision de moyens financiers d'urgence, etc.¹¹⁶⁷ Elles tentent alors, dans la limite des moyens dont elles disposent, d'affronter la situation de crise, de préserver leur patrimoine et d'assurer le rétablissement de leur activité dans des délais brefs. On peut pourtant constater, au regard des diverses catastrophes qui ont touché la France ces dernières années, que les efforts ainsi manifestés sont parfois loin d'être suffisants pour rétablir les situations endommagées. Les entreprises se trouvent alors dépourvues face à des situations qui les dépassent largement, et demeurent incapables de faire cesser les situations dommageables qu'elles subissent ou d'assurer la survie de leur activité.

405. Il est alors à nouveau fait appel aux pouvoirs publics en vue de venir en aide aux opérateurs « nécessaires ». Il n'est qu'à rappeler les demandes appuyées et répétées des compagnies aériennes et de leurs assureurs exigeant une prise en charge par l'État des conséquences des attentats du 11 septembre 2001. Les entrepreneurs ne sont cependant pas les seuls à bénéficier de telles interventions publiques. Les particuliers sont en effet les premiers à profiter de secours en cas d'inondations, de

¹¹⁶⁶ Cette distinction, si elle permet de mieux appréhender l'intervention *a posteriori* des pouvoirs publics, ne doit cependant pas cacher le fait que dans certaines hypothèses que nous précisons, les instruments utilisés afin de faire cesser les dommages subis par les entreprises permettent également d'assurer le remise en état de leur activité.

¹¹⁶⁷ Voir *supra*, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre.

tempêtes, d'explosions, etc., complétés par des aides matérielles et financières¹¹⁶⁸. On peut alors se demander s'il convient de faire une place à part à l'étude de la prise en charge des conséquences de risques lorsqu'ils sont subis par des entreprises.

406. On répondra de façon positive en démontrant que lorsqu'ils font cesser la situation dommageable engendrée par la réalisation d'un risque (**Section première**) et lorsqu'ils permettent la reprise des activités économiques (**Section seconde**), les pouvoirs publics interviennent de façon spécifique afin de tenir compte de la particularité des activités économiques endommagées ou de celles des préjudices subis. Et ce, même si la nature des risques ou des victimes en cause implique que des outils communs aux entreprises et aux particuliers soient mis en œuvre.

C'est en suivant l'ordre chronologique des interventions publiques, lui-même dicté par la manière dont se réalisent les risques et les dommages qu'ils entraînent qu'il sera possible de comprendre les diverses modalités de l'action des pouvoirs publics et les divers objectifs qu'ils s'assignent. Ce choix méthodologique peut cependant faire l'objet d'une réserve. En effet, au fil des développements, on aura l'occasion de souligner que certains outils permettent d'atteindre plusieurs objectifs successifs et dépassent ainsi notre grille de lecture. Ils ne la remettent cependant pas en cause.

¹¹⁶⁸ Voir en ce sens : J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., pour une analyse détaillée des secours de première urgence distribuée par les pouvoirs publics aux sinistrés.

SECTION PREMIERE :

LA CESSATION DE LA SITUATION DOMMAGEABLE

407. Les diverses modalités suivant lesquelles un risque peut se réaliser et engendrer des situations dommageables pour les entreprises expliquent la manière dont procèdent les pouvoirs publics pour les faire cesser. En effet, l'événement par lequel se concrétise le risque ne constitue pas le seul objet de leur intervention. S'il est vrai que faire cesser une situation suppose qu'ait expiré sa cause, cette seule constatation suffit rarement à atteindre un tel résultat. Il est en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles une fois l'événement causal réalisé, soit qu'il soit instantané¹¹⁶⁹, soit que l'on ait réussi à le faire cesser¹¹⁷⁰, ses conséquences se prolongent¹¹⁷¹, voire apparaissent ensuite. Par ailleurs, les cas dans lesquels la manifestation d'un risque est irrésistible et échappe à la maîtrise ne sont pas rares¹¹⁷². Il convient dès lors de se concentrer non plus seulement sur l'événement par lequel se réalise le risque¹¹⁷³, mais également, et de façon indépendante, sur ses conséquences dommageables pour les opérateurs¹¹⁷⁴. Ainsi, les modalités de l'intervention publique visent-elles d'une part à faire cesser l'événement qui concrétise le risque, lorsque cela est possible, mais également ses conséquences (§ 2). Nous verrons qu'elles reflètent peut-être moins que les autres outils d'intervention publique la subsidiarité de cette dernière. On ne peut cependant envisager l'étude des modalités « réactives » de l'intervention publique sans avoir au préalable évoqué le

¹¹⁶⁹ C'est le cas d'une explosion due à une activité industrielle ou à un acte de terrorisme.

¹¹⁷⁰ Prenons l'exemple d'un acte répréhensible commis par une entreprise : violation des règles du marché, pollutions, espionnage industriel, etc.

¹¹⁷¹ Les effets des pollutions industrielles sont généralement qualifiés de latents puisqu'ils se prolongent sur de longues périodes, se transforment au cours du temps en fonction des interactions avec d'autres agents physiques ou d'autres phénomènes, ou apparaissent parfois *a posteriori*.

¹¹⁷² C'est le cas, notamment, des catastrophes naturelles telles les inondations, tempêtes ou autres tremblements de terre.

¹¹⁷³ Il s'agira par exemple du naufrage d'un pétrolier, du déversement de produits chimiques dans l'air ou dans, l'eau, de l'explosion d'une usine, d'un attentat, d'une émeute, d'un comportement anticoncurrentiel, etc.

¹¹⁷⁴ Par exemple : destruction de récoltes, de stocks ou de réserves ; impossibilité de vendre des produits contaminés ; destruction des bâtiments ; arrêt de la production, etc.

nouveau visage de la gestion publique des crises qui en modifie la nature. Il résulte de la configuration contemporaine des crises, liée à une évolution dans l'appréhension des risques, qui exige un ajustement des modalités de prise en charge (§ 1).

§ 1 - Le nouveau visage de la gestion publique des crises

408. Il n'est plus possible aujourd'hui d'appréhender et de comprendre les modalités par lesquelles sont gérées les situations d'urgence résultant de la réalisation de risques en ne se référant qu'à la notion traditionnelle de crise. Celle-ci a en effet subi une évolution de telle sorte qu'elle n'est plus perçue de la même façon par les pouvoirs publics, par l'opinion publique et par les entreprises (A). Cette transformation sémantique entraîne non seulement d'importantes conséquences pratiques mais permet également de repenser plus généralement la politique publique de gestion des crises provoquées par la réalisation de risques (B).

A- L'évolution de la perception de la crise

409. La perception des situations de crise a longtemps été liée à la croyance qu'il était possible d'en maîtriser les causes et les effets. Ainsi, la crise était-elle synonyme d'accident dans le cadre de processus que l'on contrôlait et dont on maîtrisait les éléments constitutifs. Cette façon de la concevoir reposait sur une vision ancienne du risque qui ne correspond plus parfaitement à sa réalité, et que l'on tentait de prendre en charge par des moyens désormais insuffisants (1°). La compréhension de l'évolution de l'intervention publique *a posteriori* suppose donc de présenter la vision renouvelée de la situation de crise induite par l'existence de risques nouveaux (2°).

1° La vision traditionnelle de la crise

410. Le risque était auparavant envisagé dans un système stable, dont on pensait maîtriser les éléments constitutifs et les variables. Il était alors synonyme de simple dérèglement¹¹⁷⁵ que l'on croyait être capable de faire cesser puisqu'il correspondait aux diverses hypothèses élaborées en amont **(a)**. La situation de crise ne pouvait dès lors être considérée que comme une situation accidentelle¹¹⁷⁶, dont les modes de réalisation étaient connus et les moyens d'y faire face déterminés **(b)**.

a) Une vision liée à une conception classique du risque

411. Si les conséquences des risques que produisaient la vie en société et le développement industriel ont pu, jusqu'à une époque récente, être considérées comme maîtrisables, c'est précisément parce que l'on ne les appréhendait que dans ce qu'elles avaient de maîtrisables, analysant les autres comme négligeables puisque d'une faible probabilité. De telle sorte que le risque n'était pas envisagé dans ses effets extrêmes et demeurait circonscrit dans les limites de la maîtrise technique, du connu et de l'expérimenté. Il est alors logique que le risque écologique n'ait été que rarement envisagé puisque assez rare et finalement peu grave car ses conséquences latentes ou à long terme ne faisaient pas partie du champ de références des experts. De la même

¹¹⁷⁵ « Des causes dont l'effet est rare, violent et subit ne doivent pas nous toucher, elles ne se trouvent pas dans la marche ordinaire de la Nature ; mais des effets qui arrivent tous les jours, des mouvements qui se succèdent et se renouvellent sans interruption, des opérations constantes et toujours réitérées, ce sont là nos causes et nos raisons. » in G. BUFFON, *Théorie de la Terre*, 1749, cité par J. DELUMEAU, Y. LEQUIN, *Les malheurs des temps. Histoire des fléaux et calamités en France – Mentalités, vécu et représentations*, Larousse, 1987, p.397.

¹¹⁷⁶ « Les scientifiques ne se sentent guère à l'aise avec ces phénomènes qui semblent hors du champ des théories bien nettes et ciselées qu'ils ont développées à partir des circonstances et événements inscrits dans la normalité. » in U. ROSENTHAL, M.T. CHARLES, P. T'HART, *Coping with crises. The management of disasters, riots and terrorism*, Springfield (Illinois), Charles C. Thomas Publisher, 1989, p.5, cité in O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc., p.213.

manière, la taille raisonnable de la plupart des épizooties permettait de les considérer comme de simples accidents que l'on savait ponctuellement traiter et éradiquer¹¹⁷⁷.

Ces risques considérés comme des accidents représentaient donc de simples soubresauts dans le cadre d'un univers connu dont les diverses configurations avaient été répertoriées et hiérarchisées, et où les solutions à adopter avaient été préalablement établies. En conséquence, quelle qu'ait été la gravité des dommages encourus, la situation ne pouvait être que sous contrôle puisque l'on savait en maîtriser les différents paramètres.

412. Cette conception du risque était intimement liée à une croyance quasiment inébranlable dans les bienfaits de la science et du progrès de la connaissance qui n'avaient jusqu'alors pas été remis en cause. Le développement maîtrisé de la science et des technologies ne pouvant apporter que des bienfaits, les défauts et risques qu'il présentait étaient minorés puisque peu graves, voire ignorés puisqu'ils ne pouvaient tenir la comparaison avec les avantages que l'on retirait de son exploitation.

La perception du développement technologique, corollaire nécessaire du progrès et du bien-être social, se justifiait alors par la tâche qu'on lui assignait¹¹⁷⁸. Destiné à réduire les inégalités sociales et la « misère tangible », à satisfaire des besoins avant tout matériels, il ne fut pris en considération que sous ses aspects positifs, sans que les dangers qu'il présentait ne soient réellement évalués ou même envisagés¹¹⁷⁹. La crainte

¹¹⁷⁷ Voir en ce sens : O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc., p.200 et s.

¹¹⁷⁸ U. BECK, *La société du risque*, Champs Flammarion, Paris 2001, p.81 et s. : « Il y a toujours moyen de justifier par la nécessité de remédier à la misère tangible le fait que l'on ignore des risques (...) ». De même, p. 109 : « Dans la curiosité scientifico-technique, la priorité va aux gains de productivité ; ce n'est qu'après, et parfois même longtemps après, que l'on réfléchit aux menaces qui en découlent ».

¹¹⁷⁹ Cette conception est encore assez largement partagée aujourd'hui. Devant permettre d'assurer la survie d'une part importante de la population des zones géographiques les plus pauvres, le progrès industriel et technologique ne devrait être pris en compte que sous ces aspects positifs, sans considération des risques qu'il présente. Ce n'est que « riches » ou « développés », que les États ont, mais dans un deuxième temps seulement, le devoir de se préoccuper des menaces induites par leur développement.

du chômage, de la pauvreté ou de la récession économique expliquait que des risques soient écartés, pesant bien peu dans les plateaux de la balance des intérêts.

413. Une telle approche n'excluait bien entendu pas la réalisation d'événements s'écartant des schémas préétablis par les techniciens, mais elle faisait le choix raisonné de ne pas les prendre en compte pour déterminer les décisions à adopter puisque les probabilités de conséquences extrêmes étaient très faibles. Des mesures de circonstance suffiraient alors à gérer ces situations extraordinaires, que l'on justifierait en recourant à l'idée selon laquelle les risques allant nécessairement de pair avec le progrès, on ne peut éviter que quelques dérapages se produisent.

Pour le reste, on pouvait fort bien se contenter des mesures de réaction ayant déjà fait leur preuve face à des risques connus, et se satisfaire des mesures de prévention adoptées en amont.

b) Des outils classiques de réaction

414. La vision classique du risque et des situations de crise qu'il est susceptible d'entraîner, explique que les moyens de réaction mis en œuvre par les pouvoirs publics ne diffèrent guère de ceux utilisés face à des situations de troubles ou d'accidents « ordinaires » ou tout au moins déjà expérimentés. De sorte que les outils généraux qu'offre le droit public à l'administration doivent normalement permettre de les faire cesser puisqu'elles entrent dans le champ d'expérience de la puissance publique. On aura alors recours aux mesures de police de l'ordre public ou à des outils dont l'usage est plus exceptionnel.

415. Le législateur a par exemple confié à l'autorité de police municipale le soin de « (...) faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les

fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature (...) »¹¹⁸⁰. Sur ce fondement sont votées des subventions permettant d'allouer des aides financières aux sinistrés en complément de l'intervention étatique¹¹⁸¹. Outre des mesures financières, l'autorité de police pourra ordonner que soient réalisés certains travaux tels que le déblaiement des décombres à la suite d'une calamité naturelle, la réparation ou la construction de digues, etc. Elle pourra, si le besoin s'en fait ressentir, recourir à l'exécution d'office¹¹⁸² des mesures qu'elle aura adoptées ou réquisitionner les biens et services nécessaires¹¹⁸³. En cas de défaillance de l'autorité locale dans ce dernier cas, le préfet s'y substituera sur le fondement de l'article 10 de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile¹¹⁸⁴.

416. Face à des événements dont la survenance est moins habituelle, qui sortent quelque peu des schémas préétablis, les théories de l'urgence ou des circonstances

¹¹⁸⁰ Article L. 2212-5, 5° du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁸¹ Voir en ce sens : J.-M. PONTIER, *les calamités publiques*, préc. ;, p. 100 et s.

¹¹⁸² En cas d'urgence (les cas sont cependant rares en jurisprudence : voir en ce sens : P.L. FRIER, « L'exécution d'office : principe et évolutions », *A.J.D.A.* 1999, n° spécial, p.45.), ou lorsque la loi l'y autorise, l'autorité de police peut exécuter (le plus souvent après mise en demeure) les décisions auxquelles s'opposait leur destinataire tout en s'assurant que les mesures employées sont bien nécessaires. (C.E., 2 décembre 1902, *Sté immobilière de Saint-Just*, p.713, concl. ROMIEU, *D.* 1903.3.41, concl., *S.* 1904.3.17, concl., note HAURIOU. Le Commissaire du gouvernement ROMIEU dans ses conclusions recourt à une expression imagée explicitant parfaitement les raisons du recours à l'exécution d'office en cas d'urgence : « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »). C'est ainsi que le préfet peut faire procéder d'office, sur le fondement de la loi du 19 juillet 1976, à l'exécution de mesures qu'il a prescrites pour faire cesser un risque causé par une installation classée.

¹¹⁸³ Ce fut le cas lors de la crise du transport routier de 1996 où l'autorité de police réquisitionna plusieurs stations services afin de permettre aux véhicules prioritaires de circuler. Voir en ce sens : P. LEVAYE, « Les pouvoirs de réquisition. », *A.J.D.A.* 1999, n° spécial, p.22 ; J. QUASTANA, « Réquisition : état du droit et perspectives », *A.J.D.A.* 1999, n° spécial, p.25. Deux ensembles de textes organisent le droit de réquisition. D'une part la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre et les ordonnances des 6 et 7 janvier 1959 relatives aux réquisitions de biens et services. D'autre part, des textes plus disparates répondant à des objets distincts telles la lutte contre la pollution marine (loi du 7 juillet 1976 relative à la prévention et à la prévention de la pollution marine), la lutte contre la fièvre aphteuse (article 223-21 du Code rural), l'exécution des mesures de police prises sur le fondement de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁸⁴ On peut noter à cet égard que le plan Orsec définit et répertorie les différents moyens qu'il est possible de réquisitionner en cas de besoin.

exceptionnelles¹¹⁸⁵ permettent à l'administration de réagir promptement, mais ponctuellement en usant de moyens adéquats. Il en va ainsi de l'état d'urgence prévu par les lois des 3 avril et 7 août 1955 en cas de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou d' « événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamités publiques »¹¹⁸⁶. Il autorise les autorités civiles à étendre leurs compétences et à restreindre l'exercice des libertés publiques¹¹⁸⁷, notamment la liberté de circulation et de réunion. De même, la jurisprudence du Conseil d'État a permis de considérer « des circonstances exceptionnelles qui sont par elles-mêmes constitutives d'une compétence nouvelle pour l'autorité administrative »¹¹⁸⁸ et qui permettent « l'extension des pouvoirs des autorités administratives *autant qu'il le faut* pour qu'elles puissent prendre les mesures imposées par le caractère exceptionnel¹¹⁸⁹ des circonstances »¹¹⁹⁰. À ce titre les autorités publiques pourront se dispenser du respect de règles de forme comme de fond et porter aux libertés publiques, sous le contrôle du

¹¹⁸⁵ Voir A. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles », *Etudes en l'honneur d'A. MESTRE*, Sirey 1956, p.413.

¹¹⁸⁶ Voir : R. DRAGO, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *R.D.P.*, 1955, p.670. Le projet du Gouvernement prenait comme exemples les incendies de forêt, les inondations ou les tremblements de terre.

¹¹⁸⁷ Sous le contrôle du juge administratif qui a récemment rappelé par une ordonnance du 9 décembre 2005 *Mme Allouache*, « qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un État de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, (et ne fait pas) échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité. ». En l'espèce, le Conseil avait à statuer sur une demande de référé suspension visant le refus par le chef de l'État de mettre fin à l'état d'urgence déclaré par décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 et prorogé par la loi du 18 novembre 2005 en réponse aux violences urbaines qui ont touché plusieurs villes françaises à l'automne 2005.

¹¹⁸⁸ Concl. LEONARD sur C.E., 7 janvier 1944, *Lecoq*, *R.D.P.*, 1944, p.348.

¹¹⁸⁹ Ont été considérées comme de caractère exceptionnel et entraînant l'impossibilité d'agir conformément au principe de légalité: les guerres, insurrections, catastrophes naturelles, grèves, etc.

¹¹⁹⁰ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1., 15^e éd., Montchrestien, 2001, p.1086.

juge¹¹⁹¹, des atteintes normalement illégales, justifiées par la protection d'un intérêt essentiel¹¹⁹².

419. Considérer que ces outils classiques de réaction correspondent à une vision des risques qui n'est plus contemporaine, puisqu'envisagés comme de simples dysfonctionnements dans le cadre de systèmes connus, maîtrisés et expérimentés, ne signifie cependant pas qu'ils ne trouvent plus à s'appliquer aujourd'hui. Une partie encore importante des risques que courent les entreprises correspondent toujours à cette vision traditionnelle¹¹⁹³ ; on les fera alors cesser en usant utilement de ces moyens. Ils ne se révèlent néanmoins pas suffisants pour permettre aux pouvoirs publics de réagir face à des risques dont la conception, si ce n'est parfois la nature, ont donné aux situations de crise une dimension nouvelle.

2° Une vision renouvelée de la crise

420. Les modalités de l'intervention publique en matière de risque ont dû récemment évoluer sous l'influence d'une vision assez largement partagée des situations de crises contemporaines dont les paramètres ont été modifiés. Elle se fonde en effet sur un double phénomène de réappréciation des situations de risque qui conduit les

¹¹⁹¹ « Dans chaque espèce où l'existence de circonstances exceptionnelles est alléguée, il appartient au juge d'apprécier si à telle époque, en tel lieu, dans telle situation, l'autorité administrative était tenue au respect des règles du droit positif ou si, manifestement, ces règles avaient été élaborées pour d'autres circonstances, auquel cas le juge détermine les contours de règles nouvelles. » in A. MATHIOT, préc., p.418.

¹¹⁹² Voir par exemple : pour l'ordre public : C.E., 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, p. 208, R.D.P. 1919, p.338, note G. JEZE, S. 1919.3.33, note M. HAURIOU ; pour l'intérêt d'une intervention rapide dans le domaine économique : C.E., 14 mai 1920, *Synd. Patr. De la boulangerie de la Seine*, p.499, *a contrario*, C.E., 18 février 1921, *Maréchal*, p.207.

¹¹⁹³ On peut en effet considérer que les troubles causés par les guerres (malgré le nouveau visage que leur a donné le terrorisme international), les catastrophes naturelles (malgré la force avec laquelle certaines d'entre elles se sont récemment manifestées), et autres atteintes à l'ordre public correspondent encore majoritairement à ce qu'elles étaient auparavant.

individus à prendre conscience des dangers qui les entourent et d'apparition de nouveaux risques jusqu'alors inconnus.

421. La façon d'appréhender l'incertitude qui caractérise le risque a fait l'objet d'une évolution relativement récente. Les citoyens, tout comme les pouvoirs publics, ont en effet été amenés, à la suite de la réalisation dans la deuxième moitié du vingtième siècle de diverses catastrophes sanitaires ou technologiques, à prendre conscience qu'un nombre non négligeable de risques, considérés jusqu'alors comme de simples dérèglements maîtrisables, recélaient en réalité une potentialité catastrophique importante. Cette possibilité ouverte à la réalisation de phénomènes inconnus bouleverse alors la conception de la connaissance et du progrès scientifique et place les pouvoirs publics dans une situation totalement nouvelle qui excède leur expérience et le champ de leurs références. Le risque échappe ainsi aux schémas préétablis, à l'organisation des compétences, à la maîtrise des techniciens. Il suppose de reconstruire le connu, d'établir de nouvelles références et de nouveaux modes de réaction.

Ce changement d'état d'esprit est en réalité lié à deux phénomènes distincts, mais dont les effets sur la conception du risque s'entremêlent. D'une part, de nouveaux risques sont apparus, liés au développement technologique et scientifique. D'autre part, les conséquences extrêmes des risques ne sont plus écartées sciemment de l'analyse comme éléments négligeables, mais font l'objet d'une attention toute particulière.

L'évolution des connaissances scientifiques, des techniques industrielles et des procédés a fait apparaître de nouveaux risques qui en sont la contrepartie nécessaire. Il n'est en effet pas besoin de s'étendre sur la constatation que plus le champ des connaissances s'étend, plus celui de l'ignorance s'accroît, entraînant à sa suite son lot d'incertitudes et d'inquiétudes nouvelles. Il suffit pour s'en convaincre de se référer aux débats portant sur les avantages et inconvénients des techniques de modification génétique des végétaux. Les désormais célèbres OGM ont en effet suscité à ce jour plus d'interrogations et de peurs que d'avantages vérifiés. Le progrès et l'acquisition de

connaissances nouvelles sont alors observés au travers d'un prisme différent : ils ne sont plus synonymes de bienfaits économiques et sociaux mais font dorénavant l'objet d'analyses critiques, de balances d'intérêts qui permettent parfois de remettre en cause le postulat selon lequel progrès et bienfaits sont nécessairement corrélés¹¹⁹⁴. Dès lors est émis le souhait qu'exploitation de nouvelles techniques et acquisition de connaissances sur ses méfaits aillent au minimum de pair afin que l'on ne s'aperçoive pas trop tard que ce que l'on croyait bénéfique est en réalité dangereux¹¹⁹⁵.

L'apparition de ces risques nouveaux et la transformation du regard porté sur les conséquences du développement scientifique ont conduit, dans un second temps, à considérer comme sérieuses les conséquences graves, mais peu probables des risques qui étaient jusqu'alors écartées des références des décideurs publics et des techniciens. Leur aspect potentiellement catastrophique a alors fait l'objet d'une attention renouvelée qui conduit à repenser les choix préétablis, tant au niveau de la politique de prévention que des mesures de réaction. Cette nouvelle conception du risque a trouvé un terrain particulièrement fertile dans la succession récente de catastrophes aussi bien naturelles que technologiques qui ont non seulement révélé des effets que l'on croyait impossibles, mais ont également été marquées par des carences manifestes des pouvoirs publics dans la gestion de la crise. Dès lors, le risque ne peut plus être qu'un simple accident se produisant dans un univers maîtrisé, il est un événement dont les conséquences, même peu connues ou d'une très faible probabilité, font peur puisqu'elles n'entrent plus dans le cadre des références et des expériences. Sont alors mis en lumière, pour n'en retenir que certains à titre d'exemple, les effets latents de

¹¹⁹⁴ « Parallèlement, de plus en plus de gens savent que les sources de la richesse sont souillées par le nombre croissant des « menaces dues aux effets induits » (...) Or cette face sombre de la modernisation est amplifiée par le surdéveloppement des forces de production. Dans le processus de modernisation, on libère aussi de plus en plus de forces de destruction, et ce à un degré qui dépasse les capacités humaines de représentation. Ces deux phénomènes nourrissent une critique croissante de la modernisation qui détermine les débats publics de façon bruyante et conflictuelle. » in U. BECK, *La société du risque*, , préc., p.38.

¹¹⁹⁵ Ce fut le cas d'un certain nombre d'engrais ou pesticides. L'exemple du Gaucho en est une bonne illustration. Voir en ce sens : C.E., 22 juillet 2004, *Association générale des producteurs de maïs*, req. n°269104.

certains risques industriels dont les effets ne se révéleront que dans plusieurs dizaines d'années, l'aspect planétaire que revêtent les risques écologiques, notamment les risques climatiques, ou encore les interactions entre risques dont les conséquences demeurent souvent inconnues.

422. Fondée sur une appréciation renouvelée du risque, la situation de crise apparaît désormais sous un nouveau jour à ceux qui sont chargés de la faire cesser. En effet, les modèles d'action préétablis au regard de risques que l'on croyait maîtrisables ne sont plus utiles puisque adoptés pour régir des situations référencées et expérimentées. Or la situation de crise correspond à des situations limites, aberrantes aux vues des connaissances, et à l'égard desquelles les outils de réaction traditionnels peuvent ne plus suffire. Considérée comme une rupture, une « discontinuité » dans l'ordre normal des choses, la crise confronte les pouvoirs publics à des « problèmes hors échelles coutumières »¹¹⁹⁶ face auxquels ils se trouvent pris de court puisque leurs références et les règles de conduite habituelles sont hors d'usage. En effet, il ne s'agit plus d'affronter un nombre de difficultés déterminées à l'avance auxquelles ont été affectées des solutions précises, mais bien une multiplication de difficultés enchevêtrées qui mettent à mal les chaînes de décision, entraînent l'incertitude et la contradiction entre experts. Les diverses crises ayant eu lieu en France ces dernières années le démontrent parfaitement : difficultés dans l'aménagement et la répartition des compétences à la suite du naufrage de l'Érika, afflux de problèmes simultanés lors de la tempête de décembre 1999, contradiction entre experts lors de la crise de la « vache folle » ou de l'explosion de l'usine AZF, etc.

423. Face à un tel constat, il convient nécessairement de repenser la politique de réaction des pouvoirs publics visant à faire cesser les situations de crise. À défaut, et en

¹¹⁹⁶ Ibid, p.221.

raison des carences parfois graves qu'ils ont pu manifester¹¹⁹⁷, l'opinion publique, particulièrement sensible au « catastrophisme », pourrait exiger de la part des gouvernants la recherche déraisonnable du risque zéro, tout comme elle a déjà exigé à certaines occasions la mise en place d'un principe de précaution absolu.

En outre, l'absence de modification des comportements réactifs menace d'aggraver les difficultés rencontrées à l'occasion des crises. Ainsi, les exemples sont nombreux où les pouvoirs publics, ayant refusé de reconnaître la gravité de certaines situations qu'ils avaient au préalable volontairement écartées en raison de leur marginalité, ont préféré minimiser les problèmes ou tenté de prouver leur inexistence afin de les replacer dans une situation de normalité bien plus rassurante. Ce voile posé sur la crise ne fait en réalité que reporter sa découverte à un moment où il sera bien plus ardu, si ce n'est impossible, de régler la situation dans des délais et à des coûts raisonnables.

B- Les conséquences de la conception renouvelée de la crise

424. Initiée par la découverte ou la prise de conscience de risques nouveaux, la perception contemporaine des situations de crises entraîne nécessairement des conséquences au niveau de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises. En effet, la conception renouvelée de la crise emporte des effets économiques importants dont il est impératif de tenir compte (**1°**). Elle suppose ainsi un ajustement des procédures de réaction (**2°**).

¹¹⁹⁷ Il s'agit par exemple de décisions trop tardives, insuffisantes ou inadaptées, de l'absence quasi totale d'information voire de la désinformation (le nuage radioactif provenant de la centrale nucléaire de Tchernobyl se serait paraît-il arrêté à nos frontières !).

1° Les conséquences économiques de la conception renouvelée de la crise

425. Que cela soit en raison de l'apparition de nouveaux risques ou de la prise de conscience de l'existence d'effets potentiellement catastrophiques de risques plus anciens, les entreprises ressentent différemment les situations de crise, et ce, à plusieurs niveaux. En accord avec la conception d'U. Beck¹¹⁹⁸, on peut en effet retenir trois conséquences économiques distinctes dont les effets s'additionnent.

En premier lieu, les risques produits par le développement technologique et industriel engendrent des conséquences dommageables qui se retournent invariablement contre ceux qui les ont produits. Cet effet « boomerang »¹¹⁹⁹ se manifeste donc par un effet de répercussion sur les centres de production des risques qu'ils ont eux-mêmes causés. Il en va ainsi, pour reprendre un exemple fréquemment cité, des activités bénéficiant des ressources naturelles ou qui les exploitent. L'usage de produits chimiques, engrais ou insecticides, favorisant une meilleure productivité à court ou moyen terme, entraîne sur une plus longue période l'appauvrissement des sols ou la pollution des eaux qui, en fin de compte, ne feront que diminuer les rendements économiques à venir. Ceci est aggravé par la constatation que, confrontés à un tel appauvrissement, les entrepreneurs n'envisagent souvent que l'utilisation plus massive des produits incriminés pour résoudre leurs difficultés de production.

En deuxième lieu, les crises consécutives à la réalisation de tels risques entraînent une « dévalorisation »¹²⁰⁰ de la valeur des patrimoines des entreprises alentour. Une pollution, une explosion, une épizootie de grande ampleur, affectent nécessairement la valeur des biens de production des entreprises qui subissent ainsi indirectement les effets de crises à l'origine desquelles elles ne se trouvent pas. La

¹¹⁹⁸ U. BECK, *La société du risque*, préc.

¹¹⁹⁹ Ibid, p.67.

¹²⁰⁰ Ibid, p.69.

diminution de la valeur des terrains qui en est très souvent la conséquence entraîne de nombreux dommages économiques. L'entrepreneur en bâtiment ou l'agence immobilière peuvent par exemple être touchés à plusieurs niveaux : vente à perte de terrains préalablement acquis, impossibilité de construire ou de louer en raison de la pollution des sols ou de l'interdiction qui leur est faite par les pouvoirs publics.

En dernier lieu, et certainement de la façon la plus manifeste, la prise de conscience par l'opinion publique de l'existence de dangers jusqu'alors ignorés et des crises qu'ils sont susceptibles d'engendrer, entraîne des effets économiques parfois dévastateurs que les entreprises n'avaient pas envisagés: chute de la consommation de certains produits soit parce qu'ils sont dangereux soit parce que l'entreprise qui les produit est à l'origine de risques jugés excessifs, volonté de la société civile d'obtenir un droit de regard, une information pertinente, etc.

2° L'ajustement des outils de réaction

426. Tout comme le principe de précaution a permis d'intégrer la problématique de l'incertitude scientifique dans les processus de prévention, le nouveau visage de la crise impose aux pouvoirs publics d'envisager les potentiels catastrophiques, les effets latents ou retardés, lorsqu'ils envisagent les mesures destinées à faire cesser les troubles subis par les entreprises. L'adaptation des procédures de réaction qui en résulte doit en effet se manifester par la prise en considération de deux exigences.

Il s'agit d'une part, de ne pas se laisser tenter par l'attrait du catastrophisme et développer en conséquence des moyens disproportionnés et fort coûteux de réaction dans le seul objectif de répondre aux craintes exprimées par l'opinion et de se protéger contre les critiques éventuelles. L'équilibre et la balance des intérêts en jeu sont, peut-être plus encore qu'en situation normale, un impératif en situation de crise. Le désordre que celle-ci instaure dans les références, les connaissances que l'on croyait acquises, les

savoirs techniques, les chaînes de décisions, ne doit pas justifier que des mesures excessives soient adoptées, dont les effets, principalement au plan économique, seraient plus dommageables que les troubles initiaux. Ainsi, les questions relatives aux avantages et inconvénients des diverses mesures envisagées doivent être posées : par exemple l'abattage systématique de tout un troupeau dès lors qu'un seul animal est infecté, la vaccination systématique, la rupture des relations commerciales avec un État étranger, l'interdiction totale du commerce de certains produits, la réglementation des prix, la suspension de certaines cotations, etc.

Cette exigence est d'autant plus importante que, confrontés à des crises dont certaines manifestations peuvent se révéler en d'autres lieux et à d'autres époques, les pouvoirs publics, en faisant cesser les troubles immédiats, doivent avoir à cœur de prévenir également ceux qui se réaliseraient éventuellement plus tard. Réaction et prévention se rejoignent alors, et l'on sait combien la proportionnalité est une condition de l'efficacité des mesures de prévention¹²⁰¹.

Il s'agit d'autre part de repenser l'information des victimes en période de crise, lorsque les modalités ordinaires de prise de décision sont remises en cause. Désorganisée, la « machine » administrative peut avoir tendance à nier la réalité de la situation, en affirmant la maîtriser, voire en la minimisant à l'excès. Or, dans de telles hypothèses, le silence ou l'information défectueuse peuvent s'avérer très dommageables pour les entreprises. L'information leur permet en effet d'adapter les stratégies commerciales d'urgence qu'elles ont élaborées en amont, de connaître l'ampleur des contraintes qui leur seront imposées par les pouvoirs publics et de s'y préparer. On comprend alors l'importance que revêt la sincérité des données transmises aux entreprises. L'aveu d'ignorance est toujours préférable, il n'induit pas les opérateurs en erreur, qui de la sorte peuvent se tenir prêt à réagir par la suite¹²⁰². Dans ce cadre

¹²⁰¹ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°257 et s.

¹²⁰² « (...) Quant aux experts du gouvernement, leur avis change toutes les deux heures. Ce qui paraît donc insupportable (...), c'est que personne n'ait l'honnêteté de dire : nous ne savons pas ce qui va arriver », cité in O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *traités des nouveaux risques*, préc., p.204.

également, les procédures d'alerte doivent être repensées afin de ne plus simplement avertir de l'imminence d'un danger fort probable, mais également d'indiquer la possibilité que se réalisent des dommages à plus ou moins long terme, d'une probabilité assez faible mais virtuellement très importants.

§ 2- Les modalités de la cessation des situations dommageables

427. Par leur définition même, les risques, lorsqu'ils se réalisent, entraînent des situations dommageables pour les entreprises. Or, en raison des diverses configurations que peuvent revêtir ces situations de crise en fonction de leur nature, de leur intensité, de leur durée, ou de leur localisation, les pouvoirs publics, appelés à en faire cesser les conséquences, sont amenés à distinguer diverses modalités d'intervention selon les caractères des risques en cause. Ils tenteront en effet, lorsque cela s'avère possible, de mettre un terme aussi bien aux événements à l'origine de la crise subie par les entreprises qu'à ses conséquences. Ceci s'explique par le fait que si une situation dommageable ne peut définitivement cesser que lorsque sa cause a expiré, il est rare que cela suffise tant sont nombreuses les situations irrésistibles ou les hypothèses dans lesquelles les dommages perdurent ou apparaissent après que leur cause a cessé. Il convient dès lors d'étudier séparément l'action publique visant à faire cesser les événements à l'origine de la situation dommageable, c'est à dire ceux par lesquels se réalise le risque, et celle qui ne vise qu'à faire cesser ses conséquences.

428. En retenant cette distinction, on s'interrogera sur l'existence d'une éventuelle particularité de la méthode et des moyens utilisés par rapport à ceux que mettent en œuvre les pouvoirs publics lorsqu'ils prennent en charge les risques des particuliers. Or, pour un certain nombre de raisons liées notamment à la nature des risques en cause, l'action visant à faire cesser les troubles subis par les entreprises est sensiblement moins marquée par leur nature économique que dans d'autres

hypothèses¹²⁰³ et met en œuvre des outils communs aux risques des particuliers et des opérateurs **(A)**. Il ne faut cependant pas conclure à une parfaite correspondance entre gestion des risques des particuliers et des entreprises. Certes moins influencée par la spécificité de l'activité économique, l'action publique demeure malgré tout tenue de la prendre en compte. Elle continue d'ailleurs parfois d'y appliquer des solutions propres **(B)**.

A- L'utilisation d'outils communs de réaction

429. Qu'ils tentent de faire cesser l'événement générateur de la situation dommageable **(1°)** ou ses conséquences **(2°)**. Les pouvoirs publics usent souvent des mêmes moyens pour les risques des entreprises que pour ceux des particuliers.

1° La cessation de l'élément générateur de la situation dommageable

430. La réalisation de risques peut faire apparaître divers troubles qui trouvent leur origine soit dans l'action des pouvoirs publics soit dans un fait ou un acte qui lui sont extérieurs. L'action publique vise alors en premier lieu, et lorsque cela est possible¹²⁰⁴, à faire cesser les événements par lesquels ils se réalisent¹²⁰⁵, qu'ils soient immédiatement ou éventuellement dommageables. Ce préalable est nécessaire en vue de mettre un terme aux dommages qui en résultent. En effet, si de nombreux risques entraînent des dommages simultanés, certains voient en revanche leurs conséquences

¹²⁰³ C'est le cas notamment de la prévoyance et de la prise en charge des conséquences financières des risques.

¹²⁰⁴ Cela suppose en effet que l'événement qui concrétise le risque ne soit pas irrésistible, ce qui est le cas des catastrophes naturelles dont on ne maîtrise pas les causes, et qu'il ne soit pas instantané, c'est-à-dire qu'il dure suffisamment dans la durée pour pouvoir faire l'objet d'une action destinée à le faire cesser.

¹²⁰⁵ La violation par une entreprise tierce des règles du marché, une émeute, le déversement de produits toxiques dans un milieu naturel, etc.

apparaître ultérieurement. Deux situations doivent alors être distinguées : l'une dans laquelle faire cesser l'événement qui concrétise le risque permet en même temps de faire cesser la situation dommageable pour les entreprises, l'autre dans laquelle il ne s'agit que d'un préalable, l'action publique devant être complétée par la suite en vue de faire cesser ses conséquences.

431. Un grand nombre de situations dommageables sont subies par les particuliers et par les entreprises. Il en va ainsi notamment des menaces de troubles à l'ordre public que constituent les risques environnementaux et sanitaires, les émeutes ou autres troubles du voisinage, mais également certaines crises économiques ayant des conséquences sur le niveau des prix des biens de consommation et des services. Dans de telles hypothèses, il convient de constater que l'action visant à faire cesser l'événement à l'origine des situations dommageables ne connaît que peu de spécificités liées à la nature économique des victimes. Les outils et les méthodes utilisés ne prendront en considération les intérêts économiques en jeu que de façon secondaire. Ceci se comprend aisément puisque mettre un terme à un phénomène suppose une action sur ses causes et n'intègre pas la prise en compte de la nature de ses conséquences. Ainsi fera-t-on cesser de la même façon le déversement d'hydrocarbures dans les eaux territoriales, l'expansion d'une épizootie ou d'une pollution, que les victimes soient des particuliers ou des entreprises.

Des opérations matérielles **(a)** aussi bien que des mesures juridiques **(b)** peuvent alors être mises en œuvre, qui bénéficient à l'ensemble des victimes actuelles ou potentielles. Il n'est donc pas réservé de sort particulier aux opérateurs qui se trouvent, avec les particuliers, dans une situation d'égal « handicap » face au risque qui se réalise.

432. Il convient de noter d'emblée que l'État étant, dans la majorité des cas¹²⁰⁶, la seule autorité capable de faire cesser l'événement par lequel se réalise le risque¹²⁰⁷, il ne saurait être ici question de subsidiarité de l'intervention publique puisque l'initiative privée n'est en réalité pas capable de s'exprimer¹²⁰⁸. Plus précisément, si ce principe d'action continue bien à jouer un rôle ici comme dans les autres domaines, il le fait de façon négative : la constatation de la totale incapacité des opérateurs victimes à faire face à la situation manifeste une carence complète de leur initiative. Or, l'action publique, en vertu de ce principe protecteur de la libre entreprise, est tributaire de l'expression d'un besoin. Elle ne vise pas à remplacer l'entreprise et n'a lieu en principe que pour seconder l'initiative privée en la complétant dans la mesure des carences exprimées. Si l'initiative privée ne peut jouer à défaut de moyens, la carence est alors totale et l'intervention publique est en réalité un remplacement.

a) *La mise en œuvre d'opérations matérielles*

433. Sans tenter de procéder à un recensement complet et à dire vrai impossible des opérations matérielles visant à faire cesser les événements concrétisant des risques tant elles sont variées, il est toutefois possible d'opérer une distinction selon le but

¹²⁰⁶ On veut souligner ici la capacité de certaines entreprises « créatrices de risques » de faire cesser ceux qu'elles ont causés par la mise en œuvre de plans de secours préétablis en amont (voir infra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, n°371 et s.). Cependant, rares sont les hypothèses où ces capacités s'avèrent suffisantes dès lors que le sinistre s'étend à leur environnement, les moyens publics d'intervention viennent alors compléter l'action privée.

¹²⁰⁷ Sont exclues les situations dans lesquelles la situation dommageable résulte de l'agissement volontaire d'un tiers. Celui-ci peut décider de lui-même de la faire cesser en mettant fin à son comportement. Ainsi, une entreprise ou un particulier déversant volontairement des produits toxiques dans un milieu naturel peuvent faire cesser l'événement à l'origine de la situation dommageable. Si ce n'est pas le cas, les pouvoirs publics demeurent en tout état de cause les seuls capables de faire cesser l'acte considéré de façon forcée, soit de leur propre initiative (utilisation de sanctions, arrestations, etc.), soit en faisant appliquer une décision de justice enjoignant de mettre un terme à la pollution.

¹²⁰⁸ Cette vérité n'est cependant pas absolue et comprend des exceptions. On peut en effet considérer le cas de grandes entreprises cotées en bourse qui peuvent tenter, en usant d'outils que leur offre le droit boursier, de faire cesser le comportement « inamical » d'investisseurs désireux de procéder à une offre publique d'achat en mettant en œuvre des techniques de défense anti-OPA.

recherché par les autorités publiques. Certaines de ces mesures relèvent en effet de l'exécution par des agents de la mission de police générale assignée à l'administration¹²⁰⁹, d'autres des polices spéciales. Les premières se manifestent par exemple à l'occasion de manifestations sur la voie publique afin de faire cesser des actes de vandalisme à l'encontre des commerces jouxtant l'itinéraire et de rétablir la sécurité. Il en va de même *a fortiori* en cas d'émeutes ou de grèves excessivement virulentes¹²¹⁰.

Les secondes se manifestent par exemple par des opérations de vaccinations relevant de la police sanitaire des animaux afin de faire cesser l'expansion d'épizooties¹²¹¹ telle la fièvre aphteuse¹²¹². Pour ce faire, les autorités publiques peuvent également faire procéder à des mesures de désinfection obligatoire, d'isolement ou de séquestration des animaux. De façon comparable, en cas de déversement de produits toxiques dans la mer ou les cours d'eau, des opérations de pompage ou de remorquage peuvent être organisées afin de faire cesser l'extension des nappes polluées.

b) La mise en œuvre de mesures juridiques

434. Les mesures d'ordre matériel initiées par les pouvoirs publics peuvent ne pas suffire à faire cesser les événements par lesquels se réalisent les risques. Elles doivent alors être complétées par un ensemble de mesures juridiques. Ces dernières peuvent d'ailleurs constituer les seules mesures susceptibles de mettre fin à des

¹²⁰⁹ On peut rappeler qu'en vertu de l'article L.2212-2, 5° du Code général des collectivités territoriales, l'autorité de police municipale est tenue de faire cesser les troubles au bon ordre qui se déclinent traditionnellement par la trilogie de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques.

¹²¹⁰ Il suffit de rappeler les actes de « terrorisme » environnemental par lesquels certains contestataires ont déversé des produits chimiques dans des rivières ou lacs en vue de se faire entendre.

¹²¹¹ En vertu de l'article L.221-1 du Code rural, le ministre compétent peut prendre toutes mesures destinées à enrayer le développement et à poursuivre l'extinction des maladies des animaux réputées contagieuses. La vaccination peut être prescrite par le préfet sur le fondement de l'article L.223-9 du Code rural.

¹²¹² Si en vertu de l'article L.223-18 du Code rural, la vaccination contre la fièvre aphteuse est interdite sur l'ensemble du territoire, lorsqu'une telle épizootie menace de s'étendre, la vaccination peut être autorisée pendant une durée déterminée et dans une zone géographique délimitée.

événements qui, en raison de leur nature ou de leur origine, ne peuvent pas, lorsqu'ils se réalisent, faire l'objet de mesures matérielles.

Pour reprendre l'exemple précédemment évoqué, la première hypothèse se manifeste lorsqu'il revient aux pouvoirs publics de faire cesser l'expansion d'épizooties sur le territoire national. Ainsi, diverses restrictions peuvent-elles être apportées au commerce et à l'élevage de bétail. Le préfet du département dans lequel s'est déclarée une telle maladie infectieuse peut alors prescrire l'interdiction de vendre des animaux¹²¹³, d'organiser des foires ou marchés et de faire circuler les bêtes susceptibles d'être contaminées.

La seconde hypothèse se manifeste par exemple lorsque l'événement par lequel se matérialise le risque est soit le fait de l'activité d'un tiers - d'une entreprise ou de l'administration -, soit découle du dysfonctionnement des marchés économiques.

Dans le premier cas, la sanction de l'activité dommageable permettra de mettre un terme à la situation dommageable qu'elle crée pour les tiers. L'autorité administrative pourra en effet ordonner à un entrepreneur de cesser provisoirement ou définitivement son activité dommageable qu'elle soit librement entreprise¹²¹⁴ ou soumise à une obligation de déclaration préalable. De la même manière, le retrait d'une autorisation

¹²¹³ L'article L. 223-7 du Code rural dispose que si la vente a lieu, elle doit être considérée comme nulle de droit, y compris si le vendeur ignorait l'existence de la maladie dont il s'agit d'enrayer la progression.

¹²¹⁴ L'étude de la jurisprudence relative aux mesures adoptées par l'autorité de police administrative comprend de nombreux exemples illustrant ce pouvoir. Pour n'en retenir que deux, l'autorité de police pourra interdire à une entreprise l'organisation de soldes saisonniers de nature à porter atteinte à la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Voir en ce sens : C.E., 17 mars 1989, *Sté Bouchara frères c/ Ville de Strasbourg*, p.513, D. 1989, p.358, concl. STIRN. De la même façon, le maire est compétent pour exclure certains vendeurs d'une halle ou d'un marché si, par leur comportement, ils empêchent et les autres commerçants d'exercer leur activité, et les consommateurs d'acheter. Par ailleurs, dans le domaine des installations industrielles, l'article L.514-4 du Code de l'environnement permet au préfet, lorsqu'une installation non comprise dans la nomenclature des installations classées, présente des dangers ou des inconvénients graves, d'enjoindre à l'exploitant d'adopter les mesures nécessaires pour faire disparaître les dangers et, en cas de refus, peut suspendre son activité.

préalable permettra à l'autorité publique de faire cesser ladite activité¹²¹⁵. Par ailleurs, lorsque l'activité dommageable est le fait de l'administration, celle-ci pourra se voir imposer de cesser ses agissements irréguliers. Il en va notamment ainsi lorsqu'elle porte atteinte aux règles de la concurrence. En effet, le juge administratif s'est reconnu compétent pour user dans cette hypothèse de ses pouvoirs de suspension des décisions administratives¹²¹⁶. Après avoir accepté de vérifier la légalité des mesures administratives au regard des règles de concurrence¹²¹⁷, le Conseil d'Etat a considéré que les effets anticoncurrentiels d'une décision administrative peuvent créer une situation d'urgence propre à permettre sa suspension¹²¹⁸. Il juge d'ailleurs de même lorsque l'administration méconnaît la liberté du commerce et de l'industrie¹²¹⁹. S'il bénéficie aussi bien aux administrés qu'aux entreprises le pouvoir de suspension est particulièrement adapté aux risques des entreprises puisqu'en cas de crise, le temps administratif est bien souvent en décalage par rapport au temps économique. Il convient alors d'agir avec célérité afin d'éviter l'enchaînement des conséquences dommageables qui pourraient s'avérer irréversibles pour l'entreprise.

¹²¹⁵ En vertu de l'article L.514-4 du Code de l'environnement, le préfet pourra suspendre l'activité d'une installation classée ou fermer le site lorsque les prescriptions qu'il a posées initialement ne sont plus respectées. En cas de péril grave, l'autorité de police générale pourra se substituer à l'autorité de police spéciale pour prononcer la suspension de l'activité d'une installation classée. Voir en ce sens : T.A. de Cergy-Pontoise, 12 juin 2003, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, *A.J.D.A.* 2004 n°8, p.500, note J. ALZAMORA, préc. On doit rappeler que la suspension ou le retrait d'une autorisation peut également jouer un rôle préventif. Voir infra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°284 et s.

¹²¹⁶ Selon l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. »

¹²¹⁷ C.E., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, p. 406, concl. STAHL, *G.A.J.A.*, n°112, *C.J.E.G.* 1997, p.441, concl., *R.F.D.A.*, 1997 p.1228, concl., *A.J.D.A.* 1997, p.945, chron. GIRARDOT et RAYNAUD, *A.J.D.A.* 1998, p.256, note Y. GAUDEMET, *R.C.C.* 1997, n°100, p.46, note, MAIGRE.

¹²¹⁸ Voir en ce sens : C.E., ord., 19 janvier 2004, *Sté T-Online France*, *D.A.*, mai 2004, p.17, note M. BAZEX et S. BLAZY,

¹²¹⁹ C.E., ord., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *D.A.* 2002, n°41 : le Conseil accepte de vérifier si une mesure administrative constitue une atteinte grave « à la liberté du commerce et de l'industrie qui est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre ». De même, C.E., ord., 4 octobre 2004, *Sté Mona Lisa Investissements*, *D.A.*, 2004, n°179, note M. LOMBARD. Le Conseil soumet cependant la détermination du caractère grave de l'atteinte à l'absence d'une législation antérieure ayant apporté des limitations de portée générale à cette liberté.

Dans le second cas, c'est au pouvoir réglementaire d'assurer la réaction. Il en va ainsi de la réglementation des prix en cas d'inflation importante et dommageable pour les consommateurs comme pour les entreprises. En effet, en vertu de l'article 1^{er} al.3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et par exception au principe de liberté qu'elle établit, le Gouvernement peut adopter par décret en Conseil d'Etat des mesures temporaires destinées à faire cesser des hausses ou baisses de prix excessives et motivées par des situations de crise, de circonstances exceptionnelles ou d'anormalité manifeste des marchés dans un secteur déterminé¹²²⁰.

2° La cessation des conséquences de la situation dommageable

435. Plusieurs raisons amènent les pouvoirs publics à appréhender séparément l'événement par lequel se réalise le risque et les conséquences qu'il entraîne. D'une part, il peut être impossible d'empêcher la survenance du premier lorsqu'il est irrésistible ; faire cesser la situation dommageable suppose alors de se concentrer sur les secondes. Il en va de même lorsque l'action publique a échoué à faire cesser totalement ou partiellement l'événement matérialisant le risque ; il convient alors de la compléter. D'autre part, certaines conséquences peuvent n'apparaître qu'ultérieurement en raison de la nature même du risque (c'est le cas de certains dommages industriels ou environnementaux) ou du fait qu'elles se conjuguent avec d'autres éléments pour faire apparaître des dommages normalement non prévisibles (c'est le cas lorsque se

¹²²⁰ Bien que l'ordonnance n° 96-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence dispose en son article premier que les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le libre jeu de la concurrence, elle prévoit cependant certaines hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics, soumis à un contrôle normal du juge administratif, vont pouvoir réglementer les prix. Ainsi, l'article 1^{er} alinéa 3 de l'ordonnance réserve-t-il les « situations de crise, circonstances exceptionnelles, calamité publique, situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. » De telles menaces constituent des risques pour les entreprises. Les pouvoirs publics fixent alors par décret en Conseil d'État, après consultation du Conseil national de la consommation, et de façon temporaire (six mois maximum), des mesures telles que le blocage des prix (ce fut le cas en Guadeloupe suite à un cyclone en 1989) ou la réglementation des marges de distribution (ce fut le cas pour les produits pétroliers suite à l'occupation du Koweït par l'Irak en 1990).

combinent risques naturels et industriels). Dans cette hypothèse, l'attitude réactive des pouvoirs publics appréhendera de tels effets sans considération de ce qui les a causés.

436. Si l'on a précédemment observé que l'intervention publique destinée à faire cesser les événements par lesquels se manifestent des risques consiste bien souvent en un remplacement de l'initiative privée, il convient à présent de souligner que cette situation ne se manifeste pas de façon aussi nette lorsque sont en cause leurs conséquences. En effet, les entreprises en ce domaine ne sont pas dépourvues de toute capacité de réaction. Au contraire, elles se sont souvent efforcées, en amont, d'élaborer des plans de réaction définissant les mesures qu'il conviendrait de mettre en œuvre en cas de sinistre afin de faire cesser les conséquences dommageables provoquées par la réalisation d'un risque. Il s'agit notamment des plans d'urgence déjà évoqués¹²²¹.

C'est pourquoi l'intervention des pouvoirs publics vise uniquement à compléter cette action initiale des entreprises en fonction de l'étendue des carences observées et des besoins exprimés sans tenter de la remplacer. Elle est donc d'une plus ou moins grande importance selon que les opérateurs ont pu mettre en place avec succès les mesures de prévision qu'ils ont élaborées ou qu'ils ont été incapables de le faire. L'action publique est bien alors subsidiaire, ce qui la singularise au regard de l'action visant à prendre en charge les risques des particuliers.

437. Pour autant, cela ne suppose pas nécessairement l'utilisation d'outils de réaction spécifiques. Les mesures adoptées sont en effet souvent communes aux particuliers et aux entrepreneurs dans la mesure où ils subissent certaines conséquences de façon similaire¹²²². Cela se retrouve principalement au niveau des conséquences matérielles.

¹²²¹ Voir pour plus de précisions : Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, n°371 et s.

¹²²² Il en va notamment ainsi des destructions ou dégradations matérielles consécutives à une calamité naturelle ou une catastrophe écologique. Il apparaît alors logique que des outils de même nature soient utilisés en vue de les faire cesser et que les considérations liées à la nature économique de certaines victimes soient reléguées au second rang.

Dès lors, les outils communs de réaction prennent la forme d'opérations matérielles dont la diversité justifie qu'on n'en donne que quelques exemples éclairants. Il suffira ainsi d'évoquer les opérations de nettoyage consécutives à une pollution maritime¹²²³ qui viennent compléter le pompage ou le remorquage, de la construction ou du renforcement des digues en cas d'inondation, de l'abattage et de l'équarrissage¹²²⁴ des animaux victimes d'épizooties¹²²⁵, de la lutte contre les incendies, etc.

438. Lorsqu'il s'agit de travaux, ces opérations peuvent correspondre à la définition que la jurisprudence administrative donne des travaux publics. Elles peuvent en effet constituer soit des opérations modifiant la structure de l'immeuble (construction, réparation, transformation, destruction) soit des opérations d'entretien ou intéressant directement l'immeuble. Le fait qu'elles soient accomplies sur le domaine public ou privé importe peu¹²²⁶. Bénéficiant aux particuliers autant qu'aux entreprises, on suppose facilement remplie la condition selon laquelle les travaux publics doivent poursuivre un but d'intérêt général¹²²⁷. Enfin, ces travaux sont fréquemment exécutés

¹²²³ A la suite du naufrage de l'Erika ou du Prestige, des opérations de nettoyage des côtes françaises ont été organisées par les pouvoirs publics en complément de celles mises en œuvre par les affréteurs. Ces travaux ont bénéficié tant aux particuliers, riverains ou non, qu'aux professionnels du tourisme balnéaire, ou aux exploitations en milieu marin.

¹²²⁴ Un service public national de l'équarrissage a été institué en France après la crise de la vache folle. Le mécanisme prévoit le recours obligatoire audit service par les éleveurs pour leurs animaux morts de plus de 40 kg et par les abattoirs pour leurs déchets. La loi du 26 décembre 1996 qui a créé et organisé ce service a prévu qu'en contrepartie de cette obligation le service serait assuré gratuitement aux intéressés. L'article L. 226-1 du Code rural issu de la loi du 28 décembre 2001 dispose que « la collecte et l'élimination des cadavres d'animaux (...) constituent une mission de service public qui relève de la compétence de l'État. » Voir en ce sens pour ce qui concerne les compensations financières accordées par l'État : C.J.C.E. 30 avril 2002, *GEMO*, C-126/01

¹²²⁵ Dès l'annonce en France du premier cas de fièvre aphteuse en mars 2001, ont été décidés l'abattage d'urgence des animaux atteints, la destruction des produits présents sur l'exploitation, le nettoyage et la désinfection de l'exploitation.

¹²²⁶ Il en va ainsi des travaux de sécurité effectués sur le domaine forestier de l'Etat : C.E., 3 avril 1949, *Contamine*, p.272.

¹²²⁷ C.E., 10 juin 1921, *Commune de Montségur*, S. 1921, 3, 49, concl. CORNEILLE, note HAURIOU ; R.D.P. 1921, 361, note JEZE. Si cette jurisprudence exclut les travaux réalisés dans un but purement privé, elle n'exclut cependant pas les travaux réalisés sur des immeubles privés.

soit pour le compte d'une personne publique¹²²⁸, soit pour la réalisation d'une mission de service public¹²²⁹.

B- L'utilisation d'outils propres aux risques des entreprises

439. La nature économique des risques, des victimes qui les subissent ou des préjudices qui en résultent exige l'adoption de mesures qui leur soient spécifiques. Afin d'y adapter leur intervention les pouvoirs publics utilisent donc des outils propres aux risques des entreprises, qu'il s'agisse de faire cesser l'événement par lequel se réalise le risque (1°) ou ses conséquences (2°).

1° La cessation de l'événement à l'origine de la situation dommageable

440. Si les événements réalisant les risques sont également subis par les particuliers et les entreprises, ceci ne signifie cependant pas que les objectifs poursuivis par les pouvoirs publics soient exclusifs de toute considération d'ordre économique. Deux éléments justifient en effet la prise en compte de la situation des entrepreneurs lors de l'adoption des mesures de réaction. La première réside dans le fait que certains risques ne sont subis que par des opérateurs économiques **(a)**, la seconde dans le fait que l'action publique entraîne fréquemment des conséquences économiques dont il est impératif de tenir compte **(b)**.

¹²²⁸ La jurisprudence a une conception large de cette notion et inclut les travaux accomplis sous la direction et le contrôle de la personne publique ou financée par elle : C.E., 11 février 1927, *Touzé*, p.202, pour des travaux de déblaiement dans des zones sinistrées ; C.E., 24 janvier 1936, *Mure*, p.105 pour des travaux d'urgence sur ordre du maire ; C.E., 29 avril 1949, *Consorts Dastrevigne*, p.185, pour des travaux réalisés sur un immeuble privé menaçant de s'écrouler.

¹²²⁹ T.C., 28 mars 1955, *Effimieff*, p.617 ; J.C.P. 1955.II.8786, note BLAVOET, *Rev. administrative* 1955, 285, note LIET-VEAUX ; *A.J.D.A.* 1955.II.332, note J.A. De même : C.E., 12 avril 1957, *Mimouni*, D. 1957, p.413, concl. TRICOT, note P.L.J. ; *Rev. administrative*, 1957, p.369, note BRICHET ; *A.J.D.A.*,

a) *L'utilisation d'outils adaptés aux risques des entreprises*

441. Quelle que soit l'origine de l'événement par lequel se concrétise un risque, il peut n'entraîner de situation dommageable que pour des entreprises. Les outils communs se révélant alors totalement ou partiellement inopérants, il convient d'en élaborer de spécifiques afin d'apporter une solution adaptée et proportionnée. En effet, la mise en œuvre de mesures matérielles ou juridiques classiques peut s'avérer impropre à saisir la spécificité de certains dommages susceptibles d'être causés aux entrepreneurs, et notamment de la façon dont ils se réalisent. Il existe dès lors un danger qu'elles ne parviennent que partiellement à atteindre leur objectif ou qu'elles excèdent ce qui semblait nécessaire. Disproportionnées, elles se révéleront donc inefficaces. L'élaboration d'outils de réaction adaptés aux risques des entreprises devient alors une nécessité, que ces derniers trouvent leur origine dans l'action des pouvoirs publics ou dans celle d'autres opérateurs. Quelques exemples permettront d'éclairer ces propos.

442. Il est possible d'envisager en premier lieu l'hypothèse dans laquelle les pouvoirs publics sont tenus de faire cesser leurs agissements irréguliers lorsqu'ils engendrent une situation dommageable pour des entreprises.

Il en est ainsi lors de l'octroi d'aides irrégulières. En effet, dans la mesure où elles sont susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence entre opérateurs, le droit communautaire des aides d'État¹²³⁰ impose d'en cesser¹²³¹ le versement. Les décisions

1957.II.272, chron. FOURNIER et BRAIBANT. Il s'agissait en l'espèce de travaux exécutés d'office par les communes sur les immeubles privés menaçant ruine aux frais du propriétaire.

¹²³⁰ En vertu de l'article 87 TCE : « ... sauf dérogations, prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le Marché commun dans la mesure où elles affectent les relations entre les États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'États sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». La C.J.C.E. a eu l'occasion de définir les aides comme étant « plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend notamment des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques. », C.J.C.E., 26 septembre 1996, *Commission c/ France*, C-241/94, point 34.

¹²³¹ La Commission européenne dispose du pouvoir d'enjoindre aux États membres la suspension du versement d'aides illégales jusqu'à ce qu'elle statue sur sa compatibilité avec le marché commun.

de la Commission européenne sont en ce domaine fondées sur une analyse économique poussée¹²³² que justifient l'origine, la nature et les conséquences du risque considéré, et que l'utilisation d'outils communs ne permettrait pas de mener.

En second lieu, on peut relever l'hypothèse dans laquelle le comportement irrégulier de certaines entreprises engendre une situation dommageable pour une ou plusieurs autres. L'origine économique de l'agissement suppose alors l'adoption d'outils particuliers permettant de proportionner l'action de réaction aux buts recherchés. Des sanctions spécifiques pourront par exemple être imposées aux opérateurs s'étant rendus coupables d'espionnage industriel, de contrefaçon ou d'atteintes aux règles de la concurrence, en vue de faire cesser la situation dommageable qui en résulte.

Dans le premier cas, des sanctions d'ordre économique ou pénal pourront être instaurées en vue de faire cesser et de punir les actes d'espionnage, d'intrusion informatique¹²³³, de contrefaçon¹²³⁴, etc. Dans le second cas, les autorités administratives pourront sanctionner les comportements anticoncurrentiels d'opérateurs tiers en prononçant leur nullité civile¹²³⁵, en leur imposant de les faire

¹²³² Elle se réfère notamment à la notion « d'investisseur en économie de marché » pour déterminer les conséquences de l'aide incriminée et statuer sur sa conformité avec les règles communautaires lorsque c'est une entreprise publique qui en bénéficie. L'analyse a été reprise par la Cour de justice : voir en ce sens : C.J.C.E., 10 juillet 1986, Belgique c/ Commission, p.2281. Elle consiste à vérifier les possibilités de l'entreprise de trouver elles-mêmes sur le marché les capitaux apportés.

¹²³³ Les articles 323 - 2 à 323 - 7 du Code pénal sanctionnent les atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données qui peuvent résulter d'entraves, de l'intrusion frauduleuse de données, de leur modification ou suppression. En application de ces articles, est puni le fait d'introduire de façon délibérée un virus informatique dans les logiciels d'un concurrent.

¹²³⁴ La loi du 5 février 1994 (J.O.R.F. 8 février 1994) prévoit la possibilité d'imposer la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée ne dépassant pas 5 ans, de l'établissement ayant servi à commettre cette infraction. Par ailleurs, les marchandises contrefaites ne bénéficient plus du principe de libre circulation des marchandises au sein de l'Union européenne. Les douanes peuvent, en vertu d'un règlement du Conseil n°3842 du 1^{er} décembre 1986, (J.O.C.E. 18 décembre 1986), suivi d'un règlement d'application n°3077-87 du 14 octobre 1987 de la Commission (J.O.C.E. 15 octobre 1987), saisir les importations de marques contrefaites.

¹²³⁵ L'article L. 420-3 du Code de commerce permet de prononcer la nullité des ententes illicites comme des abus de position dominante ou de dépendance économique.

cesser¹²³⁶, ou en leur infligeant des sanctions pécuniaires¹²³⁷. L'application de telles sanctions exige que soient menées des analyses économiques qui ne pourraient pas l'être dans d'autres cas. Ainsi, par exemple, le Code de commerce dispose-t-il que les sanctions pécuniaires doivent prendre en compte l'importance du dommage causé à l'économie¹²³⁸.

b) La prise en considération de la portée économique des mesures publiques de réaction

443. Les mesures de réaction adoptées par les pouvoirs publics entraînent nécessairement des conséquences économiques qu'il est impératif de prendre en considération sous peine d'engendrer plus d'inconvénients que d'en supprimer.

Il convient à nouveau de souligner l'importance que revêt pour les entreprises la proportionnalité des mesures prises par les pouvoirs publics au regard des objectifs qu'ils poursuivent. Il s'agit effet de faire cesser la réalisation d'un événement dommageable pour des entreprises par l'utilisation de moyens ajustés et non de créer une situation plus dommageable encore. Il paraît donc nécessaire d'éviter que l'excès dans la réaction soit aussi dangereux que la réalisation du risque lui-même.

¹²³⁶ En vertu de l'article L. 464-1 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence est habilité, sous certaines conditions, à prendre des mesures conservatoires visant à imposer la suspension de l'opération portant une atteinte à l'entreprise plaignante. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu enjoindre à une entreprise de cesser de vendre à un prix unitaire inférieur à son coût moyen variable de production. En ce sens : C.A. de Paris, 3 novembre 1994. De même, l'article L. 464-2 lui permet d'ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles dans un délai déterminé. Enfin, en matière de concentrations économiques, si les informations fournies par les parties se sont avérées fausses ou si ces dernières ne se sont pas soumises aux prescriptions édictées, le ministre pourra retirer l'autorisation qu'il a délivrée.

¹²³⁷ Le Conseil de la concurrence peut infliger des sanctions pécuniaires aux entreprises coupables d'agissements anticoncurrentiels. Leur montant ne peut alors dépasser 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

¹²³⁸ « L'impact réel sur l'économie conduit à prendre en compte l'élasticité du marché, le caractère indispensable des produits ou services, la concurrence potentielle, les effets d'entraînement et de contagion. » in C. LUCAS DE LESSACE et G. PARLEANI, *Droit du marché*, P.U.F., Thémis Droit privé, 2002, Paris, p.967-968.

Les mesures adoptées ne doivent donc pas aller au-delà de ce qui paraît raisonnablement nécessaire pour faire cesser l'événement par lequel se réalise un risque. Pour reprendre l'exemple des sanctions infligées aux entreprises tierces en raison de la commission d'un acte irrégulier, il apparaît évident que disproportionnées, elles les pénalisent à l'excès alors même qu'elles font cesser l'opération répréhensible¹²³⁹. Il n'est pas acceptable qu'au nom de la prise en charge des risques de certains entrepreneurs, d'autres, y compris ceux qui en sont à l'origine, pâtissent de mesures bien plus contraignantes qu'elles ne le devraient. En d'autres termes, l'entreprise bénéficiaire de l'intervention publique ne doit pas se retrouver, du fait d'une réaction excessive des pouvoirs publics, dans une situation plus avantageuse que celle des autres opérateurs¹²⁴⁰.

A cette fin, les autorités administratives doivent se demander si l'événement qu'elles entendent faire cesser justifie, en raison de sa nature ou de son intensité, que la mesure adoptée entraîne certaines conséquences économiquement dommageables. Il s'agit donc de mener, y compris en situation de crise, une analyse comparative des coûts et avantages induits afin de s'assurer de la nécessité de l'action envisagée. Une telle analyse fut menée lorsque se posa le problème de la vaccination¹²⁴¹ des animaux en cas d'épizootie touchant le territoire de l'Union européenne. Outre des raisons sanitaires, des raisons économiques sont venues motiver la prohibition de la vaccination. En effet, le coût financier des mesures de vaccinations s'est révélé nettement supérieur à celui de la politique de non-vaccination¹²⁴² pour un bénéfice en termes d'efficacité qui s'est révélé très faible voire inexistant. En outre, il a été observé qu'une politique de

¹²³⁹ Voir en ce sens : C. LUCAS DE LESSACE et G. PARLEANI, *droit du marché*, préc. p.966 et s. « La sanction ne doit pas être arbitraire. Elle doit dépendre de la gravité du comportement des entreprises. Mais elle doit aussi être proportionnée à leur situation. La sanction ne doit pas avoir pour effet de faire disparaître un concurrent fragile. »

¹²⁴⁰ On développera par ailleurs l'idée selon laquelle les aides accordées aux entreprises victimes de la réalisation d'un risque ne peuvent avoir pour effet de les placer dans une situation plus favorable que celle des autres opérateurs. Voir infra, ce chapitre, n°480 et s.

¹²⁴¹ Qu'elle soit systématique en vue d'éradiquer la maladie ou « en anneau » autour des foyers aphteux afin de faire cesser sa prolifération.

¹²⁴² Sur une période de dix ans, le coût financier de la vaccination était évalué en 1991 à 1,131 milliard d'euros alors que celui de la politique de non-vaccination était évalué à 35 millions d'euros.

vaccination entraverait gravement les exportations à destination des pays tiers¹²⁴³. De la même manière, les mesures d'embargo décidées à la suite d'épizooties, ont dû faire l'objet d'une analyse comparable, dans le cadre du contrôle de la Commission européenne des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives¹²⁴⁴.

444. La démarche sus-décrite suppose, comme en matière de prévention, une connaissance suffisante de la nature et de l'intensité de l'événement que l'action publique tente de faire cesser. Elle est donc, au même titre que l'action attentive des pouvoirs publics, subordonnée à l'activité de veille et d'acquisition des connaissances relatives aux risques¹²⁴⁵. Elle en subit naturellement les mêmes aléas : une mauvaise connaissance pouvant entraîner des erreurs dans le « calibrage » des mesures adoptées et une disproportion dans la réponse apportée.

Elle est par ailleurs influencée par la conception et le niveau de risque acceptable définis en amont par les pouvoirs publics. En effet, si le niveau de risque acceptable correspond à une crainte importante des acteurs politiques, économiques et sociaux de se soumettre à des événements inconnus aux conséquences jugées potentiellement catastrophiques, le bilan coûts-avantages intégrera cette « risquophobie » et justifiera généralement la prise de mesures de réaction surdimensionnées. Au contraire la croyance dans les bienfaits de la soumission à certains risques, même peu connus, conduira l'analyse à privilégier des mesures de réaction plus nuancées et ajustées aux nécessités des opérateurs.

¹²⁴³ Voir en ce sens le rapport Mac Sharry, Commission des communautés européennes, Direction générale de l'agriculture, VI, B. 11.2, VI/6490/88-FR.

¹²⁴⁴ L'article 28 T.C.E. énonce le principe de la libre circulation des marchandises et exclut toute restriction de la part des États membres. Certaines peuvent cependant être autorisées, soit sur le fondement de l'article 30, soit sur celui de la célèbre jurisprudence *Cassis de Dijon*, mais en aucun cas pour des motifs d'ordre exclusivement économique. La France avait notamment souhaité, sur le fondement de l'article 30, maintenir l'embargo sur la viande en provenance de Grande-Bretagne suite à la crise dite de la « vache folle ». Voir CH. NOIVILLE, *du bon gouvernement des risques*, préc. p.143 et s., pour une analyse des exceptions invocables dans le cadre de l'OMC et de l'accord SPS et l'étude d'exemples éclairants tels que celui de l'embargo européen sur le bœuf aux hormones en provenance des États-Unis.

¹²⁴⁵ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°257 et s.

La réalité se situe bien souvent entre ces deux pôles extrêmes, si bien que les pouvoirs publics sont tenus de trouver le juste équilibre entre les aspirations de ceux pour qui le risque est synonyme d'opportunité et qui craignent l'excès de mesures contraignantes, et celles de ceux qui, sous l'influence de la tendance contemporaine à ne vouloir courir aucun risque et à bénéficier d'une totale sécurité, sont réticents à entrevoir les avantages éventuels des risques.

2° La cessation des conséquences de la situation dommageable

445. Le fait que des considérations d'ordre économique soient prises en compte par les pouvoirs publics résulte d'une double exigence. D'une part, le caractère économique d'un risque, du fait de son origine, aussi bien que celle de ses victimes appelle nécessairement l'application de mesures spécifiques mieux adaptées à la nature des conséquences dommageables, mieux proportionnées et plus efficaces que les outils communs de réaction préalablement étudiés **(a)**. D'autre part, les mesures publiques de réaction destinées aux entreprises entraînent un certain nombre de conséquences dont les effets économiques sont loin d'être négligeables et qu'il convient dès lors de mesurer et d'intégrer à la décision publique **(b)**.

a) L'utilisation d'outils propres à la matière économique

446. Lorsqu'un risque se réalise qui trouve son origine dans un fait économique -comportement d'un opérateur ou dérèglement d'un marché -, faire cesser ses conséquences dommageables peut exiger la mise en œuvre d'outils spécifiques seuls aptes à saisir la particularité de la situation et propres à atteindre le résultat souhaité sans engendrer d'inconvénients trop importants pour les opérateurs. La nature des victimes n'est pas alors la cause prépondérante de la mise en œuvre d'outils spéciaux puisque les particuliers sont également susceptibles de subir ces mêmes conséquences. Il en va ainsi de l'inflation du prix de l'essence consécutivement à une crise pétrolière, de la chute du

cours de certaines actions en cas de crise boursière ou des effets de la pénurie de produits sur le marché mondial. Dans ces hypothèses, l'origine du risque justifie qu'on applique à ses effets des méthodes propres, que les victimes soient des entreprises (entreprises de transport ou sociétés cotées) ou de simples particuliers¹²⁴⁶.

Ainsi, les pouvoirs publics pourront-ils instaurer des variations tarifaires de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers¹²⁴⁷. Ils auront également la possibilité de recourir aux mesures que la politique énergétique de crise mise en place au niveau de la Communauté européenne met à leur disposition¹²⁴⁸.

De même, bénéficieront-ils d'outils adaptés, propres à faire cesser les conséquences dommageables d'une crise boursière. L'Autorité des marchés financiers dans un premier temps, puis le ministre chargé de l'économie peuvent en effet, lorsqu'un événement exceptionnel perturbe le bon fonctionnement d'un marché réglementé, suspendre tout ou partie des négociations¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Il ne faut cependant pas nier le fait que certaines de ces mesures bénéficient plus aux entreprises qu'aux particuliers lorsque celles-ci souffrent principalement des conséquences dommageables d'un risque.

¹²⁴⁷ Il s'agit d'une taxe dont l'assiette est en principe fonction des quantités vendues et non du prix du cours du pétrole. Cependant, durant l'année 2000, afin de réagir à la hausse du prix des carburants due à une hausse des cours du pétrole provoquée par des tensions sur les marchés pétroliers, le gouvernement a fait adopter dans l'article 12 de la loi de finances pour 2001 un mécanisme permettant de moduler les tarifs de la TIPP. Il s'agit de la « TIPP flottante » permettant de faire varier ladite taxe en fonction de l'évolution des cours du pétrole. Elle sera minorée en cas de hausse des cours de plus de 10% et majorée en cas de baisse des cours de plus de 10%. Voir en ce sens : C.E., Section, 18 décembre 2002, *Migaud, R.F.D.A.*, 2004, n°5, p.966 et s., concl. J.-H. STAHL ; C.E., 14 mars 2003, *Migaud, R.F.D.A.*, 2004, n°5, p.971 et s., concl. J.-H. STAHL. Le Conseil a jugé que le mécanisme de la TIPP flottante n'a pas été rendu caduc par le fait que le cours du Brent soit redescendu en dessous de son niveau de janvier 2000. Dès lors, lorsqu'une variation de plus de 10% des cours est constatée, le ministre est tenu de prendre un arrêté constatant la modification des tarifs de la TIPP résultant de l'application du mécanisme correctif.

¹²⁴⁸ Il s'agit par exemple de la possibilité de débloquer les stocks dont la constitution est exigée par la politique énergétique de la Communauté. Afin de faire cesser les interruptions de fourniture pour les utilisateurs lors d'un arrêt de l'approvisionnement causé par des circonstances exceptionnelles. « Ces instruments doivent permettre de répondre à des tensions brusques dues à une diminution drastique des volumes disponibles, ou à toute autre circonstance mettant en cause la sécurité d'approvisionnement. » in F. BERGER, « Droit communautaire de l'énergie », J.-class. Europe, fac. 2500.

¹²⁴⁹ Article L. 421-5 du Code monétaire et financier.

Enfin, afin de lutter contre les effets d'une pénurie de produits agricoles, les pouvoirs publics pourront, dans le cadre de la Politique agricole commune, obtenir de la Communauté qu'elle suspende l'octroi des certificats d'importation ou d'exportation voire qu'elle instaure des contingents ou introduise un mécanisme de taxes à l'exportation.

447. À côté de ces risques, il en existe d'autres dont les effets préjudicient uniquement aux entreprises. Dès lors, la nature des victimes vient s'ajouter à l'origine économique du risque pour justifier l'adoption de mesures spécifiques. Celles-ci ont comme avantage de permettre un ajustement de la réaction publique aux besoins exprimés par les opérateurs, besoins qui demeurent distincts de ceux des particuliers. Ainsi, pour reprendre l'exemple évoqué plus haut, les autorités publiques ont-elles à leur disposition divers moyens permettant de faire cesser les effets anticoncurrentiels nés d'une pratique prohibée. Il en va ainsi en matière de droit interne des concentrations. En vertu de l'article L. 430-7 du Code de commerce, le ministre chargé de l'économie peut soumettre son autorisation à la condition que les parties à l'opération adoptent toute mesure propre à faire cesser les effets anticoncurrentiels de la concentration.

b) La prise en compte de la portée économique des mesures de réaction

448. Destinées à prendre en charge les conséquences des risques que les entreprises ne parviennent pas à faire cesser, les mesures réactives adoptées par les pouvoirs publics doivent impérativement être fondées sur une analyse des coûts et des avantages qu'elles induisent pour les opérateurs. C'est en effet à cette condition qu'elles n'imposeront pas de contraintes excessives au regard des objectifs poursuivis. On comprend, cette appréciation des coûts est bien déterminante de la proportionnalité des décisions adoptées. Mal évalués, ils justifieraient la mise en œuvre d'outils sur ou sous-dimensionnés au regard de l'importance des conséquences du risque et donc

inefficacités, octroyant trop de moyens à des risques qui ne le méritent pas ou trop peu à ceux qui l'exigent.

Cette exigence se manifeste lorsque sont envisagées des mesures matérielles aussi bien que juridiques. L'abattage d'animaux victimes d'une épizootie et de ceux qui les environnent amène ainsi les autorités sanitaires à déterminer si les conséquences d'une telle situation dommageable justifient que soient imposées aux éleveurs des mesures aussi préjudiciables¹²⁵⁰. De la même façon, les mesures juridiques donnent lieu à analyse comparable, notamment lorsqu'elles visent à faire cesser les effets d'une situation dommageable causée par un événement d'origine économique. Ainsi, le Conseil de la concurrence et le ministre chargé de l'économie doivent-ils comparer les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration avec le progrès économique et social qu'elle est susceptible d'entraîner¹²⁵¹. De la même façon, l'Autorité des marchés financiers devra analyser l'impact d'une suspension de cotation sur le niveau des cours au regard des avantages escomptés¹²⁵².

449. La prise en compte de la portée économique de ces mesures de réaction suppose à nouveau que soit menée une évaluation des conséquences de la situation dommageable afin de pouvoir confronter les besoins et les outils disponibles. Elle permet encore de souligner à nouveau combien la politique publique de gestion des risques est dépendante de l'opération de veille et d'acquisition des connaissances poursuivie en amont.

Elle dépend aussi du niveau de risque acceptable retenu par les pouvoirs publics. En effet, s'il est fixé à un niveau bas, la priorité de l'action sera mise sur la nécessité de faire cesser par tous moyens utiles les conséquences d'une situation dommageable, en

¹²⁵⁰ Si l'abattage est en principe indemnisé, il convient de souligner que la réparation peut intervenir tardivement et que l'intégralité du préjudice économique n'est pas couverte. Voir infra, Seconde partie, Titre second, Chapitre second, n°524.

¹²⁵¹ En vertu de l'article L. 430-6 du Code de commerce, il est prévu que la contribution au progrès économique doit compenser les atteintes à la concurrence

¹²⁵² Il a été démontré que la suspension de cotation ne permet pas toujours une diminution rapide de la volatilité voire, au contraire, la favorise. En ce sens : K. JOUABER, *Gestion et réglementation du marché : le cas des interruptions de cotation*, Thèse, Université Paris Dauphine, Microfichée.

retenant éventuellement une condition de « non disproportion manifeste » entre les moyens et le but. Au contraire, dans l'hypothèse d'un risque acceptable élevé, il reviendra aux autorités publiques, après qu'elles auront déterminé que les avantages d'une intervention surpassent ceux de l'inertie et que les inconvénients de l'action sont moindres que ceux de l'inaction, de mettre en œuvre les outils entraînant le moins d'inconvénients possibles pour les entrepreneurs.

450. Si faire cesser la situation dommageable issue de la réalisation d'un risque est une condition indispensable à la restauration d'une situation économique viable, elle n'en est cependant pas une condition suffisante. Il convient en effet de la compléter par une action visant à permettre la reprise des activités économiques endommagées.

SECTION SECONDE :

LA REPRISE DES ACTIVITES ECONOMIQUES

451. L'action réactive des pouvoirs publics n'est pas épuisée du simple fait qu'elle a pu mettre un terme à l'événement concrétisant le risque ainsi qu'à ses conséquences dommageables. Elle se prolonge bien au-delà et se concentre sur la situation des entreprises qui continuent de subir des préjudices de nature économique. Certains, comme la perte de clientèle, la baisse du carnet de commandes, la mauvaise image de marque, ne pourront cesser que si l'entreprise reprend son activité dans des conditions normales. Or pour ce faire, il convient de replacer les opérateurs dans un contexte où ils pourront redémarrer leur exploitation et revenir à une situation économiquement viable.

Les pouvoirs publics, constatant l'incapacité de la majorité des entrepreneurs de procéder à cette « remise à niveau », prendront alors en charge leurs risques de deux

façons complémentaires. D'une part en rétablissant les conditions d'exploitation des activités économiques (§1), d'autre part en leur apportant leur soutien (§2).

§ 1 - Le rétablissement des conditions d'exploitation

452. Les conditions d'exploitation des activités économiques peuvent être touchées de différentes manières par la réalisation d'un risque. D'une part, l'environnement général de l'entreprise peut avoir été endommagé¹²⁵³ et ainsi paralyser toute tentative de réaction. Sa restauration constitue alors une condition essentielle de reprise des activités non seulement pour les entrepreneurs qui exploitent les ressources naturelles, mais également pour l'ensemble de ceux, si ce n'est tous, dont l'activité dépend des voies de communication. D'autre part, et de façon plus spécifique, l'environnement économique des opérateurs peut avoir été détérioré, rendant alors particulièrement malaisé le rétablissement des rapports commerciaux et concurrentiels sur les marchés concernés. A nouveau, sa restauration constitue une condition de reprise des activités économiques.

453. C'est à ces deux tâches que s'attellent les pouvoirs publics une fois qu'ils ont fait cesser, lorsque cela s'est avéré possible, l'événement par lequel s'est réalisé un risque ainsi que ses conséquences. Il faut alors déterminer s'ils y procèdent de façon originale, afin de prendre en compte la nature économique des protagonistes, ou s'ils adoptent des mesures communes aux risques des particuliers.

La réponse à cette question est nuancée puisque, s'ils utilisent pour partie des outils communs aux risques des particuliers lorsqu'ils rétablissent l'environnement général des entreprises (A), ils adoptent nécessairement des outils qui leur sont propres en vue de restaurer leur environnement économique (B).

¹²⁵³ On le constate lors de la réalisation des catastrophes naturelles ou industrielles qui dégradent voire détruisent nombre de zones fertiles, de routes et autres voies de communication.

A- Le rétablissement de l'environnement général de l'entreprise

454. Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur l'importance que revêt l'état de l'environnement extérieur d'une entreprise pour son exploitation. Les professions agricoles semblent constituer le meilleur exemple d'activités directement dépendantes de la qualité des ressources naturelles, exigeant par exemple des sols ou des eaux non polluées. Elles sont donc particulièrement sensibles aux risques naturels ou industriels susceptibles d'endommager l'ensemble des ressources exploitables.

Ces entreprises ne sont cependant pas les seules à dépendre de leur environnement général. En effet, et pour ne prendre que cet exemple, tant le tourisme que le commerce dépendent de la qualité des voies de communication qui permettent de bénéficier de la libre circulation des biens et services et plus prosaïquement de pouvoir livrer les clients ou se faire livrer.

L'environnement endommagé n'est pourtant pas, dans la majorité des cas, un environnement propre aux opérateurs. Il s'agit de celui de l'ensemble de la population, également susceptible de subir des préjudices du fait de son endommagement. Dès lors, la nature des victimes ne joue qu'un rôle secondaire dans la détermination des moyens à mettre en œuvre, ces derniers bénéficiant indistinctement aux entreprises et aux particuliers (1°)¹²⁵⁴.

Rôle secondaire, mais cependant pas inexistant puisque les pouvoirs publics retiennent souvent la présence d'opérateurs économiques, en tant que victimes ou initiateurs des risques, pour adapter leurs mesures de réaction (2°).

¹²⁵⁴ La manière de déblayer et de remettre en état des voies publiques ne nécessite en effet pas qu'on se préoccupe de la qualité de ceux qui souffrent de son mauvais état.

1° L'utilisation d'outils communs de restauration de l'environnement des entreprises.

455. Commun aux opérateurs économiques et aux particuliers, l'environnement endommagé par la réalisation d'un risque fait l'objet de mesures de restauration communes aux différents acteurs en cause **(a)**. Leur mise en œuvre variera néanmoins en fonction de l'origine du risque réalisé **(b)**.

a) Le caractère commun des outils de réaction

456. Quelle que soit l'origine des dommages qui ont atteint l'environnement général d'un opérateur ou d'un particulier, les pouvoirs publics recourront aux mêmes instruments en vue de le restaurer. Il en ira ainsi que le risque trouve son origine dans l'action administrative - par exemple lorsqu'il est le fait d'un dommage accidentel de travaux publics - ou dans un événement extérieur, qu'il soit naturel ou d'origine humaine. Ces instruments se manifesteront par des opérations matérielles visant tantôt à nettoyer, déblayer et éliminer des déchets ou obstacles, tantôt en des travaux de reconstruction.

On en trouve de nombreux exemples lorsque l'on étudie la façon dont les pouvoirs publics ont procédé pour restaurer l'environnement endommagé du fait de la survenance d'inondations, de tempêtes, de pollutions diverses, d'explosions ou d'actes de terrorisme qui ont marqué l'actualité de la dernière décennie. Ainsi, pour ne retenir que quelques illustrations, on citera les travaux de nettoyage des côtes françaises financés par les pouvoirs publics à la suite du naufrage de l'Érika ainsi que ceux destinés à rétablir le trafic routier à la suite des inondations dans la Somme¹²⁵⁵. Nombre de ces

¹²⁵⁵ Trois ponts provisoires ont pu être installés dans le département afin de rétablir le trafic routier pour un montant total de 7,45 millions de francs.

travaux peuvent être qualifiés de travaux publics au sens que lui donne la jurisprudence administrative¹²⁵⁶, notamment les travaux de déblaiement ou de nettoyage¹²⁵⁷.

457. Deux observations doivent être faites relativement aux outils communs de réaction mis en œuvre par les pouvoirs publics.

D'une part, les opérations matérielles exécutées pour rétablir l'environnement général des opérateurs peuvent être de la même nature que celles qui visent à faire cesser les conséquences de la réalisation d'un risque¹²⁵⁸. En effet, on peut considérer que certaines de ces mesures tendent à la fois à faire cesser un dommage et à remettre en état l'environnement dans lequel il se produit. C'est le cas des opérations de nettoyage telles que celles qui suivent les pollutions maritimes puisque ces dernières visent tant à faire cesser la destruction des récoltes que de rétablir l'écosystème afin que l'exploitation des ressources naturelles puisse se rétablir. Il convient donc de relativiser, au regard de ces observations, la description chronologique des opérations qui, si elle permet une meilleure compréhension de l'attitude réactive des pouvoirs publics, ne permet pas dans l'hypothèse décrite de mettre en lumière les mesures qui servent en réalité à atteindre plusieurs objectifs successifs.

D'autre part, il faut constater que si les moyens mis en œuvre bénéficient bien en principe aux particuliers comme aux entrepreneurs, certains bénéficient parfois plus aux seconds qu'aux premiers. Il en va ainsi des travaux de restauration de l'environnement écologique des exploitants agricoles¹²⁵⁹, ainsi que la remise en l'état

¹²⁵⁶ Voir pour un rappel des critères de la notion de travail public : ce chapitre, n°438.

¹²⁵⁷ Il s'agira par exemple du nettoyage des voies publiques : C.E., 9 février 1934, *Mabille*, p.201. ; du déblaiement d'immeuble sinistrés : C.E., 11 février 1927, *Touzzé*, p.202 ou de l'épandage des décombres qui le complète : C.E., 7 novembre 1962, *Epoux Bonisson*, p.595.

¹²⁵⁸ Voir supra, ce Chapitre, n°438 et s.

¹²⁵⁹ 90 millions de francs devraient être consacrés à la restauration des écosystèmes marins et côtiers de Bretagne, Pays de la Loire, Poitou-Charentes et Aquitaine.

d'itinéraires de randonnées touristiques¹²⁶⁰ endommagés par la réalisation de certains risques.

b) L'incidence de l'origine des risques sur la mise en œuvre des moyens de réaction

458. Les modalités de l'intervention publique, lorsque celle-ci bénéficie à l'ensemble de la population, varient néanmoins en fonction de l'origine du risque. On doit en effet distinguer les hypothèses dans lesquelles la situation dommageable trouve son origine dans un événement naturel, dans l'action d'un tiers ou dans celle de l'administration.

Dans le premier cas, l'importance des dommages subis par l'environnement naturel des opérateurs explique souvent l'insuffisance des moyens dont ils disposent pour le remettre en état et justifie que les pouvoirs publics interviennent directement afin de restaurer le bon ordre, principalement par le biais de mesures matérielles¹²⁶¹.

Dans le second cas, l'intervention est d'une part assez paradoxale et d'autre part de nature différente.

Paradoxale puisqu'il ne devrait en effet pas revenir aux pouvoirs publics de remettre en état l'environnement d'une entreprise détérioré par l'action de tiers. C'est sur ces derniers que devrait en principe reposer cette tâche. Cependant, l'urgence de la situation, l'incapacité des tiers à réagir ou leur désintérêt peuvent forcer les pouvoirs publics à intervenir.

¹²⁶⁰ Le Gouvernement prévoit une dotation de 20 millions de francs sur le chapitre 66-03 « Développement territorial du tourisme » et de 10 millions de francs sur le chapitre 44-01 « Développement de l'économie touristique ».

¹²⁶¹ Des mesures juridiques peuvent également être prises ; elles ne feront souvent que précéder la réalisation de travaux : prescriptions aux propriétaires de réparer ou démolir les bâtiments endommagés et menaçant ruine, pouvoir de réquisition, etc.

D'une nature différente ensuite, puisqu'il ne s'agit plus ici de pallier les carences des entreprises, mais de contraindre les tiers à restaurer ce qu'ils ont dégradé¹²⁶². Ainsi peut-on relever que des sanctions pénales ont été prévues dans de multiples domaines en vue d'imposer de telles obligations. On en trouvera des exemples dans le droit de l'environnement¹²⁶³, notamment dans la législation sur le traitement des déchets¹²⁶⁴ ou celle sur la protection du milieu aquatique¹²⁶⁵. De même, l'article L.480-5 du Code de l'urbanisme dispose qu'en cas de condamnation d'une personne morale ou physique pour des infractions prévues aux articles L.160-1 et L.480-4¹²⁶⁶, la mise en conformité des lieux ou des ouvrages ainsi que la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur peut être imposée.

Dans le troisième cas, il revient à l'administration de restaurer l'environnement d'entreprises qu'elle a endommagé du fait de son action¹²⁶⁷. Or, la question se pose de savoir si elle peut être condamnée à réparer en nature les dommages qu'elle a causés à l'environnement d'entrepreneurs et dans quelle mesure la règle de l'intangibilité des ouvrages publics s'oppose à une remise en état.

¹²⁶² Cette distinction a déjà été observée en matière d'assurance des entreprises. On a pu noter en effet que l'intervention publique en ce domaine visait d'une part à pallier les carences des entrepreneurs dans le cadre d'une action subsidiaire, et d'autre part à imposer aux assureurs l'obligation de prendre en charge certains risques traditionnellement inassurables. Voir pour des développements plus fournis : Seconde partie, Titre premier, Second Chapitre.

¹²⁶³ Une obligation générale leur est dorénavant faite par la directive 2004-35 du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale de prendre « toutes les mesures de réparation » nécessaires au rétablissement de l'environnement. L'article 6 al. 3 de la directive dispose que les pouvoirs publics doivent imposer aux exploitants de prendre de telles mesures, et assurer leur contrôle.

¹²⁶⁴ La loi sur les déchets de 1975 (article L.541-46-II du Code de l'environnement) prévoit la possibilité d'ordonner la remise en état des lieux endommagés par les déchets non traités dans les conditions conformes à la loi.

¹²⁶⁵ La loi du 3 janvier 1992 (article L. 216-6 et 216-8-IV du Code de l'environnement) permet d'imposer au condamné de procéder à la restauration du milieu aquatique.

¹²⁶⁶ Il s'agit de l'exécution de travaux ou de l'utilisation des sols en méconnaissance des obligations du Code.

¹²⁶⁷ Il convient de noter que l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme précité est applicable aux personnes publiques. En vertu de l'article 121-2 du Code pénal, les personnes morales de droit

Le principe de droit administratif exige qu'un préjudice causé par l'administration doive être réparé par le versement d'une indemnité. Il s'agit d'une réparation par équivalent, le juge n'ayant pas la possibilité de condamner l'administration à une réparation en nature¹²⁶⁸. Cependant, cela n'empêche pas le juge d'offrir une alternative à l'administration qui a causé un dommage. Il peut en effet prononcer une « obligation facultative », qui « ouvre le droit de ne pas verser les dommages-intérêts »¹²⁶⁹ si l'administration use du droit qui lui est donné par le juge de réparer en nature¹²⁷⁰.

En outre, la remise en état semble être facilitée par l'évolution de la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative relative à l'intangibilité des ouvrages publics¹²⁷¹. Suivant une évolution initiée par le Tribunal des conflits¹²⁷², le Conseil d'Etat saisi d'une demande d'injonction sur le fondement de l'article L.911-1 du C.J.A., énonce dans un arrêt *Commune de Clans*, du 29 janvier 2003¹²⁷³, que le juge administratif peut ordonner la suppression d'un ouvrage public implanté de façon irrégulière si une régularisation appropriée est impossible et que cette démolition n'entraîne pas une

public visées sont les établissements publics et les collectivités territoriales dans le cadre de l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

¹²⁶⁸ C.E., 2 novembre 1963, *Dame Bathélémy*, p. 548

¹²⁶⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1 préc., p.1233, n°1404.

¹²⁷⁰ Voir en ce sens : C.E., 10 mars 1905, *Berry et Chevallard*, S. 1917.3.65, note HAURIOU : « la juridiction peut, après avoir prononcé contre une commune condamnation à indemnité, à raison des dommages causés, lui laisser la faculté de se soustraire au paiement de cette indemnité en supprimant les ouvrages exécutés par elle. » Dans le même sens : C.E., 22 novembre 1889, *Freysenet*, S. et P. 1892.3.13 et C.E., 24 juin 1892, *Commune de Daignac*, S. et P. 1894.3.57. Par la suite le Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence : C.E., 20 janvier 1956, *Ville de Royan*, p.26 : condamnation de la commune à payer des dommages-intérêts, « faute pour ladite ville de faire procéder à ses frais à la remise en état des lieux indûment modifiés ».

¹²⁷¹ Celui-ci s'oppose à ce qu'un ouvrage même mal planté, c'est-à-dire implanté par erreur sur une propriété privée, fasse l'objet d'une remise en l'état initial des lieux : C.E., 7 juillet 1853, *Robin de Grimaudière*, S. 1854.2.213. En conséquence, le juge, y compris le juge judiciaire compétent en matière de voie de fait, ne peut ordonner la destruction de l'ouvrage et se limite à accorder une indemnité de dépossession.

¹²⁷² T.C., 6 mai 2002, *M. et Mme Binet c/ Electricité de France*, C.J.E.G. 2002, p. 646 note B. GENEVOIS; *A.J.D.A.* . 2002, p. 1229, note P. SABLIERE. Le tribunal juge que le juge judiciaire ne peut ordonner le déplacement ou la démolition d'un ouvrage public qu'en cas de voie de fait et que lorsqu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée.

atteinte excessive à l'intérêt général¹²⁷⁴. Dans la même lignée, la Cour de cassation¹²⁷⁵, statuant en matière de voie de fait, a décidé par un arrêt du 30 avril 2003¹²⁷⁶, de se conformer à la jurisprudence du Tribunal des conflits.

En tout état de cause, l'administration demeure compétente pour décider de son propre chef de réparer en nature les dommages qu'elle a causés et de restaurer ainsi l'environnement des entrepreneurs dégradé.

2° La prise en considération de la présence d'entreprises

459. Il est possible de distinguer l'adaptation des mesures publiques à la situation des entreprises sur qui a pesé le risque qui s'est réalisé **(a)** et à celle des entreprises dites à risque **(b)**.

a) Adaptation à la situation des entreprises victimes

460. La variabilité, la multiplicité et l'importance des préjudices que sont susceptibles de subir les entreprises du fait de la réalisation d'un risque justifient que les pouvoirs publics adaptent à leur situation les moyens de réaction dont ils disposent. En

¹²⁷³ CE 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n° 245239. *A.J.D.A.* 2003, p. 784, note P. SABLIERE.

¹²⁷⁴ Le Conseil d'Etat ajoute une condition à celle déjà posée par le Tribunal des conflits. Voir en ce sens : S. BRONDEL., « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexions sur une évolution jurisprudentielle », *A.J.D.A.* 2003, chron., p.761 ; C. BOUTAYEB, « L'irrésistible mutation d'un principe : l'intangibilité de l'ouvrage public », *R.D.P.* 1999, p. 1480

¹²⁷⁵ Le juge judiciaire avait déjà reconnu quatre exceptions ponctuelles au principe d'intangibilité : le cas des travaux en cours, des travaux mixtes, des installations électriques et l'exécution de conventions de droit privé. Voir en ce sens : S. BRONDEL, *Ibid.* En outre, par un arrêt d'Assemblée plénière du 6 janvier 1994, *Consort Baudon de Mony c/ EDF*, la Cour de Cassation avait limité les conséquences juridiques de la construction irrégulière d'un ouvrage public sur une propriété privée en soumettant le transfert de propriété du fonds à une procédure d'expropriation régulière.

¹²⁷⁶ Civ 3^e, 30 avril 2003, *D.* 2003, p.1932, note J. PETIT.

effet, l'exercice et le maintien de son activité par l'entrepreneur dépendant très fréquemment de l'état de son environnement, il convient, alors même que cet environnement ne lui est pas propre et que son endommagement préjudicie également à des particuliers, de prendre en considération l'urgence particulière qui existe à le restaurer. On constate alors qu'un traitement favorable est accordé aux entreprises afin qu'elles puissent, dans l'intérêt général, reprendre le plus rapidement possible leur activité.

461. Ce traitement passe par l'octroi d'aides à la remise en état de leur environnement, et notamment par des aides visant à permettre la réalisation de travaux. Il faut noter d'emblée qu'elles se distinguent de celles que l'on étudiera plus avant et qui sont destinées soit à soutenir les activités économiques, soit à prendre en charge les conséquences financières de la réalisation des risques. Si elles peuvent prendre la même forme, elles n'ont cependant pas le même objet.

Ainsi a-t-on pu proposer aux entreprises victimes des aides telles que des prêts à taux préférentiel permettant la reconstruction. En outre, lors de la catastrophe de l'Érika, des allègements de charges ont été mis en place pour les conchyliculteurs. Lors des inondations de la Somme, des délais de prélèvements fiscaux et sociaux ont également été accordés aux entreprises afin qu'elles puissent préalablement se « remettre à flots ».

b) Adaptation à la situation des entreprises à risque

462. L'adaptation des mesures communes de réaction est particulièrement marquée lorsque des entreprises sont à l'origine des risques puisque les pouvoirs publics ont alors la possibilité de leur imposer des mesures particulières de remise en état de l'environnement qu'elles ont endommagé.

D'une part, l'obligation de remise en état peut constituer une condition à l'octroi d'une autorisation d'exploitation : elle ne sera alors accordée que si l'exploitant s'engage

à l'avance à restaurer le site exploité dans des conditions déterminées. Ainsi, l'article 83 du Code minier prévoit-il une remise en état, notamment à des fins agricoles, des sites affectés par les travaux et installations. Il en va de même pour les ouvrages ou travaux exécutés dans le lit d'un cours d'eau, l'autorisation étant assortie de mesures visant à remettre en état le milieu naturel aquatique¹²⁷⁷. Enfin, l'autorisation d'exploiter une installation classée est soumise, depuis la loi du 30 juillet 2003, à diverses conditions permettant de s'assurer des capacités techniques et financières¹²⁷⁸ nécessaires à la remise en état du site

D'autre part, l'obligation de restauration peut être imposée à la suite de la réalisation d'un accident causé par une entreprise à risque ou au terme de son exploitation. La législation sur les installations classées l'illustre à nouveau parfaitement. En effet, malgré l'impossibilité, en l'état actuel du droit, d'engager la responsabilité des exploitants du fait des dommages exclusivement écologiques¹²⁷⁹, le préfet dispose des moyens d'imposer la remise en état des sites pollués afin de s'assurer du respect de l'article 27 de la loi du 30 juillet 2003 selon lequel « lorsqu'une installation est mise à l'arrêt définitif, son exploitant remet son site dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun danger ou inconvénient » pour l'environnement et le voisinage¹²⁸⁰. En vertu de

¹²⁷⁷ Article L. 232-3 du Code rural.

¹²⁷⁸ Article L. 512-1 du Code de l'environnement.

¹²⁷⁹ Voir en ce sens : C. HERMON, « La réparation du dommage écologique », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1792. La jurisprudence tant administrative (CE 12 juillet 1969, *Ville de Saint-Quentin*, p. 385) que judiciaire exclut la réparation des dommages écologiques, indépendamment des atteintes aux personnes ou aux biens. La directive du 21 avril 2004 « sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux » (J.O.U.E. L. 143, 30 avril 2004, p. 56) prévoit cependant la possibilité d'une réparation en nature des dommages à l'environnement assez proche du système actuel des installations classées complété par un système d'incitation à la garantie financière. Il faut noter que ce système d'assurance est destiné, dans un premier temps à laisser jouer le libre jeu du marché. Cependant, en cas de carence, la directive prévoit, à compter de 2010 la possibilité pour les États membres d'imposer une assurance obligatoire. Ceci n'est pas sans rappeler les obligations d'assurance faites aux entreprises qui ont été étudiées dans le chapitre précédent : voir *supra*, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, n°352.

¹²⁸⁰ La remise en état doit assurer « un usage futur du site comparable à celui de la dernière période d'exploitation de l'installation mise à l'arrêt » (Article. L. 512-17, 2e al. du code de l'environnement). Elle peut également permettre un usage autre qu'industriel soit à titre volontaire et après négociation, soit sur prescription préfectorale (Article L. 512-17, al. 1 et 3, du code de l'environnement).

l'article L. 514-1 du Code de l'environnement, le préfet peut, après mise en demeure, recourir à l'exécution d'office de travaux de remise en état aux frais de l'exploitant¹²⁸¹. Notons toutefois que l'obligation de remise en état de l'environnement telle qu'elle est formulée par la directive communautaire du 21 avril 2004 est soumise à la condition que « les coûts des mesures de réparation (ne soient pas) disproportionnés par rapport aux bénéfices environnementaux escomptés »¹²⁸².

463. De manière différente, les pouvoirs publics peuvent être amenés à procéder eux-mêmes, faute d'intervention de l'exploitant, à des travaux de restauration¹²⁸³. C'est notamment le cas lorsque des accidents se produisent, causés par des activités industrielles. Dès lors, les frais engagés par les personnes publiques doivent être remboursés par la personne responsable. Une telle obligation est notamment reconnue par la loi de 1992 sur l'eau¹²⁸⁴, par la loi sur les déchets¹²⁸⁵, ainsi que par la législation sur les installations classées soumises à déclaration ou autorisations¹²⁸⁶. Ces dispositions prévoient également la possibilité pour les collectivités publiques de se constituer partie civile à la suite d'un accident lorsqu'elles sont intervenues matériellement ou financièrement pour en atténuer les dommages.

¹²⁸¹ L'obligation de remise en état pèse sur l'exploitant de l'installation en vertu d'une jurisprudence constante récemment rappelée (C.E., 10 janvier 2005, *Sté Sofiservice*, *J.C.P.A.*, 28 février 2005, p. 440, note G. PELLISSIER.) ou, si celui-ci a disparu, sur son ayant droit. Si l'exploitation est reprise, l'obligation pèse sur le repreneur : C.E., 8 septembre 1997, *Sté Serachrom*, *B.D.E.I.*, 2/98, note J.-P. BOIVIN. Par ailleurs, la remise en état peut concerner un site différent de celui de l'exploitation si c'est l'activité entreprise qui a conduit à sa pollution : C.E., 24 mars 1978, *Sté la Quinoléine*, p.155.

¹²⁸² Ceci suppose donc que les pouvoirs publics recourent à nouveau à un bilan coût-avantage afin de déterminer les mesures adaptées et proportionnées destinées à remettre en état l'environnement général des entreprises.

¹²⁸³ La directive du 21 avril 2004 précitée prévoit que les pouvoirs publics peuvent se substituer aux exploitants, mais peuvent recouvrer auprès d'eux les coûts qu'ils ont supportés.

¹²⁸⁴ Article L.211-5 du Code de l'environnement.

¹²⁸⁵ Article L.541-3 et L.541-6 du Code de l'environnement.

¹²⁸⁶ Article L.514-16 du Code de l'environnement.

464. Le rétablissement de l'environnement général des entreprises à la suite de la réalisation d'un risque peut ne pas suffire à la rétablir dans une situation économiquement viable. Il convient en effet que son environnement économique soit également restauré.

B- Le rétablissement de l'environnement économique de l'entreprise

465. Les hypothèses qui seront traitées dans les développements suivants ne concernent que des risques subis par les entreprises ; ils leur sont propres et sont donc inconnus des particuliers. Une telle situation résulte soit du fait qu'ils n'entraînent de conséquences qu'économiques (perte de parts de marché, perte de stocks, de clientèle, d'image de marque, destruction de machines, etc.), soit du fait que seules des entreprises sont susceptibles de les subir (atteintes irrégulières aux règles de fonctionnement des marchés). Dès lors, il est aisé de comprendre pourquoi les pouvoirs publics mettent en œuvre des outils spécifiques, distincts de ceux qu'ils utilisent pour prendre en charge les risques des particuliers.

Au-delà de cette originalité, on doit également noter que l'intervention publique n'est ici que complémentaire de celle des opérateurs. Ces derniers disposent en effet de moyens leur permettant de restaurer les conditions d'une exploitation normale. Ce n'est alors qu'afin de pallier leurs insuffisances ou leur incapacité à réagir que l'action publique se développe, subsidiairement.

Ainsi, avant de préciser comment des outils propres aux risques des entreprises sont mis en œuvre afin de les rétablir dans des conditions économiques viables (2°), il convient de préciser les conditions et manifestations de la complémentarité de l'action publique (1°).

1° La complémentarité de l'action publique

466. Les justifications de la complémentarité de l'action publique en matière de risques des entreprises ne nécessitent pas d'être à nouveau exposées de façon approfondie. Pour résumer, l'action publique est tributaire de l'expression d'un besoin, lui même déterminé par l'existence d'une carence, elle est secondaire et complémentaire.

467. Les entreprises disposent d'un certain nombre de moyens leur permettant, le moment venu, d'assurer la restauration des conditions économiques d'exploitation initiales.

Ces mesures peuvent avoir été prévues en amont de la réalisation du risque. On rappellera alors le rôle fondamental joué, dans le cadre de la politique de prévoyance des entreprises, par les contrats d'assurance pertes d'exploitation et par les plans de survie¹²⁸⁷. Les premiers permettent de couvrir les pertes d'exploitation causées par la baisse du chiffre d'affaires résultant d'un arrêt de l'activité ou de son ralentissement. Ils visent à replacer l'entreprise dans la situation qui aurait été la sienne si le sinistre ne s'était pas produit. Les seconds visent à compléter les mesures de prévention adoptées et permettent de déterminer les mesures les plus urgentes à adopter pour replacer l'entreprise dans une situation de fonctionnement optimale : réorganisation de la production, mesures commerciales, plans de marketing, etc.

Le droit des sociétés offre également certains outils de réaction permettant de rétablir la situation de l'entreprise. On citera à titre d'exemple la possibilité de recourir à une réduction de capital en cas de pertes consécutives à la réalisation d'un risque ou celle de procéder à des emprunts obligataires. L'assemblée générale extraordinaire de la société peut en effet décider de réduire le capital social afin d'épurer les pertes¹²⁸⁸ ou de

¹²⁸⁷ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, n°372 et s.

¹²⁸⁸ Voir en ce sens : PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 9^e édition, 2003, p.669 et s. : « La réduction de capital intervient généralement lorsque la société a subi des pertes.

permettre l'entrée d'un nouvel actionnaire apportant de « l'argent frais »¹²⁸⁹. L'opération se fera soit par la réduction de la valeur nominale des actions, soit par la diminution de leur nombre. Dans le même ordre d'idées, la société « nécessiteuse » peut décider, par une décision de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, d'obtenir l'argent permettant de la renflouer en recourant à l'emprunt¹²⁹⁰. Elle émettra alors des obligations dont la valeur nominale est librement fixée et qui donnent droit au paiement d'un intérêt annuel et au remboursement du montant prêté¹²⁹¹.

468. Les mesures sus évoquées peuvent ne pas suffire à rétablir l'entreprise victime d'un risque dans une situation où elle pourra reprendre son activité dans des conditions optimales. L'absence de préparation en amont, l'incompétence technique ou l'insuffisance des moyens financiers sont autant de raisons qui conduisent les entrepreneurs à se tourner vers les pouvoirs publics en vue d'obtenir une aide complémentaire. Or, cette complémentarité induit la variabilité de l'étendue de l'intervention publique en fonction de l'importance des carences observées et des besoins exprimés. De la sorte, la prise en charge se déclinera selon plusieurs modalités partant d'une aide ponctuelle et minime à des entreprises disposant de moyens importants ou s'étant correctement préparées, jusqu'à un quasi-remplacement pour celles dont la carence s'est avérée totale.

Ceci s'observe de façon manifeste lorsque l'on étudie la façon dont les pouvoirs publics usent d'outils propres aux risques des entreprises en vue de rétablir les conditions économiques permettant la reprise de leur activité.

Mesure d'assainissement financier, elle permet d'aligner le capital social sur l'actif réel net. ». Elle ne peut cependant pas conduire à une réduction du capital à un niveau inférieur au minimum légal.

¹²⁸⁹ Il s'agit de l'opération dite « accordéon » qui désigne l'action par laquelle un investisseur renfloue une entreprise ayant subi des pertes importantes. Elle débute par une diminution du capital social et se poursuit par une augmentation de ce dernier.

¹²⁹⁰ Cette possibilité est ouverte par les articles L. 228 - 38 à L. 228-90 du Code de commerce.

¹²⁹¹ Les obligations composées peuvent donner droit à des avantages supplémentaires : conversion ou échange contre des actions.

2° Le rétablissement des conditions économiques d'exploitation

469. Rétablir les conditions économiques d'exploitation de l'activité d'une entreprise suppose que le contexte dans lequel elle s'exerce, les relations entretenues avec ses clients, la place qu'elle occupe sur le marché, etc., soient restaurés, si ce n'est dans leur situation initiale, au moins dans une situation qui permette une reprise viable. Il s'agira par exemple de rétablir les conditions d'une libre et égale concurrence, afin que l'opérateur puisse se replacer sur le marché que la réalisation d'un risque a contraint à délaisser. On touche alors à la limite de notre sujet puisque le rétablissement de variables micro ou macro économiques suppose l'adoption de mesures dont l'étude relève plus de la science économique que de celle du droit. On peut cependant relever que lorsqu'un risque trouve son origine dans l'action de l'administration ou d'un tiers, l'usage de certains modes de sanction peut permettre d'assurer un retour à des conditions d'exploitation normales. Elles sont propres à la matière économique dans la mesure où elles ne concernent que des risques courus par les entreprises ou tout au moins que des dommages économiques inconnus des particuliers. Elles permettent alors de proportionner la mesure de réaction à l'ampleur des dommages et à la situation concrète de l'entreprise sans excéder ce qui paraît nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹²⁹².

Ainsi peut-on considérer la situation dans laquelle les pouvoirs publics, ayant octroyé une aide irrégulière à une entreprise, sont tenus, en vertu des règles communautaires relatives aux aides d'état, de récupérer les sommes indûment versées afin de restaurer les relations entre concurrents dans la situation initiale¹²⁹³. De la même façon, le Conseil de la concurrence peut, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code

¹²⁹² Il a été vu précédemment que les sanctions « économiques » permettent également de faire cesser le comportement à l'origine d'une situation dommageable ainsi que ces conséquences. Ils permettent ainsi d'apporter des solutions ajustées à la situation des opérateurs puisqu'ils sont fondés sur des raisonnements purement économiques.

¹²⁹³ Voir par exemple : C.A.A. Paris, 5 octobre 2004, *Min de la culture et de la communication et autres, D.A.*, janvier 2005, p.20, note M. BAZEX et S. BLAZY. En l'espèce, la Cour administrative d'appel juge illégale l'aide accordée au Centre du livre français sur demande d'un de ses concurrents et enjoint à l'État de cesser son versement et de procéder à la récupération des sommes versées conformément à l'article 93§2 TCE

de commerce, contraindre les entreprises s'étant rendues coupables d'une violation des règles de concurrence de revenir à l'état antérieur par l'adoption de mesures conservatoires.

470. Par ailleurs, et dans la mesure où, outre la déstabilisation du contexte économique, d'autres conditions d'exploitation ont été perturbées par la réalisation d'un risque, il convient pour assurer la reprise, que des opérations matérielles soient engagées. Ainsi, particulièrement dans les hypothèses de catastrophes naturelles ou technologiques, les entrepreneurs devront s'assurer de la remise en état de leur matériel et bâtiment ou de la reconstitution de leurs stocks. Les pouvoirs publics interviennent alors afin de compléter les efforts entrepris en octroyant des aides permettant la reconstitution des conditions matérielles d'exploitation propre à chaque type d'activité.

471. Après que les conditions d'exploitation de l'activité des entreprises victimes de la réalisation d'un risque ont été rétablies, ces dernières n'en continuent pas moins de subir un certain nombre de préjudices les empêchant d'exercer leur activité dans des conditions normales. Les pouvoirs publics interviennent alors en vue d'apporter leur soutien aux activités sinistrées.

§ 2 - Le soutien des activités économiques

472. Le soutien apporté par les pouvoirs publics aux entrepreneurs sinistrés est susceptible de recouvrir plusieurs formes. Visant à assurer la reprise de l'exploitation ainsi qu'à stimuler l'activité entreprise, il se manifeste selon des modalités distinctes **(B)**. On ne peut cependant étudier les modalités de cette intervention sans en avoir préalablement précisé les caractères. On note en effet un renversement fondamental de perspective qui tend à transformer la nature de l'action publique sous l'influence des entreprises elles-mêmes **(A)**.

A- Les caractères des mesures publiques de soutien

473. Caractériser la politique publique de soutien aux activités économiques ayant du subir les conséquences de la réalisation d'un risque semble ne pas poser de difficultés particulières si on l'observe d'un œil peu attentif. On note en effet à première vue qu'elle se traduit par l'octroi d'aides devant répondre à un certain nombre de conditions bien établies (1°). On ne saurait cependant s'arrêter à ce premier constat sous peine de passer à côté d'une réalité contemporaine tendant à renverser la perspective traditionnelle. Vue au travers du prisme du risque, l'action publique présente en effet un tout autre visage (2°).

1° Des mesures traditionnelles d'aide aux entreprises

474. On ne saurait pratiquement déterminer un régime commun aux mesures publiques visant à soutenir les entreprises victimes de la réalisation d'un risque tant les aides octroyées ont été traditionnellement à la discrétion des seuls pouvoirs publics, variant en fonction des circonstances, de l'intérêt qu'y portaient les gouvernements successifs, de la capacité de lobbying des entreprises et de l'émotion provoquée au sein de l'opinion publique par la réalisation de multiples et diverses catastrophes. Il n'en demeure pas moins possible de relever un certain nombre de caractères communs à l'ensemble des décisions adoptées (a). Il est par ailleurs nécessaire de noter que, destinées à des entreprises, les aides octroyées sont soumises à certaines limites justifiées par les conséquences économiques qu'elles sont susceptibles d'emporter (b).

a) Les caractères communs aux aides octroyées

475. Les aides accordées par les pouvoirs publics aux entreprises sinistrées ne sont que des aides. L'affirmation peut sembler maladroite, elle n'en demeure pas moins

fidèle à la conception qui a prévalu, et qui prévaut encore souvent, de la nature et des objectifs assignés à la prise en charge par l'État des risques des entrepreneurs. Il est en effet possible de relever que les gouvernements successifs ont jusqu'à une période relativement récente estimé, dans le cadre d'une conception libérale du rôle de l'État, que les aides qu'ils accordaient aux entrepreneurs ne devaient être qu'un « coup de pouce » permettant un redémarrage rapide des activités et la reconstitution du tissu économique endommagé. Limitant l'intervention publique au maintien des conditions optimales de fonctionnement des marchés, permettant ainsi que s'exercent librement et sûrement les activités économiques, ils n'envisageaient la prise en charge des risques que comme une faculté et non une obligation. Respectueux du primat de la libre entreprise et persuadés que la responsabilité des opérateurs qu'elle suppose doit les conduire à assumer eux-mêmes les conséquences dommageables des événements imprévisibles qu'ils subissent¹²⁹⁴, les pouvoirs publics, par ailleurs soucieux de préserver les deniers publics et de les affecter utilement, ne considéraient donc le soutien aux activités économiques que comme une simple aide.

De cette conception découlent un certain nombre de caractères et traits généraux.

476. Il convient d'emblée de préciser que les aides dont il est ici question se distinguent des mesures d'indemnisation des préjudices qui seront étudiées ultérieurement¹²⁹⁵. Elles ne sont en effet pas nécessairement en rapport avec l'importance des préjudices subis par chaque entrepreneur et la question de la réparation intégrale n'a donc pas à se poser, l'entrepreneur conservant parfois la charge d'une partie des conséquences dommageables du risque¹²⁹⁶. Elles sont en revanche

¹²⁹⁴ Ainsi, le ministre de l'agriculture énonçait-il en 1964 à l'occasion des débats consacrés à l'octroi d'aides aux agriculteurs sinistrés qu'« il n'est pas possible de dire à un agriculteur qu'il sera couvert contre des risques anormaux si d'abord lui-même n'a pas tenté de s'organiser pour faire face aux risques normaux », cité in J. M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc. p.22.

¹²⁹⁵ Seconde partie, Titre second, Second chapitre.

¹²⁹⁶ La théorie de l'imprévision inaugurée par le célèbre arrêt du Gaz de Bordeaux (C.E., 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, p.125, concl. CHARDENET ; *D.* 1916, 3, 25, concl. ; *S.* 1916, 3, 17, concl., note HAURIOU ; *R.D.P.* 1916-206 et 388, concl., note JEZE) en est une bonne illustration puisqu'elle

tributaires de l'expression d'un besoin par les entreprises qui ne parviennent pas à retourner la situation dans laquelle les a plongées la réalisation d'un risque. N'étant pas une indemnisation, elles peuvent en outre ne pas s'avérer suffisantes pour permettre le redémarrage de l'exploitation dans des conditions viables¹²⁹⁷.

477. Les aides octroyées ne sont que ponctuelles et circonstancielles¹²⁹⁸. Leur octroi varie en fonction des circonstances, de l'importance des dommages et très souvent de l'émoi qu'ils provoquent. Il en est allé ainsi jusqu'à la deuxième moitié du XXe siècle où les calamités publiques, guerres ou catastrophes naturelles, ne donnèrent lieu le plus souvent qu'à des politiques de secours discontinues en raison des ressources publiques limitées et des conceptions économiques des gouvernants. Les activités économiques, principalement agricoles, ont toutefois fait l'objet d'une attention particulière puisque les lois de finances prévoyaient fréquemment des crédits destinés au soutien des entrepreneurs ayant subi des pertes de récolte.

Plus contemporaine, l'étude des modes de financement des mesures de réaction¹²⁹⁹ a permis de démontrer que les crédits *extraordinaires* sont à la disposition des pouvoirs publics qui les emploient ponctuellement, en fonction des circonstances plus ou moins catastrophiques. Toute inondation, tempête ou catastrophe écologique ne

donne lieu, lorsque se réalise un événement imprévisible dont les conséquences déjouent les prévisions raisonnables des parties et bouleversent l'économie du contrat, à l'octroi d'une aide dont le but n'est pas de mettre le cocontractant à l'abri de tous les risques, mais de rétablir des conditions économiques normales. Voir en ce sens A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, préc. T. 2, p. 626 : « Ainsi, la théorie de l'imprévision a toujours été considérée comme permettant un *modus vivendi* provisoire destiné à aider le cocontractant à sortir d'un mauvais pas, à franchir une passe difficile. » « (...) on n'envisageait qu'une issue possible de l'état d'imprévision, à savoir le rétablissement des conditions économiques normales et par suite la reprise du contrat dans les conditions du cahier des charges. ». En conséquence, l'aide ainsi versée n'a pas pour but d'indemniser tous les préjudices subis (elle ne couvre pas le gain manqué ni la perte de bénéfices), mais de permettre au cocontractant de surmonter des difficultés passagères. Elle laisse donc naturellement une partie du risque à la charge du cocontractant.

¹²⁹⁷ Si l'aide octroyée par l'administration contractante ne suffit pas à rétablir la situation dans des conditions économiques viables, le juge pourra décider de résilier le contrat : C.E., Ass., 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, p.1050, concl. JOSSE.

¹²⁹⁸ L'allocation de secours « n'est pas l'application d'une règle impérative pour les gouvernants », mais constitue une solution d'espèce in J. M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p. 7 et s.

¹²⁹⁹ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, n°391 et s.

donnera donc pas lieu à des mesures identiques, les pouvoirs publics demeurant libres de déterminer l'opportunité de leur octroi ainsi que leurs destinataires.

Replacée au sein de l'étude de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises, la politique de soutien répond donc aux mêmes exigences que la prévention ou la prévoyance. Elle ne vise en effet pas à remplacer l'entrepreneur qui reste responsable de son activité, supportant les pertes tout comme il bénéficie des résultats, mais se limite à pallier ses carences et à permettre qu'il se « remette à flots ».

478. D'autre part, l'octroi des aides est en principe discrétionnaire, ne répondant pas à un droit des entreprises, mais relevant de la libre appréciation des pouvoirs publics. Une parfaite illustration de ce caractère réside dans les aides accordées aux entreprises dans l'attente d'une indemnisation par les assureurs ou les divers régimes d'indemnisation. On observe en effet très fréquemment l'intervention financière de l'État à la suite de diverses catastrophes en vue de permettre aux opérateurs de poursuivre ou reprendre leur activité avant qu'il n'ait été statué sur l'indemnisation de leur préjudice : ce fut le cas notamment à la suite de la tempête de décembre 1999, du naufrage de l'Érika ou des inondations de 2001. Il ne saurait s'agir dans cette hypothèse d'un droit pour les entreprises et les pouvoirs publics demeurent libres de déterminer l'opportunité de la prise en charge. Ils demeurent également libres dans l'appréciation du montant des aides, les contraintes budgétaires restreignant souvent leur marge de manœuvre. En effet, si elles ne sont pas systématiques, les aides ne sauraient non plus être superflues : conditionnées par l'expression d'un besoin, elles ne doivent donc pas excéder ce qu'exigent les circonstances sous peine de méconnaître leurs objectifs.

Il convient toutefois de nuancer ces propos au regard de certains exemples dans lesquels le législateur a choisi d'établir des régimes d'aides aux entreprises : aides aux entreprises en difficulté, victimes de calamités naturelles ou agricoles. La récurrence de tels risques, l'importance des dommages qui en résultent tant pour les exploitants que pour l'économie nationale a conduit les pouvoirs publics à préféré un système

permanent d'aide plutôt que des interventions ponctuelles¹³⁰⁰. Ainsi, une fois remplies les conditions posées par la loi, les opérateurs bénéficient d'un droit à l'obtention de certaines aides. Cependant, ces conditions étant relativement strictes, la prise en charge n'est pas automatique¹³⁰¹.

479. Enfin, il est nécessaire de préciser que les aides accordées par les pouvoirs publics sont par essence temporaires. Leur but étant de faciliter le retour à une situation d'exploitation normale, elles n'exigent pas d'être permanentes. Il n'est en effet pas question d'instaurer un système d'assistanat sur la durée, mais bien de soutenir et compléter ponctuellement les efforts entrepris par les exploitants visant à rétablir leur entreprise. Elles cessent donc d'être attribuées dès lors que les autorités publiques, ayant constaté la cessation de besoins, estiment qu'elles doivent l'être¹³⁰².

b) Les limites imposées à l'octroi des aides

480. Étant destinées à des opérateurs économiques, les aides accordées se doivent de respecter un certain nombre de conditions qui sont autant de limites imposées à l'action des pouvoirs publics.

D'une part, il ressort de l'ensemble des caractères évoqués ci-dessus que les aides octroyées aux entreprises doivent, tout comme les mesures destinées à faire cesser les événements dommageables ou leurs conséquences, être proportionnées aux besoins

¹³⁰⁰ Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre premier, n°182 et s., pour des développements relatifs aux raisons pour lesquelles l'institution de régimes législatifs a été préféré.

¹³⁰¹ On observe par exemple que les aides accordées à la suite de la réalisation d'une catastrophe sont soumises au respect de conditions fixées par la Commission européenne. Elles portent notamment sur l'importance des dommages subis et l'impact économique et social des aides envisagées. Voir en ce sens : G. AUJALEU, *Les aides des collectivités locales aux entreprises*, préc., p.200.

¹³⁰² Cette période peut ne pas coïncider avec l'estimation qu'en ont les entreprises. Le caractère temporaire s'expliquant à nouveau par le souhait de laisser la part des risques liés à l'exploitation à la charge des opérateurs.

exprimés. Cette exigence, qui transcende tout le droit de la prise en charge des risques des entreprises, se justifie ici par les mêmes raisons que celles précédemment évoquées : nécessité d'affecter les ressources disponibles aux risques et aux opérateurs qui l'exigent, recherche des solutions efficaces par le choix d'outils adaptés. Elle suppose de la même façon la connaissance des risques qui se sont réalisés ainsi que celle des dommages subis. Mal ou peu connus, ils sont susceptibles d'entraîner la prise de décisions sous ou surdimensionnées, selon que le risque considéré a été sous ou surévalué. L'importance de la connaissance du risque en amont doit donc à nouveau être soulignée¹³⁰³ tant elle détermine, outre la prévention et la prévoyance, toute la politique de réaction des pouvoirs publics.

Il convient cependant de préciser que la proportionnalité dont il est ici question est bien celle des mesures par rapport aux besoins exprimés et non par rapport à l'importance des dommages subis. En effet, n'étant pas une indemnisation, l'aide accordée est mesurée en fonction de ce que les pouvoirs publics estiment être nécessaire pour permettre aux opérateurs de reprendre de façon viable leur activité. Elle est naturellement influencée par le dommage, mais ne vise pas à en assurer l'indemnisation. Seul est donc pris en considération ce qui semble nécessaire pour aider à la reprise. Ceci se manifeste dans les conditions que pose la Commission européenne pour accepter que des aides sectorielles de l'article 87§3 c) T.C.E. soient accordées. Elles doivent être nécessaires et ne doivent pas maintenir inutilement des entreprises dans une situation non viable. Elles doivent en outre être temporaires et avoir un coût économique et social acceptable. Elles doivent enfin respecter le principe de proportionnalité.

481. D'autre part, les pouvoirs publics voient leur intervention limitée par l'obligation qui leur est faite de ne pas préjudicier aux autres entreprises ou au bon fonctionnement des différents marchés lorsqu'ils portent secours aux opérateurs sinistrés.

¹³⁰³ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, n°257 et s., pour des développements relatifs à l'acquisition des connaissances sur les risques des entreprises.

Les aides ne doivent en effet pas causer plus de dommages qu'elles n'en font cesser. Elles ne sauraient entraîner la violation des droits et libertés des autres opérateurs, au premier rang desquels figure la libre et égale concurrence, au simple motif qu'elles sont destinées à aider les entrepreneurs « démunis » et donc à servir un intérêt économique.

Elles ne peuvent ainsi avoir pour effet de placer l'entreprise bénéficiaire dans une situation plus favorable que celle qui était la sienne initialement. Il en serait ainsi d'une aide qui, tout en permettant la reprise de l'activité d'une entreprise, entraînerait sans contrepartie l'augmentation de son carnet de commandes ou celle de ses parts de marché et qui, par extension, pourrait la conduire à méconnaître les règles de concurrence.

Dans de telles hypothèses, l'intervention publique relèverait de la réglementation des aides d'État et ne manquerait pas d'être sanctionnée¹³⁰⁴. La réalisation d'un risque et les dommages qu'ils entraînent ne doivent en effet pas constituer un prétexte pour accorder des aides illégitimes au détriment d'autres opérateurs. C'est pour cette raison que les conditions d'octroi sont rigoureusement vérifiées par la Commission européenne. Ce fut notamment le cas à la suite des attentats de septembre 2001, lorsqu'elle fixa les conditions dans lesquelles les États membres purent accorder des aides aux compagnies aériennes¹³⁰⁵. De la même manière, les autorités françaises ont pris soin de notifier les mesures d'aides permettant d'assurer un soutien aux

¹³⁰⁴ En vertu de l'article 87§1 T.C.E., sont incompatibles avec le marché commun les aides d'Etat « dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres (...), qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence ou (...) favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

¹³⁰⁵ Suite aux attaques terroristes, les assureurs ont fortement réduit les garanties accordées aux compagnies aériennes pour les dommages aux tiers résultant de sinistres liés aux risques de guerre et de terrorisme. En conséquence, l'État français a instauré à compter du 25 septembre et de façon temporaire son propre système d'assurances dans le secteur aérien afin de venir en aide aux entreprises privées de couverture. Il vise à assurer la couverture de certains risques et passe également par la réassurance des contrats d'assurance privés par la Caisse centrale de réassurance. Ce régime d'aide a été notifié à la Commission et accepté par une décision du 20 décembre 2001 (Aide d'État NN 157/2001, décision C(2001)4440fin.) fondée sur l'article 87.2.b) du Traité qui dispose que sont compatibles avec le marché « les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires. Dans une communication du 10 octobre 2001, la Commission avait considéré que les attentats de septembre pouvaient être qualifiés d'événements extraordinaires.

entrepreneurs démunis face à la réalisation de certains risques¹³⁰⁶. Il est d'ailleurs éclairant de souligner que la Commission exige dans ce cas le respect du principe de proportionnalité¹³⁰⁷.

2° Le renversement de la perspective traditionnelle

482. Bien que l'étude technique des modalités d'octroi des aides aux entreprises victimes de risques semble confirmer les caractéristiques décrites ci-dessus, il semble néanmoins que le contexte général dans lequel elles s'inscrivent désormais ait substantiellement été modifié. Ce renversement de perspective trouve son origine dans le comportement des opérateurs confrontés à des situations de crise. Il trouve un écho relativement important auprès des pouvoirs publics.

La réaction des opérateurs face aux risques semble avoir considérablement évolué. Un tel phénomène peut sembler extrêmement paradoxal puisqu'il révèle une nouvelle conception des rapports entretenus ou souhaités avec les pouvoirs publics. En effet, initialement rétifs à tout type d'intervention de l'Etat dépassant ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement et à la sécurité des marchés, les opérateurs ont généralement tendance à dénoncer les « ingérences » publiques dans leur politique de gestion, d'organisation ou de prévention. D'où les critiques largement partagées dans le milieu des affaires relatives à un principe de précaution extensible, prétendument source de réglementations et de normes techniques nouvelles, restrictives

¹³⁰⁶ Il en va ainsi tant des aides accordées au titre de la législation sur les entreprises en difficulté que de celles, ponctuelles, intervenant suite aux catastrophes naturelles ou tout autre événement extraordinaire. Dans ce dernier cas par exemple, plusieurs régimes d'aide visant à venir en aide aux entreprises victimes de catastrophes naturelles ont été notifiées en vertu de l'article 87 T.C.E. : aides accordées à la suite de la tempête de décembre 1999 et du naufrage de l'Erika (régime N62/2000 adopté le 17 décembre 2000), à la suite des inondations de 2001 (régime N393A2001 du 12 octobre 2001).

¹³⁰⁷ Les aides accordées en cas de catastrophes naturelles doivent ainsi être proportionnées aux charges pesant sur l'entreprise pour reprendre normalement son activité, et sont plafonnées à 50% des dépenses éligibles, mis à part les frais financiers.

tant de l'initiative privée que du développement technologique. Le primat étant le respect de leur liberté d'action, toute mesure visant à leur imposer des obligations de sécurité est d'emblée mal considérée.

Cette revendication du « laissez-nous faire », est fondée sur la volonté de pouvoir courir des risques considérés uniquement comme des chances de profit ou de développement et non comme des menaces. En vertu de cette conception, la réalisation d'un risque doit être considérée comme un coup du sort ou une erreur dans la gestion de l'entreprise, dont on doit porter la charge sans chercher à l'imputer à un tiers. L'aide publique est certes acceptée lorsqu'elle est proposée, mais n'est pas considérée comme un dû, puisque discrétionnaire et soumise à la volonté des pouvoirs publics.

483. Dès lors que le risque n'a plus seulement été considéré comme une opportunité susceptible d'entraîner quelques accidents, mais comme une source de réelles crises, le comportement des opérateurs a été amené à se dédoubler¹³⁰⁸. En cas de crise, le primat de la liberté et l'exclusion de toute intervention publique qui en découle est remis au profit d'une exigence de sécurité et de remise en état dont la charge incombe à l'État. L'aide n'est plus alors acceptée comme ponctuelle et discrétionnaire, mais bien comme un droit dont sont redevables les pouvoirs publics. Les dernières catastrophes subies en sont la manifestation, où l'on a vu les opérateurs exiger des pouvoirs publics des aides, que cela soit pour parer les conséquences d'attentats, d'explosions de sites industrielles ou de marées noires, risques qui ne trouvaient pourtant pas leur cause dans l'action des pouvoirs publics.

Parmi les raisons déjà évoquées de ce phénomène, il convient de souligner l'importance que revêt l'obligation générale de sécurité qui semble désormais peser sur les autorités publiques, et plus précisément l'obligation de prévention¹³⁰⁹. La récente

¹³⁰⁸ Voir supra, ce chapitre, n°420 et s., pour des développements relatifs à la conception renouvelée des situations de crise consécutives à la réalisation d'un risque.

¹³⁰⁹ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre premier, pour des développements relatifs à la politique de prévention menée par les pouvoirs publics.

adoption de la Charte de l'environnement en apporte une éclairante illustration¹³¹⁰ puisqu'elle renvoie au législateur le soin de préciser les modalités d'application de l'obligation de prévention. Or les lois en matière de risques sont fort nombreuses et transfèrent de façon générale le soin de les prévenir à l'État. Dès que survient une crise, c'est alors logiquement, mais fort paradoxalement aux pouvoirs publics qu'il revient d'adopter les mesures de réaction¹³¹¹. Assurées de ne pas être tenues responsables des dommages subis dans la mesure où elles ont suivi les prescriptions imposées, les entreprises exigent alors des pouvoirs publics qu'ils les aident à rétablir leur situation par l'octroi d'aides appropriées.

484. Cette situation, semblant méconnaître le principe de responsabilité comme corollaire de la liberté, n'est cependant pas venue remplacer la première. On assiste plutôt à une coexistence de ces deux conceptions, l'une prévalant sur l'autre selon que les risques se réalisent ou non. Le risque considéré comme une opportunité justifie toujours le rejet de principe des interventions publiques, la crise exigeant quant à elle la remise en état des situations économiques par les autorités au nom d'une sécurité générale relevant de l'État. N'est-ce pas alors reconnaître dans les faits un droit à l'intervention publique dès que se produit un risque, ce qui conduirait à une nouvelle conception du rôle de l'État dans ses rapports avec le monde économique. En effet, ce dernier semble être particulièrement sensible à ces attentes et y répondre de plus en plus fréquemment par l'octroi quasi systématique d'aides de nature diverses dont il tâche parfois de pérenniser l'instauration. On l'a vu à la suite des crises qui se sont succédé dès la fin de l'année 1999 lorsque l'État établit un régime automatique d'aides aux entreprises victimes de ces mêmes catastrophes¹³¹² et portant sur des dépenses telles

¹³¹⁰ Voir en ce sens : dossier spécial de *P.A.J.D.A.* du 6 juin 2005 relatif à la Charte de l'environnement, et plus précisément : Y. JEGOUZO, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », p.1164.

¹³¹¹ « S'il y a manquement à l'obligation de prévention, on en arrive ainsi, de manière paradoxale, à ce que la cause première n'est pas le comportement fautif de l'auteur du dommage mais la carence de la puissance publique (...) », in Y. JEGOUZO, *Ibid*, p.1165.

¹³¹² Régime N393B/2001

que le remplacement de l'outil et des structures de production, la partie détruite des stocks et les frais qu'elle induit (sous-traitance).

485. Sans tendre vers un renversement du rapport entre la liberté économique et la sécurité des entreprises au profit de cette dernière, il est incontestable que les interventions visant à soutenir les activités économiques à la suite de la réalisation d'un risque ont changé de contexte. Leurs objectifs demeurent toutefois les mêmes : permettre selon diverses modalités la reprise des activités dans des conditions viables.

B- Les modalités des mesures publiques de soutien

486. Sans prétendre établir une classification exhaustive de l'ensemble des mesures d'aides accordées aux entreprises victimes de risques, on peut cependant tenter de les répartir selon les objectifs qu'elles tentent d'atteindre. Certaines visent en effet à permettre la reprise de l'exploitation (1°), d'autres à stimuler l'activité (2°).

1° La reprise de l'exploitation

487. Certaines des aides visant à permettre la reprise de l'exploitation ont déjà été évoquées dans ce chapitre, on se limitera donc à les rappeler brièvement. Il s'agit d'une part des aides financières consistant en l'octroi direct de sommes d'argent permettant de couvrir les premiers frais engagés lors de la reprise de l'activité. Elles se rapprochent alors des aides à la reconstitution de l'environnement propre à l'entreprise¹³¹³. Ainsi, consécutivement à l'explosion de l'usine AZF de Toulouse le 21

¹³¹³ A la suite des tempêtes de décembre 1999, l'État institua un régime d'aide destiné à « remettre à sur pieds » le secteur forestier. Parmi les douze mesures établies, figurait l'aide à la réouverture des routes et des pistes forestières en vue notamment de permettre la reprise rapide des approvisionnements des industries.

septembre 2001, et conformément à ce qu'il avait déjà fait suite au naufrage de l'Érika, l'État institua-t-il un régime d'aide destiné aux petites et moyennes entreprises ayant subi des dommages. Les aides ainsi accordées permettaient de remplacer par exemple les outils de production endommagés (machines, équipements), les structures de production (bâtiments, entrepôts, véhicules) et la partie détruite des stocks. Proportionnées aux besoins des entrepreneurs, ces aides étaient en outre subordonnées au respect de plusieurs conditions dont le respect des dispositions des plans de prévention des risques en vigueur au moment de la catastrophe.

Il s'agit d'autre part, des interventions visant à garantir certains risques pouvant freiner voire empêcher le redémarrage de l'entreprise. Ce fut le cas à la suite des attentats de septembre 2001, lorsque l'État mit en place un système de garantie et d'assurance directes en faveur du secteur aérien¹³¹⁴.

488. Par ailleurs, d'autres types d'aides ont pu être instaurés en vue d'assurer la reprise des activités sinistrées. Il s'agit principalement des exonérations de charges et des prêts accordés ou garantis par les pouvoirs publics.

Dans le premier cas, il peut s'agir d'exonération, de déduction ou de délais dans le paiement des charges fiscales ou sociales.

Ainsi, en vertu du régime d'aide instauré à la suite des tempêtes de décembre 1999, l'État instaura-t-il un système de déductions fiscales des charges liées à la tempête du revenu forfaitaire des propriétaires sinistrés ainsi qu'un amortissement accéléré du matériel d'exploitation forestière pour les entreprises de travaux forestiers.

En ce qui concerne les charges sociales, les pouvoirs publics peuvent être amenés à retarder voire à exonérer totalement ou partiellement leur paiement par les entrepreneurs. Ce fut le cas lors des forts gels printaniers de 1998 qui touchèrent durement les vignobles français. En vue de venir en aide au secteur viticole, l'État

¹³¹⁴ Voir supra, ce chapitre.

décida d'échelonner les cotisations sociales dues par les producteurs et de les prendre partiellement en charge¹³¹⁵.

On peut enfin évoquer le cas des exonérations de redevance pour service rendu correspondant à l'exécution par l'État d'un service gratuit au profit des entrepreneurs. La loi du 26 décembre 1996 a instauré en ce sens le service public de l'équarrissage à la suite de la crise de « la vache folle », dont les prestations ne sont pas facturées aux éleveurs en contrepartie de l'obligation qui leur est faite de recourir exclusivement à ces services.

Il s'agit dans le second cas de prêts accordés ou garantis par les pouvoirs publics afin de permettre aux entreprises de trouver les fonds nécessaires à la reprise de leur activité. Ils visent à « reconstituer, même dans une faible mesure, l'état des choses tel qu'il était avant (...) et (de) faire rapidement renaître l'activité industrielle, commerciale et agricole, dans les régions ravagées »¹³¹⁶. Ainsi, l'article 63 de la loi du 26 septembre 1948¹³¹⁷ prévoyait-il qu'« en cas de calamités publiques, survenues, dans les zones et pour les périodes délimitées par le ministre de l'Intérieur, des prêts pourront être accordés aux entreprises industrielles et commerciales sinistrées du fait de ces calamités, pour la reconstitution de leurs matériels et stocks lorsque ces matériels et stocks auront été atteints à 25% au moins. ». Ces prêts étaient accordés par la Caisse centrale de crédit hôtelier, commercial et industriel créé par la loi du 31 décembre 1937 dont la compétence fut ensuite étendue aux professions libérales. On retrouve dès avant cette mesure d'autres exemples dans lesquels la situation particulière des entreprises a conduit les pouvoirs publics à leur réserver un sort particulier. Il en va ainsi de la loi du 18 mars

¹³¹⁵ Aide d'État n° N95/1999 ayant donné lieu à une décision de la Commission le 14 juin 1999 (SG(99) D/4267). Des mesures identiques furent prises à l'égard du secteur des fruits et légumes. Il en alla de même à la suite de la canicule de 2003 lorsque l'État reversa aux producteurs une partie de la taxe foncière qu'ils avaient versée.

¹³¹⁶ Rapport DENOIX au nom de la Commission des finances chargée d'examiner le projet de loi relatif aux prêts à consentir aux victimes de sinistres, J.O., Doc. Parl., S. 1910, annexe n°96, p.428, cité in J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc, p.170.

¹³¹⁷ Loi n°48-1516 du 16 septembre 1948, J.O. 30 septembre 1948, p.9554, modifiée et complétée par la loi n°55-359 du 3 avril 1955, J.O. 4 avril 1955, p.3367.

1910, distinguant les prêts accordés aux particuliers par le Crédit foncier et ceux accordés aux activités industrielles et commerciales par des commissions locales.

Une telle politique de prêt peut parfois être complétée par une prise en charge plus ou moins étendue des intérêts d'emprunt dus par les entreprises. C'est fréquemment le cas lorsque sont en cause des calamités agricoles pour lesquelles le régime légal de 1964 permet d'accorder aux exploitants sinistrés des prêts bonifiés. Les fortes inondations de décembre 2003 dans le Sud Est de la France ont donné l'occasion aux pouvoirs publics de prendre en charge de façon plafonnée les annuités d'emprunts dues pour l'année 2004¹³¹⁸.

2° La stimulation de l'activité économique

489. Les aides à la reprise de l'exploitation des entreprises sinistrées peuvent ne pas suffire à les rétablir dans une situation économiquement viable. C'est la raison pour laquelle elles sont complétées par des mesures de soutien aux activités visant à stimuler les secteurs concernés. Les moyens de cette stimulation étant protéiformes, la présentation de quelques exemples éclairants permettra d'en comprendre les enjeux.

En effet, nombreux sont les facteurs qu'il est possible d'influencer dans le but de soutenir un secteur d'activité donné. Il pourra s'agir en premier lieu de favoriser la création de nouveaux emplois afin de redynamiser les exploitations en transformant le sinistre en une opportunité. C'est en ce sens que le régime d'aide instauré à la suite des tempêtes de décembre 1999, prévoit une aide à l'emploi et à la formation afin de répondre aux impératifs de mobilisation des bois abattus dont dépendait la reprise des approvisionnements ainsi que la reconstitution ultérieure des forêts. Dans le même ordre d'idées, le régime d'aide instauré à la suite de l'explosion de l'usine AZF autorisa les collectivités locales à compléter exceptionnellement les aides nationales en vue

¹³¹⁸ Aides d'Etat n° N160/2004 ayant donné lieu à une décision de la Commission du 12 avril 2005, SG(2005) 1192.

d'éviter une délocalisation des entreprises et d'assurer le maintien du niveau de l'emploi dans la zone concernée.

Il pourra s'agir en deuxième lieu de stimuler un secteur d'activité en vue de s'assurer que les entreprises ayant repris leur activité ne connaissent pas de difficultés insurmontables. Outre les garanties d'emprunt déjà évoquées qui permettent aux entreprises en situation précaire d'obtenir l'accord des banques à leur demande de prêt, diverses aides aux entreprises en difficultés peuvent être accordées dans ce but¹³¹⁹. Les pouvoirs publics pourront par exemple favoriser la reprise des entreprises en difficultés par une nouvelle entreprise en accordant à cette dernière des réductions d'impôts sur les sociétés, de la taxe professionnelle, ou de la taxe foncière¹³²⁰.

De façon similaire, les pouvoirs publics pourront tenter de protéger les entreprises contre des aléas pesant ordinairement sur elles et risquant de freiner la restauration de leur situation. Ils tenteront par exemple de compenser les coûts liés aux mesures de sécurité imposées dans les aéroports à la suite d'attentats¹³²¹ ou de protéger les entreprises contre la concurrence des autres opérateurs par le biais de la réglementation des prix¹³²².

¹³¹⁹ Les articles L. 3231-3 et L. 4211-1 du Code général des collectivités territoriales disposent que les départements et régions peuvent, lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l'exige, verser des aides directes et indirectes aux entreprises en difficulté. Elles peuvent ainsi être accordées dans le but de dynamiser le tissu économique local et la création de nouveaux emplois. Elles supposent que soit préalablement passée une convention avec l'entreprise bénéficiaire qui devra de son côté présenter des mesures de redressement. Elles bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun des aides locales, exception faite des garanties d'emprunt. Sur ce fondement pourront être accordées des aides à la restructuration ayant pour objet de restaurer la viabilité à long terme d'une entreprise. Les articles L. 3231-3 et L. 4211-1 n'ayant pas fait l'objet d'une notification à la Commission européenne, les aides accordées sur leur fondement devront, s'ils ne relèvent pas d'un règlement d'exemption, être notifiées au cas par cas.

¹³²⁰ La Commission européenne a accepté dans une décision du 1^{er} juin 2005 le nouveau régime français d'aides fiscales à la reprise d'entreprises industrielles en difficulté.

¹³²¹ Après le 11 septembre 2001, les mesures de sûreté extraordinaires imposées aux compagnies aériennes ont été compensées par les pouvoirs publics.

¹³²² L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, prévoit que le Gouvernement peut adopter par décret en Conseil d'État des mesures temporaires destinées à faire cesser des hausses ou baisses de prix excessives et motivées par des situations de crise, de circonstances exceptionnelles ou d'anormalité manifeste des marchés dans un secteur déterminé.

Il pourra s'agir en dernier lieu de soutenir les cours des marchandises ou services produits par les entreprises sinistrées. Ce fut le cas à la suite de la crise de la « vache folle » lorsque, dans le cadre de la Politique agricole commune, les États membres de l'Union européenne, décidèrent par le règlement 1254/1999 de soutenir le marché de la viande bovine afin de lui rendre son attrait et de faciliter les exportations sur le marché international. De façon complémentaire, les mécanismes d'achat publics ont été réinstaurés le temps de la crise afin de soutenir les cours de la viande¹³²³

490. Premier pan de l'attitude réactive des pouvoirs publics, l'action visant à faire cesser les situations dommageables subies par les entreprises, si elle continue de façon générale de reposer sur des outils traditionnels adaptés ou propres à la situation des entreprises, a cependant vu son contexte se transformer substantiellement. Que cela soit en raison de situations de crise jusqu'alors inconnues, de la prise de conscience de nouveaux risques ou de la redéfinition des rapports entretenus par les opérateurs victimes avec les pouvoirs publics, la prise en charge des risques subit un certain nombre des bouleversements qui amène à les observer d'un œil différent.

Ce changement de perspective n'est pas propre à ce seul pan de l'action réactive. On le retrouve également présent dans l'indemnisation par les pouvoirs publics des dommages subis par les opérateurs.

¹³²³ Voir en ce sens : L. DBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, préc., p.316.

CHAPITRE SECOND :

L'INDEMNISATION DES PREJUDICES DES ENTREPRISES

491. Le second volet de l'action réactive des pouvoirs publics est destiné à indemniser les préjudices subis par les entreprises sinistrées. Il s'agit de l'aspect le plus visible de l'intervention publique tant pour les victimes dont c'est la principale préoccupation que pour l'opinion publique qui a encore peu conscience des actions de prévention ou de prévoyance menées en amont. Ces dernières déterminent pourtant l'étendue et l'efficacité de l'indemnisation puisque, vue sous cet angle, la prévention tend à éviter la réalisation de préjudices indemnissables et la prévoyance permet de financer leur prise en charge.

En outre, l'indemnisation ne peut être séparée du rétablissement d'une situation économique viable puisqu'ils partagent le même objectif : replacer l'entreprise sinistrée dans une situation proche de celle qui aurait été la sienne si le risque ne s'était pas réalisé. Elle vise donc à compléter le premier pan de l'action réactive en assurant la prise en charge des conséquences financières du risque, une fois l'activité économique rétablie dans des conditions stables et pérennes¹³²⁴.

La distinction de ces deux opérations renvoie par ailleurs à une distinction terminologique qu'il convient d'opérer afin de mieux appréhender les diverses modalités de l'action réactive des pouvoirs publics. Les termes de réparation et d'indemnisation doivent en effet être différenciés pour ne retenir que le second. Ainsi ne traitera-t-on dans les développements suivants que de la compensation et du dédommagement financiers des préjudices causés à des entreprises par la réalisation d'un risque à l'exclusion de tout autre mode de réparation visant à restaurer ou remettre en état¹³²⁵ les situations endommagées. De plus, le terme de réparation étant associé à la

¹³²⁴ Pour un rappel de la distinction entre aides financières destinées à restaurer l'environnement de l'entreprise et indemnisation, voir supra, Seconde partie, Titre second, Premier chapitre, n°474 et s.

¹³²⁵ « Le terme d'indemnisation a donc un sens plus étroit que celui de réparation. Il constitue une partie de ce dernier. En effet, alors que divers moyens permettent d'obtenir une réparation, l'indemnisation se rapporte exclusivement à des moyens pécuniaires » in M. SOUSSE, *La notion de*

notion de responsabilité¹³²⁶, son utilisation seule ne permettrait pas de faire état des nombreuses autres hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics sont amenés à compenser financièrement les conséquences d'un risque sans que leur responsabilité ait été engagée.

492. Les pouvoirs publics ne sont pas les seuls intervenants dans le processus d'indemnisation des préjudices des entreprises sinistrées. Il existe en effet de nombreux mécanismes et outils de prise en charge tels l'assurance ou l'engagement de la responsabilité civile des auteurs des dommages qui ne font pas intervenir directement les collectivités publiques¹³²⁷. On se concentrera alors uniquement sur les hypothèses dans lesquelles ces dernières indemnisent elles-mêmes les préjudices consécutifs à la réalisation d'un risque, à l'exclusion de celles dans lesquelles elles se limitent à imposer ou régler l'indemnisation par des tiers sans intervention financière de leur part¹³²⁸.

Parallèlement, les entreprises sont loin d'être les seuls destinataires des indemnités versées. Bien au contraire, la tendance contemporaine, marquée par la création de fonds d'indemnisation, serait plutôt de privilégier l'indemnisation des préjudices des personnes physiques, principalement des préjudices corporels. Les entreprises sont alors exclues du bénéfice de ces institutions comme l'illustre l'exemple des risques de terrorisme¹³²⁹ ou celui des risques industriels¹³³⁰.

réparation de dommages en droit administratif français, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, T. 174., p.7. L'auteur cite également DUEZ pour qui « quand la réparation est accordée, elle l'est sous forme d'indemnisation » in *La responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 1938, p 109.

¹³²⁶ L'article 1382 du Code civil dispose en effet que « tout fait quelconque, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

¹³²⁷ On a vu précédemment que c'est en amont, dans le cadre de sa politique de prévoyance, que les pouvoirs publics interviennent tant en matière d'assurance des entreprises qu'en matière de réglementation des comportements potentiellement générateurs de risques. Voir *supra*, Seconde partie, Titre premier Chapitre second.

¹³²⁸ Ne seront donc pas étudiées les règles d'engagement de la responsabilité civile des tiers ayant causé de façon imprévisible un préjudice à une ou plusieurs entreprises, ni la façon dont le juge évalue le préjudice qu'ils ont causé et le montant de l'indemnité qu'ils devront verser.

¹³²⁹ La loi de 1986 relative à l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme renvoie à l'assurance l'indemnisation des dommages matériels.

Dans ce cadre, la problématique générale de cette étude demeure pertinente puisqu'elle conduit à se demander si la nature économique des victimes des risques influence la façon dont les pouvoirs publics indemnisent les préjudices subis en lui donnant une originalité que ne connaît pas l'indemnisation des risques des particuliers.

493. La réponse à cette question est à nouveau positive : dans les deux moments de la prise en charge des conséquences financières d'un risque, que sont d'abord la détermination et l'évaluation des préjudices indemnisés (**Section première**), puis l'évaluation de l'étendue de l'indemnisation (**Section seconde**), la particularité des préjudices subis par les entreprises entraîne l'application de règles particulières.

Afin de le démontrer, il conviendra de prendre en considération tant les textes prévoyant ou imposant l'indemnisation des préjudices par les pouvoirs publics¹³³⁰ que les règles dégagées par le juge en matière de responsabilité administrative pour les comparer et les confronter aux autres mécanismes d'indemnisation, principalement l'assurance.

¹³³⁰ Sans compter naturellement les fonds visant exclusivement les préjudices corporels résultant de l'infection par le virus HIV ou de l'exposition à l'amiante.

¹³³¹ Les textes imposant à l'administration l'indemnisation de préjudices subis par des tiers ont fait l'objet de plusieurs typologies. On retiendra notamment celle réalisée par le Pr BRECHON-MOULENNE qui tend à distinguer au sein des « régimes impliquant le versement d'une somme d'argent en compensation de la survenance d'un dommage », les régimes de responsabilité proprement dite où le texte organise la responsabilité pour ou sans faute de l'administration du fait de l'un de ses agissements, les régimes de réparation qui « sont plutôt des systèmes d'assurance, de garantie de risques dont l'activité de l'administration n'est pas toujours directement la cause, mais dont l'administration accepte d'assumer la charge. », et les régimes d'indemnisation qui sont « les régimes organisant la réparation de dommages occasionnés volontairement par l'administration ». Voir CH. BRECHON-MOULENNE, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1974, T.CXII. De façon différente, le rapport annuel du Conseil d'État pour 2005 distingue les textes instituant des fonds assurant l'indemnisation de dommages ne se rattachant à aucune responsabilité, ceux dont l'objet est d'indemniser les victimes lorsque le responsable n'est pas identifié, assuré ou solvable, et ceux permettant une indemnisation fondée sur la solidarité.

SECTION PREMIERE :

LA DETERMINATION DES PREJUDICES INDEMNISES

494. Un certain nombre de conditions prévues par les textes et la jurisprudence doivent être remplies afin que les entreprises victimes d'un risque puissent être indemnisées. Ces conditions sont primordiales puisqu'elles servent à délimiter le champ des préjudices indemnissables. En effet, avant de se prononcer sur l'étendue de l'indemnisation, le législateur, le pouvoir réglementaire ou le juge ont au préalable déterminé lesquels parmi les préjudices d'une entreprise sinistrée peuvent faire l'objet d'une prise en charge publique (§1). Ils ont également précisé la manière dont il conviendra de les évaluer (§2). Dans ces deux opérations successives et antérieures au versement des compensations financières, on observe que la nature économique des bénéficiaires singularise l'intervention publique.

§ 1 - La délimitation des préjudices indemnisés

495. Distinguer la prise en charge des risques des entreprises de celle des risques des particuliers en matière d'indemnisation suppose que soit déterminée l'existence de préjudices propres aux premiers, ou qui connaissent tout au moins certaines spécificités. Si une telle particularité s'observe lors de l'étude de la gestion des risques par les entreprises et les compagnies d'assurance, encore faut-il pouvoir démontrer ensuite que la nature et la spécificité des préjudices des entreprises sont reçues par les textes et la jurisprudence. Ainsi, après avoir précisé la nature propre des préjudices indemnissables (A), conviendra-t-il de déterminer la nature des préjudices réellement indemnisés (B).

A- Nature des préjudices indemnissables

496. Il n'est pas nécessaire de rappeler longuement que les entreprises subissent des préjudices inconnus des particuliers en raison de la nature de leur activité, de leur importance financière et de la pluralité des intérêts susceptibles d'être affectés (salariés, actionnaires, clients, fournisseurs, etc.). Ils sont propres au domaine économique et constituent le principal objet de l'intervention publique qui tente d'y apporter une compensation appropriée. D'autres types de préjudices, principalement matériels, sont quant à eux subis tant par des particuliers que par des entrepreneurs. Ils connaissent néanmoins une certaine spécificité dans la mesure où, affectés à l'exploitation d'une activité économique, les biens endommagés peuvent à leur tour causer des préjudices propres aux opérateurs, immatériels et étrangers aux particuliers¹³³².

Vérifier si les textes et la jurisprudence permettent l'indemnisation de l'ensemble des préjudices des entreprises suppose au préalable d'en avoir un aperçu relativement précis. Pour ce faire, il convient de recourir à la typologie établie par les entreprises et leurs assureurs dans le cadre de leur politique de gestion des risques¹³³³ (1°). Cette typologie n'est pas seulement explicative puisqu'elle revêt une importance pratique considérable dès que se réalise un risque (2°).

¹³³² Voir en ce sens : J. MOREAU, « L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle. », Mélanges R. CHAPUS, p.443. Dans le même sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.223 : « Il apparaît alors que les biens détruits avaient non seulement une *valeur patrimoniale directe* (...) mais encore une « *valeur d'exploitation* », générant une production de richesse dans la durée (...) ».

¹³³³ On a déjà vu que le droit des assurances donne au terme de risque une triple signification : il est d'une par l'événement générateur du dommage, d'autre part le bien matériel ou immatériel qui le subit et enfin le préjudice qui en résulte, qui peut être matériel ou immatériel. Seuls ces derniers nous intéresseront ici.

1° Aperçu des préjudices indemnissables

497. Que cela soit dans le cadre de leur politique de gestion des risques en amont ou en vue de déterminer l'étendue des préjudices subis à la suite de leur réalisation, les entreprises tentent de déterminer les divers chefs de préjudice dont elles peuvent avoir à souffrir. On les retrouve logiquement décrits et délimités dans les contrats d'assurance.

498. Il suffira ici de rappeler que les divers chefs de préjudices susceptibles de résulter de la réalisation d'un risque¹³³⁴ peuvent être répartis entre les pertes subies et le gain manqué¹³³⁵. Les premières se divisent elles-mêmes en pertes matérielles subies, dépenses induites par le désordre et pertes immatérielles subies. Les seconds se répartissent entre le gain manqué du fait de la diminution des volumes (diminution de la capacité de production par exemple), le gain manqué du fait de l'augmentation du prix unitaire, et la perte de chance. Ces divers chefs de préjudice ne doivent pas être considérés indépendamment les uns des autres puisqu'il est très fréquent qu'un même fait dommageable entraîne la réalisation de plusieurs d'entre eux. Ainsi, une catastrophe naturelle pourra-t-elle entraîner la perte de bâtiments et de matériels, causant elle-même une perte de recettes due à une chute de l'activité ainsi que l'engagement de dépenses non prévues.

499. Les contrats d'assurance proposés aux entrepreneurs répertorient et délimitent ces préjudices. Les garanties offertes sont, on l'a vu¹³³⁶, adaptées à la situation de chacun d'entre eux, à la spécificité des préjudices subis, afin que la compensation financière soit ajustée à leurs besoins. Ainsi, pour chaque branche d'activité et chaque

¹³³⁴ Voir pour des développements relatifs aux conséquences dommageables de risques : Première partie, Titre premier, Chapitre premier, n°33 et s.

¹³³⁵ Voir en ce sens : F. BOUCHON, *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, Affaires finances, Paris, 2002.

¹³³⁶ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, n°335 et s.

opérateur, les polices d'assurance souscrites couvrent-elles de façon personnalisée les préjudices qu'ils sont susceptibles de subir.

Un des exemples les plus topiques en la matière est illustré par la couverture des pertes d'exploitation¹³³⁷. L'arrêt temporaire ou le ralentissement de la production en cas de sinistre entraîne de façon générale une baisse du chiffre d'affaires lorsque ce n'est pas sa disparition¹³³⁸. Divers coûts supplémentaires sont en outre liés aux mesures adoptées après la réalisation du risque en vue de réduire la baisse du chiffre d'affaires : location temporaire de matériels, heures supplémentaires, recours à des intervenants extérieurs. En conséquence, le contrat perte d'exploitation couvre l'entreprise contre les pertes consécutives à la baisse du chiffre d'affaires et les frais supplémentaires engagés¹³³⁹. Les préjudices matériels sont quant à eux couverts par les contrats-socles dont la garantie pertes d'exploitation n'est qu'un accessoire¹³⁴⁰. De la même manière, une garantie perte du fonds de commerce peut venir se greffer sur un contrat de base afin que soient indemnisés les préjudices immatériels liés aux éléments incorporels du fonds tels que la clientèle, le droit au bail, l'enseigne, les marques et brevets, etc.

¹³³⁷ Voir J. ENO, J. PREVOTES, *L'assurance des pertes d'exploitation*, préc., p. 169 et s. : le contrat pertes d'exploitation peut prévoir des formules particulières afin d'adapter la garantie offerte aux préjudices des commerçants ou des prestataires de service.

¹³³⁸ On retrouve ici une expression du gain manqué. En effet, en vertu de l'article 7 de la Convention spéciale, il est prévu que « au titre de la baisse du chiffre d'affaires, les dommages sont constitués par la perte de marge brute qui est déterminée en appliquant le taux de marge brute à la différence entre le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé pendant la période d'indemnisation, en l'absence de sinistre, et le chiffre d'affaires effectivement réalisé pendant cette même période. »

¹³³⁹ Des extensions de garanties peuvent, lorsqu'elles sont souscrites par l'entrepreneur, couvrir des préjudices tels que les frais supplémentaires additionnels, les pénalités de retard ou la perte de droit au bail.

¹³⁴⁰ Ainsi, le contrat d'assurance incendie couvre-t-il les préjudices résultants des dommages aux bâtiments, au matériel, aux marchandises, aux emballages, aux approvisionnements et aux espèces et valeurs. A ceci s'ajoute un certain nombre de dommages immatériels tels la perte d'usage de locaux, la perte de loyers, les honoraires d'expert, les frais de déblais et de démolition, etc.

2° L'exigence d'une bonne appréciation des préjudices subis

500. Malgré la prise de conscience croissante chez les entrepreneurs des situations à risques et des lacunes qu'il convient de combler en matière de prévention et de prévoyance, il n'en demeure pas moins que les entreprises ne sont pas toujours préparées à gérer efficacement les contextes de crise, notamment lorsqu'il leur revient de procéder à la preuve et à l'évaluation des préjudices subis. Or ces deux éléments sont primordiaux puisqu'indispensables à l'obtention d'une compensation financière. Il n'est en effet pas contestable que les opérateurs sont d'autant plus à même de prouver rapidement l'existence d'un préjudice qu'ils se sont donné les moyens de le faire en s'y préparant à l'avance. Et l'on sait combien la rapidité de l'indemnisation est importante tant le temps économique ne correspond pas au temps administratif.

Cela suppose donc que, dans un souci de prévoyance, les entrepreneurs aient adopté une typologie des préjudices susceptibles d'être subis et prévu les moyens de démontrer leur réalité. Il s'agira par exemple de tenir à jour l'inventaire des biens corporels et incorporels pouvant être endommagés¹³⁴¹ par la réalisation d'un risque et d'étudier les préjudices qu'il pourrait entraîner. Il conviendra aussi de déterminer les unités clefs de la production dont l'arrêt ou la destruction risqueraient de paralyser l'exploitation et ainsi d'engendrer de fortes pertes¹³⁴². À ceci s'ajoutera la tenue de documents réactualisés permettant de déterminer avec suffisamment de précision les gains manqués, les pertes de chance (évolution du chiffre d'affaires sur plusieurs années, détermination du chiffre d'affaires produit par unité de production, documents comptables, indicateurs de production par branche d'activité, etc.) et les dépenses induites¹³⁴³.

¹³⁴¹ Voir Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.9.

¹³⁴² Voir, pour des développements détaillés sur ces « goulots d'étranglement », J.ENO, J.PREVOTES, préc. p.21 et s.

¹³⁴³ À défaut de pouvoir prouver que l'engagement de telles dépenses induites est nécessaire à l'exploitation de l'entreprise, celle-ci ne pourra en obtenir l'indemnisation.

501. On trouve de nombreuses manifestations de ces exigences tant en matière de responsabilité administrative qu'en matière d'assurance des risques des entreprises où il revient à la victime d'un sinistre d'apporter la preuve des préjudices qu'elle a subis.

Ainsi, le juge exige-t-il que la victime d'un dommage imputable à l'administration démontre la réalité du préjudice qu'elle prétend avoir supporté¹³⁴⁴ ; qu'elle soit ou non cocontractante de l'administration¹³⁴⁵. À défaut de preuve suffisante, aucune compensation ne sera accordée, alors même qu'une faute aurait été commise¹³⁴⁶. Une entreprise ne pouvant démontrer l'existence d'une baisse de son chiffre d'affaires verra donc sa demande rejetée au plein contentieux¹³⁴⁷ tout comme celle qui ne parvient pas à prouver le paiement de sommes correspondant à des dépenses induites¹³⁴⁸. On peut cependant nuancer cette affirmation par le fait que le juge peut décider d'ordonner une expertise en vue d'établir l'existence d'un préjudice allégué, alors même que la demande ne comporte aucune preuve du dommage, dès lors que les allégations sont suffisamment précises et circonstanciées¹³⁴⁹.

¹³⁴⁴ C'est à la victime du préjudice financier résultant d'une situation dommageable causée par l'administration d'en rapporter la preuve : C.E., 27 septembre 1991, *S.A.R.L. des transactions immobilières de la Haute-Marne*, R.D.P. 1993, p.258. De même, c'est à l'entreprise de prouver que la diminution de la fréquentation de son camping est due à des travaux à proximité (C.E., 12 juillet 1969, *Association municipale de la Brague*, T., p.959.) ou que la rupture des stocks, les pertes de clientèle et de bénéficiaires ont été causées pas une inondation (C.E., 15 octobre 1990, *S.A. « Eternit Industrie » et département d'Ille et Vilaine*, T. p.989 ; C.E., 7 mars 1962, *Sté des auberges du fruit défendu*, R.D.P., 1962, p.996 ; C.E., 7 mai 1975, *Entreprise Gabay-Lafosse*, T., p.1259, R.D.P. 1975, p.1745.) Exemples tirés de : I. POIROT-MAZERES, « La notion de préjudice en droit administratif français », R.D.P. 1997, p.519. La victime devra également rapporter la preuve qu'elle n'a pas bénéficié d'avantages compensant le préjudice subi : C.E., 21 décembre 1983, *S.C.I. « Large vue Crisier »*, T. p.861. : l'augmentation du prix des terrains pendant la période où une commune a illégalement refusé leur vente conduit le juge à constater l'absence de préjudice subi par une société civile immobilière.

¹³⁴⁵ La preuve de l'existence d'un préjudice doit être rapportée par le cocontractant de l'administration : C.E., 7 décembre 1934, *Sté Varoise*, p.1164 ; C.E., 3 mai 1961, *Sté Entreprise Thomas Kotland et O.P.H.L.M. du département de Seine*, p.290.

¹³⁴⁶ C.E., section, 25 juin 1999, *Sté d'exploitation de l'établissement thermal d'Uriage*, p.231

¹³⁴⁷ C.E., 7 mai 1975, *Entreprise Gabay-Le-Fosse*, R.D.P. 1975, p.1745.

¹³⁴⁸ C.E., 11 mai 1983, *Cie pour l'équipement, le financement et la construction*, T., p.916 ; C.A.A. de Paris, 6 juin 1991, n° 89PA01608 : la Cour considère que les frais engagés du fait de l'occupation des voies de chemin de fer ne sont pas justifiés par des factures et ne peuvent dès lors être indemnisés.

¹³⁴⁹ Si cette possibilité permet au juge de ne pas condamner l'administration à payer une somme qu'elle ne doit pas, ce qu'impose de la jurisprudence Mergui (C.E., 19 mars 1971, p.231, concl. ROUGEVIN-BAVILLE, *A.J.D.A.* 1971, p.274, chron. D. LABETOUILLE et P. CABANES ; R.D.P. 1972,

De la même manière, les assureurs exigent qu'en cas de sinistre, la preuve des pertes subies soit rapportée par la victime. Le contrat incendie des risques d'entreprises exige en effet de l'assuré, après qu'il a déclaré le sinistre dans un délai de cinq jours et établi un rapport circonstancié, qu'il dresse un état estimatif des pertes sous peine de voir sa responsabilité engagée¹³⁵⁰. Le fait de s'être préparé à fournir les preuves des préjudices subis prend alors toute son importance puisque des pertes surévaluées peuvent conduire à la déchéance de l'assuré s'il emploie sciemment comme justification des documents inexacts.

B- Nature des préjudices indemnisés

502. Les divers chefs de préjudice pouvant affecter l'exploitation d'une entreprise sont le plus souvent reconnus aussi bien par les textes qui organisent ou imposent le versement d'indemnités par les pouvoirs publics (**1°**) que par la jurisprudence (**2°**). Un sort particulier est donc réservé aux préjudices des entreprises dans ce qu'ils ont de spécifique par rapport aux risques des particuliers. On note toutefois que des exceptions demeurent en vertu de certains textes, qui n'ont pas manqué de susciter de nombreuses critiques.

1° Nature des préjudices indemnisés en vertu des textes

503. L'étude des divers textes organisant l'indemnisation des entreprises par les pouvoirs publics amène à constater que si certains d'entre eux assurent l'indemnisation de l'ensemble des chefs de préjudice subis par les entreprises, tous ne le font pas et en laissent certains à la charge des opérateurs.

p.234, note M. WALINE), elle joue également en faveur des victimes peinant à démontrer la réalité de leurs allégations.

Il serait tentant de trouver dans cette distinction une application générale de l'idée selon laquelle les risques des entreprises sont les seuls à ne pas entraîner la prise en charge de l'ensemble des préjudices subis, révélant ainsi la volonté des pouvoirs publics de laisser à la charge des opérateurs une partie des risques qu'ils courent. S'il est certainement révélateur que les textes excluant certains préjudices portent souvent sur des risques propres aux entrepreneurs (calamités agricoles), il ne faut pour autant pas y voir une règle explicative générale. En effet, certains régimes bénéficiant tant aux particuliers qu'aux entrepreneurs prévoient la compensation de l'ensemble des préjudices subis par ces derniers (émeutes, expropriation). De la même manière, on retrouve dans certains régimes légaux des exclusions de préjudice applicables aux seuls particuliers (terrorisme).

On pourrait également trouver dans cette différence de régime l'illustration du fait que, même en dehors des cas de responsabilité de la puissance publique, l'État indemnise l'ensemble des chefs de préjudice lorsqu'il en est lui-même la cause directe ou indirecte. L'idée que l'administration doit réparer tout type de préjudice qu'elle cause, aussi séduisante soit-elle, doit cependant être à son tour nuancée car elle ne se vérifie pas toujours lorsque sont en cause des entreprises. En matière d'épizooties par exemple, les pertes indemnisées sont bien provoquées par les mesures publiques de réaction mais ne donnent lieu qu'à une indemnisation des pertes directes.

Cette différence s'explique en réalité par une différence de fondement¹³⁵¹. Les textes couvrant l'intégralité des préjudices des entreprises trouvent en effet leur fondement soit dans la responsabilité de la puissance publique (régimes légaux de responsabilité) soit dans des dispositions constitutionnelles ou légales qui impliquent que soient indemnisés tous les préjudices (expropriation). Les autres sont en revanche fondés sur l'idée de solidarité qui n'impose pas que soit compensé l'ensemble des conséquences financières du risque (calamités publiques ou agricoles).

¹³⁵⁰ En ce sens, Civ. 1^{re}, 5 mai 1988, *R.G.A.T.*, 1988, p.555.

¹³⁵¹ Voir, pour l'étude des divers fondements de l'intervention publique, Première partie, Titre second.

Afin d'illustrer ces différentes hypothèses, on retiendra l'exemple des textes organisant l'indemnisation des entreprises en cas d'expropriation¹³⁵² et d'attroupements ou d'émeutes qui, tout en assurant l'indemnisation de l'ensemble de leurs préjudices, aménagent, lorsqu'ils bénéficient également aux particuliers, une place particulière aux opérateurs **(a)**. Seront ensuite évoqués les textes prévoyant l'indemnisation des entreprises en cas de calamités agricoles et d'épizootie **(b)**.

a) L'indemnisation de l'ensemble des chefs de préjudice

504. En matière d'expropriation d'entreprises, la structure de l'indemnisation donne des indications assez précises sur les chefs de préjudice indemnisés. En effet, l'indemnité principale¹³⁵³ visant à compenser les atteintes aux immeubles expropriés est complétée le cas échéant par des indemnités accessoires telles que l'indemnité de remploi destinée à couvrir « les frais de tous ordres normalement exposés pour l'acquisition de biens de même nature (...) »¹³⁵⁴ ou l'indemnité en cas d'éviction d'un fonds de commerce destinée à compenser les préjudices résultant de l'interruption de l'activité commerciale, du trouble d'exploitation qui en résulte, de la perte de clientèle ainsi que des frais de déménagement et de réinstallation imposés par le transfert de l'entreprise¹³⁵⁵.

¹³⁵² Ces textes sont classés par le Pr BRECHON-MOULENE parmi les régimes d'indemnisation car les préjudices indemnisés sont occasionnés par une activité volontaire et licite de l'administration, mais nécessairement préjudiciable aux administrés.

¹³⁵³ Article R. 13-46 du Code de l'expropriation. La perte de droit au bail d'un commerçant est considérée comme donnant lieu au versement d'une indemnité principale.

¹³⁵⁴ Le preneur d'un fonds de commerce peut bénéficier d'une indemnité de remploi lui permettant d'acquérir un nouveau droit au bail pour continuer son activité commerciale : Civ. 3^e, 18 mars 1970, *Consorts Lauseigt*, Bull. civ. III, n°217.

¹³⁵⁵ Civ. 3^e, 1^{er} juillet 1981, *Port autonome de Marseille c/ Sté industrielle d'isolation et de fournitures d'usines*, n°80-70-351. S'il s'agit d'une exploitation agricole, l'indemnité accessoire pourra couvrir, outre les troubles d'exploitation, les pertes de plantations ou façons culturales ainsi que la perte de potentiel économique.

Le juge vérifiera que le préjudice invoqué est bien la conséquence directe de l'expropriation et non celle d'un choix de l'entrepreneur ou des difficultés qu'il rencontre. Il s'assurera également que le préjudice est certain et non pas soumis à la réalisation d'aléas dont il est impossible de prévoir la réalisation¹³⁵⁶.

505. L'article L.2216-3 du Code général des collectivités territoriales énonce quant à lui que « L'État est civilement responsable des dégâts commis, à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens. » L'État est ainsi responsable des dommages de toute nature qui sont la conséquence directe et certaine des crimes et délits¹³⁵⁷. La question s'est toutefois posée de savoir si les préjudices visés par le législateur comprenaient également les préjudices propres aux entrepreneurs, tels que les préjudices commerciaux. Sur ce point, avant que le contentieux ne soit transmis par la loi au juge administratif¹³⁵⁸, la jurisprudence tant du juge judiciaire que du Tribunal des conflits semblait, malgré certaines contradictions¹³⁵⁹, exclure l'indemnisation de tels préjudices¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ Civ. 3^e, 9 février 1982, *Chappaç c/ Sté concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, n°81-70-259.

¹³⁵⁷ Cependant, la condition de spécialité et d'anormalité du préjudice n'a pas à être remplie : C.E., avis, 20 février 1948, *Sté Etudes et construction de sièges pour l'automobile*.

¹³⁵⁸ Loi n° 96-29 du 26 janvier 1986.

¹³⁵⁹ L'ancienne rédaction issue de la loi de 1884 prévoyait l'indemnisation des dommages causés aux personnes ou aux « propriétés », ce qui pouvait laisser supposer que les atteintes ne pouvaient être que matérielles, excluant de la sorte les préjudices commerciaux. La loi de 1983 utilise quant à elle le terme de « biens ». Sur le fondement de l'ancien texte, le juge judiciaire refusait d'indemniser le préjudice commercial (C.A. de Grenoble, 28 février 1989, *État c/ Sté des autoroutes du sud de la France*, inédit.) ; alors que sur le fondement du nouveau texte, il pouvait parfois l'accepter (C.A. de Paris, 6 novembre 1987, inédit.) tout en considérant dans d'autres espèces que les préjudices commerciaux sont nécessairement indirects et donc exclus du champ d'application de la loi (C.A. de Versailles, 28 juin 1988.)

¹³⁶⁰ T.C., 7 juin 1982, *Préfet du Pas-de Calais*, p.457, D. 1982.637, concl. PICCA.

Par un avis du 6 février 1990¹³⁶¹, le Conseil d'État a répondu de façon certaine à cette question en considérant que « la responsabilité de l'État peut ainsi être engagée, sur le fondement de ces dispositions, non seulement à raison des dommages corporels ou matériels, mais aussi, le cas échéant, lorsque les dommages invoqués ont le caractère d'un préjudice commercial consistant notamment en un accroissement des dépenses d'exploitation ou en une perte de recettes d'exploitation »¹³⁶². En application de cette solution, ont ainsi pu être indemnisés les préjudices subis par la SNCF du fait de l'occupation des voies de chemin de fer par des salariés d'une entreprise tierce ¹³⁶³ ou du fait de manifestants et autres grévistes¹³⁶⁴.

Le juge vérifiera toutefois que les préjudices subis sont bien la conséquence directe de la manifestation ou de l'attroupement et non le fait des difficultés d'exploitation que rencontre l'entreprise ou de la baisse de la fréquentation¹³⁶⁵.

¹³⁶¹ C.E., Avis; 6 avril 1990, *Stés Cofiroute et SNCF*, p.95, concl. P. HUBERT, *D.* 1991, somm., p.235, obs. P. BON ; *L.P.A.*, 1^{er} août 1990, p.15, note P.-H. PRELOT, et 1^{er} octobre 1990, p.20, note J. MORAND-DEVILLER ; *R.D.P.* 1990, p.2245.

¹³⁶² Dans la première affaire ayant donné lieu à l'avis contentieux, la Société Cofiroute entendait obtenir l'indemnisation des pertes d'exploitation consécutives à l'impossibilité de percevoir les droits de péage. Dans la seconde, la SNCF entendait obtenir l'indemnisation des pertes de recettes et les frais supplémentaires d'exploitation en raison de l'interruption de la circulation des trains pendant plusieurs heures.

¹³⁶³ C.A.A. de Paris, 19 octobre 2004, *Ministre de l'Intérieur, A.J.D.A.*, 17 janvier 2005, p.83. Dans cette affaire, le TA de Versailles avait condamné l'État à indemniser la SNCF du fait des pertes d'exploitation, et des dépenses supplémentaires engagées du fait de la perturbation du trafic ferroviaire. Voir T.A. de Versailles, 7 juin 2001. Cette jurisprudence est à rapprocher de celle relative au défaut de concours de la force publique : C.E., 3 juin 1938, *Sté la Cartonnerie et Imprimerie Saint Charles*, p.521 : occupation d'une entreprise par des grévistes sans commissions de délits.

¹³⁶⁴ Par exemple : C.A.A. de Paris, 6 juin 1991, *SNCF c/Ministre de l'Intérieur*, n°89PA00681 : occupation de la gare de Roanne, blocage des trains entraînant des frais supplémentaires d'énergie et de personnels. Contrairement au jugement du Tribunal administratif, la Cour rappelle que la loi ne pose aucune restriction quant à la nature des préjudices indemnisables.

¹³⁶⁵ Par exemple : C.A.A. de Paris, 6 juin 1991, n° 89PA01608, les frais de mise en marche de trains supplémentaires ne peuvent être considérés comme la conséquence directe de la manifestation.

b) L'indemnisation d'une partie des chefs de préjudice

506. Les textes relatifs au traitement des crises consécutives à l'apparition de foyers infectés dans les élevages constituent un exemple des hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics ne prennent en charge que certains types de préjudices. En effet, les textes en la matière ne prévoient que la compensation des pertes directes, laissant aux exploitants la charge de supporter les autres. Ainsi, concernant les cas de la fièvre aphteuse, le décret du 27 décembre 1991 organise-t-il le régime de l'indemnisation des propriétaires d'animaux abattus¹³⁶⁶ alors que l'arrêté du 7 mars 2001 prévoit la compensation de l'abattage préventif. En vertu de ces textes, l'État prend à sa charge les pertes consécutives aux restrictions à la commercialisation des animaux d'élevage et d'embouche, mais pas les pertes liées à la séquestration des exploitations situées dans des zones à risque ni les répercussions commerciales de la survenance d'une telle crise. En outre, les autres secteurs économiques sur lesquels elle se répercute ne bénéficient d'aucune compensation (secteur du lait et du tourisme par exemple). Une telle situation n'a pas manqué de provoquer de nombreuses réactions, notamment dans les zones directement touchées, puisque c'est bien souvent l'ensemble de l'économie d'une région qui pâtit de ces crises¹³⁶⁷.

507. La situation est toutefois plus favorable lorsque les exploitants bénéficient du régime d'indemnisation des calamités agricoles. Certains types de préjudices peuvent néanmoins rester à leur seule charge.

En effet, le fonds national de garantie des calamités agricoles ne prend en charge que les préjudices d'ordre matériel consécutifs à des atteintes aux sols, récoltes non engrangées, cultures et cheptel vif hors bâtiment¹³⁶⁸. Les autres types d'atteinte sont

¹³⁶⁶ Est également prévue la prise en charge de l'intervention des vétérinaires et de l'ensemble des prélèvements et tests effectués. L'abattage, l'enfouissement et le transport des bêtes infectées est à la charge de l'État.

¹³⁶⁷ Voir en ce sens le rapport d'information du Sénat, n°405, au nom de la Commission des affaires économiques et du plan par la mission d'information sur la lutte contre la fièvre aphteuse, p.63 et s.

¹³⁶⁸ Article L.361-6 du Code rural.

désormais compensés par le système de garantie obligatoire instauré par la loi du 13 juillet 1982 relative aux catastrophes naturelles. Cependant, pour être couverts, ces préjudices matériels doivent avoir fait l'objet d'un contrat d'assurance souscrit par l'exploitant¹³⁶⁹ ; ce qui n'est pas toujours le cas, notamment pour les exploitations les plus modestes. Dans cette hypothèse, c'est alors le fonds de secours aux victimes de sinistres et calamités¹³⁷⁰ qui est chargé d'assurer la compensation financière des préjudices subis, mais dans des conditions bien restrictives et sélectives. En outre, seuls les préjudices directs¹³⁷¹ sont couverts par la loi de 1982, laissant alors de côté l'ensemble des préjudices indirects subis par les entreprises non physiquement sinistrées, mais ayant souffert des conséquences d'une catastrophe¹³⁷².

2° Nature des préjudices indemnisés par la jurisprudence

508. La jurisprudence relative à l'indemnisation des conséquences financières des risques des entreprises reconnaît le principe de la compensation de l'ensemble des chefs de préjudice. On en trouve de nombreuses illustrations lorsque l'on étudie les conditions de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

Si la grande majorité des préjudices des entreprises sont en réalité des préjudices patrimoniaux, il n'est pas exclu que la réalisation d'un risque puisse produire des conséquences extra-patrimoniales à leur encontre. Les personnes morales se voient en effet reconnaître par la jurisprudence la possibilité de se prévaloir au plein contentieux

¹³⁶⁹ Ainsi, les pertes d'exploitation ne seront couvertes que dans la mesure où les biens assurés ont fait l'objet d'une garantie perte d'exploitation.

¹³⁷⁰ Il s'agit d'un compte d'affectation spécial issu de l'article 75 de la loi n° 56-780 du 4 août 1956 (J.O. 7 août 1956, p.7448).

¹³⁷¹ Cette exigence exclut logiquement de l'indemnisation l'ensemble des préjudices trouvant leur cause non dans la réalisation d'un événement naturel, mais dans la défaillance technique de l'entreprise : vétusté, défaut d'entretien, etc.

¹³⁷² Ce fut le cas lors des inondations dans la Somme où de nombreuses entreprises ont connu des baisses non négligeables de chiffre d'affaires en raison des difficultés d'accès aux locaux et où les taux de réservation de l'industrie touristique ont considérablement chuté.

indemnitaire de préjudices extra-patrimoniaux¹³⁷³. Il en est ainsi des atteintes à l'honneur ou à la réputation professionnelle des entrepreneurs¹³⁷⁴, qu'ils soient ou non cocontractants¹³⁷⁵ de l'administration.

Les développements suivants ne traiteront cependant que des préjudices patrimoniaux, bien plus souvent constatés en jurisprudence. Ces derniers peuvent être la conséquence d'une atteinte aux biens de l'entreprise ou résulter d'une atteinte à leur situation économique ou à leur activité¹³⁷⁶. Dans les deux cas, que cela soit en matière contractuelle **(a)** ou extra-contractuelle **(b)**, la jurisprudence accepte d'indemniser l'ensemble des chefs de préjudices propres aux entreprises.

a) Reconnaissance des divers chefs de préjudice des entreprises en matière de responsabilité contractuelle

509. Le juge du contrat accepte d'indemniser « les préjudices matériels de tous ordres »¹³⁷⁷ subis par les entreprises cocontractantes de l'administration. A ce titre, seront pris en charge les préjudices commerciaux tels que les pertes de bénéfices¹³⁷⁸, les

¹³⁷³ Également qualifiés de préjudices moraux.

¹³⁷⁴ Par exemple, pour l'atteinte à la réputation professionnelle d'un bureau d'études: C.A.A. de Paris, *Ministère de l'éducation nationale c/ Soler et autres*, *Tables*, p.1033. Dans le même sens : C.E., 24 mars 1995, *S.A.R.L. Nice Hélicoptères*, req. n°129415 ; C.E., 7 novembre 2001, *S.A. Quillery*, req. n°218221 ; C.E., 13 novembre 2002, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/Sté Hélitransport*, req. n° 232366.

¹³⁷⁵ Par exemple : C.E., 26 juillet 1947, *Exposition internationale de Paris*, p.350.

¹³⁷⁶ Cette distinction est reprise de la typologie présentée par CH. CORMIER in *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, T. 228, préc.

¹³⁷⁷ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1984, 2 tomes, n° 769.

¹³⁷⁸ C.E., 9 février 1977, *Ministre de l'équipement c/ Cts Monnot*, R.D.P. 1977, p.1344 ; C.E., 22 janvier 1958, *Sieur Chami*, p.37 ; C.E., 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, p.431.

préjudices professionnels¹³⁷⁹, les pertes d'industrie¹³⁸⁰ ou les préjudices d'exploitation¹³⁸¹, quels que soient les faits commis par l'administration¹³⁸².

Seront également indemnisées les pertes de chance, notamment en cas d'éviction illégale de la passation du contrat¹³⁸³. Le manque à gagner sera compensé puisque, en l'absence d'illégalité, l'administration aurait fort probablement attribué le contrat à l'entreprise évincée qui aurait alors retiré des bénéfices de son exécution.

La jurisprudence relative à l'indemnisation du manque à gagner des entreprises ayant eu une chance sérieuse de conclure un contrat est tout à fait révélatrice du sort particulier réservé aux préjudices des entrepreneurs et de la façon dont le juge tient compte de leur situation pour déterminer la nature des préjudices indemnisables. Ainsi, selon que la chance de conclure le contrat aura été sérieuse ou non¹³⁸⁴, le juge acceptera d'indemniser un nombre plus ou moins important de chefs de préjudice¹³⁸⁵. Si l'entreprise n'était pas « dépourvue de toute chance d'obtenir le marché »¹³⁸⁶, elle pourra alors obtenir l'indemnisation des frais qu'elle a utilement mis en œuvre pour participer à la procédure d'attribution. Si elle disposait d'une chance sérieuse, elle pourra bénéficier

¹³⁷⁹ T.A. de Marseille, 16 mars 1966, *Sieur Sage*, p.727 : à la suite de la résiliation illégale d'un contrat, l'administration est condamnée à verser des indemnités au titre du préjudice professionnel résultant de la perte de clientèle.

¹³⁸⁰ C.E., 31 mars 1954, *Entreprise Macquart et Cie*, p.198, *A.J.D.A.* 1955.II.226, note J.A.

¹³⁸¹ C.E., 18 mars 1959, *Sieur Peter et ONN*, p.189.

¹³⁸² Pour une étude détaillée de tous les faits pouvant donner lieu à l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'administration : PH. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, Paris 1989.

¹³⁸³ Voir par exemple : C.A.A. de Douai, 21 mai 2002, *Sté Jean Bebotas*, *A.J.D.A.* 2003, p.232, note S. TORCOL. La Cour considère que la société avait des chances sérieuses d'emporter le marché compte tenu de ses qualités professionnelles et du prix proposé, légèrement inférieur à ceux proposés par les autres entreprises.

¹³⁸⁴ Pour le déterminer, le juge se réfère à un certain nombre d'éléments tels que les garanties professionnelles offertes par le candidat, le niveau du prix, la conformité de l'offre au règlement de consultation, etc.

¹³⁸⁵ « Plus la chance d'emporter le marché est grande, plus les éléments constitutifs du préjudice sont nombreux et indemnisables », in S. TORCOL, préc.

¹³⁸⁶ C.E., 23 mars 1994, *SIVU pour l'étude et la réalisation du golf de Cognac*, p.158, *C.J.E.G.* 1995, concl. G. le CHATELIER; *D.* 1995, SC, p.123, obs. PH. TERNEYRE.

d'une compensation d'une partie du manque à gagner¹³⁸⁷. Si elle avait une chance très sérieuse de conclure le contrat¹³⁸⁸, la totalité du manque à gagner sera indemnisée.

b) *Reconnaissance des divers chefs de préjudice des entreprises en matière de responsabilité extra-contractuelle*

510. Il n'est plus nécessaire de démontrer combien la matière de la responsabilité administrative extra-contractuelle a connu un accroissement du champ des préjudices indemnisables¹³⁸⁹. Désormais, tout type de préjudice, s'il remplit les conditions posées par la jurisprudence, peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts. Si cet élargissement a bénéficié en premier lieu aux particuliers, notamment par la reconnaissance des prolongements des préjudices corporels (souffrance physique, préjudice esthétique) et des troubles dans les conditions d'existence, les entreprises bénéficient également du libéralisme de la jurisprudence en ce domaine.

Dès lors, toute atteinte aux biens de l'entreprise peut donner lieu au versement d'une indemnité, qu'il s'agisse de biens immobiliers ou de mobiliers¹³⁹⁰ dont la destruction totale ou partielle, la détérioration ou la dévalorisation peuvent entraîner des troubles de jouissance propres aux entreprises¹³⁹¹¹³⁹². Ces atteintes aux biens

¹³⁸⁷ C.E., 28 mars 1980, *Centre hospitalier de Seclin*, Marchés publics, mars 1981, p.24, concl. M.A. LATOURNERIE.

¹³⁸⁸ C.E., 10 janvier 1986, *Sté des travaux du Midi*, T., p.717, D. 1986, IR. P.422, obs. PH. TERNEYRE.

¹³⁸⁹ Voir par exemple, M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages en droit administratif*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., T.174, préc.

¹³⁹⁰ Par exemple, les stocks de marchandises, les produits ou matériels entreposés, le mobilier professionnel, etc. : C.E., 23 octobre 1942, *Bazerque*, p.290 ; C.E., 22 mars 1944, *Ville de Lyon*, p.98 ; C.E., 11 août 1944, *Ville d'Alger*, p.235 ; C.E., 10 avril 1974, *Ville de Cannes c/ Ricordel*, p.226 ; C.E., 22 juin 1987, *Ville de Rennes c/ Cie rennaise de linoléum et de caoutchouc*, L.P.A., 26 octobre 1987, p.16, note F. MODERNE. Exemple tirés de J. MOREAU, *L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle.*, Mélanges CHAPUS, p.443. De même : C.E., Section, 13 décembre 2002, *Cie d'assurances Les Lloyd's de Londres et autres*, p.460 : pour des dégradations à l'intérieur d'une discothèque.

¹³⁹¹ Pour les troubles de jouissance consécutifs à des dommages causés à des immeubles, voir par exemple : C.E., 25 mars 1991, *Ministre de la culture et de la communication c/ SCI la Cardinale*, T.,

peuvent également entraîner des difficultés d'exploitation. Le juge considérera par exemple que l'activité économique a été rendue plus difficile en raison de la nécessité de s'installer dans un autre local¹³⁹³, ou qu'elle a dû être interrompue¹³⁹⁴. Enfin, des préjudices commerciaux peuvent résulter de telles atteintes : pertes subies et dépenses induites engagées¹³⁹⁵, manque à gagner¹³⁹⁶.

De la même manière, les atteintes à l'activité d'une entreprise ou à sa situation économique peuvent conduire au versement d'indemnités couvrant les pertes subies, les dépenses supplémentaires engagées ainsi que le gain manqué¹³⁹⁷. Sont ainsi compensés les pertes de fonds de commerce¹³⁹⁸, les pertes de recettes¹³⁹⁹, l'augmentation des

p.1061 : pour une privation de jouissance d'un terrain ; C.E., section, 28 février 1986, *Entreprise Blondet c/ Vill d'Aix les Bains*, p.55, *A.J.D.A.*, 1989, p.399, note L. RICHER : pour un trouble de jouissance d'un hôtel dont l'exploitation a souffert des travaux de construction d'un parking souterrain ; C.E., 18 novembre 1998, *Sté Les Maisons de Sophie*, p.427 : pour la perte de visibilité d'un établissement commercial.

¹³⁹² Pour les troubles de jouissance consécutifs à des dommages causés à des meubles, voir par exemple : C.E., 15 octobre 1990, *S.A. « Eternit Industrie » et Département d'Ille-et-Vilaine*, T., p.989 : le Conseil d'État apprécie en l'espèce l'incidence de l'endommagement des stocks de l'entreprise sur l'activité de l'entreprise et la baisse du chiffre d'affaire. De même, C.E., 18 décembre 1925, *Nationale Steam Navigation Company Limited of Greece*, p.1035 : indemnisation des travaux de réparation et des conséquences commerciales de l'immobilisation d'un navire marchand éperonné par la marine nationale.

¹³⁹³ C.E., 8 novembre 1957, *Sté algérienne des usines Renault*, p.597 ; C.E., 4 octobre 1989, *Luciotti*, p.924, *D.A.* 1989, n°596 ; C.E., 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, p.607.

¹³⁹⁴ Cessation définitive d'une exploitation agricole en raison de terres agricoles devenues impropres à la culture : C.E., 19 mars 1951, *Guiraud*, p.154 ; C.E., Section, 28 juillet 2000, *Marchand*, p.325 : préjudice commercial résultant de l'attribution de terres de moindre valeur sur lesquelles l'activité de pépiniériste s'est avérée impossible.

¹³⁹⁵ C.E., 4 mars 1970, *Sieur Dulac*, p.161 ; C.E., 6 février 1981, *S.A. des Comptoirs français*, p.911.

¹³⁹⁶ C.E., Section, 26 mars 1973, *Colboc c/ Commune de Saint-Bonnet*, p.184

¹³⁹⁷ C.E., 31 mars 1995, *Lavaud*, p.155 : suite à la fermeture de tours H.L.M. ayant entraîné la fermeture d'une officine, le Conseil d'État accepte l'indemnisation des pertes de recettes et des frais de réinstallation.

¹³⁹⁸ L'indemnisation peut porter dans ce cas sur l'ensemble des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce ainsi que sur le coût du transfert dans un autre établissement : C.E., 27 novembre 1974, *Amouzegh*, p.595 ; C.E., 4 octobre 1989, *Luciotti*, T. p.931 : perte du fonds d'un magasin de meubles suite à un réaménagement routier ; C.E., 22 juin 1989, *Communauté urbaine de Bordeaux et autres*, T. p.864 : garage ayant cessé son activité suite à la transformation d'une rue en voie piétonnière. Si l'exploitant a acquis un nouveau fonds, il peut obtenir une indemnité de réemploi pour couvrir les frais de rachat : C.E., 4 mars 1970, *Dulac*, p.161. En revanche, si l'exploitant conserve les locaux, ou si l'exploitation a pu reprendre dans des locaux peu éloignés,

charges¹⁴⁰⁰, ou les bénéfices à venir¹⁴⁰¹, le juge distinguant fréquemment les différentes composantes du préjudice invoqué¹⁴⁰².

§ 2 - L'évaluation des préjudices indemnisés

511. Qu'ils soient propres aux entreprises ou qu'ils connaissent certaines spécificités qui leur sont liées, les préjudices consécutifs à la réalisation d'un risque font nécessairement l'objet d'une évaluation préalable dont les règles sont précisées par les textes et par la jurisprudence et sont adaptées tant à la nature des préjudices qu'à celle des entités qui les subissent. Il convient pour s'en convaincre de comparer les méthodes d'évaluation utilisées par les assurances des risques des entreprises **(A)** et celles qui sont mises en œuvre préalablement à l'indemnisation publique **(B)**, en retenant comme éléments de comparaison l'évaluation des pertes matérielles et celle des pertes d'exploitation.

l'exploitant ne sera indemnisé que de la perte d'exploitation : C.E., 29 mai 1974, *Reyboz*, p.435 ; C.A.A. de Paris 26 juin 1996, *S.A.R.L. Kiscal*, T. p.1157.

¹³⁹⁹ Les pertes de recettes sont multiples. A titre d'exemple, on pourra citer les pertes de revenus agricoles (C.E., 12 mars 1980, *Ministre de l'agriculture c. Epx Bony*, T. déc., p.5754.), les pertes consécutives à une perte de clientèle (C.E., section, 28 février 1986, *Entreprise Blondet*, p.55, *A.J.D.A.* 1986, p.399, note L. RICHER), l'immobilisation d'éléments d'actifs (C.E., section, 27 mai 1977, *S.A. Victor Delforge et Cie Victor Delfore*, p.253), les pertes dues à l'abandon d'un projet d'équipement public (C.E., 17 mars 1989, *ville de Paris et Sté Sodevam*, p.96), etc. Exemples tirés de F. SENERS, *Préjudice réparable*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, p.15.

¹⁴⁰⁰ Il s'agit de « l'ensemble des charges exposées inutilement » (C.E., 17 juin 1983k, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ S.C.I. Italie-Vandrezanne*, p.267) tels que les honoraires d'architectes ou de cabinets d'études, les dépenses de conception, etc., engagés inutilement.

¹⁴⁰¹ C.E., 22 janvier 1993, *Sté civile d'études du centre commercial intercommunal de Sannois-Ermont-Franconville et autres*, T. p.1028. Les bénéfices escomptés ne sont pas indemnisés en l'espèce, car jugés ni actuels ni certains.

¹⁴⁰² C.E., 4 février 1976, *Sté Etablissements Omer-Decurgis*, p.79 : le Conseil d'État apprécie l'incidence financière du transfert de l'activité d'un commerçant vers un Marché d'intérêt national, l'incidence en terme de concurrence et l'importance de la perte de clientèle.

A- L'évaluation en matière d'assurance des risques des entreprises

512. L'évaluation des préjudices d'une entreprise est une opération naturelle de l'assurance visant à déterminer les conditions de règlement du sinistre. Elle repose sur une analyse des risques réalisée en amont et met en œuvre diverses méthodes selon le type de préjudice qu'il s'agit de compenser.

En matière d'assurance des pertes d'exploitation par exemple, l'évaluation du préjudice suppose d'avoir pu déterminer les pertes pendant la période d'indemnisation¹⁴⁰³ courant de la date du sinistre à celle à laquelle l'entreprise n'en est plus affectée. Il convient pour cela de déterminer la perte de marge brute¹⁴⁰⁴ en se référant au chiffre d'affaires réellement réalisé et à celui qui aurait été réalisé si le sinistre ne s'était pas produit. L'évaluation de ce dernier pose de sérieuses difficultés puisqu'il n'est pas possible de se référer uniquement aux recettes des exercices passés. Les experts partent alors d'un chiffre d'affaires de référence afin de l'ajuster ensuite en fonction d'une évolution prévisible et raisonnable¹⁴⁰⁵.

En matière d'assurance incendie, la valeur des biens assurés a nécessairement fait l'objet d'une analyse afin de déterminer l'assiette de la prime. Le contrat peut ainsi tenir compte de la valeur d'usage qui correspond à la valeur du bien déduction faite de sa vétusté ou de la valeur à neuf qui correspond à la valeur de reconstruction pour les bâtiments¹⁴⁰⁶, et à leur valeur de remplacement pour les biens meubles¹⁴⁰⁷. Pour

¹⁴⁰³ La période maximale d'indemnisation est fixée dans le contrat. Déterminée par l'assuré, elle devra tenir compte de la durée de reconstitution du potentiel de production et de la durée de la reconquête de la clientèle.

¹⁴⁰⁴ En vertu de l'article 7§A de la convention spéciale, le dommage est estimé : « Au titre de la baisse du chiffre d'affaires, les dommages sont constitués par la perte de marge brute qui est déterminée en appliquant le taux de marge brute à la différence entre le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé pendant la période d'indemnisation, en l'absence de sinistre, et le chiffre d'affaires effectivement réalisé pendant cette même période ».

¹⁴⁰⁵ Voir pour les détails du calcul de la perte de chiffre d'affaires : J. ENO et J. PREVOTES, *L'assurance des pertes d'exploitation*, préc., p.89 et s.

¹⁴⁰⁶ Cette valeur peut être déterminée au jour du sinistre ou au jour de la reconstruction selon les stipulations du contrat d'assurance.

¹⁴⁰⁷ La plupart des contrats prévoient une indemnisation en valeur d'usage (valeur de reconstruction ou de remplacement déduction faite de la vétusté) pour les immeubles et les meubles. Cependant, le

l'évaluation des stocks, la valeur vénale ou valeur économique est retenue, qui correspond au coût du bien destiné à être vendu¹⁴⁰⁸. En cas de sinistre, les pertes de l'entreprise seront calculées en tenant compte de ces stipulations, selon qu'elles ont retenu la valeur d'usage ou la valeur à neuf.

513. L'évaluation des préjudices en cas de sinistre n'est pas réservée aux seuls experts en assurance. Elle doit au contraire constituer une des premières préoccupations de l'entreprise tenue de faire parvenir un état estimatif des pertes à son assureur.

Plus encore, cette obligation revêt une importance considérable lorsqu'il revient aux pouvoirs publics de compenser les pertes subies. Les entrepreneurs sinistrés sont en effet tenus soit par les textes¹⁴⁰⁹, soit par la jurisprudence¹⁴¹⁰ de chiffrer leurs prétentions indemnitaires, nécessitant de la sorte un calcul préalable des préjudices.

Il revient ensuite au juge dans le cadre de sa compétence ou à l'administration de procéder à leur propre évaluation. Ils y parviennent en recourant à des méthodes similaires à celles qui viennent d'être exposées, et qui sont adaptées aux risques des entreprises.

contrat peut prévoir l'indemnisation en valeur à neuf. Voir en ce sens : Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.156 et s. ; A. GELLION et J. LANDEL, *L'assurance incendie*, préc., p.365 et s.

¹⁴⁰⁸ Par exemple, les objets fabriqués sont évalués à partir du prix des matières premières, majoré des frais de fabrication et d'une part des frais généraux relatifs à la fabrication. Ibid, p.158.

¹⁴⁰⁹ C'est le cas en vertu de la loi de 1982 relative à l'indemnisation des conséquences des catastrophes naturelles.

¹⁴¹⁰ C.E., 26 novembre 1975, *Riter*, p.595. Cette exigence n'existe que devant le juge et non pas devant l'administration.

B- L'évaluation des préjudices indemnisés par les pouvoirs publics

514. Les méthodes d'évaluation mises en œuvre par les entreprises et leurs assureurs en cas de sinistre se retrouvent aussi bien dans les textes prévoyant l'indemnisation publique (**1°**), que dans la jurisprudence relative à la responsabilité administrative (**2°**). On ne saurait cependant conclure à un parfait mimétisme puisque les solutions retenues quant au montant évalué des préjudices peuvent varier d'une hypothèse à une autre.

1° L'évaluation des préjudices indemnisés en vertu des textes

515. Qu'ils couvrent ou non l'ensemble des chefs de préjudice susceptibles de frapper une entreprise, les textes organisant les modalités de la prise en charge publique donnent un certain nombre d'indications sur les méthodes d'évaluation qu'il conviendra de suivre afin de fixer le montant des pertes subies. On retrouve alors des techniques et notions utilisées lors du règlement des sinistres en matière d'assurance des entreprises.

Ceci peut s'expliquer par le fait que certains régimes d'indemnisation sont eux-mêmes fondés sur l'assurance et recourent alors aux mêmes techniques. Ainsi, la loi de 1982 relative aux catastrophes naturelles prévoit-elle que les pertes sont évaluées selon les conditions fixées dans le contrat socle en référence à la valeur des biens assurés, un expert de l'assureur étant toujours envoyé afin d'évaluer les préjudices subis. En conséquence, les atteintes aux biens sont en principe calculées en valeur d'usage c'est-à-dire sous déduction d'un abattement pour vétusté, l'indemnisation n'étant faite en valeur à neuf que si cette extension de garantie a été souscrite dans le contrat-socle.

Dans les autres hypothèses, cette similitude se constate aussi bien lors de l'évaluation des pertes d'exploitation que des préjudices matériels.

Les risques des activités agricoles l'illustrent parfaitement. Qu'il s'agisse de l'indemnisation des calamités agricoles ou des compensations versées en cas d'épizooties, on observe une parenté incontestable des modes d'évaluation des pertes matérielles. Les cultures saisonnières et les récoltes détruites sont en effet évaluées, dans le cadre de la loi de 1964, sur le fondement de leur valeur marchande¹⁴¹¹. La valeur des bêtes éliminées, des produits détruits et des pertes commerciales en cas d'épizooties est calculée à dire d'expert selon un arrêté du 18 mars 1993. Elle doit tenir compte de la valeur de remplacement des animaux au jour de l'abattage, qui inclut la valeur marchande objective¹⁴¹² de chaque animal et les frais directement liés au renouvellement du cheptel¹⁴¹³. Elle se fonde sur la valeur commerciale des denrées détruites.

Les règles de l'expropriation manifestent également cette similarité. Lors de la perte d'un fonds de commerce, les divers éléments le constituant sont en principe indemnisés : perte du droit au bail, perte de clientèle, troubles d'exploitation. Pour évaluer ces pertes commerciales, le juge du fond peut utiliser deux méthodes, l'une se fondant sur une étude du chiffre d'affaires moyen réalisé au cours des années précédant le sinistre¹⁴¹⁴, l'autre basée sur la valeur du droit au bail¹⁴¹⁵.

¹⁴¹¹ L'importance quantitative des récoltes est évaluée en appliquant à l'aire de culture des produits sinistrés le rendement moyen de la région pour les produits de la même espèce et de la même variété obtenus dans des conditions de culture identiques. Ce rendement est lui-même déterminé à partir du rendement moyen des cinq dernières années antérieures à la calamité, en excluant des calculs l'année de la plus faible récolte et l'année de la plus forte récolte.

¹⁴¹² Un arrêté du 30 janvier 2003 (JO, 1^{er} février 2003), dispose que la valeur marchande objective des animaux peut être déterminée en fonction de critères définis par instruction du ministre de l'Agriculture, prenant notamment en compte l'âge, le sexe, la vocation économique, la valeur génétique et les performances zootechniques des animaux. Elle doit également tenir compte de l'état de gestation des bêtes.

¹⁴¹³ Ces frais sont constitués des frais sanitaires d'introduction, des frais d'approche et de transport, des frais de désinfection des locaux, des besoins supplémentaires en repeuplement, du déficit momentané de production résultant de l'abattage.

¹⁴¹⁴ C.A. de Paris, 5 juin 1980, *S.E.M. de la commune de Thiais c/ Epoux Seguin*, J.C.P., G., IV, 118 : le juge prend en compte le chiffre d'affaires toutes taxes comprises. Il n'est toutefois pas prévu, comme en matière d'assurance des pertes d'exploitation, qu'il sera tenu compte dans l'évaluation des dommages, de l'évolution qu'aurait connue le chiffre d'affaires de l'entreprise en l'absence de sinistre.

¹⁴¹⁵ Pour ce faire, le juge peut recourir à la méthode différentielle consistant à soustraire de la valeur libre des locaux le montant de la capitalisation du loyer : C.A. de Paris, 7 mars 1980, *Daugu c/ SAEMAR Labire*, J.C.P. G., IV, 290.

2° L'évaluation par la jurisprudence des préjudices indemnisés

516. On retrouve également dans la jurisprudence l'utilisation d'outils et de méthodes d'évaluation semblables à ceux qui sont mis en œuvre en assurance des risques d'entreprises. L'exemple de la responsabilité de la puissance publique l'illustrera à nouveau. Dans cette hypothèse, l'analyse de ces modes de calcul est loin d'être aisée tant les juges¹⁴¹⁶ sont peu bavards lorsqu'il s'agit d'explicitier le raisonnement qui les conduit à évaluer les pertes subies par une entreprise¹⁴¹⁷. On parvient cependant au gré des espèces à se faire une idée des techniques utilisées afin de les comparer à celles qui ont déjà été présentées. En effet, si le juge bénéficie par principe d'une liberté d'appréciation des pertes consécutives à la réalisation d'un risque et peut recourir à l'expertise dès qu'il l'estime nécessaire¹⁴¹⁸, il se réfère cependant généralement à des éléments objectifs qui permettent une analyse des méthodes d'évaluation tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle. Cependant, si les méthodes sont semblables, les solutions obtenues ne sont quant à elles pas identiques, donnant lieu à des divergences relatives à l'étendue de la prise en charge¹⁴¹⁹.

En matière de responsabilité contractuelle tout d'abord, le juge s'efforce d'évaluer le préjudice en calculant les pertes qu'a subies le cocontractant et le bénéficiaire qu'il pouvait normalement escompter¹⁴²⁰. Il se réfère dans ce dernier cas aux documents comptables et à l'étude de l'évolution du chiffre d'affaires¹⁴²¹. L'empirisme du juge le

¹⁴¹⁶ Si c'est au juge du fond qu'il appartient de chiffrer le préjudice, la détermination des règles d'évaluation relève du contrôle de cassation.

¹⁴¹⁷ Le juge se contentera de préciser qu'il est fait une « exacte appréciation du préjudice » lorsqu'il a pu fonder sa décision sur des éléments objectifs certains : factures, bilan comptable, etc. Dans les autres hypothèses, il parlera de « juste appréciation ». En outre, la possibilité qui lui est offerte d'apprécier globalement les divers chefs de préjudice n'aide pas à la lisibilité de ses décisions. Par exemple : C.E., 18 novembre 1998, *Les maisons de Sophie*, p.427.

¹⁴¹⁸ L'impossibilité en l'état du dossier d'évaluer le préjudice peut conduire le juge à renvoyer à un expert le soin d'y procéder. Par exemple : C.E., 15 juin 1987, *Sté navale des chargeurs Delmas-Vieljeux*, p.216.

¹⁴¹⁹ Voir infra, ce chapitre, seconde section, n°521 et s.

¹⁴²⁰ C.E., 24 janvier 1975, *Sieur Clerc-Renaud*, p.55

¹⁴²¹ C.E., 6 mai 1977, *Ville d'Amiens, D.A.*, 1977 n°177. Il est à noter que les parties peuvent s'entendre sur le montant du bénéficiaire à prendre en compte en cas de litige.

conduit tantôt à se référer aux conditions subjectives de chaque contrat¹⁴²², tantôt à opérer une comparaison avec un modèle général¹⁴²³.

Le montant des pertes matérielles est quant à lui calculé en prenant compte des spécificités de chaque contrat. Ainsi, pour les concessions, les modes d'évaluation des préjudices matériels varieront en fonction de la nature des biens concédés : pour les biens de retour, l'indemnité sera calculée non pas d'après la valeur réelle de ce matériel et de ces installations, mais d'après l'importance des capitaux investis dans l'entreprise et non encore amortis à la date de la résiliation. Pour les biens de reprise, l'indemnité sera égale à la valeur vénale de ces biens à cette même date¹⁴²⁴.

De façon générale, et contrairement aux règles applicables en matière de responsabilité extra-contractuelle, les dommages aux biens immobiliers ne sont pas limités à la valeur vénale¹⁴²⁵, le juge pouvant le cas échéant déduire un abattement de vétusté¹⁴²⁶.

517. En matière de responsabilité extra-contractuelle ensuite, on observe que les préjudices consécutifs à une atteinte aux biens immobiliers de l'entreprise¹⁴²⁷ sont

¹⁴²² Ainsi, le Conseil d'État a pu juger que « Considérant que l'ensemble des pièces versées au dossier permet (...) d'évaluer directement le manque à gagner dans l'exploitation du chantier (...), en se fondant sur le chiffre d'affaires et sur les bénéfices réalisés (...), sans qu'il soit besoin de se référer aux résultats, malaisément comparables, obtenus à la même époque, par d'autres chantiers fluviaux. » : C.E., 11 juillet 1962, *Sieur Peter et ONN*, p.468.

¹⁴²³ Calcul du manque à gagner en tenant compte des bénéfices réalisés par d'autres cocontractants dans des marchés semblables : C.E., 11 février 1983, *SECTRA*, Req. n°19460 : l'entreprise doit établir le bénéfice qu'elle aurait pu dégager par référence aux marges moyennes constatées dans le secteur et le juge fera une moyenne entre les bénéfices de l'entreprise requérante et les bénéfices d'entreprise évoluant sur le même marché. Dans le même sens : C.E., 13 mai 1970, *Monti*, p.322 : le manque à gagner correspond à un bénéfice normal, en comparaison du bénéfice moyen des sociétés intervenant sur des marchés passés dans le même domaine d'activité.

¹⁴²⁴ Voir en ce sens : PH. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelles des personnes publiques en droit administratif*, préc., p.300 et s.

¹⁴²⁵ C.E., 6 novembre 1970, *Morin*, p.653

¹⁴²⁶ C.E., Section, 5 novembre 1982, *Ville de Dôle*, p. 375, concl. LABETOULLE.

¹⁴²⁷ La date d'évaluation des préjudices est fixée depuis l'arrêt d'assemblée du 21 mars 1947, *Cie générale des eaux*, p.122, à la date à laquelle leur cause a pris fin, et où leur étendue étant connue, il est possible de procéder aux travaux de réparation.

évalués en tenant compte de leur valeur vénale¹⁴²⁸. Des modèles comparables lui servent alors de point de référence¹⁴²⁹ afin que l'indemnité versée ne dépasse pas le montant du préjudice subi¹⁴³⁰. Quant aux biens meubles, le matériel est évalué sur la base de sa valeur de remplacement et non de son prix de vente¹⁴³¹, les stocks étant évalués à partir de leur prix hors taxe¹⁴³².

Concernant les pertes d'exploitation, le juge tient fréquemment compte de l'évolution du chiffre d'affaires de l'entreprise sinistrée, qu'elle soit victime d'une diminution de la valeur de son fonds de commerce¹⁴³³ ou d'un manque à gagner¹⁴³⁴. Les éléments comptables deviennent d'ailleurs indispensables au calcul du montant des

¹⁴²⁸ Pour la détérioration de biens d'une exploitation agricole : C.E., ass., 27 avril 1973, *Syndicat associatif de dessèchement des marais d'Arles et autres*, p.304, *A.J.D.A.* 1973, p.386 et p.356, chron. D. LEGER et M. BOYON : inondation de cultures et de matériels. Pour une atteinte à des éléments matériels d'un fonds de commerce : C.E., 27 novembre 1974, *Amouzegeh*, p.595. Dans la limite du plafond de la valeur vénale, les travaux de réparation sont indemnisés uniquement s'ils sont strictement nécessaires à la remise en état et qu'ils soient les moins onéreux possibles : C.E., 7 octobre 1983, *Sté Bancel et Choiset*, p.404. Il faut toutefois noter que l'abattement pour vétusté est applicable aux biens faisant l'objet d'une exploitation économique : T.A. de Saint Denis de la Réunion, 24 novembre 1993, *Mutuelle Assurances des instituteurs de France*, T. p.1032.

¹⁴²⁹ C.E., 25 mai 1973, *E.D.F. et S.C.I. Au confortable*, p.372. Pour calculer la dépréciation de l'immeuble, le juge recourt à une comparaison avec les taux de dépréciation des immeubles occupés tels qu'ils résultent des transactions habituelles. De même, pour évaluer le taux de rentabilité de l'immeuble, il se réfère aux prix de cession et aux revenus tirés d'immeubles de même nature.

¹⁴³⁰ Le principe de la réparation intégrale du préjudice suppose que l'indemnité versée ne soit pas supérieure à la valeur vénale du bien endommagé sous peine d'enrichir la victime. Dans le même arrêt, le Conseil d'État juge que « l'indemnité due (...) ne saurait excéder la valeur vénale de l'immeuble détruit au moment du dommage. (...) Considérant que la valeur vénale constitue la limite de l'indemnité susceptible d'être allouée (...) en réparation des préjudices de toute nature résultant de la destruction de l'immeuble (...) »

¹⁴³¹ C.E., 18 mai 1988, *Dpt d'Ille-et-Vilaine c/ Sté Cuisine Décors*, T. p.1017.

¹⁴³² C.E., 11 juillet 1988, *Communauté urbaine de Bordeaux c/ Epx Perron*, T. p.1017.

¹⁴³³ C.A.A. de Paris, 5 mars 1996, *S.A.R.L. Kiscal* : la Cour se réfère aux bilans et comptes d'exploitation de l'entreprise afin de calculer les pertes subies. De même : C.E., 8 mai 1974, *Ardoise*, T. p.1166 ; C.E., 6 mai 1970, *Ville de Paris c/ Marmuse*, p. 165. ; C.E., 8 février 1967, *Ville de Marseille c/ Cabal*, T. p.955 ; C.E., 9 février 1966, *Département du Rhône*, T. p.1131

¹⁴³⁴ Pour une interruption d'activité, par référence à la diminution du chiffre d'affaires établie par la victime : C.E., 23 octobre 1942, *Bazergue*, p.290. Dans le même sens : C.E., 6 juin 1969, *Ville de Dijon, C/ Ducret*, T., p.954 ; C.E., 25 juillet 1975, *Union des sociétés de secours mutualiste de la région de Dieppe*, T. p.1266 ; C.A.A. de Paris, 22 janvier 2003, *M. Vigouroux c/ Ministre de l'Intérieur, A.J.D.A.* 2003, p.960 ; C.E., 17 juin 2005, *S.C.P. Nicolay, de Lanouelle*, Cossa, N°263846 ; C.E., 27 juin 2005, *S.C.P. Thouin-Palat*, N°267628

pertes lorsqu'est en cause l'annulation d'une autorisation d'exploiter une activité¹⁴³⁵. Enfin, la comparaison avec des activités du même ordre ou de la même branche constitue un outil généralement utilisé¹⁴³⁶.

518. La spécificité de la situation des entreprises au regard de celle des particuliers, tant au niveau de l'importance des dommages subis que de la diversité des intérêts en jeu, justifie que les pouvoirs publics les traitent spécialement en reconnaissant les divers chefs de préjudices qu'elles doivent supporter et en leur appliquant des modes d'évaluation particulièrement adaptés.

On retrouve dans l'étude de l'étendue de l'indemnisation publique la même originalité liée à la nature économique des victimes concernées. Celle-ci fait cependant l'objet d'une tentative de remise en cause de la part des opérateurs économiques.

¹⁴³⁵ Par exemple : C.E., 17 juin 2005, *S.C.P., Celice, Blancpain, Soltner, S.C.P. Monod, Colin*, N°258335. Le juge se fonde sur les documents comptables de l'entreprise afin de déterminer le montant des honoraires versés en pure perte, les frais de commercialisation du projet avorté, le montant des travaux réalisés et les frais financiers. Dans le même sens : C.E., 17 juin 1983, *S.C.I. Italie Vandrezane*, p.267.

¹⁴³⁶ En ce sens : C.E., 22 juin 1983, *Communauté urbaine de Bordeaux et autres*, T. p.864 : pour évaluer les pertes subies, le juge se réfère à la valeur des fonds analogues ainsi qu'à l'évolution d'un chiffre d'affaires durant les derniers exercices.

SECTION SECONDE :
L'ÉTENDUE DE L'INDEMNISATION
DES PRÉJUDICES DES ENTREPRISES

519. A la différence des sommes accordées aux entreprises afin qu'elles puissent reprendre leur activité dans des conditions viables, les indemnités versées par les pouvoirs publics sont étroitement liées à l'importance du préjudice subi¹⁴³⁷. Il ne s'agit pas en effet d'attribuer des aides devant être proportionnées aux besoins exprimés par les opérateurs, mais de compenser leurs pertes par le versement d'une somme d'argent d'un montant adéquat. Tributaire des opérations visant à déterminer la nature du préjudice indemnisable ainsi que son étendue, la fixation du montant de l'indemnité en constitue donc l'achèvement.

Elle est l'objet principal des préoccupations des entrepreneurs qui voient en elle une justification des diverses interventions des pouvoirs publics en amont du risque. Et ceci, au point que, assurés d'obtenir une indemnisation, les entrepreneurs oublient parfois que son étendue dépend fréquemment du comportement qu'ils ont adopté. En effet, les règles d'engagement de la responsabilité de la puissance publique, les contrats d'assurance ou les régimes légaux d'indemnisation prévoient bien souvent que le comportement non précautionneux de l'opérateur conduira à une diminution du montant des sommes versées voire à sa suppression.

520. La demande d'indemnisation émanant d'entreprises confrontées à une situation qu'elles n'ont pu prévenir ou prévoir et vis-à-vis de laquelle elles se trouvent financièrement démunies amène à s'interroger sur l'étendue de la compensation offerte par les pouvoirs publics. Il convient en effet de savoir si, imprévisibles et anormales, les conséquences d'un risque doivent donner lieu à une indemnisation intégrale ou être en partie supportées par ceux qui les ont subies. Appliquée à la situation des entreprises, la

¹⁴³⁷ Voir supra, Seconde partie, Titre second, Chapitre premier, n°474 et s.

réponse à cette question suppose de déterminer si un sort particulier leur est réservé ou si elles bénéficient du même traitement que les particuliers.

La situation n'est en réalité pas uniforme puisqu'on constate une variabilité de l'étendue de la compensation financière (§1). Si certains régimes d'indemnisation publics supposent que soient intégralement indemnisés les préjudices des entreprises, la prise en charge par l'État est en revanche classiquement considérée dans les autres cas comme ne devant compenser que partiellement les préjudices des entrepreneurs. Il n'est cependant possible de raisonner qu'en termes de tendance, tant sont multiples et disparates les systèmes d'indemnisation et les conditions de leur mise en œuvre. L'indemnisation partielle des risques des entreprises doit donc être considérée comme une tendance, connaissant certaines nuances et des exceptions.

Cette interrogation permet également de renouveler la question du rôle et de la place de l'État à l'égard des activités économiques (§2). On assiste en effet, de façon contemporaine, à une revendication d'un droit à indemnisation intégrale, à laquelle les pouvoirs publics semblent plutôt enclins à répondre. Le rôle hybride des pouvoirs publics en matière de risques des entreprises, déjà souligné au début de cette étude¹⁴³⁸, prend alors toute sa signification.

§ 1 - L'étendue variable de l'indemnisation publique

521. Malgré l'existence d'hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics sont tenus d'indemniser intégralement les préjudices des entreprises (B), il faut noter que la prise en charge des conséquences financières du risque par les pouvoirs publics laisse généralement une part des pertes subies à la charge des opérateurs. Ceci s'explique notamment par l'idée selon laquelle l'entreprise économique suppose une prise de risque qu'il revient à l'exploitant de supporter, au moins en partie (A).

¹⁴³⁸ Voir supra, Première partie, Titre premier, Chapitre second, n°113 et s.

A- Une tendance à l'indemnisation partielle des préjudices des entreprises

522. L'idée selon laquelle les entrepreneurs doivent conserver une partie des conséquences financières des risques que leur activité leur fait courir repose sur une série de justifications (1°) dont on observe l'application dans de nombreuses hypothèses (2°).

1° Les justifications d'une indemnisation partielle

523. Le fait de laisser à la charge d'une entreprise une partie des pertes qu'elle a subies peut se justifier par diverses considérations.

La première d'entre elles repose sur l'idée que la prise en charge de ses risques par l'exploitant est une contrepartie nécessaire de la liberté économique dont il bénéficie, elle en est une conséquence indissociable. Délivré de la charge de devoir les supporter, l'entrepreneur ne serait donc plus libre, mais assisté¹⁴³⁹.

Il faut donc envisager le risque dans son contexte économique général, puisqu'en situation de crise, un opérateur pourra bénéficier des résultats de l'exploitation d'autres activités, de bénéfices passés ou postérieurs liés à l'activité endommagée, de perspectives d'avenir prometteuses, d'avantages exceptionnels intervenus en même temps que les dommages exceptionnels, etc., tous éléments susceptibles de venir compenser les conséquences financières du risque. Il faut en outre considérer que l'opérateur sinistré peut avoir commis des fautes dans la gestion de son entreprise ou ne pas avoir pris toutes les mesures ou précautions raisonnablement exigibles.

¹⁴³⁹ Voir supra, Première partie, Titre premier, Second chapitre, n°100 et s.

En conséquence, il est nécessaire que l'indemnisation publique ne soit pas surabondante, qu'elle n'instaure pas un système d'assistance qui serait nécessairement préjudiciable à l'initiative privée, n'ayant aucun caractère incitatif ou pédagogique. Elle doit uniquement intervenir subsidiairement, afin de pallier les insuffisances des entreprises et compléter leurs efforts. Elle se doit donc de n'être que partielle.

La deuxième justification, bien qu'assez proche de la première, est plus insaisissable. Elle est liée à la notion même de risque, et signifie que le droit doit toujours laisser une part des conséquences de la fatalité à la charge de celui qui la subit. Le risque étant caractérisé par l'extraordinaire, l'exceptionnel, et chacun étant en principe égal devant le sort, il n'appartient pas aux tiers de supporter la charge de ses conséquences en dehors et à la mesure des liens de solidarité et d'entraide. Le droit repose également sur cette conception liée à l'idée de responsabilité et considère de façon générale qu'il faut laisser une part de la fatalité à la charge de celui qui la supporte¹⁴⁴⁰.

La dernière justification reprend l'argumentaire développé au cours des deux derniers siècles¹⁴⁴¹ pour justifier le refus d'indemnisation intégrale des victimes de calamités, que l'on peut étendre à l'étude des risques des entreprises. Il repose en premier lieu sur la crainte des incidences que pourrait avoir sur les finances publiques une indemnisation intégrale de l'ensemble des préjudices subis par les entrepreneurs¹⁴⁴².

¹⁴⁴⁰ Voir en ce sens : A. BENABENT, *La chance et le droit*, p.86 et s. : « D'autre part, le droit ne veut pas traiter les individus comme des mineurs ou des irresponsables : chacun doit avoir conscience qu'il se mène lui-même et que c'est à lui que son destin incombe : une part de hasard est donc volontairement laissée à la charge directe des individus sans l'intermédiaire d'un droit-tampon. »

¹⁴⁴¹ Voir en ce sens : J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p.89 et s. ; M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages*, préc., p.236 et s.

¹⁴⁴² Selon le rapport de la Cour des comptes consacré au Fonds national de garantie contre les calamités nationales, « En un mot, cette triple condition permet de donner à l'intervention de la puissance publique le caractère subsidiaire qui doit être le sien, celui d'un ultime recours de l'agriculteur sinistré pour qui tous les autres moyens possibles ont échoué. Si elle n'est pas rigoureusement respectée, le coût du régime d'aide aux agriculteurs s'emballe et la législation est détournée de son objet. » cité in M. SOUSSE, préc., p.256.

Il repose en second lieu sur la volonté des pouvoirs publics de ne pas se lier pour l'avenir en reconnaissant un droit général à indemnisation sans possibilité de retour en arrière. Il repose enfin sur la marge de manœuvre que leur laisse l'alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946 qui, s'il reconnaît le principe de la solidarité de tous les Français lorsque se produit une calamité nationale, laisse néanmoins au législateur une large marge d'appréciation lui permettant de décider des modalités de sa mise en œuvre. Il demeure donc en droit de refuser la consécration d'un principe général de réparation intégrale.

2° Les manifestations de l'indemnisation partielle

524. La tendance à une indemnisation partielle des préjudices des entreprises se manifeste dans de nombreux régimes de prise en charge publique et ce, quelle que soit l'origine des risques. Il faut en outre noter que certains régimes reconnaissant un droit à indemnisation intégrale font néanmoins une place à part aux entreprises qui conservent en réalité la charge d'une partie des pertes subies.

Que le risque soit ou non créé par les pouvoirs publics, on observe fréquemment que les mécanismes d'indemnisation laissent à la charge des entrepreneurs une partie des préjudices dont ils ont souffert.

Dans le cas de préjudices causés par l'action de la puissance publique, on constate par exemple que les pertes résultant de l'abattage préventif ou curatif d'animaux d'élevage par les autorités sanitaires, ne donnent lieu qu'à une indemnisation partielle¹⁴⁴³. En effet, l'arrêté du 30 mars 2001 relatif aux modalités d'estimation des

¹⁴⁴³ On a vu en outre, que seuls certains chefs de préjudice donnent lieu à indemnisation. Voir supra, ce Chapitre, n°506 et s.

animaux abattus sur ordre de l'administration instaure un plafonnement du montant de ces estimations conduisant à celui des indemnités versées¹⁴⁴⁴.

Le caractère partiel de l'indemnisation se vérifie également lorsque le risque n'est pas le fait de l'action publique. L'exemple de l'indemnisation des préjudices consécutifs aux pollutions marines par hydrocarbure en est une illustration¹⁴⁴⁵ puisque la responsabilité de plein droit¹⁴⁴⁶ du propriétaire du navire à l'origine de la pollution est limitée. Cette limitation est d'ailleurs traditionnellement considérée en droit maritime comme la contrepartie de toute opération maritime. Obligatoirement couverte par une assurance ou une garantie financière, cette responsabilité est ensuite complétée par le versement d'indemnités provenant du FIPOL¹⁴⁴⁷, également limitées dans leur

¹⁴⁴⁴ De la même manière, l'arrêté du 7 mars 2000 (J.O., 9 mars 2001, p.3780) prévoit un plafonnement de l'indemnisation de l'abattage des animaux entrés en contact avec des ovins suspects à 76, 22 euros.

¹⁴⁴⁵ Ce n'est pas la seule illustration puisque les conventions internationales relatives à l'indemnisation des préjudices causés par l'énergie nucléaire (Convention de Vienne sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960 complétée par la Convention de Bruxelles de 1963, et, en ce qui concerne la responsabilité du fait de l'exploitation des navires nucléaires, Convention de Bruxelles du 25 mai 1962) prévoient un plafonnement de l'indemnisation. De la même manière, le régime d'indemnisation des calamités agricoles limite cette dernière aux seules pertes qui, par nature de récolte, représentent au moins 27% du produit brut final et qui constituent au total au moins 14% de la production brute de l'exploitant. Lorsque ces seuils sont dépassés, les exploitants peuvent alors prétendre à une indemnisation par le fonds national qui sera lui-même limitée dans son montant. Par ailleurs, les préjudices ne sont compensés que dans la limite des ressources du fonds en vertu de l'article L. 316-6 du Code rural. Voir pour plus de précisions : D. CHAPUIS, « Calamités agricoles et assurance agricole », *Risques* n°20, octobre-novembre 1994, p.33. De même, pour une étude généalogique de l'indemnisation des calamités agricoles : M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages*, préc., p.250 et s.

¹⁴⁴⁶ L'indemnisation des préjudices causés par des pollutions marines par hydrocarbures est organisée par plusieurs conventions internationales : La convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures fait peser sur le propriétaire du navire une responsabilité de plein droit, mais limitée en fonction du tonnage du navire. Une convention de 1971 porte création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL) qui assure une indemnisation complémentaire.

¹⁴⁴⁷ Le FIPOL est financé par des contributions sur le pétrole reçu par voie maritime. Ce financement par l'industrie pétrolière donne lieu à une indemnisation dont la mise en œuvre relève des États signataires.

montant¹⁴⁴⁸. Toutes les victimes étant placées sur un pied d'égalité¹⁴⁴⁹, la somme des indemnités est en effet répartie entre les demandeurs au marc le franc une fois la limite du fonds atteinte. Ainsi, suite au naufrage de l'Érika au large des côtes françaises, le FIPOL décida-t-il en février 2001 de limiter les règlements à hauteur de 60% des montants approuvés.

Plus marquants encore sont les régimes légaux d'indemnisation présentés comme consacrant un véritable droit à l'indemnisation intégrale des préjudices et qui laissent cependant une partie des pertes subies à la charge des entrepreneurs. Il en va ainsi du régime des catastrophes naturelles. Le législateur a en effet décidé d'organiser un système de découvert obligatoire en vertu duquel les préjudices résultant d'atteintes à des biens à usage professionnel donneront lieu à une franchise de 10% du montant des dommages matériels directs avec un minimum de 1140 euros. Les pertes d'exploitation donnent quant à elles lieu à une franchise correspondant à une interruption ou une réduction de l'activité de l'entreprise pendant 3 jours ouvrés avec un minimum de 1140 euros.

¹⁴⁴⁸ Le montant maximum des indemnités versées par le fonds s'élève à 1,2 milliard de francs, cette somme comprenant la somme effectivement versée par le propriétaire du navire. Le rapport parlementaire consacré à la marée noire provoquée par le naufrage de l'Érika (Rapport du Sénat, N°411, session ordinaire, 1999-2000) souligne que ce plafond est insuffisant en cas de catastrophe majeure.

¹⁴⁴⁹ Le Fonds indemnise non seulement le manque à gagner des exploitants des biens contaminés, mais également celui des entreprises n'ayant pas souffert directement de dommages à leurs biens, et dont l'activité a été affectée par la pollution. Ce préjudice est appelé « préjudice économique pur ». De même, le préjudice économique résultant des mesures restrictives prises par les pouvoirs publics, telles que l'interdiction d'exploiter, de pêcher ou de vendre, peut en principe être indemnisé à la condition que ces interdictions soient jugées raisonnables par le FIPOL.

B- Les hypothèses d'indemnisation intégrale

525. Malgré la volonté exprimée dans d'assez nombreux systèmes d'indemnisation de ne compenser que partiellement les préjudices des entreprises, il convient de noter que ce caractère partiel ne constitue qu'une tendance dont on verra par la suite qu'elle est fortement malmenée. Il existe en effet divers régimes prévoyant explicitement le versement par les pouvoirs publics d'indemnités couvrant l'intégralité des préjudices (1°). Cette nuance doit cependant être à son tour nuancée puisque la compensation intégrale prévue par ces régimes fait l'objet de certaines limites et conditions (2°).

1° Manifestations de l'indemnisation intégrale

526. Au sein des régimes d'indemnisation compensant l'intégralité des préjudices des entreprises, il est possible de distinguer les systèmes bénéficiant à la fois aux particuliers et aux opérateurs, qui connaissent une certaine unité et pérennité et ceux, propres aux entreprises, qui sont en revanche bien plus hétéroclites¹⁴⁵⁰, puisqu'intervenant soit de façon ponctuelle et circonstancielle, soit pour régir un domaine très restreint de l'activité de certaines entreprises.

527. Parmi les premiers, les plus notables sont les régimes d'indemnisation des préjudices résultant de la guerre ainsi que l'exemple de la responsabilité de la puissance publique.

En effet, les préjudices résultant des dommages de guerre ont fait l'objet d'une indemnisation intégrale et non plus partielle depuis l'adoption de textes spécifiques en

¹⁴⁵⁰ Cette disparité renforce la tendance à l'indemnisation partielle des préjudices des entreprises, qui connaît une certaine unité observable au niveau de ses justifications et de ses manifestations. Les exceptions propres aux entreprises sont au contraire dépourvues d'une telle unité, puisqu'elles n'interviennent que pour régir des situations très spécifiques.

1919 et en 1946. Prenant acte du fait que les conflits engagent désormais « toutes les forces de la nation »¹⁴⁵¹, ces textes prévoient que les opérateurs seront intégralement indemnisés en vue de la reconstitution de l'économie nationale. La solidarité ainsi mise en œuvre conduit alors à la reconnaissance par l'article 12 de la loi du 28 octobre 1946 d'un droit à ce que « les dommages certains, matériels et directs causés aux biens immobiliers ou mobiliers par les faits de guerre (...) (entraînent une) réparation intégrale. »

Enfin, les règles régissant l'engagement de la responsabilité de la puissance publique exigent que les préjudices soient intégralement indemnisés¹⁴⁵², que ce soit en matière de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, pour ou sans faute¹⁴⁵³. En effet, une fois l'existence du préjudice établie, l'indemnisation accordée par le juge devra être intégrale¹⁴⁵⁴.

528. Parmi les seconds, doivent être distinguées certaines mesures ponctuelles et circonstanciées telles que l'indemnisation des victimes de la suppression d'un monopole légal¹⁴⁵⁵ et d'autres hypothèses très spécifiques, concernant un nombre

¹⁴⁵¹ Ibid, p.13.

¹⁴⁵² Cette exigence est commune au droit administratif et au droit civil. Pour ce dernier, l'affirmation en est faite à l'article 1149 du Code civil selon lequel « Les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du profit dont il a été privé (...) ». Propre à la matière contractuelle, ce principe a été étendu au reste de la responsabilité civile : Civ, 2^e, 20 décembre 1966, *D.* 1967, p.129.

¹⁴⁵³ L'exigence d'un préjudice spécial et anormal lorsque la responsabilité engagée sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques n'est pas en contradiction avec le principe de l'indemnisation intégrale. Il s'agit en réalité de conditions permettant de définir les préjudices indemnisables. Une fois établis, ils seront intégralement compensés.

¹⁴⁵⁴ C.E., 8 mars 1950, *Salgues*, p.149.

¹⁴⁵⁵ La loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, complétée par le décret n° 2001-652 du 19 juillet 2001, relatif aux modalités de l'indemnisation prévoit un système d'indemnisation des commissaires-priseurs dont le monopole a été supprimé. Le législateur a prévu la compensation du préjudice subi par eux du fait de la dépréciation de la valeur pécuniaire de leur droit de présentation. Il en était allé de même lorsque la loi du 18 juillet 1866 supprima le monopole des courtiers de marchandises, celle du 2 août 1872 supprima le monopole des allumettes ou celle du 4 août 1904 supprima le monopole des bureaux de placement. Voir en ce sens : M. DEGUERGUE, « La responsabilité de l'État du fait de la suppression du monopole des commissaires-priseurs », *A.J.D.A.* 2004, p.501.

restreint d'entreprises dans un domaine d'activité particulier. Il en va ainsi de la théorie des sujétions imprévues pouvant bénéficier aux entrepreneurs de travaux publics cocontractants de l'administration lorsque se réalise une difficulté matérielle imprévisible. Ces sujétions ouvrent alors droit à une indemnisation intégrale¹⁴⁵⁶ sous la forme d'un relèvement de la rémunération¹⁴⁵⁷.

2° Les limites à l'indemnisation intégrale

529. Le principe de l'indemnisation intégrale retenu par certains régimes est souvent assorti de limites ou restrictions. On l'a déjà évoqué à l'occasion de l'étude de la loi relative aux catastrophes naturelles qui impose aux entrepreneurs certaines franchises conduisant à leur faire supporter une partie des conséquences du sinistre. Ceci n'est en réalité pas étonnant dans la mesure où elle est un instrument classique du droit des assurances¹⁴⁵⁸ destiné d'une part à responsabiliser l'assuré¹⁴⁵⁹, et d'autre part à permettre que certains risques trop importants ou trop exceptionnels soient garantis¹⁴⁶⁰. Ainsi, l'assurance des pertes d'exploitation après bris de machine prévoit-elle un délai de carence pouvant excéder quinze jours après la réalisation du sinistre.

On constate l'existence de restrictions similaires dans d'autres régimes, principalement dans le cas de la responsabilité de la puissance publique. En effet,

¹⁴⁵⁶ C.E., 30 juillet 1943, *Ministre de la guerre c/ Sté Rol*, p.359 ; C.E., 2 décembre 1964, *Port autonome de Bordeaux*, p.936.

¹⁴⁵⁷ Voir en ce sens : A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, T.2, préc., p.499 et s.

¹⁴⁵⁸ En vertu de l'article L.121-1, alinéa 2 du Code des assurances, « Il peut être stipulé que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre. ».

¹⁴⁵⁹ « (...) les franchises (...) moralisent le risque en intéressant l'assuré à sa non-réalisation, donc en renforçant sa volonté de prévention. » in Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risques et assurances des entreprises*, préc., p.60.

¹⁴⁶⁰ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Chapitre second, n°352 et s., pour une étude des solutions apportées à l'inassurabilité de certains risques.

n'étant dicté que par des considérations d'équité, le principe de l'indemnisation intégrale n'a pas, sauf textes particuliers, donné lieu de la part du législateur à l'édition de consignes ou lignes directrices guidant le juge dans l'évaluation des préjudices et le calcul du montant des indemnités¹⁴⁶¹. Dès lors, l'appréciation par la jurisprudence des conditions posées à l'engagement de la responsabilité peut conduire à une interprétation restrictive du principe de l'indemnisation intégrale et laisser une part des préjudices, dont le caractère indemnisable a pourtant été reconnu, à la charge des entreprises qui les ont subis.

Cette interprétation restrictive peut s'appliquer au principe selon lequel l'indemnisation ne saurait excéder la valeur vénale des biens endommagés ou détruits. Ce principe peut en effet apparaître contraire à celui de l'indemnisation intégrale¹⁴⁶². Suivant l'analyse faite par le Professeur Moreau, il est possible de considérer que le fait de ne retenir que la valeur vénale pour les atteintes matérielles aux biens exclut du montant de l'indemnité la compensation de la privation de l'usage du bien par la victime. Si « réparation intégrale signifie reconstitution à l'identique, (...) on ne devrait pas laisser à (sa) charge le surcoût de l'achat d'un bien neuf et équivalent »¹⁴⁶³.

De même, si le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice s'applique aux hypothèses de responsabilité sans faute, il faut cependant souligner que lorsque le juge requiert du préjudice qu'il soit spécial et anormal pour être indemnisable, il décide parfois que ce dernier n'est « réparé que pour la partie qui excède le seuil de gravité requis »¹⁴⁶⁴, laissant à la victime la charge de supporter la fraction restante¹⁴⁶⁵. En outre,

¹⁴⁶¹ Voir en ce sens : G. VINEY, *La responsabilité, Conditions*, L.G.D.J. 1998, p.86. : « en l'absence de règles d'évaluation précises permettant de le discipliner, le principe de la réparation intégrale reste donc une pure directive d'équité qui dissimule mal un abandon total à l'appréciation judiciaire ».

¹⁴⁶² J. MOREAU, « L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle », préc.

¹⁴⁶³ Ibid, p.451. L'auteur conclut en ces termes : « la réparation intégrale est impossible (...). Ou bien la victime obtient réparation sur la base de la valeur du bien perdu, détruit ou détérioré : réparation incomplète, donc non intégrale. Ou bien, dans de rares cas, elle a droit au coût de la reconstitution du bien atteint : elle devient bénéficiaire de l'opération puisque, dans son patrimoine, un bien neuf a remplacé un bien usagé. »

¹⁴⁶⁴ B. STIRN, D. CHAUVAUX, « Évaluation du préjudice », *Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique*, p. 5.

dans certaines hypothèses, un seuil forfaitaire étant retenu, l'indemnisation ne couvre que le préjudice subi à l'écoulement d'une date déterminée¹⁴⁶⁶.

530. La très grande multiplicité des hypothèses d'indemnisation publique des préjudices des entreprises n'a permis de raisonner qu'en termes de tendance. Il est cependant possible d'opérer un parallèle avec le constat établi lors de l'étude de la nature des préjudices indemnisables¹⁴⁶⁷. On observe en effet que les hypothèses d'indemnisation intégrale des préjudices des entreprises concernent quasi exclusivement des risques créés par les pouvoirs publics. Il serait donc à nouveau tentant de généraliser cette constatation et d'affirmer qu'en dehors des hypothèses dans lesquelles l'Etat est à l'origine des risques des entreprises, il ne les indemnise que partiellement. Cette affirmation n'est pourtant pas toujours vérifiée, certains préjudices causés par l'administration ne donnant lieu qu'à une indemnisation partielle, et d'autres lui étant extérieurs entraînant parfois une compensation totale.

De la même manière, il est possible de constater que les hypothèses d'indemnisation intégrale concernent le plus souvent des risques également subis par des particuliers. Les risques propres aux entreprises donneraient alors lieu à une limitation du montant des indemnités versées. Il n'est pourtant pas possible de généraliser puisque certains risques propres aux entreprises donnent lieu à une indemnisation intégrale et d'autres, également subis par les particuliers, ne donnent lieu qu'à une compensation plafonnée.

Malgré ces nuances, il ne paraît pas excessif de préciser la tendance à une indemnisation partielle des préjudices des entreprises par une seconde tendance en

¹⁴⁶⁵ Voir notamment : C.E., 6 novembre 1985, *Ministre d'Etat, ministre des transports, c/ Cie Touraine Air Transport*, p.312, *A.J.D.A.* 1986, p.84 et 125, chron. S. HUBAC et M. AZIBERT.

¹⁴⁶⁶ Par exemple, pour le transport de marchandises : C.E., 16 novembre 1979, *Sté Schiffsgemeinschaft Alb-Burg et autres*, p.415.

¹⁴⁶⁷ Voir supra, ce chapitre, n°503.

vertu de laquelle les hypothèses d'indemnisation intégrale concernent principalement des risques créés par les pouvoirs publics et subis également par les particuliers.

Cette tendance, traditionnelle en droit français, semble pourtant sur le point d'être battue en brèche ; et ce à l'initiative des entrepreneurs eux-mêmes. Une exigence d'indemnisation totale et généralisée est en effet apparue, à laquelle les pouvoirs publics semblent répondre, et qui conduit à une vision renouvelée de l'indemnisation publique des préjudices des entreprises.

§ 2 - Une vision renouvelée de l'indemnisation publique

531. Si l'indemnisation des préjudices des entreprises a classiquement été considérée comme ne devant couvrir qu'une partie de ces derniers, c'est parce que, dans une vision libérale de l'interventionnisme étatique, la prise en charge des risques ne devait être qu'un simple secours, bénéficiant tant aux opérateurs qu'à l'ensemble de l'économie nationale. La solidarité mise en œuvre en cas de graves crises ne supposait donc pas la reconnaissance de créances opposables aux autorités publiques, mais reposait plutôt sur des considérations de justice et d'équité.

Or, suivant le mouvement tendant à reconnaître au profit des particuliers le droit à une indemnisation intégrale lorsque se réalisent certains risques¹⁴⁶⁸, les entrepreneurs exigent désormais des pouvoirs publics le renversement de cette conception classique. Relayée par le milieu politique, une exigence contemporaine d'un droit à indemnisation intégrale s'est développée au sein du monde économique, de plus en plus confronté à des situations dans lesquelles les capacités financières des opérateurs ne suffisent plus à couvrir les conséquences des sinistres et où il est très problématique de trouver le ou les responsables des dommages subis **(A)**. Cette

¹⁴⁶⁸ On retiendra à titre d'exemple, les lois relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents du travail, d'infractions, de l'amiante, du virus HIV, des aléas thérapeutiques, etc.

revendication trouve un écho plutôt favorable auprès des pouvoirs publics. Or cette réaction n'est pas sans créer de nombreuses difficultés. Théoriques tout d'abord, puisque reconnaître un droit à indemnisation intégrale suppose de repenser le modèle d'intervention classique des pouvoirs publics ; pratiques ensuite, car cette reconnaissance risque d'engendrer de nouveaux dangers pour les entreprises **(B)**.

A- La revendication d'une indemnisation intégrale

532. La vision de l'intervention publique ne donnant lieu qu'à l'octroi de simples secours, indemnisant partiellement les entrepreneurs victimes d'un risque, semble se transformer sous l'influence des opérateurs qui cherchent à voir reconnaître à leur profit un droit à une indemnisation intégrale **(1°)**. La réponse favorable que semblent y apporter les pouvoirs publics entraîne donc un renversement des conceptions classiques **(2°)**.

1° L'exigence d'un droit à indemnisation intégrale

533. La formulation d'une demande d'indemnisation intégrale suppose qu'ait été reconnu au profit des entreprises un droit à l'obtention de compensations financières. Or cette reconnaissance est assez problématique.

D'une part, certains obstacles se sont longtemps opposés et s'opposent parfois toujours à la consécration d'une telle créance.

Il faut en effet considérer le fait que, juridiquement, rien n'impose au législateur d'accorder systématiquement aux victimes d'un risque, une compensation de leurs

préjudices¹⁴⁶⁹. Le Conseil constitutionnel a en effet refusé de consacrer au rang de principe de valeur constitutionnelle le droit à réparation des dommages¹⁴⁷⁰.

Il faut également considérer les obstacles théoriques opposés jusqu'à une période relativement récente par les penseurs libéraux à la reconnaissance d'une dette de l'État à l'égard des victimes de calamités¹⁴⁷¹. L'insécurité fondamentale de la société et les accidents qu'elle suppose, ont longtemps été considérés comme ne devant pas être imputés à une personne extérieure sur qui il serait possible de se décharger de sa responsabilité. Le principe des secours, s'il a été accepté sur le fondement de la morale, de la bienfaisance ou de la charité, n'a pu constituer pour la doctrine libérale une obligation pouvant être instituée en système¹⁴⁷². Ainsi, les dommages de guerre ne devaient-ils pas ouvrir droit à l'octroi d'une compensation, « l'idée d'un droit à réparation (...) étant systématiquement rejetée »¹⁴⁷³. Étudiant la loi du 19 Vendémiaire de l'An VI¹⁴⁷⁴, Jèze put ainsi constater que l'octroi d'allocations « n'est pas l'application d'une règle impérative pour les gouvernants », mais l'application de « raisons de charité »¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁶⁹ Il se doit cependant, lorsqu'il intervient en matière d'indemnisation, de ne pas porter atteinte au principe d'égalité. Par exemple : C.C., n°87-237 DC, 30 décembre 1987, p.63.

¹⁴⁷⁰ Malgré l'invitation qui lui a été faite à plusieurs reprises de se prononcer sur sa valeur, le Conseil constitutionnel s'est refusé à voir en un droit à réparation, un principe constitutionnel. Par exemple : C.C., n°83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, p.50, loi relative à la démocratisation du secteur public.

¹⁴⁷¹ « Si l'Etat n'est pas légalement responsable, s'ensuit-il qu'il doive rester indifférent devant les calamités exceptionnelles ? Nous ne le pensons pas, et tout en affirmant qu'il n'a pas de dette à acquitter, il nous paraît cependant équitable de venir en aide aux citoyens qui ont été frappés (...). C'est une obligation purement morale, mais c'est aussi un devoir de solidarité qui s'impose. » J.O., doc. Parl. Chambre, session de 1892, annexe n°2091, p.1058, cité in J.-M. PONTIER, « Le législateur, l'assureur et la victime », *R.F.D.A.*, 1986, p.98.

¹⁴⁷² « La bienfaisance est assurément la plus belle, la plus attachante des vertus. De même que l'individu ne saurait trop s'y livrer, l'État non plus ne saurait trop la pratiquer. » A. THIERS, in *Rapport au nom de la Commission de l'assistance et de la prévoyance publique*, 26 janvier 1850, p.6, cité in F. EWALD, *L'État providence*, préc., p.55.

¹⁴⁷³ M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages*, préc., p.239.

¹⁴⁷⁴ Loi n°1489 déterminant le mode de distribution des secours et indemnité à accorder à raison des pertes occasionnées par la guerre et autres accidents imprévus (...), Bull. des lois, n°152, p.6 et s.

¹⁴⁷⁵ G. JEZE, « La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre », *R.D.P.*, 1915, p.5 et s. Cité in J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p.12.

Cette manière de penser l'intervention de l'État fut fondamentalement remise en cause à compter de la fin du dix-neuvième siècle lorsque le législateur, confronté à des situations dans lesquelles les règles d'engagement de la responsabilité ne pouvaient être mises en œuvre¹⁴⁷⁶, ni les contrats d'assurance jouer¹⁴⁷⁷, dut reconnaître l'existence de droits à indemnisation aux profits des victimes. À l'occasion des deux conflits mondiaux, le législateur reconnut ainsi un véritable droit à l'obtention d'indemnités en compensation des dommages subis¹⁴⁷⁸. La rupture fut nette puisque « répudiant la forme du secours, qui indique la faveur, l'État proclam(ait) lui-même le droit à la réparation (...) »¹⁴⁷⁹.

Néanmoins, et d'autre part, si à compter de cette période, la notion de secours fut progressivement abandonnée¹⁴⁸⁰ au profit de régimes pérennes d'indemnisation reconnaissant aux victimes un véritable droit, cette reconnaissance sembla principalement profiter aux particuliers. Il existe certes un petit nombre de régimes bénéficiant tant aux entrepreneurs qu'aux particuliers qui proclament un droit à indemnisation - tel est le cas du régime d'indemnisation des préjudices résultant d'actes de guerre ou de calamités nationales -, mais il faut constater que les textes propres aux entreprises demeurent marqués par le sceau du secours, qu'il s'agisse de la loi du 26 septembre 1948 relative aux secours à apporter aux industriels, commerçants et artisans victimes de calamités publiques, de celle du 10 juillet 1964 relative à l'indemnisation des calamités agricoles, ou encore des diverses dispositions prévoyant la compensation des

¹⁴⁷⁶ Voir en ce sens F. EWALD, *L'État providence*, préc. L'auteur y expose la généalogie de la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail et démontre comment le législateur a dû se saisir du problème des accidents du travail qui n'étaient initialement pas susceptibles d'engager la responsabilité du chef d'entreprise.

¹⁴⁷⁷ L'assurance de responsabilité n'a été acceptée en droit qu'à compter de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle. Voir par exemple : T. com. de Paris, 21 août 1844 : « il est contraire à l'ordre public d'admettre une assurance sur les quasi-délits qui peuvent être commis par l'assuré (...) ».

¹⁴⁷⁸ Article 12 de la loi du 28 octobre 1946 : « les dommages (...) ouvrent droit à réparation (...) ».

¹⁴⁷⁹ Déclaration du Gouvernement devant les Chambres, 22 décembre 1914, cité in M. SOUSSE, préc., p.240.

¹⁴⁸⁰ En ce sens : J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p. 65 et s., et M. SOUSSE, *La nation de réparation des dommages*, préc., p.246 et s.

préjudices causés par les épizooties qui ne reconnaissent pas de créance au profit des entrepreneurs.

534. Malgré l'existence de tels obstacles et limites, la multiplication des catastrophes et l'aggravation de leurs conséquences ont amené les entrepreneurs, dans le même mouvement qui les conduit à exiger l'octroi d'aides systématiques¹⁴⁸¹, à demander une indemnisation intégrale dès que se réalise un risque dépassant leurs capacités financières et mettant en péril le maintien de leur activité.

Confortés par la prise de conscience des gouvernants de la réalité des risques, de la nouvelle configuration des crises et de leurs conséquences, les opérateurs souhaitent bénéficier de la tendance qui conduit les pouvoirs publics à développer les régimes de socialisation des risques des particuliers : amiante, HIV, aléas thérapeutiques, risques industriels, risques de terrorisme, etc.

Ceci se constate désormais dès qu'une catastrophe se produit. Malgré le rappel par le Conseil d'État qu'en dehors des cas prévus par la loi, la responsabilité sans faute de la puissance publique ne peut être engagée que lorsque le fait dommageable lui est imputable, les recours se multiplient¹⁴⁸². En outre, les voix s'élèvent fréquemment pour critiquer l'insuffisance des sommes perçues provenant des régimes d'indemnisation existants : calamités naturelles ou agricoles, pollutions marines, etc., et demandent à l'État d'intervenir afin de couvrir la totalité des pertes, directes comme indirectes. Cette demande est d'ailleurs relayée par le monde politique qui considère comme une atteinte à l'équité le fait que les préjudices subis par les milieux économiques ne donnent pas lieu à une indemnisation totale. Ainsi a-t-on pu assister à la suite des dernières épizooties ou pollutions marines, à une intervention des élus locaux et nationaux

¹⁴⁸¹ Voir supra, Seconde partie, Titre second, Chapitre premier, n°482.

¹⁴⁸² Pour une déclaration sans ambiguïté : C.E., 3 mars 2003, *GIE la Réunion aérienne*, N° 232537 : « Considérant que la responsabilité de l'État, qu'elle soit invoquée sur le fondement de la faute ou sur celui du principe d'égalité devant les charges publiques, ne peut, en l'absence de disposition particulière, résulter que d'un fait imputable à l'État ; qu'ainsi, en jugeant qu'en l'absence de disposition législative le prévoyant expressément, la responsabilité de l'État ne saurait être, de plein droit, engagée sur le fondement du risque du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français, la cour n'a commis aucune erreur de droit ».

demandant une intervention complémentaire de l'État, et une réforme des systèmes existants¹⁴⁸³.

Cette réclamation générale illustre à nouveau parfaitement les rapports entretenus par la société civile à l'égard des risques. Dès lors que, dans un contexte où la sécurité doit être absolue¹⁴⁸⁴, il devient intolérable d'être soumis au moindre risque et que leur nombre semble augmenter - tout au moins la conscience que l'on en a - , il apparaît légitime de se tourner vers l'État sur qui repose une obligation générale de sécurité et de prévention afin d'obtenir l'indemnisation des préjudices subis, qui apparaissent alors comme la conséquence des carences des autorités publiques.

En schématisant, on perçoit la demande des entrepreneurs comme une exigence faite à l'État de compenser intégralement les préjudices subis dès lors que, les efforts de prévention s'étant avérés inutiles et les capacités financières des opérateurs insuffisantes, il n'a pu empêcher la réalisation d'un risque alors que la sécurité de tous en tout temps lui est confiée¹⁴⁸⁵. Pourtant, si schématique que cela paraisse, il semble que les autorités publiques aient tendance à accueillir favorablement de telles exigences.

2° Un accueil favorable de l'État

535. L'observation de la réaction des pouvoirs publics à la suite des dernières catastrophes naturelles ou industrielles permet de mettre en lumière la prise en compte

¹⁴⁸³ Voir en ce sens les rapports parlementaires rédigés à la suite des épizooties d'ESB et de fièvre aphteuse ainsi que du naufrage de l'Érika, notamment, le rapport d'information du Sénat n°405 (session ordinaire 2000-2001) ; 411 (session ordinaire 1999-2000).

¹⁴⁸⁴ Voir supra, Première partie, Titre second, Chapitre premier, n°174 et s., pour des développements relatifs à l'exigence d'une sécurité absolue dont la charge reposerait sur l'État.

¹⁴⁸⁵ Cette explication est assez largement partagée et revient à considérer que, dans la mesure où l'État est amené à réglementer les différentes activités à risque ou sensibles aux risques, à imposer des mesures de prévention et de prévoyance, la réalisation d'un risque relève en partie de sa responsabilité du fait de l'insuffisance des mesures adoptées, et implique nécessairement une indemnisation de sa part. Voir dans ce sens : O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, préc.

des exigences des entrepreneurs, alors même que la responsabilité de la puissance publique n'est pas engagée. On ne constate certes pas encore de modifications profondes des textes propres aux entreprises, mais la pratique de l'indemnisation démontre manifestement un souci de compensation intégrale des préjudices subis. Et ce, de deux façons distinctes : d'une part, en interprétant largement les mécanismes existants, d'autre part, en versant des sommes d'argent destinées à compléter les régimes d'indemnisation en place.

La pratique de la loi de 1964 relative aux calamités agricoles illustre parfaitement la première hypothèse. Pensée comme ne devant consacrer qu'une politique de secours traditionnelle en France depuis la fin du XIX^e siècle¹⁴⁸⁶, le régime d'indemnisation des calamités agricoles a fait l'objet d'une interprétation extensive conduisant l'administration à se dégager des critères relativement stricts prévus par la loi¹⁴⁸⁷. Sous l'influence des agriculteurs décidés à bénéficier d'un véritable droit à indemnisation, la pratique a abouti à un « décalage entre les buts affirmés de la loi de 1964 et l'attitude des agriculteurs qui, en ce domaine comme en bien d'autres attendent de la Puissance publique une intervention systématique (...) »¹⁴⁸⁸. Dès lors, l'application des dispositions de la loi conduit en réalité à une indemnisation bien plus large que celle initialement prévue par le texte¹⁴⁸⁹.

La seconde hypothèse s'est régulièrement réalisée ces dernières années. L'État a en effet décidé à plusieurs reprises de compléter l'indemnisation prévue par des régimes spécifiques, tels que celui du FIPOL ou des calamités naturelles¹⁴⁹⁰, en versant des sommes supplémentaires afin d'assurer une compensation intégrale des préjudices subis par les entrepreneurs. Ainsi, à la suite du naufrage de l'Érika, l'État décida-t-il d'indemniser à son tour les entreprises victimes de la pollution afin de couvrir la part

¹⁴⁸⁶ Voir, J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p. 19 et s.

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens : J.-P. THERON, « Les calamités agricoles : régime juridique de l'aide publique et perspectives d'évolution », *Droit et Ville*, 1985, p.306.

¹⁴⁸⁸ Ibid., p.306.

¹⁴⁸⁹ Pour une illustration, voir le rapport du Sénat, n°34 (session ordinaire 2001-2002) de la Commission d'enquête sur les inondations de la Somme, p.158.

¹⁴⁹⁰ Par le passé, une indemnisation intégrale put déjà avoir lieu, notamment en 1959 à la suite de la rupture du barrage de Malpasset ou en 1978, à la suite du naufrage de l'Amoco Cadiz.

des pertes laissées à leur charge. L'industrie touristique bénéficia principalement de ce complément, évalué à 40% des pertes subies non compensées par le fonds. Il en fut de même à l'occasion des inondations que connut le département de la Somme au début de l'année 2001 puisque les pouvoirs publics décidèrent de compléter les sommes versées aux agriculteurs par les régimes d'indemnisation des calamités agricoles et des catastrophes naturelles.

536. L'accueil favorable réservé aux revendications des entrepreneurs par les pouvoirs publics n'est pas sans conséquence sur la conception et la compréhension du rôle de l'Etat à l'égard de la société civile en général et plus encore des activités économiques.

Il faut en effet considérer que l'on est passé d'une intervention publique ponctuelle et circonstancielle, limitée dans son ampleur et fondée sur la solidarité de la collectivité nationale à l'égard des victimes de coups du sort, à une socialisation quasiment généralisée des risques qui se manifeste par l'instauration de régimes permanents d'indemnisation, la reconnaissance de créances opposables à l'État, et la compensation de plus en plus étendue des préjudices subis. Si un tel phénomène est bien connu lorsqu'il s'agit des risques des particuliers, principalement pour les préjudices corporels, la situation est nouvelle lorsqu'il s'agit des risques des entreprises.

B- Une vision renouvelée du rôle de l'État

537. L'admission des revendications des entrepreneurs par les pouvoirs publics conduit à repenser la place et le rôle de l'État vis-à-vis des entreprises. En effet, si l'indemnisation intégrale des préjudices venait à être systématisée, la prise en charge des risques des entreprises deviendrait alors totale, modifiant considérablement le schéma d'action traditionnelle des autorités publiques en matière économique (**1°**). Par ailleurs, si cette évolution n'est pas contestable en soit, ses conséquences éventuelles peuvent en

revanche donner lieu à critiques puisque cette nouvelle politique publique ne serait pas sans risque pour les entrepreneurs (2°).

1° Vers une prise en charge généralisée des risques des entreprises

538. Indemniser intégralement les préjudices subis par les entreprises du fait de la réalisation d'un risque conduirait à modifier la nature des relations entretenues par l'Etat et les opérateurs, qui se caractériseraient alors par un certain nombre d'éléments nouveaux **(a)**. Il convient cependant de nuancer cette prévision en soulignant l'existence de limites importantes, constituant autant d'obstacles à la généralisation de l'indemnisation intégrale **(b)**.

a) Une approche différente des relations Etat-entreprises

539. Les revendications exprimées par les entrepreneurs manifestent une modification du sens et de la nature des prestations qu'ils attendent des pouvoirs publics. Ce changement de signification, déjà entrevu lorsqu'il s'agissait d'étudier les conséquences de la conception nouvelle des crises sur les aides au rétablissement des activités¹⁴⁹¹, est encore plus visible en matière d'indemnisation puisque celle-ci constitue réellement la préoccupation principale des opérateurs sinistrés.

En effet, désireux d'obtenir une compensation intégrale en cas de sinistre, les opérateurs semblent prêts à accepter, en contrepartie, des contraintes touchant directement à la gestion de leur exploitation. L'objectif principal étant d'obtenir la couverture de leurs pertes, c'est-à-dire l'accès à la sécurité de l'exploitation, l'entreprise est alors prête à se soumettre aux conditions posées par les pouvoirs publics et accepte

¹⁴⁹¹ Voir supra, Seconde partie, Titre second, Premier Chapitre, n°482.

une omniprésence de l'État en amont comme en aval du risque¹⁴⁹². On en vient donc à se demander si la conception contemporaine du risque chez les entrepreneurs et donc celle de la prise de risque comme moteur de l'activité économique et justification des profits ne conduit pas à une modification du rapport liberté/sécurité, au profit de la seconde.

La tâche attribuée à l'État ne serait plus alors seulement d'assurer les meilleures conditions d'exercice des activités privées en imposant des règles d'organisation visant à faire observer le bon ordre des marchés par les opérateurs - vision classique de l'État libéral présumé perturbateur du marché -, mais d'assurer une sécurité, non plus simplement des conditions externes d'exploitation, mais de l'exploitation elle-même. La sécurité justifierait alors des entorses à la liberté économique.

Or ceci n'est pas le moindre des paradoxes dans la mesure où la demande d'intervention provient des acteurs économiques eux-mêmes, très peu enclins à accepter dans les autres domaines et dans d'autres circonstances la moindre intrusion administrative dans la direction de leur entreprise. Ce double langage conduit alors à exiger de la part de l'État qu'il adopte un comportement dual, non dénué d'ambiguïtés : réduit au maintien du bon ordre des marchés en situation normale, devant laisser toute sa place à la libre initiative et à la libre entreprise sans limites ni contraintes excessives, il se transformerait en situation de risque pour devenir, au nom de la sécurité des opérateurs, une entité omniprésente et contraignante. Le risque passerait alors du statut d'opportunité à celui de justification de l'intervention étatique.

¹⁴⁹² Voir l'ensemble des contraintes imposées aux entreprises par les pouvoirs publics en vue d'assurer la prévention la prévoyance des risques ainsi que la multiplication des réglementations techniques visant à assurer la sécurité des exploitations. *Supra*, Seconde partie, Titre premier.

b) Les limites à la généralisation de l'indemnisation intégrale

540. Il convient de nuancer cette projection dans l'avenir en considérant l'existence d'un certain nombre de garde-fous préservant le modèle classique de l'indemnisation des préjudices des entreprises.

D'une part, la généralisation d'un système d'indemnisation intégrale entraînerait d'importantes ponctions des finances publiques. La responsabilité de l'administration n'étant plus l'unique moyen d'obtenir la compensation des pertes subies, le financement de la politique publique deviendrait fort problématique en raison du nombre croissant de régimes d'indemnisation s'étant par ailleurs développés pour d'autres types de risques.

Ce problème n'est pas simplement hypothétique puisque la protection des deniers de l'État a déjà conduit à plusieurs reprises les pouvoirs publics à refuser l'indemnisation des conséquences de certaines catastrophes ou à en limiter l'étendue. Ce fut notamment le cas au début du XXe siècle lorsque les commissions parlementaires considéraient qu'« il est impossible de demander au budget de l'État un sacrifice aussi énorme que celui qui lui est réclamé par les différentes propositions de loi »¹⁴⁹³. De façon plus contemporaine, les difficultés financières de l'État ont conduit à opérer des arbitrages budgétaires lorsqu'était envisagée la mise en œuvre de régimes nouveaux d'indemnisation. On constate à cet égard que, dans un contexte de ressources limitées, ce sont d'abord les dommages aux particuliers qui sont privilégiés¹⁴⁹⁴, parfois exclusivement les dommages corporels¹⁴⁹⁵. Certains auteurs recommandent d'ailleurs de favoriser l'indemnisation des dommages corporels au détriment des dommages

¹⁴⁹³ Cité in J.-M. PONTIER, *Les calamités publiques*, préc., p.75. L'auteur cite également un projet de loi de 1932 visant à ouvrir des crédits à diverses catégories de sinistrés à propos duquel le Gouvernement constate que « les difficultés budgétaires actuelles ne permettent plus de soutenir désormais une politique aussi libérale envers les victimes de calamités publiques. »

¹⁴⁹⁴ Sont alors exclus les dommages aux entreprises : tel est le cas de la loi de 2003 relative aux risques industriels.

¹⁴⁹⁵ Il en est ainsi du fonds d'indemnisation des préjudices résultant d'actes de terrorisme qui ne couvre que les dommages corporels.

matériels¹⁴⁹⁶, laissant ainsi de côté le sort des entreprises. En outre, si le droit budgétaire offre divers outils permettant de dégager des crédits en cas d'urgence ou de crise afin d'indemniser les victimes¹⁴⁹⁷, il semble que dans le cadre de l'application de la loi organique relative aux lois de finances, le gouvernement veuille limiter le recours aux crédits évaluatifs¹⁴⁹⁸ et se limiter à la règle des crédits limitatifs¹⁴⁹⁹, réduisant d'autant la possibilité de mener une politique généralisée d'indemnisation.

Il faut d'autre part considérer que si le droit à indemnisation intégrale est amené à s'étendre, sa mise en œuvre dépendra nécessairement des conditions posées par les textes ou par la jurisprudence. On remarque en effet que les conditions liées au caractère personnel, direct et certain des préjudices subis se retrouvent non seulement en matière de responsabilité de la puissance publique, mais plus généralement dans les autres régimes d'indemnisation, qu'il s'agisse de l'expropriation, des calamités naturelles ou agricoles, des épizooties, etc. Or ces conditions sont strictement appréciées afin de ne pas donner lieu à des excès, eux-mêmes préjudiciables aux finances publiques.

Ainsi, le juge administratif faisant preuve d'un libéralisme certain lorsqu'il s'agit d'étendre le champ de préjudices indemnifiables a-t-il une conception stricte des conditions d'engagement de la responsabilité liées aux caractères du préjudice¹⁵⁰⁰. Il

¹⁴⁹⁶ Voir en ce sens G. VINEY, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 1998, p.86 et s.

¹⁴⁹⁷ Voir supra, Seconde partie, Titre premier, Second chapitre, n°391 et s., pour une étude des outils budgétaires « d'urgence ».

¹⁴⁹⁸ Il s'agit de crédits pour lesquels l'autorisation porte essentiellement sur l'objet de la dépense et non sur son montant. De telle sorte que, si le montant prévu dans la loi de finances est dépassé, les dépenses pourront continuer à être engagées.

¹⁴⁹⁹ Les crédits sont en principe limitatifs sauf si la loi a spécifié qu'ils sont évaluatifs. Ces crédits lient l'administration qui ne peut s'en écarter ni pour l'objet de la dépense ni pour son montant. En conséquence, les comptables publics doivent refuser de payer les ordonnancements si les crédits sont dépassés. Ceci n'empêche cependant pas la possibilité d'abonder ces crédits en cas de besoin. Voir M. BOUVIER, M.-CH. ESCLASSAN, J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, 7^e édition, L.G.D.J., Paris, 2004.

¹⁵⁰⁰ On retrouve des considérations du même ordre lorsque l'on étudie la façon dont sont interprétées les conditions que doivent remplir les préjudices pour pouvoir donner lieu à indemnisation dans le cadre du FIPOL, du régime des catastrophes naturelles ou des calamités agricoles. Cette stricte appréciation est d'ailleurs fréquemment critiquée par les victimes des sinistres parce qu'elle ralentit le versement des indemnités et parce qu'elle conduit à exclure un certain nombre de préjudices, notamment indirects.

s'assure donc, par exemple, que les simples aléas demeurent à la charge des entreprises, que les pertes subies sont certaines et non pas aléatoires¹⁵⁰¹, ou que les risques n'ont pas fait l'objet d'une acceptation, même tacite, de la part de la victime¹⁵⁰². Sa politique jurisprudentielle tend alors à éviter les abus, en s'assurant, parfois de façon rigide, que l'indemnité versée ne dépasse pas le montant du préjudice réellement subi, sous peine d'enrichir indûment la victime¹⁵⁰³, et que l'administration ne verse pas une somme qu'elle ne doit pas¹⁵⁰⁴. Ce dernier principe étant d'ordre public, le juge administratif doit soulever d'office « tous les moyens de nature à faire obstacle à une condamnation excédant ce qui est dû »¹⁵⁰⁵. Il rappelle alors fréquemment que tout préjudice n'est pas nécessairement indemnisé¹⁵⁰⁶, protégeant les deniers publics et laissant à l'administration la marge de manœuvre nécessaire à son action.

2° Un nouveau risque pour les entreprises

541. Aussi souhaitée et réclamée soit-elle, l'indemnisation intégrale des préjudices des entreprises n'ira pas, si elle tend à se développer, sans certaines contreparties. Celles-ci méritent d'être soulignées puisqu'elles constituent des risques

¹⁵⁰¹ Par exemple, C.E., 7 janvier 1970, *Rosier*, p.9.

¹⁵⁰² Voir par exemple pour une entreprise ayant « pris un risque qu'il lui appartient d'assumer » : C.E., 15 avril 1992, *SCI Vallières et autres c/ Communauté urbaine de Lyon*, p.182. De même, « le préjudice résultant d'une situation à laquelle la victime s'est sciemment exposée ne lui ouvre pas droit à réparation » : C.E. 10 juillet 1996, *Meunier*, p.289, R.D.P. 1997, p.246, concl. STAHL, J.C.P. 1997.IV.527, obs. ROUAULT.

¹⁵⁰³ C.E., 26 juillet 1918, *Lemonnier*, p.761, concl. BLUM, R.D.P. 1919, p.41, note JEZE, S. 1919.3.41. note HAURIOU ; C.E., 10 juillet 1972, *Melle Castelli*, p.550.

¹⁵⁰⁴ C.E., Section, 19 mars 1971, *Mergui*, p.235, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE, A.J.D.A. 1971, p.274, chron. D. LABETOULLE et P. CABANES, R.D.P. 1972, p.234, note WALINE.

¹⁵⁰⁵ In R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T.1, préc., n°1405.

¹⁵⁰⁶ Le juge rappelle à cette occasion, que tout dommage subi par une exploitation n'est pas nécessairement source de préjudices pour l'entrepreneur, et ne donnera alors pas lieu au versement de compensation financière. Par exemple : C.E., 12 juillet 1969, *Association municipale de la Brague*, T., p.959 ; C.E., 3 mars 1950, *Cie des omnibus tramways de Lyon*, p.145.

susceptibles d'être, à moyen ou long terme, plus importants que ceux contre lesquels les entrepreneurs tentent de se protéger.

Il s'agit tout d'abord de l'aléa moral qui résulterait nécessairement d'une prise en charge généralisée des risques des entreprises. Assurés d'être indemnisés en cas de sinistre, les opérateurs, confrontés à un contexte de ressources limitées, abandonneraient certainement leur politique de prévention au profit d'investissements jugés plus rentables¹⁵⁰⁷. Tout au moins opteraient-ils pour un partage des risques entre ceux qui méritent d'être prévenus et ceux qui selon eux ne le méritent pas, au détriment de l'application d'un principe de précaution encore balbutiant. En conséquence, le coût de la politique publique serait démultiplié, les mesures visant à réduire l'importance des dommages n'ayant pas été adoptées en amont. En outre, le choix ainsi opéré par les opérateurs ne correspondrait pas nécessairement à celui des pouvoirs publics lors de la détermination du niveau de risque acceptable, favorisant ainsi les intérêts de certains au détriment des autres.

Cet abandon de responsabilité, pourtant corollaire de la liberté économique, exigerait donc des correctifs supplémentaires issus de la technique actuarielle. Il conviendrait alors par exemple de renforcer les aspects préventifs de la garantie offerte en développant des aspects incitatifs tels les franchises adaptables en fonction des précautions adoptées, les causes exonératoires excluant tout versement en cas de faute ou de comportement dangereux de la victime, etc. De tels mécanismes existent certes déjà dans certains régimes¹⁵⁰⁸, ils deviendraient alors indispensables.

Il s'agit ensuite du fait que l'issue de cette politique serait bien éloignée des objectifs initialement poursuivis par les entrepreneurs.

Acceptant d'indemniser les préjudices des entreprises, les pouvoirs publics multiplieraient certainement, en sus des mécanismes incitatifs, les réglementations

¹⁵⁰⁷ Une telle approche est alors bien éloignée du principe pollueur-payeur que les pouvoirs publics tentent d'appliquer en matière environnementale.

¹⁵⁰⁸ Le régime des catastrophes naturelles réserve l'indemnisation aux hypothèses dans lesquelles les mesures ordinaires de prévention n'ont pas permis d'empêcher ou de réduire les dommages subis.

techniques et les contraintes de tous ordres afin de limiter la réalisation des risques. La couverture des pertes serait à ce prix, qui conduirait alors à la situation paradoxale d'un abandon d'autonomie au profit de la sécurité. Or, si comme certains le craignent, la société du risque devient une société caractérisée par un « état d'exception permanent »¹⁵⁰⁹, les contraintes tendront à devenir la règle et non plus l'exception. Le prix serait alors cher payé pour des entrepreneurs qui n'espéraient de la sécurité que de pouvoir mieux innover et bénéficier des produits de leur exploitation. Ils obtiendraient alors le résultat inverse : le risque n'étant plus synonyme d'opportunité, mais de catastrophe, donnerait lieu à de trop nombreuses contraintes étatiques et interventions dans la gestion des exploitations. On assisterait alors à une situation dans laquelle la sécurité des opérateurs devant initialement permettre la prise de risque, supprimerait le moteur même de l'entreprise.

¹⁵⁰⁹ Voir en ce sens : U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, Paris, 2001.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

542. La nature économique des opérateurs et des pertes que supportent les entreprises entraîne l'adoption par l'administration de règles spécifiques, tant au niveau de l'évaluation des préjudices indemnisables que de l'étendue de la somme versée. Cette situation, que l'on observe plus généralement dans toute l'attitude réactive des pouvoirs publics, notamment lorsqu'il s'agit de rétablir une situation économique viable ne doit cependant pas cacher l'existence d'une transformation de leur action, initiée par les opérateurs eux-mêmes et porteurs de certains paradoxes et de dangers.

Cette transformation est liée à l'existence ou à la prise de conscience de nouveaux risques, à la nature nouvelle des crises et à l'importance des dommages qui peuvent en résulter.

De tout cela découle un sentiment très général d'insécurité chez les opérateurs qui exigent de l'État qu'il les protège. Il en résulte une exigence d'aide et d'indemnisation, nouvelle dans sa formulation et dans ses justifications, qui conduit non seulement à redéfinir le cadre des relations État-entreprises, mais plus largement à repenser le rôle de l'État vis-à-vis de l'économie.

Sont ainsi mises en opposition liberté et sécurité, confiance dans les bienfaits du marché et nécessité d'une intervention publique pourtant jugée perturbatrice. Le constat est alors bien éloigné de la vision libérale de l'intervention de l'État, censée assurer les conditions d'exercice optimal des libertés et des activités privées.

CONCLUSION GENERALE

543. Les pouvoirs publics sont constamment tenus de prendre en considération et de concilier diverses revendications lorsqu'ils prennent en charge les risques des entreprises.

Il doivent d'une part assurer aux opérateurs que la particularité de leur situation, liée à la nature économique de leur activité et des préjudices qu'ils peuvent subir, sera prise en compte lorsqu'il s'agira de prévenir et prévoir les risques, de faire cesser les troubles qui peuvent en résulter et de réparer les dommages subis. Cette spécificité est donc retranscrite dans les fondements de l'action publique et dans les contraintes qui s'imposent à elle.

Ils doivent d'autre part leur assurer que la sécurité nécessaire au maintien des conditions essentielles de leur activité sera garantie à tous les stades de l'exploitation et de la gestion des risques : installation, rétablissement de conditions viables, indemnisation.

Ceci, afin que soit préservée leur liberté économique, entendue comme celle de gérer leur activité de façon autonome et de tirer profit des aléas inhérents à la vie des affaires.

544. Si ces revendications ne semblent pas contradictoires dans le cadre d'une analyse libérale de l'Etat, dans la mesure où celui-ci est considéré comme devant limiter ses interventions économiques au seul maintien du bon fonctionnement des mécanismes de marché, il semble toutefois que la demande de plus en plus fréquente qui lui est faite de prendre en charge intégralement les risques courus par les opérateurs rende difficile leur conciliation à l'avenir.

On peut en effet se demander comment l'action publique en matière économique pourra continuer à se limiter à son seul aspect sécuritaire si l'on exige par ailleurs, au nom d'autres motifs légitimes, qu'elle s'immisce de plus en plus dans la gestion des entreprises en amont comme en aval de la réalisation des risques, par

l'édition de prescriptions techniques de prévention, l'imposition d'obligations d'assurance, de plans de réaction, etc.

La subsidiarité constitue certes un garde-fou, qui subordonne la prise en charge publique à la condition que s'expriment un besoin et une carence, elle semble néanmoins proche d'être battue en brèche dans la mesure où les entreprises exigent et obtiennent des aides systématiques et l'indemnisation intégrale de leurs préjudices.

Ceci est d'ailleurs renforcé par la multiplication des obligations de sécurité imposées aux pouvoirs publics et une tendance naissante à voir engagée la responsabilité de la puissance publique pour défaut de prévention, dès que se produit un risque que l'on n'a pu ou su empêcher.

En outre, l'existence de nouveaux risques, porteurs d'effets potentiellement catastrophiques et marqués par une grande incertitude scientifique, participe à l'exacerbation d'un sentiment de crainte face à l'imprévisible, désormais assimilé au danger et non plus à l'opportunité. Elle fait apparaître un besoin de plus en plus marqué d'intervention publique et de mise en œuvre de la solidarité nationale.

545. A cette difficulté s'en ajoute une seconde, consistant à devoir concilier les intérêts des entreprises et ceux de la société civile dans son ensemble. Car il est fort fréquent, si ce n'est systématique, que le monde économique et l'opinion publique s'opposent en matière de risques, principalement lorsqu'il s'agit de prendre en compte les intérêts des entreprises industrielles et technologiques désireuses de pouvoir exploiter des activités jugées à risques, sans que l'Etat n'intervienne de façon excessive en imposant des limites à l'initiative privée et à l'exploitation du progrès.

Déterminer ce qu'est le bon « gouvernement des risques »¹⁵¹⁰ des entreprises devient alors fort problématique puisque la question centrale devient celle de la définition du risque économiquement mais également socialement acceptable par tous.

¹⁵¹⁰ CH. NOUVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, P.U.F., Paris, 2003.

La signification donnée au principe de précaution se retrouve donc au centre des débats, opposant les tenants du risque zéro pour qui la preuve de l'innocuité d'un produit ou d'une activité doit être apportée avant de les autoriser, et les tenants d'une précaution plus « raisonnée »¹⁵¹¹ fondée sur la proportionnalité des mesures adoptées et l'établissement automatique d'un bilan coût-avantage lorsque des mesures publiques sont envisagées. L'exemple de la grippe aviaire illustre parfaitement cette opposition, et montre que l'application du principe de précaution est extrêmement délicate dans des domaines où sécurité sanitaire et intérêts économiques se contredisent. La proportionnalité des mesures constitue la principale préoccupation tant des pouvoirs publics que des éleveurs et de l'opinion publique. A l'embargo à l'importation, convient-il d'ajouter le confinement des volailles, la prescription de mesures et de contrôles sanitaires - toutes mesures répondant aux craintes d'une pandémie¹⁵¹² – ou suffit-il de renforcer les contrôles existants et de prévoir des plans de réaction afin de ne pas porter d'atteintes injustifiées aux éleveurs¹⁵¹³ ?

Il n'existe pas de réponse définitive et univoque à de telles questions ; il revient donc aux pouvoirs publics d'adopter des mesures temporaires et aisément modifiables. On peut alors souligner l'importance que revêt le recours à des outils d'évaluation inspirés de l'analyse économique, en vue de déterminer lesquelles parmi les solutions envisagées permettront d'atteindre le meilleur résultat au moindre coût économique et social. Le droit public n'est certes pas encore complètement familiarisé avec de telles analyses, mais on peut prédire qu'il le fera à l'avenir tant les crises contemporaines imposent aux pouvoirs publics de conjuguer la sauvegarde de l'emploi, le développement économique national, la sécurité sanitaire des citoyens, etc., tous intérêts qui exigent que les outils juridiques dont dispose l'Etat lui permettent d'apporter des solutions efficaces et d'assurer le bien-être collectif.

¹⁵¹¹ O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Folio actuel, Gallimard, Paris, 2002, p.116 et s.

¹⁵¹² Cette crainte s'est immédiatement concrétisée par une baisse de la consommation de volaille de 20% en quinze jours.

¹⁵¹³ Diverses mesures ont été envisagées afin que la filière avicole ne soit pas excessivement affecté par la crise : création d'un label « volaille française », création d'un fonds européen d'indemnisation des éleveurs, etc.

546. Il faut considérer pour finir que, quelle que soit la solution retenue par les autorités publiques lorsque se présente un risque déterminé, qu'ils décident de privilégier la prise en compte des intérêts des entreprises ou les craintes exprimées par l'opinion publique, et quelle que soit l'évolution de l'attitude de l'Etat vis-à-vis des risques des entreprises, qu'ils les supportent intégralement ou continuent d'en laisser une partie à la charge des opérateurs, deux exigences continueront d'encadrer la politique publique : le respect de la liberté d'entreprendre et la protection des deniers de l'Etat.

La première de ces exigences impose aux pouvoirs publics une double obligation. Il s'agit en premier lieu de préserver la liberté de façon générale en ne faisant pas du risque le catalyseur d'une évolution conduisant à une société de « l'état d'urgence permanent »¹⁵¹⁴, de la « dictature de la prévention »¹⁵¹⁵. Le risque ne doit en aucun cas laisser supposer qu'il est donné un blanc sein aux pouvoirs publics du seul fait qu'il leur est demandé une intervention accrue en matière de sécurité. Juridiquement, ceci signifie que le risque ne saurait justifier une extension illimitée des régimes allégeant les exigences de légalité ni une interprétation trop restrictive des conditions d'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

Il s'agit d'autre part de préserver la capacité qu'ont les marchés économiques de combler leurs lacunes et d'acquérir les moyens de pallier leurs carences. Toute légitime qu'elle soit, l'intervention publique ne doit - tout au moins lorsque les risques ne résultent par de l'action administrative - rester que palliative, le temps que les entreprises apprennent à se sortir elles-mêmes d'un « mauvais pas ». L'exemple de l'assurance est à cet égard très instructif. Malgré le réel besoin et les justifications théoriques de l'intervention publique visant à pallier les carences du marché, des mécanismes privés ainsi que des accords entre assureurs viennent de plus en plus

¹⁵¹⁴ Voir U. BECK, *La société du risque*, préc., p.43 : « La société du risque est une société de la catastrophe. L'état d'exception menace d'y devenir un état normal ».

¹⁵¹⁵ « On ne peut en effet attendre des pouvoirs publics la réglementation complète de toutes les conditions d'exercice de l'ensemble des activités afin d'en prévenir tous les risques (...) Il reste à prévoir jusqu'où l'on doit accepter ou exiger, sans porter atteinte à la liberté individuelle, que l'Etat réglemente certaines activités afin d'en réduire les risques ». in Rapport du Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, pp. 326 et 332.

concurrer les mécanismes publics en permettant le rachat d'exclusions de garanties, des extensions de garanties, etc. Les professionnels de l'assurance aspirent alors, après avoir réclamé une intervention publique, à un recentrage¹⁵¹⁶ de cette dernière sur les seuls risques réellement inassurables. Dès lors, le partenariat avec le secteur privé de l'assurance constitue ce qui semble être la solution la plus raisonnable, permettant de bénéficier tant des avantages de la solution publique que de ceux de l'assurance privée, tout en minimisant leurs inconvénients¹⁵¹⁷.

La seconde de ces exigences impose aux pouvoirs publics une évaluation systématique des coûts de leur intervention. Qu'il s'agisse de prévention, de prévoyance, de cessation des troubles ou d'indemnisation des préjudices, l'action publique en matière de risque est coûteuse, peut être plus que d'autres. Et ce, pour de multiples raisons. L'incertitude qui caractérise le risque peut en effet conduire à surévaluer les dangers et sur-dimensionner, volontairement ou non, les mesures adoptées. De même, la demande croissante des victimes d'obtenir automatiquement des aides publiques et la prise en charge intégrale de leurs préjudices conduit à multiplier les dépenses, tout comme le fait le développement des fonds d'indemnisation.

Or, dans un contexte de ressources limitées voire de difficultés financières, le coût de la prise en charge des risques doit impérativement être pris en considération afin que l'intervention publique soit « raisonnée »¹⁵¹⁸ et efficace. Il revient alors aux juges, tant en matière de responsabilité que d'application des régimes d'indemnisation,

¹⁵¹⁶ Ce recentrage n'implique pas nécessairement une diminution de la prise en charge des risques tant les experts annoncent une multiplication du nombre des risques majeurs qui demeurent inassurables.

¹⁵¹⁷ Le régime des catastrophes naturelles le démontre parfaitement, qui allie les assureurs à l'action publique. Les premiers jouissent d'une très bonne couverture du territoire national et peuvent facilement ajouter une ligne de risque « catastrophe naturelle » à leurs contrats. Ils bénéficient de surcroît de réseaux d'experts capables d'évaluer rapidement les préjudices. La seconde permet de recourir à la réassurance auprès de la Caisse centrale de réassurance qui bénéficie de la garantie de l'État. De ce fait, les procédures d'indemnisation n'ont jamais été mises en défaut.

¹⁵¹⁸ « Des mécanismes d'indemnisation ne devraient être institués que lorsque certaines conditions sont réunies, (...) du coût de la mesure et de ses avantages comparatifs avec d'autres mesures », in Rapport du Conseil d'Etat préc., p.321.

de se soucier de la protection des deniers publics lorsqu'ils interprètent et apprécient les conditions posées à la prise en charge publique.

546 L'évocation de l'ensemble de ces difficultés et des choix que devront nécessairement faire les pouvoirs publics à l'avenir peut paraître décourageant tant la gestion contemporaine des situations de risques semble en être à ses balbutiements. Le temps écoulé depuis la correspondance de Rousseau et Voltaire, dont l'opposition historique a ouvert cette étude, n'a donc pas permis de déterminer comment arbitrer leur débat. Car si la question fut jadis de déterminer qui de la Providence ou des hommes devait être tenu responsable des calamités et autres catastrophes, celle qui se pose désormais ne porte plus sur la personne à qui en imputer la charge, puisque l'État semble être désigné comme « l'assureur tous risques », mais sur les conditions dans lesquelles il est tenu de le faire, sur l'ampleur de ses interventions, et les limites qui s'imposent à lui. Le cas des risques des entreprises l'a illustré : exigeant à la fois plus et mieux d'intervention.

BIBLIOGRAPHIE**OUVRAGES ET MANUELS**

ALLAND, D. et RIALS, S. (publié sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, P.U.F., Paris, 2003, 1649 p.

AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, 4^e édition, Coll. Essai, P.U.F., Quadrige, Paris, 2004, 220 p.

AUBY, J.-B. et KIRAT, Th., *Le contenu et la portée économiques des règles de droit*, Paris II, C.N.R.S., 2003, 336 p.

AUJALEU, G., *Les aides des collectivités locales aux entreprises*, Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, Paris, 2002, 400 p.

BASTIAT, F., *Œuvres économiques*, P.U.F., Coll. Libre échange, Paris, 1993, 217 p.

BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, Paris, 2001, 521 p.

BERBARI, M., COUILBAULT, F., FERON, J.-L., PARDESSUS, Ch., PERICAL, J.-M., *Les marchés publics d'assurance*, Les fondamentaux de l'assurance, Le Moniteur 2000.

BERNSTEIN, P. L., *Plus forts que les dieux, la remarquable histoire du risque*, Flammarion, Essais, Paris, 1998, 357 p.

BERTHELEMY, H., *Droit administratif*, 4^e édition, 1906.

BIENVENU, J.-J., *Droit fiscal*, 3^e édition, P.U.F., Droit fondamental, Paris, 2003, 446 p.

BLUMANN, C. et DUBOUIS, L., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3^e édition, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2004, 613 p.

BLUMANN, C. et DUBOUIS, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, Coll. Manuels, Paris, 2004, 494 p.

BOIVIN, J.-P., *Les installations classées*, 2^e édition, Le Moniteur, Paris, 2003, 640 p.

BONTEMS, Ph. et ROTILLON, G., *L'économie de l'environnement*, Editions La Découverte, Coll. Repères, Paris, 2003, 118 p.

BOUCHON, F., *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, Affaires finances, Paris, 2002, 329 p.

BOUVIER, M., ESCLASSAN M.-Ch., LASSALE, J.-P., *Finances publiques*, 7^e édition, L.G.D.J., 2004, Paris, 871 p.

CALAIS-AULOY, J. et STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 6^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2003, 631 p.

CARREAU, D. et JUILLARD, P., *Droit international économique*, Précis Dalloz, Paris, 2003, 706 p.

CARTOU, L., CLERGERIE, J.-L., GRUBER, P., RAMBAUD, P., *L'Union européenne*, Précis Dalloz, 3^e édition, Paris, 2000, 688 p.

CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T.1, 15^e édition, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2001, 1427 p.

CHAPUS, R., *Droit administratif général*, T.2, 14^e édition Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2000, 787 p.

CHARBONNEAU, S., *La gestion de l'impossible. La protection contre les risques techniques majeurs*, Economica, Paris, 1992, 152 p.

CHAUMET, F., *Les assurances de responsabilité de l'entreprise*, 3^e édition, L'Argus, Coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris, 2001, 489 p.

CHEVALLIER, J., *L'Etat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, Paris, 1999, 125 p.

CHEVALLIER, J., *La Science administrative*, 3^e édition, P.U.F., Paris, 2001, 633 p.

CHEVALLIER, J., *Le service public*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 3^e édition mise à jour, Paris, 1994, 127 p.

CHEVALLIER, J., *L'Etat post-moderne*, 2^e édition, Droit et société, Maison des sciences de l'homme, L.G.D.J., Paris, 2004, 226 p.

CHEROT, J.-Y., *Droit public économique*, Economica, Paris, 2002, 712 p.

COLSON, J.-P., *Droit publique économique*, 3^e édition, L.G.D.J., Coll. manuel, Paris, 2001, 551 p.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 6^e édition, P.U.F., Paris, 2004, 968 p.

COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, Litec, Coll. Manuels, 17^e édition, Paris, 2004, 656 p.

- DELUMEAU, J. et LEQUIN, Y., *Les malheurs des temps, Histoire des fléaux et calamités en France- Mentalités, vécu et représentations*, Larousse, Paris, 1988, 519 p.
- DELVOLVE, P., *Le droit administratif*, 3^e édition, Dalloz, Paris, 2002, 149 p.
- DELVOLVE, P., *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Paris, 1998, 799 p.
- DOURLENS, C., GALLAUD, J.-P., THEYS, J., VIDAL-NAQUET, P.A., *Conquête de la sécurité, gestion des risques*, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1991.
- DRAGO, G. et LOMBARD, M., (sous la direction de), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, L.G.D.J., Paris, 2003, 169 p.
- DUBOIS-MAURY, J. (sous la direction de), *Les risques naturels et technologiques*, Problèmes politiques et sociaux, La documentation française, Paris, janvier 2005, 120 p.
- DUEZ, P. et DEBEYRE, G., *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1952, 984 p.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édition en 5 volumes, Editions E. Bocard, Paris, 1927.
- DUGUIT, L., *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit, Paris, 1999, 285 p.
- EISENMANN, Ch., *Cours de droit administratif*, 2 vol., L.G.D.J., Paris, 1982, 786 p.
- ENO, J., PREVOTES, J., *L'assurance des pertes d'exploitation*, L'Argus, Coll. Les fondamentaux de l'assurance, 7^e édition, Paris, 1996, 286 p.
- EWALD, F., *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1986, 608 p.
- EWALD, F., GOLLIER, Ch., SADELEER, N. (de), *Le principe de précaution*, P.U.F., Coll. Que sais-je?, Paris, 2001, 127 p.
- FAVOREU, L., GAÑA, P., GHEVONTIAN, R., MELIN-SOUCRAMANIEN, F., PFERSMANN, O., PINI, J., ROUX, A., SCOFFONI, G., TREMEAU, J., *Droit des libertés fondamentales*, 2^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2002, 530 p.
- FAVRE ROCHEX, A. et COURTIEU, G., *Fonds d'indemnisation et de garantie*, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, Paris, 2003, 204 p.
- FAVRE ROCHEX, A. et COURTIEU, G., *Le droit des assurances obligatoires*, L.G.D.J., Coll. Droit des affaires, Paris, 2000, 350 p.
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L., *Les obligations, T.2 le fait juridique*, A. Colin, Paris, 2003, 420 p.

FOUCHER, K., *Principe de précaution et risque sanitaire : recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, L'Harmattan, Paris Budapest Torino, 2002, 560 p.

FRIER, P.-L., *Précis de droit administratif*, 3^e édition, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2004, 531 p.

FRISON-ROCHE, M.-A. (sous la direction de), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, 205 p.

FRISON-ROCHE, M.-A. (sous la direction de), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, 192 p.

FRISON-ROCHE, M.-A. (sous la direction de), *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, 334 p.

GAUDEMET, Y., *Traité de Droit administratif*, T.1., *Droit administratif général*, L.G.D.J., 16^e édition, Paris, 2001, 918 p.

GAUDEMET, Y., *Traité de droit administratif*, T.2., *Droit administratif des biens*, L.G.D.J., 12^e édition, Paris, 2002, 543 p.

GELLION, A. et LANDEL, J., *L'assurance incendie*, 2^e édition, L'Argus, Coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris 1998, 473 p.

GIDE, C. et RIST, C., *Histoire des doctrines économiques*, 7^e édition, Sirey, Paris 1959, 903 p.

GODARD, O., HENRY, C., LAGADEC, P., MICHEL-KERJAN, E., *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Folio actuel, 2002, 620 p.

GUERRY, Mgr., *La doctrine sociale de l'Eglise*, Bonne Presse, Paris, 1959, 189 p.

GUGLIELMI, G. J. et KOUBI, G., *Droit du service public*, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2000, 585 p.

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e édition, Dalloz, 2002, 1150 p.

HAURIOU, M., *Principes de droit public*, 2^e édition, Sirey, Paris, 1916, 828 p.

HUBRECHT, H.-B., *Droit public économique*, Dalloz, Coll. Cours, Paris, 1997, 366 p.

INSERGUET-BRISSET, V., GONDOUIN, G., VAN LANG, A., *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, Paris, 2002, 340 p.

JACQUEMIN, A. et SCHRAUS, G., *Le droit économique*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, Paris, 1982, 126 p.

- JACQUOT, H. et PRIET, F., *Droit de l'urbanisme*, 5^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2004, 913 p.
- JEANNEAU, B., *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Dalloz, Paris, 1984, 750 p.
- JONAS, H., *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, Paris, 1998, 470 p.
- KAST, R. et LAPIED, A., *Analyse économique et financières des nouveaux risques*, Economica, Paris, 2004, 220 p.
- KIRAT, T., *Economie du droit*, Editions La découverte, Coll. Repères, Paris, 1999, 122 p.
- KOURILSKY, Ph. et VINEY, G., *Le principe de précaution*, Editions O. Jacob, La documentation française, Paris, 2000, 405 p.
- LAFERRIERE, F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^e édition, 1854.
- LAGADEC, P., *La civilisation du risque. Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Editions du Seuil, Coll. Science ouverte, 1981, 236 p.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., *Risques et assurance des entreprises*, Précis Dalloz, 3^e édition, Paris, 1991, 920 p.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. et LEVENEUR, L., *Droit des assurances*, Précis Dalloz, 12^e édition, Paris 2005, 876 p.
- LAUBADERE, A. (de), *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Paris, 1974, 541 p.
- LAUBADERE, A. (de), *Traité de droit administratif, L'administration de l'économie*, T.4, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1977, 445 p.
- LAUBADERE, A. (de), MODERNE, F., DELVOLLE, P., *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1984, 2 tomes, 808 et 1124 p.
- LAUFER, R., *L'entreprise face aux risques majeurs*, L'harmattan, Coll. Logiques sociales, Paris, 1993, 319 p.
- LAVROFF, G., *Les grandes étapes de la pensée politique*, 2^e édition, Précis Dalloz, 1999, 620 p.
- LEBEN, Ch., *Le droit international des affaires*, 6^e édition, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, Paris, 2003, 127 p.

LEMENICIER, B., *Economie du droit*, Editions Cujas, Coll. Théories économiques, Paris, 1991, 177 p.

LESCUYER, G., *Histoire des idées politiques*, 14^e édition, Précis Dalloz, 2001, 677 p.

LETTERON, R., *Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, juin 2001.

LEVEQUE, F., *Economie de la réglementation*, Editions La Découverte, Coll. Repères, Paris, 2004, 122 p.

LINOTTE, D. et ROMI, R., *Services publics et droit public économique*, 5^e édition, Litec, Paris, 2003, 535 p.

LOMBARD, M., *Droit administratif*, 6^e édition, Dalloz, coll. Hypercours, Paris, 2005, 542 p.

LONDON, C., *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, L.G.D.J., Coll. Systèmes Droit, Paris, 2001, 218 p.

LUCAS de LEYSSAC, C. et PARLEANI, G., *Droit du marché*, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, Paris, 2002, 1033 p.

MALAURIE, Ph. et AYNES, L., *Droit civil. Les biens*, 5^e édition, Editions Cujas, Paris, 2002, 415 p.

MARAIS, B. (du), *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Amphi, Paris, 2004, 601 p.

MARECHAL, J.-P., *Le prix du risque*, Presse du CNRS, Paris, 1991, 303 p.

MERLE, Ph., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 9^e édition, Dalloz, Précis, Paris, 2003, 899 p.

MESCHERIAKOFF, A.-S., *Droit des services publics*, 2^e édition mise à jour, P.U.F., Coll. Droit fondamental, Paris, 1997, 413 p.

MILL, J.S., *Principe d'économie politique*, Petite bibliothèque économique française et étrangère, Paris, 1889, 220 p.

MILLION-DELSOL, Ch., *L'Etat subsidiaire*, P.U.F., Coll. Léviathan, Paris, 1992, 232 p.

MILLION-DELSOL, Ch., *Le principe de subsidiarité*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, Paris, 1993, 127 p.

NOIVILLE, Ch., *Du bon gouvernement des risques*, P.U.F., Coll. Les voies du droit, Paris, 2003, 235 p.

- ODENT, B. et TRUCHET, D., *La justice administrative*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 2004, 127 p.
- OGUS, A. et FAURE, M., *Economie du droit : le cas français*, Editions Panthéon Assas, Coll. Droit comparé, 2002, 176 p.
- OPETIT, B., *Droit et modernité*, P.U.F., Coll. Doctrine juridique, Paris, 1998, 299 p.
- PERETTI-WATEL, P., *La société du risque*, Editions La Découverte, Coll. Repères, Paris, 2001, 124 p.
- PICARD, E., *Fixation de l'indemnité*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique.
- PONTIER, J.-M., *Les calamités publiques*, Berger-Levrault, Paris, 1980, 204 p.
- PONTIER, J.-M., *Les contrats de plan ente l'Etat et les régions*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, Paris, 1998, 127 p.
- PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, 5^e édition, Précis Dalloz, 2003, 1001 p.
- Rapport du Commissariat Général du plan, *La décision publique face aux risques*, La documentation française, Paris, 2002, 167 p.
- Rapport public du Conseil d'Etat 2005, *Responsabilité et socialisation du risque*, La documentation française, Etudes et Documents N°56, Paris, 2005, 399 p.
- RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Coll. Manuel, 4^e édition, 2004, 677 p.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, 431 p.
- RIST, Ch., *Histoire des doctrines économiques*, 6^e édition, Dalloz, Paris, 2000, 896 p.
- RIVERO, J. et WALINE, J., *Droit administratif*, 18^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2000, 540 p.
- RIVERO, J., *Les libertés publiques*, 9^e édition mise à jour, P.U.F., Coll. Thémis droit public, Paris, 2003, 2 vol., 271 et 269 p.
- ROMI, R., *Droit et administration de l'environnement*, 5^e édition, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Paris, 2004, 595 p.
- ROMI, R., *Services publics et droit public économique*, 4^e édition, Litec, Paris, 2001, 450 p.

ROSANVALLON, P., *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Editions du Seuil, Coll. Pocket histoire, Paris, 1990, 369 p.

ROSANVALLON, P., *La crise de l'Etat providence*, Editions du Seuil, Coll. Point Essais, Paris, 1992, 183 p.

ROSANVALLON, P., *Le capitalisme utopique*, Editions du Seuil, Coll. Point Essais, Paris, 1999, 251 p.

RUBISE, P., *L'assurance des risques techniques*, 2^e édition, L'Argus, Coll. Les fondamentaux de l'assurance, Paris, 1999, 435 p.

SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil*, 3^e édition, Dalloz, Paris, 1964.

SAY, J.-B., *Cours d'économie politique*, Calmann-Lévy, Paris, 1972, 571 p.

SEILLER, B., *Droit administratif*, Flammarion, Paris, 2001, 2 vol. 329 et 345 p.

SENNERS, F., *Préjudice réparable*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, juin 2003.

SERVOIN, F., *Droit administratif de l'économie*, 2^e édition, P.U.G., Coll. Libre cours, 2001, 342 p.

STIRN, B. et CHAUVAUX, D., *Evaluation du préjudice*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, février 2005.

TERNEYRE, Ph., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, Paris, 1989, 344 p.

TERNEYRE, Ph., *Interventions économiques*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, février 2002.

TERNEYRE, Ph., *Responsabilité contractuelle*, Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, février 2005.

TERRE, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 8^e édition, Précis Dalloz, Paris, 2002, 1438 p.

TRUCHET, D., *Le droit public*, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, Paris, 2003, 127 p.

VALLEE, A., *Economie de l'environnement*, Editions du Seuil, Coll. Points, Paris, 2002, 344 p.

VAN LANG, A., *Droit de l'environnement*, P.U.F., Coll. Thémis droit public, Paris, 2002, 475 p.

VEDEL, G. et DELVOLLE, P., *Droit administratif*, 12^e édition mise à jour, P.U.F., Paris, 1992, 2 vol., 416 et 802 p.

VINEY, G., *La responsabilité civile*, Litec, Coll. Les cours de droit, Paris, 1995, 294 p.

VINEY, G. et JOURDAIN, P., *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1998, 1226 p.

VINEY, G. et JOURDAIN, P., *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 2001, 819 p.

VLACHLOS, G., *Droit public économique français et communautaire*, 2^e édition, A. Colin, Paris, 2001, 414 p.

WALINE, M., *Droit administratif*, 9^e édition, Sirey, Paris, 1963, 936 p.

WOLFELSPERGER, A., *Economie publique*, P.U.F., Paris, 1995, 490 p.

THESES

BENABENT, A., *La chance et le droit*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 128, 1973, 231 p.

BENOIT, F.-P., *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Sirey, Paris, 1946, 159 p.

BERNARD, P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome XLII, Paris, 1962, 286 p.

BOIZARD, R., *L'intervention de l'Etat sur le marché français de l'assurance maritime*, Thèse Paris, 1943

BORGETTO, M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 170, Paris, 1993, 689 p.

BOTTARO, F., *La réparation publique des dommages causés par une personne privée*, Thèse Paris II, 2004, 489 p.

BRECHON-MOULENES, Ch., *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome CXII, Paris, 1974, 559 p.

BROYELLE, C., *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 236, Paris, 2003, 454 p.

CALMES, S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, 2001, 711 p.

CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome VIII, Paris, 1957, 592 p.

COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Dalloz, Paris, 1938, 440 p.

CORMIER, Ch., *Le préjudice en droit administratif français. Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 228, Paris, 502 p.

DELVOLVE, P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 88, Paris, 1969, 468 p.

DELVOLVE, V., *La liberté d'entreprendre*, Thèse Paris II, 2002, 516 p.

ECHARD, J.-F., *Entreprise et risque*, Thèse Paris, 1969, 365 p.

EULER, N., *La notion de risque en droit public*, Thèse Grenoble, microfiches, 1999.

FARJAT, G., *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963, 543 p.

FERRIERE, G., *Le droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Imprimeries Delmas, Bordeaux, 1943, 564 p.

GAUDEMET, Y., *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 108, Paris, 1972, 321 p.

GOLIARD, F., *Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif*, Thèse Paris II, 1995.

GOSSEMET, A., *Le principe de précaution*, Thèse Paris I, 2001.

HERVE-FOURNEREAU, N., *L'entreprise et le droit communautaire de l'environnement*, Editions Apogée, Rennes, 2000, 524 p.

HOUNIEU, J.-P., *La solidarité nationale en droit public français*, Thèse Bordeaux IV, 2003.

JOUABER, K., *Gestion et réglementation du marché : le cas des interruptions de cotation*, Thèse Paris-Dauphine, 2000.

- LACUISSE, A., *Le élus locaux face aux risques : les nouveaux défis de la gouvernance locale*, Thèse Paris I, 2003.
- MARTEAU, P., *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, Thèse Aix-Marseille, 1914.
- MILLET, F., *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Presse Universitaire de Clermont-ferrand, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2001, 356 p.
- MODERNE, F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1960.
- MONTANE DE LA ROQUE, P., *L'inertie des pouvoirs publics*, Dalloz, Paris, 1950, 546 p.
- NAUGUES-FENIOUX, S., *Le risque et le droit*, Thèse Paris I, 2001.
- PAPANICOLAIDIS, D., *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, L.G.D.J., Paris, 1960, 103 p.
- PAPON, Th., *Les comportements économiques face aux risques de catastrophes naturelles : mutualisation, répartition et prévention*, Thèse Paris I, 2002.
- PASCANU, Ph., *La notion d'ordre public*, Thèse Paris, 1937.
- PICARD, E., *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, Tome 146, L.G.D.J., Paris, 1984, 2 vol., 926 p.
- PLESSIX, B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon-Assas, Coll. Droit public, Paris, 2003, 878 p.
- POLUBOCSKO, M.N., *L'inaction administrative*, Thèse Paris II, 1999.
- SCHAEGIS, Ch., *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, C.N.R.S. Droit, Paris, 1998, 291 p.
- SOUSSE, M., *La notion de réparation des dommages en droit administratif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 174, 541 p.
- THOMA, F., *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Thèse Paris II, 1998.
- TRUCHET, D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 125, Paris, 394 p.
- TURK, A., *Le droit public français face au progrès technologique*, Thèse Lille II, 1984.
- VALENTIN, V., *Les conceptions néolibérales du droit*, Economica, Paris, 2002, 385 p.
- VOIDEY, N., *Le risque en droit civil*, P.U.A.M., 2005, 380 p.

ARTICLES

ALBERT, M., « Le rôle économique et social de l'assurance », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica 1998, p.3.

ALBISSON, P., « POS, La notion de « graves risques de nuisance », *M.T.P.B.*, 11 juillet 1997, n°4885, p.40.

ALFANDARI, E., « L'évolution de la notion de risque social. Les rapports de l'économie et du social », *R.I.D.E.*, 1997, p.9.

ALPHANDERY, E., « Assurabilité du risque politique et intervention de l'Etat », *Risques*, n°59, septembre 2004, p. 101.

AMSELEK, P., « La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, p.233.

AMSELEK, P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.*, 1982, p.275.

ANDRE, J.-M., « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration », *A.J.D.A.*, janvier 1976, p.20.

AUBY, J.-B., « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », *R.E.D.P.*, vol. 15, n°1, 2003, p.170.

AUBY, J.-B., « Le droit administratif dans la société du risque », *Rapport public du Conseil d'Etat, Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, 2005, p.351.

BAECQUE (de), F., « Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique », *R.D.P.*, 1944, p.197.

BAGHESTANI-PERREY, L., « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *Dalloz*, 1999, n°41, p.457.

BARALLE, J.-P., « Intervention foncière et maîtrise de l'urbanisation aux abords des établissements dangereux », *D.E.*, 2003, p.220.

BAVOILLOT, F., « Les réponses actuelles du droit au problème du risque environnement et leurs applications pratiques », *L.P.A.*, 8 mars 1995, p.18.

- BEAUCARON, A. (de), « Assurance climatique sur les récoltes agricoles », *Risques*, n°20, octobre-décembre 1994, p.25.
- BELAIR, Ch. (de), « L'indemnisation des pertes d'exploitation », *Risques*, n°35, juillet-septembre 1998, p.67.
- BENOIT, F.-P., « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité d'imputabilité) », *J.C.P.*, 1957.I.1351.
- BERAMDANE, A., « L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels », *R.D.P.*, 1997, p.1736.
- BERLIA, G., « Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français », *R.D.P.*, 1951, p.685.
- BILLET, Ph., « Les plans de prévention des risques technologiques : vers une reconfiguration des installations à risques », *D.E.*, 2003, p.215.
- BILLIER-MARYIOLI, A., « La notion de pouvoirs publics », *R.R.J.*, 2001, p.1623.
- BIRRAUX, C., « L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : le politique et l'expertise scientifique », *R.F.A.P.*, 2003, n°103, p.391.
- BLAVOET, C., « De l'anormal devant les hautes juridictions », *J.C.P.*, 1946.I.560.
- BLAVOET, C., « La place du normal et de l'anormal dans le droit », *Gaz. Pal.* 1966, chron. p.65.
- BOIVIN, J.-P. et HERCE, S., « La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs », *A.J.D.A.*, 2003, n°33, p.1765.
- BOIVIN, J.-P., « Maîtrise de l'urbanisation autour des sites à risques », *B.D.E.I.*, n° spécial 2002, p.34.
- BONNARD, R., « Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics », *R.D.P.*, 1925, p.10.
- BONTOUX, J., « La défense économique », *Administration*, 1993.
- BOUTAYEB, C., « L'irrésistible mutation d'un principe : l'intangibilité de l'ouvrage public », *R.D.P.*, 1999, p. 1480.
- BOUTHINON-DUMAS, H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *R.I.D.E.*, 2001, n°3, p.339.
- BOUVIER, M., « Prévision et programmation pluriannuelle dans un contexte d'incertitude », *R.F.F.P.*, n°39, 1992, p.16.

- BOY, L., « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ? », L.P.A., 8 janvier 1997, n°4, p.4.
- BRAIBANT, G., « L'avenir de l'Etat », Mélanges Dupuis, L.G.D.J., Paris, 1997, p.39.
- BRIYS, E., SCHLESINGER, H., « Aversion au risque et prévention », Risques, n°4, janvier 1991, p.27.
- BRONDEL, S., « Le principe d'intangibilité des ouvrages publics : réflexions sur une évolution jurisprudentielle », A.J.D.A., 2003, p.761.
- BRUN, A., « La manipulation de l'information sur les risques », Risques, n°47, septembre 2001, p.75.
- CALDERARO, N., « Le juge administratif et la prévention des risques naturels », L.P.A., 24 mai 1996, n°63, p.7.
- CANS, Ch., « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels : réelles avancées et cruels constats d'inefficacité », D.E., 2003, p.204.
- CANS, C., « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », R.F.D.A., 1999, p.750.
- CASTILLO, M. ET CHEMAIN, R., « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, p.133.
- CAYLA, J.-S., « Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire », R.D.S.S., juillet septembre 1998, p.491.
- CAYLA, J.-S., « Limitation de commerce des produits alimentaires pour protéger la santé des consommateurs », R.D.S.S., avril-juin 2000, p.334.
- CERVEAU, B. et JULIEN de SAINT AMAND, P., « L'assurance de protection juridique au service des communes », A.J.D.A., 1989, p.283.
- CHABANNE-POUZYNNIN, L., « Information et évaluation sur les risques technologiques », D.E., 2003, p.210.
- CHAID-NOURAI, N., « La portée de la Charte pour le juge ordinaire », A.J.D.A., 6 juin 2005, p.1175.
- CHAPAL, Ph., « Recherche sur la notion et le régime des actes juridiques à caractère prospectif », A.J.D.A., 1968, p.323.

- CHARBONNEAU, S., « La nature du droit de la prévention des risques techniques », R.F.D.A., 1988, p.529.
- CHARBONNEAU, S., « De la pollution économique du droit de l'environnement », Droit de l'environnement, Septembre 2000, n°81, p.16.
- CHARLIER, R.E., « Signification de l'intervention de l'Etat dans l'économie », Mélanges en l'honneur du doyen G. Péquignot, 1984, p. 95.
- CHAPUIS, D., « Calamités agricoles et assurance agricole », Risques, n°20, octobre-décembre 1994, p.33.
- CHARBONNEAU, S., « La nature du droit de la prévention des risques techniques », R.F.D.A., 1988, p.529.
- CHAUMONT, A., « Les Captives, outil du gestionnaire des risques », Risques, n°13, janvier-mars 1993, p.99.
- CHEROT, J.-Y., « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », A.J.D.A., 2000, p. 687.
- CHEVALIER, J., « Les enjeux de la déréglementation », R.D.P., 1987, p.298.
- CHIAPPORI, P.-A., « Les limites de l'assurance privée : que dit la théorie économique ? », Risques, n°30, avril-juin 1997, p.35.
- CLERGERIE, L., « Les origines du principe de subsidiarité », L.P.A., 17 août 1993, p.34.
- COMBY, J.-Y., « L'assurabilité des risques pollution », Risques, n°11, juillet-septembre 1992, p.39.
- CORNEC, E. (le), « Les risques naturels et le droit de construire ou d'aménager », L.P.A., 15 août 1997, n°98, p.4.
- COUZINET, J.-F., « Cas de force majeure et cas fortuit », R.D.P., 1993, p.1385.
- DAVID, F., « Conséquences de l'insécurité géopolitique sur l'assurance-crédit », Risques, n°59, septembre 2004, p.115.
- DAVID-PECHEUL, T.-M., « La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative », R.F.D.A., 1998, p.362.
- DEGUERGUE, M., « La responsabilité de l'Etat du fait de la suppression du monopole des commissaires-priseurs », A.J.D.A., 2004, p.501.

DELAUNAY, B., « De la loi du 17 juillet 1978 au droit à l'information en matière d'environnement. », A.J.D.A., 14 juillet 2003, p.1316.

DELVOLVE, P., « Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », Mélanges Waline, 1974, T.2, p.355.

DELVOLVE, P., « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », D.A., 1993, p.3.

DELVOLVE, P., « Service public et libertés publiques », R.F.D.A., 1985, p.1.

DEMOUVEAUX, J.-P., « La planification urbaine entre police et contrat », Etudes foncières, n°86 Printemps 2000.

DRAGO, R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », R.D.P., 1955, p.670.

DREYFUSS, M., « L'articulation entre les pouvoirs de police générale et de police spéciale en matière de risques industriels », D., 2000, chron. p.642.

DUBOST-MOLINER, M., « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », A.J.D.A., 2003, chron. p.2073.

DUBOST-MOLINER, M., « Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre », A.J.D.A., 2004, p.1132.

DUCORPS, P.-M., PARIZOT, C., SAUVANET, F., « Entreprises et prévention », Risques, n°4, janvier 1991, p.127.

DUPRE, J., « Intelligence économique et responsabilité : le cas de la *misrepresentation* », Droit et Défense, n°2 1997, p.60.

DUPRE, J., « Secret et propriété industrielle : les ambiguïtés de la protection des intérêts économiques nationaux », Droit et Défense, n°3, 1997, p.58.

EEKHOUDT, L., « Théorie de la prévention », Risques, n°4, janvier 1991, p.19.

ENCINAS de MUNAGORRI, R., « Quel statut pour l'expert ? », R.F.A.P., 2003, n°103, p.379.

ESMEIN, P., « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D., 1964, chron. p.205.

EWALD, F., « La société assurantielle », Risques, n°1, janvier 1991, p.20.

EWALD, F., « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution » *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, Paris, I.N.R.A., p.99.

- EWALD, F., « L'Etat de précaution », Rapport public du Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, 2005, p.359.
- FARJAT, G., « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, T.37, *Droit et Economie*, p.27
- FISHER-DESPRES, O., « Les promesses de l'administration », *J.C.P.*, 1998.I.104.
- FLORIN, P., « L'assurance cat-nat. », *Risques*, n°20, octobre-décembre 1994, p.89.
- FRAISSEX, P., « La notion de confiance légitime dans la jurisprudence administrative », *R.R.J.*, 1999, n°2, p.404.
- FRIER, P.-L., « La réforme de l'archéologie », *A.J.D.A.*, 20 février 2000, p.182.
- FRIER, P.-L., « L'exécution d'office: principe et évolutions », *A.J.D.A.*, 1999, n° spécial, p.45.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, T.40, 1996, p. 286.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « Le juge du marché », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2003, n°10, p.44.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « L'efficacité des décisions en matière de concurrence », *L.P.A.*, 28 décembre 2000, p.4.
- FROMONT, M., « Le principe de proportionnalité », *A.J.D.A.*, 1995, p.156.
- FROMONT, M., « Le principe de sécurité juridique », *A.J.D.A.*, 1996, n° spécial, p.178.
- GALLOIS, L., « Les risques et l'entreprise publique », *Risques*, n°46, juin 2001, p.19.
- GAUDEMET, Y., « Marchés d'intérêt national », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 259.
- GILBERT, C., « L'expertise à l'épreuve des risques et des menaces », *Risques*, n°47, septembre 2001, p.69.
- GILLI, J.-P., « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.*, 1971, chron. p.125.
- GICQUEL, J.-M., « Assurance aviation : turbulences... », *Risques*, n°48, décembre 2001, p.45.
- GIRARD, J.-F., « Risques, expertise, décision publique : un retour sur le sens des mots », *R.F.A.P.*, 2003, n°103, p.423.

GODARD, O., « Leçons tirées du maintien de l'embargo sur le bœuf britannique en 1999 », R.F.A.P., 2003, n°103, p.411.

GODARD, O., « L'ambivalence de la précaution et la transformation des rapports entre science et décision », *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, Paris, I.N.R.A., p.37.

GODARD, O., « Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes », L.P.A., 30 novembre 2000, p.58.

GODARD, O., « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique », Rapport public du Conseil d'Etat, *Responsabilité et socialisation des risques*, E.D.C.E., La documentation française, 2005, p.377.

GODBILLON, B., « L'autorisation de construire et le risque naturel. Le devoir de vigilance en droit de l'urbanisme », A.J.D.I., 10 septembre 1999, p.768.

GOLLIER, Ch., « Analyse économique de l'assurabilité », *Risques*, n°54, juin 2003, p.75.

GOUREAU, J.-M., « Les mesures de lutte contre la fièvre aphteuse en France », *Bulletin de l'Académie vétérinaire de France*, 1997, n°70, p.213.

GROUD, H., « Réflexions sur le contrôle des installations classées », A.J.D.A., 18 juillet 2005, p.1492.

GUETTIER, Ch., « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », A.J.D.A., 18 juillet 2005, p.1499.

GUETTIER, CH., « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », R.G.D.A., 1997, n°3, p.672.

HAURIOU, A., « Le droit administratif de l'aléatoire », *Mélanges en l'honneur du Pr. Trotabas*, 1979, p. 197.

HAURIOU, M., « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés par l'administration publique », R.D.P., 1896, p.53.

HECQUARD-THERON, M., « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention. », A.J.D.A., 1993, p.451.

HENRY, C., « Investment decisions under uncertainty : The irreversibility effect », *American Economic Review*, 64, 1006-1012.

HENRY, J.-P., « Une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste. Le contrôle du respect de l'obligation de diligence », A.J.D.A., 1979, p.17.

HERMITTE, M.-A. et DAVID, V., « Evaluation des risques et principe de précaution. », L.P.A., 30 novembre 2000, p.13.

HERMON, C., « La réparation du dommage écologique », A.J.D.A., 2004, p. 1792.

HERZOG, R., « Linéament d'une théorie des subventions », R.F.F.P., 1988, n°23, p. 5.

HESS, Th., et TANNER, R., «Risques géopolitiques et assurance », Risques, n°59, septembre 2004, p. 120.

HOSTIOU, R., « A propos de l'expropriation pour cause de risque naturel », A.J.D.I., 10 septembre 1999, p.766.

HUGLO, Ch., « Les évolutions récentes du droit de la responsabilité du fait des sols contaminés par une activité industrielle », Gaz. Pal., 9 octobre 1999, p.1450.

HUSSON, G., « L'assurance pollution », Risques, n°11, juillet-septembre 1992, p.43.

JACQUINOT, N., « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », A.J.D.A., 2003, p.658.

JACQUOT, H. et LEBRETON, J.-P., «La refonte de la planification urbaine », A.J.D.A., janvier 2001, p.27.

JEANNEAU, B., « La responsabilité du fait des règlements légalement pris », Mélanges offerts à R. Savatier, p.373.

JEANNIN, M.-V., « Sécurité et insécurité alimentaire au troisième millénaire », Gaz. Pal., 4 janvier 2000, p.69.

JEGOUZO, Y., « Les plans de protection et de gestion de l'environnement », A.J.D.A., septembre 1994, p.607.

JEGOUZO, Y., « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », A.J.D.A., 6 juin 2005, p.1164.

JEGOUZO, Y., « La loi solidarité et renouvellement urbains : présentation générale », A.J.D.A., janvier 2001, p.9.

JEGOUZO, Y. et LOLOUM, F., « La portée juridique de la charte de l'environnement », D.A., mars 2004, p.5.

JEZE, G., « La réparation intégrale des dommages causés par les faits de guerre », R.D.P., 1915, p.5.

JOBERT, B., « Un monopole d'Etat : la prévision économique et sociale en France », R.F.A.P., 1979, n°9, p.117.

JOLY, P.-B. et BABIER, M., « Que faire des désaccords entre comités d'experts ? », Risques, n°47, septembre 2001, p.87.

KESSLER, D., « Le marché de l'assurance des risques industriels. », Risques, n°13, janvier-mars 1993, p.17.

KIRAT, Th., « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats incomplets à la pratique des contrats administratifs », R.I.D.E., 2003, n°1, p.11.

KISS, A., « Droit et risque », Archives de philosophie du droit, 1991, p.41.

KNAPP, B., « La subsidiarité de l'intervention de l'état dans l'économie », *Le principe de subsidiarité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p.85.

KUHLMANN, A., « Science de la sécurité », Risques, n°4, janvier 1991, p.49.

LAMBERT-FAIVRE, Y., « De la poursuite à la contribution, quelques arcanes de la causalité », D., 1992, chron. p, 311.

LAMERE, J.-M., « Le sinistre sécheresse », Risques, n°20, octobre-décembre 1994, p.73.

LAMERE, J.-M., « Le 11 septembre tourne une nouvelle page de l'histoire du risque et de l'assurance », Risques, n°48, décembre 2001, p.29.

LANOY, L., « L'indemnisation et l'évaluation des dommages de catastrophes technologiques », D.E., 2003, p.226.

LAPOYADE DESCHAMPS, Ch., « La réparation du préjudice économique pur en droit français », R.I.D.C., 1998, n°2, p.367.

LASCOUME, P., « L'expertise, de la recherche d'une action rationnelle à la démocratisation des connaissances et des choix », R.F.A.P., 2002, n°113, p.369.

LATOURNERIE, R., « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », R.D.P., 1945, p.5.

LAVERIE, M. « Le principe de précaution dans le domaine de la sécurité industrielle » *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, Paris, I.N.R.A., p.141.

LEBLANC, R., « Jamais dire jamais », Risques, n°48, décembre 2001, p.25.

- LEMAIRE, F., « La force majeure : un événement irrésistible », R.D.P., 1999, p.1723.
- LEPAGE, C., « Que faut-il entendre par principe de précaution ? », Gaz. Pal., 9 octobre 1999.
- LEOST, R., « La légitimité des nuisances résultant d'activités économiques. L'inconstitutionnalité de l'article L112-16 du Code de la construction et de l'habitation », A.J.P.I., 10 avril 1996, p.287.
- LETTERON, R., « Le juge administratif et la responsabilité du fait des attroupements », R.D.P., 1990, p.489.
- LEURQUIN-DE VISSCHER, F., « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *Le principe de subsidiarité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p.21.
- LEVAYE, P., « Les pouvoirs de réquisition », A.J.D.A., 1999, n° spécial, p.22.
- LIEDTKE, P. M., « De la cartographie à la gestion des risques », Risques, n°55, septembre 2003, p.35.
- LIENHARD, C., « Pour un droit des catastrophes », D., 1995, chron. p.91.
- LIGNEAU, Ph., « Le procédé de la déclaration préalable », R.D.P., 1976, p.679.
- LOGEROT, F., « L'évolution des instruments traditionnels de la pluriannualité : la gestion des autorisations de programme et le problème des reports de crédits », R.F.F.P., n°39, 1992, p.33.
- LOMBARD, M., « À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D., 1994, p. 163.
- LOMBARD, M., « La protection de la liberté d'entreprise dans le cadre du référentiel liberté : un vas effectivement à part », D.A., 2004, n°12, p.33.
- LOMBARD, M., « Les analyses économiques dans le contrôle juridictionnel des actes pris sur proposition des agences de régulations », D.A., 2005, n°1, p.31.
- LOMBARD, M., « Institution de régulation économique et démocratie politique », A.J.D.A., 2005, p.530.
- LOMBARD, M., « Voie de fait dans le cas d'un acte entaché d'une irrégularité grossière », D.A., 2005, n°4, p.22.
- LONDON, C., « Les aides et fonds d'indemnisation en matière d'environnement », J.C.P. 1992.I. 3624.

LONDON, C., « Instruments économiques et droit communautaire », R.J.E., 1998, n°1, p.32.

LONDON, C., « Les instruments économiques et fiscaux de la protection de l'environnement », R.F.F.P., mai 2005, n°90, p.20.

LOUBERGE, H., MAURER, P., « Risques politiques et assurance-crédit à l'exportation », Risques, n°4, janvier 1991, p.13.

MAGNAN, S., « La notion d'événements naturels », Risques, n°20 octobre-décembre 1994, p.65.

MAILLARD DESGREES DU LOÛ, D., « Réquisition : faut-il un texte ? », A.J.D.A., 1999, n° spécial, p.28.

MARGEAT, H., « La ligne démarcative entre la solidarité et l'assurance » ; Gaz. Pal., 23 janvier 1993, p.79.

MARIANI-BENIGNI, I., « L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité », R.D.P., 1997, p.841.

MARTIN, G., « Recherche et travaux du RED&S à la maison des sciences et de l'homme », vol.5, L.G.D.J., 1998 p.415.

MARTIN, G., « La responsabilité de la puissance publique pour retard », L.P.A., 1^{er} septembre 1999, n°174 p.4.

MARTIN, G.-J., « Précaution et évolution du droit », Recueil Dalloz, Sirey, 1995, 39^e cahier- chronique, p.2999.

MARTIN, G.-J. « Mesures provisoires et irréversibilité en droit français », R.J.E., n° spécial, 1998.

MARTIN. G.-J., « Apparition et définition du principe de précaution », L.P.A., 30 novembre 2000, p.7.

MARTIN, G.-J., « Le risque, concept méconnu du droit économique », R.I.D.E., 1990, p.170.

MARTIN, P.-M., « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », A.J.D.A., 1975, p.436.

MASUREL, H., « L'exécution des mesures de police administrative », A.J.D.A., 1999, n° spécial, p.39.

- MATHIEU, B., « La portée de la Charte pour le juge constitutionnel », A.J.D.A., 6 juin 2005, p.1170.
- MATHIOT, A., « La théorie des circonstances exceptionnelles », Etudes en l'honneur d'A. Mestre, Sirey, 1956, p.413.
- MELLERAY, F., « L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales », A.J.D.A., 2005, p. 71.
- MIGNON, M., « La socialisation du risque », D., 1947, p.37.
- MIGNON, M., « La socialisation généralisée de la répartition des conséquences dommageables de l'action administrative », D., 1950, p.53.
- MODERNE, F., « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », R.F.D.A., 2002, p.563.
- MODERNE, F., « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », R.F.D.A., 2002, p.483.
- MODERNE, F., « Le principe de subsidiarité fonctionnelle », *Le principe de subsidiarité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p. 395.
- MONIOLLE, C., « Responsabilité et indemnisation à l'égard des personnes contaminées par le virus du sida lors des transfusions sanguines », R.D.S.S., janvier-mars 1999.
- MOREAU, J., « L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeuble et aux meuble et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle », Mélanges R. Chapus, p.443.
- MORRAND-DEVILLER, J., « Etude de la loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », A.J.D.A., 20 juin 1995, p.439.
- MOUSTARDIER, A., « Installations classées, études d'impact et loi sur l'air : à votre santé », Gaz. Pal., 9 octobre 1999, p.1457.
- MOUTOUH, H., « La loi et l'ordre », D., 2000, chron. p.163.
- MUZELLEC, R., « Les moyens et les techniques de la démarche stratégique financière pluriannuelle des collectivités locales », R.F.F.P., n°53, 1996, p.81.
- NOIVILLE, Ch., « Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé », L.P.A., 30 novembre 2000, p.39.

OPETTT, B., « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances », *Clunet*, 1974, p.794.

OSOUF, S., « Assurance, réassurance : chronique d'une mutation annoncée », *Risques*, n°48, décembre 2001, p.38.

OSSARD, H., « Exploitations agricoles et risques non assurables », *Risques*, n°29, janvier-mars 1997, p.33.

OST, F., « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société*, 30/31, 1995, p.286.

PACTEAU, B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.* 1995, n° spécial, p.151.

PADIOLEAU, J.-G., « L'action publique post-moderne : le gouvernement politique des risques », *Politiques et management public*, n°4, 1999, p.85.

PAILLUSSEAU, J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », *D.*, 1999, p.157.

PÂQUES, M., « Le principe de subsidiarité, la police administrative générale et la police de l'aménagement du territoire et de l'environnement », *Le principe de subsidiarité*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J., Bruylant, 2002, p.223.

PAUTRAT, R., « L'intelligence économique ou l'administration au service des entreprises », *Dossier des cahiers de la fonction publique*, 1995, n°140, p.4.

PAVIA, M.-L., « Un essai de définition de *l'interventionnisme* », *Mélanges en l'honneur du doyen G. Péquignot*, p.549.

PAUL, M., « La pluriannualité et la décision budgétaire : de nouvelles règles du jeu », *R.F.F.P.*, n°39, 1992, p.107.

PICARD, P., « Les frontières de l'assurabilité. », *Risques*, n°54, juin 2003, p.65.

POIROT-MAZERES, I., « La notion de préjudice en droit administratif français », *R.D.P.*, 1997, p.519.

PONTIER, J.-M., « Alinéa 12 » du préambule de la Constitution de 1946 », *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, Coll. Etudes, 2001.

PONTIER, J.-M., « La subsidiarité en droit administratif », *R.D.P.*, 1986, p.1515.

PONTIER, J.-M., « De la solidarité nationale », *R.D.P.*, 1983, p.899.

- PONTIER, J.-M., « L'imprévisibilité », R.D.P., 1986, p.5.
- PONTIER, J.-M., « Le législateur, l'assureur et la victime », R.F.D.A., 1986, p.98.
- PONTIER, J.-M., « La puissance publique et la prévention des risques », A.J.D.A., 2003, p.1752.
- PONTIER, J.-M., « Le droit administratif et la complexité », A.J.D.A., 2000, p.187.
- PRIEUR, M., « Les études d'impact et le contrôle du juge administratif en France », R.J.E., 1991, p.23.
- PRIEUR, M., « Les nouveaux droits », A.J.D.A., 6 juin 2005, p.1157.
- PRÖFROCK, A., « Les risques naturels catastrophiques », Encyclopédie de l'assurance, *Economica*, 1998, p.1189.
- PUTMAN, E., « Les spécificités du droit processuel économique de l'urgence », *Concurrence et consommation*, juillet-août 1997, p.35.
- QUASTANA, J., « Réquisition : état du droit et perspectives », A.J.D.A., 1999, n° spécial, p.25.
- RENOUX, Th., « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme », R.F.D.A., 1987, p.909.
- REMON-GOUILLOUD, M., « Droit et prévention », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.109.
- REMON-GOUILLOUD, M., « Les OGM au Conseil d'Etat », *Gaz. Pal.*, 23 janvier 1999.
- RENOUX, Th., « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme », R.F.D.A., 1987, p.909.
- RIVET de SABATIER, Ch., « L'entreprise sait-elle aujourd'hui gérer le risque politique ? », *Risques*, n°46, juin 2001, p.67.
- RIVET, J., « La refonte des plans de prévention des risques naturels », *D.E.*, janvier 1996, n°34, p.132.
- ROMI, R., « La valeur, la nature et l'influence du principe de précaution », *L.P.A.*, 16 août 1999, p.12.
- ROMI, R., « La responsabilité pour carence de la police administrative », *L.P.A.*, 1986, n°148 p.28.

ROMI, R., « La prévention des risques naturels, aspects matériels : Du discours écologiste aux actes raisonnables ? », D.E., 1^{er} juillet 2003, p.202.

ROMI, R., « Interdiction du Gaucho : Application du "principe de prévention" et "approche de précaution" », D.E., 1^{er} décembre 2002, p. 295.

ROMI, R., « La Commission nationale du débat public », D.E., 1^{er} mai 2002, p.98.

ROMI, R., « La responsabilité du fait des dommages causés par la protection des espèces », Gaz. Pal., 3 juin 2001, p.39.

ROMI, R., « Sur les tendances modernes en matière de réparation », L.P.A., 30 juillet 1997, p.12.

ROUSSEAU, S., « Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : un partenariat entre la Communauté européenne, les Etats membres et les entreprises », R.F.F.P., mai 2005, n°90, p.81.

ROUYERE, A., « L'exigence de précaution saisie par le juge », R.F.D.A., 2000, p.266.

ROYER, E., « Le risque dans le POS », R.G.C.T., n°8, novembre-décembre 1999.

SADELEER, N., « Le principe de précaution : du slogan à la règle de droit », Droit de l'environnement, avril 2000, n°77, p.14.

SADELEER, N., « Les avatars du principe de précaution en droit public. Effet de mode ou révolution silencieuse ? », R.F.D.A., n°3, 2001, p.547.

SAUVE, J.-M., « Les sanctions administratives en droit public français. Etat des lieux, problèmes et perspectives », A.J.D.A., 2001, p.16.

SAVATIER, R., « L'ordre public économique », Dalloz, 1965, chron., p.37.

SAVATIER, R., « Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? », D., 1931, p.9.

SCHMIDT, Ch. et HABIB-DELONCLE, L., « Le nouvel environnement international et le risque pays. », Risques, n°46, juin 2001, p.61.

SCHOETTL, J.-E., « Le Conseil constitutionnel et la loi SRU », A.J.D.A, janvier 2001, p.18.

SCHROTER, H., « Préservation de l'effet utile des décisions : l'expérience communautaire », Concurrence et consommation, juillet-août 1997, p.33.

SCHWERER, F., « La liberté du commerce et le principe de précaution », Les annonces de la Seine, jeudi 20 janvier 2000, n°5, p.11.

- SCHWERER, F., « Santé humaine, animale ou végétale et environnement, nouveau point sur le principe de précaution », *Les annonces de la Seine*, lundi 23 février 2000.
- SHAVELL, S., « Liability for harm versus regulation of safety », *Journal of legal studies*, vol. XIII, juin 1984, p.357.
- SONIGO, P., « Le marché des risques industriels », *Risques*, n°13, janvier-mars 1993, p.9.
- SORBA, O., « Réchauffement climatique et risque des entreprises », *Risques*, n°50, juin 2000, p.87.
- STRULOVICI, Ch., « L'offre d'assurance pour les entreprises », *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p.1133.
- SURET, J.-M., PAUCHANT, T., DESNOYER, M., « Prévention et marchés financiers », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.139.
- TANGUY, P., « Méthodologie et sûreté nucléaire », *Risques*, n°4, janvier 1991, p.61.
- TANGUY, Y., « L'intervention des organismes publics face à la pollution de l'Erika en Pays de la Loire », *R.F.F.P.*, mai 2005, n°90, p.160.
- TAUGOURDEAU, J.-P., « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique », *A.J.D.A.*, 1974, p.508.
- THERON, J.-P., « Responsabilité pour trouble anormal du voisinage en droit public et en droit privé », *J.C.P.*, 1976.I.2802.
- THERON, J.-P., « Les calamités agricoles : régime juridique de l'aide publique et perspectives d'évolution », *Droit et Ville*, 1985, p.306.
- THIERRY, J.-Ph., « Insécurité politique et nouveaux équilibres de l'assurance », *Risques*, n°59, septembre 2004, p.112.
- THOUROT, P., « Normes de solvabilité : évolutions et enjeux », *Risques*, n°54, juin 2003, p.27.
- TRAORE, S., « L'impact de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques sur le droit de l'urbanisme », *D.A.*, avril 2004, p.39.
- TRAORE, S., « La nature juridique des plans de prévention », *A.J.D.A.*, décembre 2003, p.2185.
- TREBULLE, F.-G., « Les sites pollués dans la loi relative à la prévention des risques technologiques », *D.E.*, 2003, p.229.

- TRUCHET, D., « Réflexions sur le droit économique public », R.D.P., 1980, p.1009.
- TRUCHET, D., « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public », A.J.D.A., 1982, p. 427.
- TRUCHET, D., « Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer : à propos et autour de la responsabilité hospitalière », R.D.S.S., 1993, p.1.
- TRUCHET, D., « Etat et marché », Archives de philosophie du droit, Sirey, T.40, 1996, p.314.
- TRUCHET, D., « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ? », D. Aff., 1996, p.731.
- TRUCHET, D., « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », A.J.D.A., 1999, n° spécial, p.81.
- TRUCHET, D., « Rapport de synthèse », R.J.E., 2000, n° spécial, *Le principe de précaution*, p.119.
- TRUCHET, D., « La loi du 4 mars 2002 et la prévention : une double lecture », L.P.A., 19 juin 2002, n°122, p.43.
- TRUCHET, D., « Douze remarques simples sur le principe de précaution », J.C.P., 2002, p.533.
- VALANCOGNE, J. ; WYBO, J.-L. et NICOLET, J.-L., « De la défense en profondeur à la cartographie des risques », Risques, n°55, septembre 2003, p.19.
- VAN LANG, A., « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », R.D.P., 2004, p.1015.
- VAN LANG, A., « La directive "Responsabilité environnementale" et le droit administratif », D.A., 2005, n°7, p.7.
- VAN SANTEN, Th., « Cartographie des risques : un outil de stratégie de création de valeur », Risques, n°55, septembre 2003, p.39.
- VAN SANTEN, Th., « L'assurance et le risque d'entreprise », Encyclopédie de l'assurance, Economica 1998, p.509.
- VAN SANTEN, Th., « Le coût du risque », Risques, n°13, janvier-mars 1993.
- VERPEAUX, M., « La loi du 13 août 2004 : le demi succès de l'acte II de décentralisation », A.J.D.A., 2004, p. 1960.

- VIALLE, P., « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », R.D.P., 1974, p.1243.
- VILLEMEUR, A., « Evaluation des risques », Risques, n°4, janvier 1991, p.73.
- VIMBERT, Ch., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », R.D.P., 1994, p.693.
- VINEY, G., « Le point de vue d'un juriste », L.P.A., 30 novembre 2000, p.68.
- VINEY, G., « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », Archives de philosophie du droit, T. 22, p.5.
- VINEY, G., « La responsabilité des entreprises pour atteinte à l'environnement », J.C.P. 1996, 3900, n°10.
- VIOLIER, P., « L'assurance agricole, une nouvelle approche », Risques, n°20, octobre-décembre 1994, p.59.
- WARUSFEL, B., « Vers un dispositif français d'intelligence et de renseignement économique », Droit et Défense, n°2, 1995, p.75.
- WARUSFEL, B., « Intelligence économique et droit », Dossier des cahiers de la fonction publique 1995, n°140, p.13
- WARUSFEL, B., « Intelligence économique et sécurité de l'entreprise », Les cahiers de la sécurité intérieure, n°24, 1996, p.48.
- WATIN-AUGOUARD, M., « La lutte contre la contrefaçon : un objectif pour la défense économique », Droit et Défense, n°3, 1994, p.62.
- WOLF Jr, Ch., « Carences du marché et carences hors marché », *L'action publique*, L'Harmattan, Logiques politiques, 1996, p.
- ZADJENWEBER, D., « Risques économiques et réglementation de l'assurance », Risques, n°54, juin 2003, p.20.

INDEX

-A-

- Abattage** : n° 125, 173
Notes n° 339, 374, 956
- Abstention** : n°260
- Abus de position dominante** : n°68, 167, 240, 306, 315
Notes n°839, 1220
- Acceptation des risques** : n°150, 157, 158, 540
Notes n°417, 418
- Accident** : n°58, 59, 166, 197, 247, 271, 273, 277, 365, 373, 379, 411, 415, 421, 462, 463, 483, 533
Notes n° 73, 117, 146, 168, 171, 314, 382, 485, 544, 692, 694, 715, 732, 1460, 1462
- Actualisation des connaissances** : n°272 et s., 321, 367, 372, 376
Notes n°1077
- Adaptation** : n°13, 15, 18, 40, 84, 128, 130 et s., 248, 251 et s., 327, 338 et s., 363, 46° et s.
- AFSSA** : n°264
- AFSSE** : Note n°699
- Aide** : n°72, 86 et s., 95, 98, 107, 121, 126, 231, 240, 310, 392 et s., 405, 441 et s., 461 et s., 513, 534, 542
Notes n°220, 250, 256, 296, 869, 899, 900, 1048, 1428
- Ajustement** : n°100, 351, 375, 391 et s., 426 et s., 447
- Aléa** : n°6, 19, 21, 25, 31 et s., 46, 56 et s., 91, 100, 127, 158, 206 et s., 253, 540
Notes n°17, 35, 67, 75, 139, 242, 355, 1096
- Aléa moral** : n°390, 541
- Analyse économique** : n°12, 220 et s., 302 et s., 442, 343 et s.
- Anormalité** : n°27, 57, 192 et s.
Notes n° 979, 998, 1342
- Apport en compte courant** : n°389
- Arbitrage** : n°295, 540
- Association** : n°45, 265, 281 et s.
Notes n°709
- Assurabilité** : n° 45, 94, 281, 333, 351, 352, 353
- Assurance** : n°326 et s.
-assurance agricole : n°337
Note n°961
-assurance atteinte à l'environnement : n°340
-assurance bris de machine : n°337
-assurance incendie : n°339, 512
Notes n°962, 1325
-assurance informatique : n°337
-assurance pertes d'exploitation : n°338
-assurance de responsabilité : n°327, 340
-assurance partielle : n°347
-assurance risque d'exploitation : n°340, 352, 512
Note n°971
-auto-assurance : n°388
Notes n°939 et s.

-coassurance : n°347

-contrat d'assurance : n°94, 186, 252, 263, 270, 326 et s., 331, 333, 335 et s., 340, 347, 396, 467, 497 et s.

Notes n°505, 671, 672, 689, 910

-extension de garantie : n°339, 515

Notes n° 962, 966, 1011, 1324, 1496

-incitation : n°364 et s.

-obligation d'assurance : n°94, 350, 365 et s.

Notes n°929, 1264

-police multirisques : n°339

-primes : n°348

-sélection adverse : n°350

-solvabilité : n°354 et s.

Note n°1019

Attentat : n°3, 68, 74, 189, 349, 353, 404, 481, 487

Notes n°172, 249, 454, 541, 962, 991, 1016, 1017, 1019, 1157, 1290

Attitude attentive : n°17, 176, 250, 252, 444

Note n°1068

Attitude réactive : n°17, 250, 400, 401, 402, 407, 435, 448, 451, 457, 490, 491, 542

Attroupement : n°50, 183, 189, 198, 505

Notes n°363, 538

Autonomie : n°80, 84 et s., 541

Autorisation : n°73, 147, 157, 263, 266, 288 et s., 292, 307, 396, 447, 462 et s.

Notes n°185, 379, 382, 410, 615, 775 et s., 804, 1076

Autorisation de programme : note n°1125

Autorité administrative indépendante : n°43, 45, 416, 442

Notes n°750, 998

AZF : n°2, 29, 68, 77, 245, 264, 422, 487, 489

Notes n°7, 800, 1017

-B-

BARPI : n°274

Bénéfices : n°7, 31, 213, 226, 230, 246, 338, 509 et s., 523

Notes n°242, 528, 574, 658, 1071, 1407

Besoin : n°86 et s., 116 et s., 121 et s., 161, 168, 177 et s., 189, 255, 262, 268, 293, 338 et s., 351, 360 et s., 375, 387 et s., 399, 412, 432, 436, 447, 466 et s., 476 et s., 499, 519

Notes n°205, 667

Bilan coût-avantage/coût-bénéfice : n°229, 230, 232, 233, 260, 319, 323, 334, 444, 623

Notes n°1267, 1402

Budget : n°392, 393, 540

Notes n°1118, 1126, 1141

-C-

Cahier des charges : n°98

Notes n°1105, 1281

Caisse centrale de réassurance : n°186, 355, 360, 365, 397

Notes n°249, 1017, 1023, 1024, 1045, 1047, 1290

Calamités agricoles : n°39, 51, 98, 186, 189, 197, 203, 218, 364, 397, 488, 507, c515, 533, 535

Notes n°144, 145, 504, 516, 979, 1007, 1055, 1431

Calamités nationales : n°183, 186, 524, 533,

Calamités publiques : n°189, 416, 470, 470, 533

Notes n°318, 515, 1205, 1479

Captive : n°348

Notes n°988, 989

Carences : n°16, 53, 74, 85 et s., 136 et s., 183, 254 et s., 262 et s., 277, 282, 374 et s., 399, 432, 436, 466 et s., 477

Notes n°334, 390 ; 452, 454, 677

Carence de marché : n°9, 12, 94, 114, 237 et s.

Note n°924

Carence du marché de l'assurance : n°330 et s., 341, 343 et s., 360

Cartographie : note n°678

Catastrophes naturelles : n°38, 186, 311, 352, 360

Notes n° 145, 397, 999, 1004, 1006, 1009, 1024

Catastrophisme : n°324, 423, 426

Cas fortuit : Notes n°56, 157, 363, 399, 401, 1058

Causalité : n° 62 et s., 105, 124, 132, 150 et s., 195 et s.

Notes n° 418, 432, 974, 1006

-causalité directe : n° 63 et s.

-causalité indirecte : n° 64, 69 et s.

-causalité adéquate : n° 64

-équivalence des conditions : n° 64

Cause : n° 42 et s., 211 et s., 251 et s., 326, 384 et s., 430 et s., 440 et s.

Cause exonératoire : n°25, 149 et s.

Notes n°56, 59, 72, 399, 400, 405, 407

- cause étrangère : Notes n° 405, 1058, 1065

Cessation : n° 126, 407 et s.

Charte de l'environnement : n°231, 483

Notes n°629, 683, 887, 1295

Chef de préjudice : n° 38, 47, 148, 497, 502 et s.

Notes n° 574, 1462, 1429

Chiffre d'affaires : n°38, 39, 148, 165, 189, 210, 316, 338, 467, 499, 500, 501, 512, 515, 516

Notes n°127, 412, 566, 833, 966, 967, 1222, 1323, 1357, 1377, 1389, 1390, 1399, 1407, 1420, 1422

Choses dangereuses : n°142

Notes n°365, 406

Circonstances exceptionnelles : n°152, 416, 434,

Notes n°57, 397, 399, 771, 1169, 1175, 1205, 1233, 1307

Clause

-tarifaire : n°48

-de garantie : n°186

-contractuelle : n°48, 347, 383

Notes n°505, 841, 948, 999

-d'exclusivité : Note n° 847

-d'extension de garantie : Note n°1011

-de renégociation : n°384

-de variation : n°391

-de révision : n°384

Note n°1097

Clientèle : n°9, 32, 38 et s., 47, 68, 148, 165, 316, 330, 371 et s., 452, 465, 499, 504, 515

Notes n°172, 370, 565, 1016, 1364, 1384, 1387, 1388

Coase : n°44, 653, 654

Coassurance : n°347

Note n°973

Coface : n°360

Notes n°295, 1034, 1035, 1036 1037

Collectivités territoriales : n°5, 45, 89, 362, 398

Notes n° 253, 314, 318, 809, 1049

Commerce et industrie : n°89 et s., 231, 362, 434

Notes n°109, 225, 231, 256, 392, 660, 1204

Commission départementale des risques naturels majeurs : n°281

Complémentarité : n°262, 270 et s., 466, 331 et s., 370 et s., 388 et s., 466 et s.

Commune : n°45, 72, 89, 121, 300, 379

Notes n°22, 114, 183, 296, 672, 748, 822, 866, 1033

Concentration économique : n°301, 447, 448

Note n°832

Concurrence : n°6 et s., 50, 60, 68, 166 et s., 222, 242, 300, 306, 315, 360, 434, 442, 469, 481, 489

Notes n°122, 163, 339, 645, 828, 834, 838, 840, 847, 1040, 1205, 1215, 1236, 1289

Confiance légitime : n°139

Notes n°158, 356

Connaissance : n°202, 234, 253, 254, 256 et s., 283, 292, 310, 316 et s., 326, 333 et s., 367, 400, 412, 421, 444, 480

Notes n°614, 676, 681, 682, 708, 762, 910, 933, 934, 936

Conseil de la concurrence : n°307, 448, 469

notes n°828, 831, 1221, 1222

Conseil constitutionnel : n°58, 87, 90, 163, 188, 533 et s.

Conseil d'Etat : n°87, 90, 139, 157, 188, 416, 434, 458, 505

Conseil supérieur des installations classées : n°281

Contrat

-administratif : n°27, 46, 98, 217, 384 et s., 509 et s., 516

Notes n° 61, 139, 847, 1043, 1095, 1281

-privé : n°196

Note 527

- de travail : Note n°528

Contrat de plan : n°392

Contrefaçon : n°32, 50, 381, 442

Notes n°445, 872

Contrôle : n°147, 226, 243, 254, 284 et s., 305 et s., 327, 354 et s.,

Notes n°381, 589, 631

Convention de trésorerie : n°389

Coût acceptable : n° 233 et s.

Crédits provisionnels : n°392

Note n°1121

Crise : n°10, 29, 76, 137, 168, 173, 257, 367 et s., 387 et s., 404, 408 et s., 433, 444, 483 et s.

Notes n°11, 1084

-D-

Danger : n° 5, 15, 29 et s., 142, 198, 230 et s., 249, 258, 263, 268, 292, 390, 412, 420, 425

Notes n°27, 340, 805, 1078

Débat : n°265, 279 et s.

Déclaration préalable : n°288, 292, 310, 434

notes n°784, 787, 804

Décret d'avance : n°392

Délai : n°34, 136, 277, 321, 461, 488, 501, 529

Notes n° 348, 831, 1022, 1221

DEMETER : n° 317, 381

Département : n° 5, 45, 85, 376, 398

Notes n°114, 1082

Dépenses éventuelles ou accidentelles : n°392

Dignité humaine : n°84, 86

Directive communautaire : n°176, 307, 381, 462

Notes n°473, 694

Doctrine sociale de l'Eglise : n°86

Domage : n°33 et s., 64 et s., 203 et s., 383 et s., 407 et s., 477 et s.

Domages-intérêts : n° 36, 458, 510

Note n° 1255

Double dividende : note n°860

-E-

Échelle : n°30, 253, 273

Effet boomerang : n°425

Efficacité : n°14, 223, 240 et s., 256 et s., 267, 273 et s., 282, 291, 301, 306, 318, 320, 323 et s., 366 et s., 386, 398, 426, 491

Note n° 244

Efficience : n°9, 101, 220 et s., 266, 313, 33

Notes n°45, 81, 325, 1025

Egalité : n°31, 86, 91, 95, 97, 104

Égalité devant les charges publiques :140 et s., 157, 183, 203, 208, 235,

Notes n°363, 364, 512, 1439, 1468

Éloignement : n°266

Émeute : n°8, 32, 263, 353, 431

Emprunt : n°361 et s., 398

Emprunt obligataire : n°467

Encyclique : n°86 et s.

Enquête publique : n°281

Notes n°755, 816

Entreprise

Entreprise publique

Environnement : n°270, 302, 454 et s., 465 et s.

Notes n°693, 889

Épizootie : n°67, 74, 125, 164, 175, 252, 264, 271, 277, 317, 381, 411, 425, 431, 448, 533 et s., 540

Notes n°314, 431, 638, 700, 1197, 1469

Équité : n°82, 104, 110, 142, 157, 191, 229, 235, 529, 531, 534

Erika : n°2, 39, 68, 376, 392, 422, 456, 461, 473, 487, 521, 535

Notes n°191, 703, 800, 1124, 1125, 1126, 1291

Erreur : n°29, 36, 265, 427

Notes n°141, 335, 352, 353

ESB : n°2, 29, 76, 123, 173, 422, 488 et s.

Notes n°845, 886, 1209, 1229

Espionnage industriel : n°9, 32, 168, 381

Etablissement public : Notes n° 697, 698, 699, 700, 703, 1045

Etat interventionniste : n°113, 127

Etat libéral : n°114 et s., 539

État providence : n°116 et s., 310

Notes n°13, 31, 290

État d'urgence : n°152, 416

Notes n°395, 396, 1170

Étude d'impact : n°263

Note n°693

Étude de danger : n°263

Note n°694

Évaluation : n°265, 314 et s., 449, 500, 511 et s.

Notes n°683, 696, 697, 703, 712, 714, 730, 882, 903

Exécution d'office : n°415, 462

Notes n°1166, 1214

Exonération : n° 488

Notes n° 406, 869

Expert : n°2, 29, 36, 226, 260, 265, 274, 322 et s., 411, 422, 512 et s.

Notes n°10, 709, 710, 938, 1186

Expropriation : n°46, 503

Notes n°1035

Externalité : n°12, 94, 222, 239 et s., 245, 301

Notes n°644, 645, 657

-F-

Fait du prince : n°48, 385

Notes n°56, 139, 363, 1106

Fait du tiers : Notes n°400, 405, 407, 1058

Faute : n° 46, 54 et s., 60 et s., 134 et s., 171, 195, 198, 214

Note n° 268

-de l'assuré : n°28, 340

-lourde : n°105, 137, 142, 214

Notes n°113, 340, 341, 342, 590

-simple : n°137

Notes n°340, 341, 342

-du tiers : Note n° 1058

-de la victime : Notes n°276, 524, 1058

Financement : n° 7, 186, 391 et s., 477, 540

Notes n° 857, 1433

FIPOL : n°39, 524, 535

Notes n°191, 529, 639, 1432, 1433, 1435, 1486

Fonction attributive : n°194 et s.

Fondement

-adaptation des fondements : n°131 et s.

-fondement propre : n°191 et s.

Fonds de commerce : n°148, 165, 499, 504, 515

Notes n°183, 570, 1006, 1339, 1383, 1413

Fonds de garantie : n° 362, 394, 507

Notes n°517, 1048, 1052, 1130, 1132, 1428

Fonds d'indemnisation : n°185, 197, 203, 364, 394, 397

Notes n° 151, 639, 1481

Fonds de secours : n°186, 394, 507

Notes n°485, 1001

Force majeure : n°23, 28, 153 et s., 173, 195, 196

Notes n°56, 59, 399, 401, 402, 407, 462, 527, 580, 1058

Force publique : note n°1348

Franchise : n°524

Notes n°941, 1014

-G-

Gain : n°38, 148, 223, 259, 320, 498, 510

Notes n°32, 1281, 1323

Garantie : n° 328 et s.

GARPOL : note n°973

Grève : n°433

Notes n°372, 397, 597, 1044, 1173

Guerre : n°8, 32, 68, 123, 183, 214, 345, 353, 360, 527, 533

Notes n°18, 148, 249, 306, 365, 397, 480, 484, 496, 502, 631, 842, 977, 1003, 1043, 1044, 1058, 1167, 1173, 1460, 1461

-H-

Hiérarchisation des risques : n°267 et s., 334, 367

Note n°941

-I-

Identification des risques : n°258 et s.

Note n°719

Illégalité : n°46, 55 et s., 60, 152, 214, 509

Note n°585

Impartialité : n°265

Imprévisibilité : n°23 et s., 56 et s., 58 et s.

Notes n°134 et s., 200, 227, 253, 272, 283

Imprévision : n°23, 27, 98, 157, 204, 217

Notes n°56, 61, 574, 1281

Imputation : n°195 et s.

Note n°418

Inassurabilité : n°345 et s., 352 et s., 360

Notes n°986, 1247, 1446

Incapacité : n°87 et s., 114, 117, 351, 432, 451

Notes n°201, 211

Incendie : n°1, 50 et s., 263, 337, 437

Notes n°79, 314, 671

Incertitude : n°2, 10, 29 et s., 78, 250, 253, 258, 265, 275, 283, 292, 295, 321, 324 et s., 356, 421 et s.

Notes n°712, 719

Incitation : n°72 et s., 301, 309 et s., 335, 364 et s.

Notes n°335, 824, 1264

Inconnu : n°23, 29 et s., 234, 256, 273, 345, 420 et s., 444, 490

Note n°676

Indemnisation : n°491 et s.

Inertie : n°50, 136, 449

Notes n°381, 478

Initiative privée : n°94, 192, 239, 255, 257, 262, 290 et s., 321, 351, 375, 390, 399, 432, 436, 482, 523

Notes n°222, 254, 686, 895

Information : n°30 et s., 94, 222 et s., 234, 239, 243 et s., 295, 306, 315, 317, 321 et s., 333, 350, 355, 373, 379, 381, 426

Notes n°256 et s., 264, 648, 664, 784, 873, 1084, 1090, 1181

Inondation : n°51, 67, 74 et s., 150, 164, 274, 311

Notes n°7, 18, 64, 146, 314, 488, 734, 812, 1000, 1291

INRA : Note n° 700

Installation classée : n°123, 147, 153, 179, 263, 273, 277 et s., 284 et s., 310, 376, 396, 462 et s.

Notes n°615, 662, 693, 730, 1076, 1077, 1166, 1200

Installation nucléaire : n°273, 365, 379

Note n°695

Institut de veille sanitaire : n°264

Note n°697

Insuffisance : n°16, 86 et s., 94, 109 et s., 237 et s., 262, 277, 330, 342 et s., 355 et s., 374, 388 et s., 465

Notes n°200, 201, 254

Intangibilité des ouvrages publics : n°458

Notes n°1259, 1260

Intensité : n°8, 24, 27, 32, 35 et s., 51, 174, 201, 208, 213, 218, 283, 427, 444

Notes n°79, 149, 545, 979

Intérêt économique : n°155 et s.

Interventionnisme : n°15, 89, 157, 531

Notes n°223, 254

Irréversibilité : n°35, 434

Notes n°629, 683, 817, 887

-J-

Justice : n°114, 235, 531

Notes n°209, 603

-L-

Légalité des délits et des peines : n°139

Note n°349

Libéral :

-doctrine : n°87, 100 et s., 114 et s., 127, 175, 239, 305, 475, 531 et s.

Notes n°219, 303, 909

-Etat : n°112, 114 et s., 538

Liberté d'entreprendre : n°9, 80 et s.

Note n°224

Liberté économique : n°3, 89 et s., 375, 485, 523, 536

Note n°898

-M-

Management des risques : n°11, 263

Mise à jour : n°272 et s.

Note n°367

Monopole naturel : n°239

Note n°646

Mutualisation : n°183, 348, 394

-N-

Non-rétroactivité : n°347

-O-

OIE (organisation internationale des épizooties) : n°271, 277

Omission : n°50, 53

Optimum : n°222 et s.

Notes n°643, 885, 889

Ordre public : 125 et s., 161 et s.

Ordre public économique : n° 166 et s.

Ouvrage public : n°458

Note n°367

-P-

Paradoxe : n°54, 83 et s., 310

Notes n°680, 737

Pareto : n°223

Note n°603

Péril : n°31, 125, 152, 170, 171, 338, 388, 416, 534

Notes n°83, 242, 780, 798, 1200

Périmètre d'exposition aux risques : n°271, 300

Notes n° 816, 896

Perte de chance : n°38, 148, 498, 500, 509

Notes n°1370, 1426

Perte :

-de bénéfice : n°509

Note n°1281

-de bétail : n°316

-de clientèle : n°9, 32, 38, 39, 68, 165, 210, 316, 451, 504, 515

Notes n°172, 1368, 1384, 1387

-commerciale : note n°338

-de compétitivité : n°321

-d'exploitation : n°339, 498

Notes n°1354, 1383

-financière : n°68

-de fonds de commerce (éléments constitutifs) : n°148, 165

-matérielles : n°38, 498, 511, 516

Notes n°949

-de recettes : n°47, 60, 67, 340, 498, 505, 510,

Notes n°573, 875, 1347, 1382, 1384

-de récoltes : n°202, 210, 477

Notes n°386, 555

-de stocks : n°292, 388, 465, 467

Note n°242

Plan local d'urbanisme/plan d'occupation des sols : n°158, 177

Notes n°67, 720, 721, 769

Plan de prévention des risques : n°177, 271, 274, 281, 300, 352, 367, 482

Notes n°334, 475, 748, 754, 816, 820, 822

Plan de survie : n°372 et s., 404, 467

Plan d'opération interne : n°373

Notes n°1076, 1077

Plan Orsec : n°376, 377, 380

Notes n°718, 1083, 1085, 1086, 1168

Plan particulier d'intervention : n°379

Note n° 1091

Plan POLMAR : n° 281, 376, 312

Notes n°733, 1087, 1125

Plan de secours spécialisé : n°379

Plan d'urgence : n° 374, 376, 379, 436

Notes n°1082, 1090

Planification : n°13, 166, 271, 392

Notes n°114, 802, 1082

Police : n°125 et s., 171 et s.

Pollution : n° 32, 50, 68, 74, 76, 164, 177, 189, 226, 246, 252, 263, 278, 376, 415, 431, 524

Notes : n°314, 431, 605, 658, 659, 664, 703, 779, 859, 876

-accidentelle : n°340

-agricoles : n°125

-des cours d'eau : n°176

-dépollution : n°224, 245, 310

Notes n° : 859, 862, 864, 889, 904, 973

-industrielles : n°94, 123, 240, 274, 310, 312, 376

Note : n°746

-marines : n°203, 245, 281, 299, 317, 365, 376, 425, 437, 457, 524, 534

Notes : n°529, 785, 793, 1167, 1432

-par hydrocarbure : n°271, 291, 392

Note n°191

Pool : n°347, 348, 365, 389

Notes n°973, 983, 1017

Posner : Note n°44

Préambule de la Constitution : n°58, 183, 188, 189, 523

Note n°480

Précaution : n°2, 10, 31, 50, 125, 174, 176, 202, 226, 227, 231, 246, 253, 258, 260, 272, 283, 290, 295, 298, 310, 311, 324, 325, 423, 426, 482, 519, 523, 541

Notes n°519, 609, 613, 617, 628, 629, 630, 661, 676, 683, 685, 686, 802, 887

Précédents : n°26, 329, 392

Note n°581

Préemption : n°300

Préfet : n°373, 376, 379, 381, 396, 415, 434, 462

Notes n°865, 1076, 1090, 1091, 1166, 1196, 1199, 1200, 1345

Préjudice : n°491 et s.

Prérogative de puissance publique : n°45, 171, 175, 192, 252

Note n°119

Prêt : n°338, 361, 364, 389, 428, 461, 467, 470, 488, 489, 539

Notes n°1048, 1050, 1143, 1301

Preuve : n°2, 46, 66, 94, 148, 187, 251, 265, 288, 376, 413, 500, 501, 540

Notes n°19, 399, 882, 895, 901, 912, 974, 1065, 1329, 1330

Prévention : n°253 et s.

Prévision : n°327, 367 et s.

Notes n°577, 682

Prévoyance : 16, 109, 115, 126, 250 et s., 326 et s., 467, 491, 500

Principe général du droit : n°89

Notes n°347, 368

Privatisation : Note n°1037

Prix : n°60, 114, 165 et s., 306, 434, 488, 498, 517

Notes n°242, 644, 646, 824, 1205, 1307, 1415

Probabilité : 3, 15, 77, 142, 226, 258, 270, 277, 292, 308, 329, 334, 350, 365, 411, 421

Notes n°16, 28, 690, 753, 762, 885

Probabilité de dommage : n°33, 258, 260, 268, 294, 295, 298, 308, 310

Professionnel : n°26, 32, 89, 158, 508, 524

Notes n°73, 131, 249, 277, 409, 477, 607, 1024, 1208, 1359, 1375

Profit : n°3, 6, 31, 38, 61, 78, 90, 114, 210, 333, 539

Notes n°753, 840

Promesse : n°16, 48, 139, 143

Notes n°353, 355, 541

Proportionnalité : n°173, 230, 246, 273, 426, 448, 480

Notes n°81, 234, 244, 808

Protection

-partielle : n°294 et s.

Note n°844

-totale : n°294, 298

Provision : n°348, 389

Notes n°1022, 1051, 1111

-R-

Réaction : n°10, 98, 152, 168, 250, 391, 396, 401 et s.

Notes n°470, 794

Réassurance : n°68, 186, 347, 355, 360, 365, 397

Notes n°249, 939, 981, 989, 1017, 1023, 1024, 1037, 1046, 1047, 1290

Recherche scientifique : n°30, 36, 240, 264, 272 et s., 295, 322

Notes n°89, 680, 706

Réduction de capital : n°467

Note n°1273

Référé : n°89

Note n°1201

Région : n°5, 45, 89, 362 et s., 392, 398

Notes n°114, 1052

Règle proportionnelle de prime : n°333

Note n°938

Remise en état : n°189, 396, 403, 458, 461 et s., 470, 483 et s.

Notes n°1249, 1413

Renseignement : n°139, 168, 317

Notes n°351, 1413

Réparation intégrale : n°385, 476, 523, 529

Notes n°1447, 1448, 1416

Réquisition : n°415

Notes n°396, 1167, 1246

Retour d'expérience : n°273 et s., 291, 367

Notes n°682, 734, 800, 1085

Retrait : n°54, 139, 147, 290, 434

Notes n°348, 630, 1017, 1022, 1200

Risque

-acceptable : n°202, 260, 280, 292, 295, 298, 320, 324 et s., 365 et s., 390, 444, 449, 541

Notes n°564, 623, 683, 686, 763, 902, 1030

-accepté : n°158 et s.

-danger : 30, 198

-industriel : n°50, 125, 264, 356

Note n°705

-naturel : n°109, 123, 175, 278 et s., 300

Notes n°256, 1054

-politique : n°175

-profit : n°195

-sanitaire : n°66, 308

-technologique : n°175

-zéro : n°2, 15, 324, 423

Note 686

-S-

Sanction : n°240, 265, 290, 291, 307, 434, 469

Notes n°867, 1224

Secours : n°87, 182, 186, 188, 368, 369, 376, 394, 405, 415, 477, 481, 507, 531, 533

Notes n°314, 485, 962, 1004, 1078, 1087

Sécurité : n°2 et s., 74, 101, 125, 136, 160, 168, 174 et s., 226, 259 et s., 265, 279, 289, 292, 298, 306, 323 et s., 335, 355, 482 et s., 534, 539, 541

Notes n°301, 314, 412, 680, 695, 769, 873

Sécurité civile : n°376, 415

Sécurité juridique : n°58, 139, 260

Sélection adverse : n°350

Service public : n°7, 13, 45, 112, 118 et s., 264, 360, 384, 438

Notes n°56, 292, 293, 296, 847, 1003, 1043, 1096, 1209, 1252

-collaborateur du – : n°198

Servitude : n°177, 266, 271, 277, 297

Notes n°720, 812 et s., 1076

Silence : n°426

Note n°1106

Sinistre : n°328 et s., 335, 340, 345, 350, 355, 373, 375, 394, 470, 488 et s., 501, 507, 512, 513, 515, 541

Notes n°754, 940, 942, 982, 1076, 1078, 1191, 1213, 1389, 1444

Socialisation : n°95, 329, 534, 536

Notes n°1128

Solidarité nationale : n°2, 101, 122, 131, 160, 178, 179 et s., 183 et s., 189, 190, 235, 394

Notes n°323, 1010

Sous-assurance : Note n°941

Soutien des activités économiques : n°472 et s.

Statistique : n°317, 329, 345

Notes n°13, 28, 78, 497, 743, 924, 977, 1049

Stimulation de l'activité économique : n°489 et s.

Stock : n°9, 32, 39, 123, 168, 189, 263, 292, 316, 333, 372, 381, 389, 396, 465, 470, 484, 487, 488, 512, 517

Notes n°7, 33, 817, 960, 963, 1074, 1086, 1158, 1233, 1329, 1375, 1377

Subsidiarité : n°83 et s., 103 et s., 261

Substitution : n°262

Note n°670

Subvention : n°186, 310, 362, 397, 398, 415

Notes n°5, 15, 1050, 1213

Sujétions imprévues : n°384, 528

Notes n°557, 1103

Suppléance : n°86, 87

Note n°201

-T-

Tempête : n°51, 67, 164, 189, 201, 203, 252, 295, 299, 405, 422, 456, 477, 478, 488, 489

Notes n°18, 406, 541, 954, 957, 978, 1000, 1145, 1156, 1291, 1298

Terrorisme : n°32, 50, 72, 156, 161, 173, 175, 183, 185, 186, 198, 214, 251,

263, 317, 345, 353, 355, 356, 394, 456, 492, 503, 534

Notes n°148, 333, 505, 542, 876, 991, 1011, 1012, 1014, 1017, 1024, 1044, 1153, 1177, 1195, 1290, 1314, 1468, 1481

Titrisation : n°347

Note n°984

Traité « risque d'entreprise » : n°339

Traité « risques simples et risques à usage industriel et commerciaux » : n°339

Transfert de crédits : n°392

Note n°1123

Travaux : n°46, 59, 74, 125, 204, 223, 279, 290, 296, 360, 415, 438, 456, 457, 461, 462, 463, 488

Notes n°111, 150, 170, 557, 797, 799, 801, 809, 811, 814, 857, 867, 896, 975, 1208, 1211, 1212, 1213, 1214, 1246, 1251, 1260, 1413, 1421

Travaux publics : n°46, 57, 58, 66, 125, 150, 198, 438, 456, 528

Notes n°56, 117, 146, 367, 386, 406, 424, 552, 1102

Typologie des risques : n°21 et s., 79

-U-

Urbanisme : n°26, 77, 176, 177, 271, 272, 300, 458

Notes n°7, 87, 111, 114, 147, 474, 560, 582, 663, 720, 721, 769, 778, 811, 816, 905, 1252

Urgence

-aides : n°95

-déclaration d' : n°152

-situation d' : n°137, 373, 386, 388, 389, 391, 392, 401, 404, 408, 434

Notes n°820, 1022, 1121

-V-

Vaccination : n°271, 289, 426, 433, 443

Notes n°789, 892, 1196, 1197, 1227

Valeur de remplacement : n°512, 515, 517

Valeur vénale : n°512, 516, 529

Notes n° 278, 1006, 1413, 1416

Veille : n°125, 168, 225, 234, 251 et s., 264, 273, 316, 317, 444, 449

Victime

-d'acte de terrorisme : n°183

Notes n°498, 562

-d'évènements calamiteux : n°185, 186 et s., 189, 394, 484, 507, 533

Note n°1132

-de guerre : n°182

-indirectes : n°76 et s

-nature économique : n°9, 10, 15, 439, 492, 518

-potentielles : n°257, 292, 294 et s., 313, 316, 381 et s.

Virement de crédits : n°392

Note n°1123

Voie de fait : n°458

Note n°1256, 1257

-Z-

Zonage : n°177, 271, 300

Notes n°719, 721

Zone d'expansion des crues : n°297

Table des matières

TABLE DES ABREVIATIONS	5
A.- Juridictions	5
B.- Périodiques	5
C.- Autres abréviations	6
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
DEFINITION DES RISQUES DES ENTREPRISES	13
INTERET DE L'ETUDE ET PROBLEMATIQUE	18
METHODE RETENUE	20
THESE PRESENTEE	24
PREMIERE PARTIE : LE CONTEXTE JURIDIQUE DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES	29
TITRE PREMIER : LES CONDITIONS DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES	31
CHAPITRE PREMIER : TYPOLOGIE DES RISQUES DES ENTREPRISES	33
Section première : Les caractères des risques des entreprises	34
§ 1 - L'imprévisibilité des risques des entreprises	34
A- La notion d'imprévisibilité	35
1° L'appréhension de l'imprévisible par le droit	35
2° La conception contemporaine de la notion d'imprévisibilité	38
B- L'imprévisibilité économique	41
§ 2 - Le caractère dommageable des risques des entreprises	44
A- Évolution de la notion de dommage	45
B- Les dommages propres aux entreprises	48
1° Nature des dommages des entreprises	48
2° Spécificité des dommages des entreprises	50
Section seconde : La diversité des risques des entreprises	53
§ 1 - L'origine diverse des risques des entreprises	53
A- La diversité des événements à l'origine des risques des entreprises	54

Table des matières

1° Les risques créés par les pouvoirs publics _____	54
a) Les auteurs _____	54
b) Les agissements imprévisibles des pouvoirs publics _____	57
c) Les agissements dommageables des pouvoirs publics. _____	59
2° Les risques extérieurs à l'action des pouvoirs publics _____	61
B- La nature des événements créateurs de risques _____	64
1° La nature des agissements des pouvoirs publics _____	64
a) L'existence d'agissements toujours imprévisibles _____	65
b) Imprévisibilité et caractère fautif de certains agissements des pouvoirs publics _____	68
2° La nature des événements extérieurs aux pouvoirs publics _____	71
§ 2 - Causalité et risques des entreprises _____	73
A- La causalité directe _____	74
1° Détermination de la causalité directe _____	74
2° Manifestation de la causalité directe _____	75
a) Les dommages causés directement par les pouvoirs publics _____	75
b) Les dommages causés directement par des événements extérieurs aux pouvoirs publics _____	77
B- La causalité indirecte _____	79
1° Les dommages causés indirectement par les pouvoirs publics _____	79
a) La création d'un contexte favorable au risque _____	80
b) L'aggravation par les pouvoirs publics des dommages subis _____	81
2° Les dommages causés indirectement par des événements extérieurs aux pouvoirs publics _____	83
a) L'existence de victimes indirectes _____	83
b) La création d'un contexte favorable _____	84
CHAPITRE SECOND : LES CONTRAINTES IMPOSEES A L'ACTION PUBLIQUE _____	87
Section première : La diversité des contraintes _____	89
§ 1 - La subsidiarité de l'action publique _____	90
A- La signification de l'action subsidiaire _____	90
1° La notion de subsidiarité _____	91
2° Subsidiarité et risques des entreprises _____	97
B- Les caractères de l'action subsidiaire _____	103
1° L'existence de contraintes spécifiques _____	103
2° La nature et la valeur des contraintes _____	106
a) L'absence de valeur juridique de la subsidiarité _____	106
b) Valeur de la subsidiarité et risques des entreprises _____	109

Table des matières

§ 2 - L'absence de subsidiarité de l'action publique _____	112
A- Les motifs _____	112
B- Les conséquences de l'action non subsidiaire _____	115
1° Les conséquences du respect de la liberté économique _____	115
2° L'inapplication des contraintes issues de la subsidiarité _____	116
Section seconde : Les implications théoriques _____	118
§ 1 - Les implications politiques _____	118
A- Approfondissement du modèle de l'État libéral _____	119
B- L'exclusion du modèle de l'État providence _____	123
§ 2 - Les implications juridiques _____	124
A- Prise en charge des risques et service public _____	125
1° Éléments en faveur de la reconnaissance d'un service public _____	125
2° Négation du caractère de service public _____	129
B- Prise en charge des risques et police _____	131
CONCLUSION DU PREMIER TITRE _____	135

TITRE SECOND : LES FONDEMENTS DE LA PRISE EN CHARGE DES RISQUES DES ENTREPRISES _____ 137

CHAPITRE PREMIER : UNE NECESSAIRE ADAPTATION DES FONDEMENTS TRADITIONNELS DE L'ACTION PUBLIQUE AUX RISQUES DES ENTREPRISES _____	141
Section première : L'adaptation de la responsabilité de la puissance publique aux risques des entreprises _____	142
§ 1 - La prise en charge des risques des entreprises sur le fondement de la responsabilité de la puissance publique _____	143
A- Risques des entreprises et faute de l'administration _____	143
1° Les fautes constitutives de risques pour les entreprises _____	144
2° Les risques constitutifs de fautes _____	148
B- Risques des entreprises et responsabilité sans faute de la puissance publique. _____	152
1° Risques des entreprises et responsabilité pour risque _____	154
2° Risques des entreprises et responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques _____	155
§ 2 - L'influence des risques des entreprises sur l'engagement de la responsabilité de la puissance publique _____	159
A- Risques des entreprises et conditions d'engagement de la responsabilité _	159
1° La prise en compte de l'activité des entreprises _____	159

Table des matières

2° La prise en compte des préjudices des entreprises _____	161
B- Risques des entreprises et éléments exonérateurs de responsabilité _____	163
1° Le caractère exonérateur de responsabilité des risques extérieurs à l'action publique _____	163
a) Le rôle exonérateur de responsabilité du risque extérieur : maintien du lien de causalité et absence de faute _____	165
b) Le rôle exonérateur de responsabilité du risque extérieur : rupture du lien de causalité _____	166
2° Les éléments exonérateurs à caractère économique _____	168
a) La poursuite d'un intérêt économique prééminent _____	169
b) Le risque accepté _____	173
Section seconde : L'adaptation des fondements aux risques extérieurs à l'action publique _____	175
§ 1 - Le maintien de l'ordre public _____	175
A- Ordre public et risques des entreprises _____	176
1° L'ordre public général _____	177
2° L'ordre public économique _____	180
B- L'obligation de prise en charge des risques sur le fondement du maintien de l'ordre public _____	184
1° L'obligation d'user des pouvoirs de police _____	185
2° L'accroissement contemporain des obligations de sécurité imposées aux pouvoirs publics _____	189
§ 2 - La solidarité nationale _____	194
A- La solidarité nationale, fondement de la prise en charge des risques _____	195
1° La solidarité nationale, fondement de l'intervention publique _____	195
2° Les caractères de la prise en charge du risque fondée sur la solidarité nationale _____	199
a) Le caractère palliatif des interventions fondées sur la solidarité nationale _____	199
b) La nature juridique des droits et obligations mis en oeuvre _____	202
B- L'influence des risques des entreprises sur la mise en oeuvre de la solidarité nationale _____	204
CHAPITRE SECOND : LES FONDEMENTS PROPRES AUX RISQUES DES ENTREPRISES _____	207
Section première : L'anormalité des conséquences des risques pour les entreprises _____	208
§ 1 - La fonction juridique de la notion de risque _____	209
A- L'instrumentalisation du risque _____	209
1° L'utilisation du risque en droit privé _____	210

Table des matières

2° L'utilisation du risque en droit public _____	213
B- Manifestations de l'instrumentalisation des risques des entreprises _____	214
1° Risques des entreprises et attribution de la prise en charge de leur origine _____	215
2° Risques des entreprises et attribution de la prise en charge de leurs conséquences dommageables _____	217
§ 2 - Anormalité et attribution des risques aux pouvoirs publics _____	219
A- Les conséquences anormales des risques des entreprises _____	220
1° Signification de l'anormalité des conséquences d'un risque _____	220
2° Détermination de l'anormalité des conséquences du risque des entreprises _____	223
B- Détermination par l'origine du risque de l'anormalité de ses conséquences _____	226
1° Caractérisation de l'anormalité de l'origine d'un risque _____	226
2° Liaison de l'anormalité de l'origine et des conséquences du risque _____	231
Section seconde : L'efficacité économique de l'intervention publique _____	233
§ 1 - Une intervention plus efficace que le jeu du marché _____	234
A- L'efficacité comme critère de choix de l'action publique. _____	235
1° Détermination de l'efficacité de l'intervention publique. _____	235
2° Le choix d'un système de réglementation ou de responsabilité. _____	238
B- L'efficacité de la prise en charge publique des risques des entreprises _____	242
1° Une action proportionnée au but à atteindre _____	242
2° Une intervention au coût acceptable _____	246
§ 2 - Intervention publique et carences de marché _____	249
A- Carence de marché et risques des entreprises _____	250
1° Détermination des carences de marché _____	250
2° La prise en charge publique comme solution efficace _____	253
B- L'exemple des risques industriels _____	255
CONCLUSION DU SECOND TITRE _____	259
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE _____	261

SECONDE PARTIE : LES MOYENS DE LA PRISE EN CHARGE

DES RISQUES DES ENTREPRISES _____ 263

TITRE PREMIER : L'ATTITUDE ATTENTIVE DES POUVOIRS PUBLICS _____ 267

Table des matières

CHAPITRE PREMIER : LA PREVENTION DES RISQUES DES ENTREPRISES	271
Section première : L'adaptation des instruments communs de prévention	273
§ 1 - Un préalable nécessaire : la connaissance du risque	274
A- La veille ou l'acquisition de la connaissance	275
1° L'identification des risques	276
a) Les enjeux de l'identification des risques	277
b) La complémentarité des moyens d'identification des risques des entreprises	279
2° Le classement et la hiérarchisation des risques	286
a) Les enjeux du classement et de la hiérarchisation des risques.	287
b) La complémentarité des outils de classification et de hiérarchisation des risques des entreprises	288
3° La mise à jour des connaissances	292
B- La transmission de la connaissance du risque	296
1° L'échange d'informations	296
2° La participation des entreprises	300
§ 2 - Les manifestations de la prévention du risque	303
A- Le contrôle	304
1° Les formes du contrôle	305
a) Le moment du contrôle	306
b) La sanction du contrôle	310
2° Les déterminants économiques	313
B- La protection des entreprises	316
1° La protection partielle	317
2° La protection totale	320
Section seconde : L'utilisation d'outils économiques de prévention des risques	324
§ 1 - L'objectif des instruments économiques de prévention	326
A- La protection et le contrôle	326
1° Le contrôle des entreprises	327
2° La protection des entreprises	330
B- L'incitation	332
§ 2 - La mise en oeuvre d'outils économiques d'évaluation	338
A- L'utilisation d'outils d'évaluation des risques des entreprises	338
B- L'évaluation des instruments de prévention des risques des entreprises	342
CHAPITRE SECOND : LA PREVOYANCE DES RISQUES DES ENTREPRISES	353
Section première : la garantie des risques des entreprises	356

Table des matières

§ 1 - La complémentarité de l'action publique en matière de garantie des risques des entreprises _____	359
A- Les assurances de l'entreprise _____	359
1° Les déterminants économiques de l'assurance des risques des entreprises _____	360
2° L'objet des contrats d'assurance des risques des entreprises _____	363
a) L'existence de garanties propres aux entreprises _____	364
b) L'adaptation des polices d'assurance à la situation de chaque entreprise _____	367
B- Le complément public de l'offre privée d'assurance _____	370
1° Les carences de l'assurance privée des risques des entreprises _____	371
a) L'existence de risques d'entreprises non assurables _____	371
b) Les justifications économiques de l'intervention publique _____	376
2° Les modalités de l'intervention publique _____	377
a) Les remèdes à la non-assurabilité de certains risques des entreprises _____	378
b) Les remèdes à l'insolvabilité des assureurs _____	382
§ 2 - L'utilisation d'outils propres à la garantie des risques des entreprises _____	384
A- L'intervention directe des pouvoirs publics _____	386
1° La garantie des risques des entreprises au nom des personnes publiques _____	387
2° Les garanties accordées personnellement par les pouvoirs publics _____	390
B- L'intervention indirecte des pouvoirs publics _____	392
1° Les incitations à l'assurance des entreprises _____	393
2° L'imposition aux entreprises d'obligations de garantie _____	395
Section seconde : La prévision des moyens de gestion des risques des entreprises _____	398
§ 1 - La prévision des moyens juridiques destinés à faire face à la réalisation d'un risque _____	400
A- La complémentarité des outils publics et privés de prévision des moyens juridiques destinés à faire face à la réalisation d'un risque _____	400
1° La prévision privée des moyens juridiques permettant la gestion de crise _____	401
a) Les « plans de survie » des entreprises _____	402
b) Les plans élaborés par les entreprises créatrices de risques _____	403
2° Les moyens complémentaires de prévision mis en œuvre par les pouvoirs publics _____	406
B- L'élaboration de moyens propres à la situation des entreprises _____	409
1° Les plans d'action propres aux entreprises _____	410
a) Les plans d'action propres aux entreprises « à risque » _____	410
b) Les plans d'action propres aux autres entreprises _____	411

Table des matières

2° les moyens contractuels _____	413
a) La prévoyance des dommages causés aux cocontractants de l'administration _____	413
b) La prévoyance des dommages causés par l'administration à ses cocontractants _____	415
§ 2 - La prévision des moyens financiers destinés à faire face à la réalisation d'un risque _____	417
A- La complémentarité des outils privés et publics de prévoyance financière	418
1° Les moyens privés de prévoyance financière _____	419
2° L'ajustement des moyens complémentaires de prévision financière à la situation des entreprises _____	422
B- La prévision de moyens financiers propres aux entreprises _____	427
1° La prescription de mesures de prévoyance aux entreprises _____	427
2° L'élaboration de modes de financement propres aux risques des entreprises _____	428
CONCLUSION DU TITRE PREMIER _____	433

TITRE SECOND : L'ATTITUDE REACTIVE DES POUVOIRS PUBLICS _____ 435

CHAPITRE PREMIER : LE RETABLISSEMENT D'UNE SITUATION ECONOMIQUE VIABLE 439

Section première : La cessation de la situation dommageable _____	441
§ 1 - Le nouveau visage de la gestion publique des crises _____	442
A- L'évolution de la perception de la crise _____	442
1° La vision traditionnelle de la crise _____	443
a) Une vision liée à une conception classique du risque _____	443
b) Des outils classiques de réaction _____	445
2° Une vision renouvelée de la crise _____	448
B- Les conséquences de la conception renouvelée de la crise _____	452
1° Les conséquences économiques de la conception renouvelée de la crise	453
2° L'ajustement des outils de réaction _____	454
§ 2- Les modalités de la cessation des situations dommageables _____	456
A- L'utilisation d'outils communs de réaction _____	457
1° La cessation de l'élément générateur de la situation dommageable ____	457
a) La mise en œuvre d'opérations matérielles _____	459
b) La mise en œuvre de mesures juridiques _____	460
2° La cessation des conséquences de la situation dommageable _____	463
B- L'utilisation d'outils propres aux risques des entreprises _____	466

Table des matières

1° La cessation de l'événement à l'origine de la situation dommageable	466
a) L'utilisation d'outils adaptés aux risques des entreprises	467
b) La prise en considération de la portée économique des mesures publiques de réaction	469
2° La cessation des conséquences de la situation dommageable	472
a) L'utilisation d'outils propres à la matière économique	472
b) La prise en compte de la portée économique des mesures de réaction	474
Section seconde : La reprise des activités économiques	476
§ 1 - Le rétablissement des conditions d'exploitation	477
A- Le rétablissement de l'environnement général de l'entreprise	478
1° L'utilisation d'outils communs de restauration de l'environnement des entreprises.	479
a) Le caractère commun des outils de réaction	479
b) L'incidence de l'origine des risques sur la mise en œuvre des moyens de réaction	481
2° La prise en considération de la présence d'entreprises	484
a) Adaptation à la situation des entreprises victimes	484
b) Adaptation à la situation des entreprises à risque	485
B- Le rétablissement de l'environnement économique de l'entreprise	488
1° La complémentarité de l'action publique	489
2° Le rétablissement des conditions économiques d'exploitation	491
§ 2 - Le soutien des activités économiques	492
A- Les caractères des mesures publiques de soutien	493
1° Des mesures traditionnelles d'aide aux entreprises	493
a) Les caractères communs aux aides octroyées	493
b) Les limites imposées à l'octroi des aides	497
2° Le renversement de la perspective traditionnelle	500
B- Les modalités des mesures publiques de soutien	503
1° La reprise de l'exploitation	503
2° La stimulation de l'activité économique	506
CHAPITRE SECOND : L'INDEMNISATION DES PREJUDICES DES ENTREPRISES	509
Section première : La détermination des préjudices indemnisés	512
§ 1 - La délimitation des préjudices indemnisés	512
A- Nature des préjudices indemnisables	513
1° Aperçu des préjudices indemnisables	514
2° L'exigence d'une bonne appréciation des préjudices subis	516

Table des matières

B-	Nature des préjudices indemnisés _____	518
1°	Nature des préjudices indemnisés en vertu des textes _____	518
a)	L'indemnisation de l'ensemble des chefs de préjudice _____	520
b)	L'indemnisation d'une partie des chefs de préjudice _____	523
2°	Nature des préjudices indemnisés par la jurisprudence _____	524
a)	Reconnaissance des divers chefs de préjudice des entreprises en matière de responsabilité contractuelle _____	525
b)	Reconnaissance des divers chefs de préjudice des entreprises en matière de responsabilité extra-contractuelle _____	527
§ 2 -	L'évaluation des préjudices indemnisés _____	529
A-	L'évaluation en matière d'assurance des risques des entreprises _____	530
B-	L'évaluation des préjudices indemnisés par les pouvoirs publics _____	532
1°	L'évaluation des préjudices indemnisés en vertu des textes _____	532
2°	L'évaluation par la jurisprudence des préjudices indemnisés _____	534
Section seconde :	l'étendue de l'indemnisation des préjudices des entreprises _____	538
§ 1 -	L'étendue variable de l'indemnisation publique _____	539
A-	Une tendance à l'indemnisation partielle des préjudices des entreprises _____	540
1°	Les justifications d'une indemnisation partielle _____	540
2°	Les manifestations de l'indemnisation partielle _____	542
B-	Les hypothèses d'indemnisation intégrale _____	545
1°	Manifestations de l'indemnisation intégrale _____	545
2°	Les limites à l'indemnisation intégrale _____	547
§ 2 -	Une vision renouvelée de l'indemnisation publique _____	550
A-	La revendication d'une indemnisation intégrale _____	551
1°	L'exigence d'un droit à indemnisation intégrale _____	551
2°	Un accueil favorable de l'État _____	555
B-	Une vision renouvelée du rôle de l'État _____	557
1°	Vers une prise en charge généralisée des risques des entreprises _____	558
a)	Une approche différente des relations Etat-entreprises _____	558
b)	Les limites à la généralisation de l'indemnisation intégrale _____	560
2°	Un nouveau risque pour les entreprises _____	562
CONCLUSION DU TITRE SECOND	_____	565
CONCLUSION GENERALE	_____	567
BIBLIOGRAPHIE	_____	573
INDEX	_____	603