



HAL
open science

L'audit de risques en entreprise

Jérémy Lambert

► **To cite this version:**

Jérémy Lambert. L'audit de risques en entreprise. Droit. Université de Bordeaux, 2014. Français.
NNT : 2014BORD0337 . tel-02129159

HAL Id: tel-02129159

<https://theses.hal.science/tel-02129159>

Submitted on 14 May 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.

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT

SPÉCIALITÉ DROIT PRIVE

Par Jérémie LAMBERT

L'AUDIT DE RISQUES EN ENTREPRISE

Sous la direction de :
Madame le Professeur Florence DEBOISSY

Soutenue le 16 décembre 2014

Membres du jury :

M. Denis BORGIA, Avocat à la Cour, Conseiller du commerce extérieur de la France

Mme Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux, **Directrice de la recherche**

M. Didier FERRIER, Professeur Emérite de l'Université de Montpellier I, **Rapporteur**

M. Jean-Christophe PAGNUCCO, Maître de conférences à l'Université de Caen, **Rapporteur**

M. Guillaume WICKER, Professeur à l'Université de Bordeaux, **Président**

L'audit de risques en entreprise

Dans l'entreprise, le risque est omniprésent, indispensable à la création de valeurs tout en étant redouté en raison des conséquences qu'il peut produire. Pour autant, pour toute entreprise s'inscrivant dans une démarche de gestion préventive de ses risques, le risque peut s'avérer un véritable levier de performance. A cet égard, l'audit de risques en entreprise est un instrument de gestion des risques qui permet à l'entreprise, à travers l'analyse, l'évaluation et le traitement de risques identifiés, d'obtenir une vision globale des différents événements redoutés auxquels elle est exposée. Egalement, la réalisation d'un audit de risques permet aux entreprises de se conformer aux multiples obligations légales de gestion préventive des risques auxquelles elles sont expressément tenues.

Ces obligations sont nécessaires pour introduire davantage de transparence dans la gestion des risques des sociétés commerciales, pour assurer la confiance indispensable dans le fonctionnement des marchés financiers, pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs de l'entreprise ou encore pour prévenir les catastrophes technologiques majeures. Toutefois, le législateur ne fournit pas de méthode précise permettant aux entreprises de se conformer à l'ensemble de ces obligations. L'audit de risques, inspiré des méthodes de gestion des risques et de contrôle interne, a donc vocation à remédier à cette carence et permet à l'entreprise de se conformer aux exigences du Code de commerce, de l'Autorité des marchés financiers, du Droit du travail ou du droit applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement.

Mots clés : Gestion des risques, Prévention, Conformité, Performance

Enterprise risk audit

In business, risk is omnipresent, essential to the creation of value while at the same time feared because of the consequences it can produce. However, for any business that subscribes to a preventative risk management approach, risk can prove to be a real performance lever. In this way, a business risk audit is a risk management tool that enables businesses, through analysis, evaluation and treatment of identified risks, to obtain a global vision of the different feared events to which it is exposed. Also, carrying out a risk audit enables businesses to comply with the numerous legal obligations relating to preventive risk management, by which they are expressly bound

These obligations are necessary to introduce more transparency in the risk management of companies, to ensure the trust that is essential the operation of the financial markets, to protect employees' health and security, and to prevent major technological disasters. However, the legislator does not provide a specific method that enables businesses to comply with all of these obligations. The risk audit, inspired by risk management and internal control methods, is designed to fill this gap and enable businesses to comply with the requirements of the commercial code, of the financial markets authority, of labour law and the law applicable to establishments classified for environmental protection.

Keywords : Risk management, Prevention, Compliance, Performance

Unité de recherche

Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP) - EA 4191
Université de Bordeaux - PAC Pessac -16 avenue Léon Duguit CS50057 – 33608 PESSAC

À ma famille,
À ma compagne,
À mes amis.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
art.	Article
ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, (Chambres civiles)
Bull. Joly Sociétés	Bulletin mensuel Joly Sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. environ.	Code de l'environnement
C. monét. fin.	Code monétaire et financier
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CGI	Code général des impôts
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions

Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	En sens contraire
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations</i>
CSS	Code de la Sécurité sociale
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Dir.	Directive européenne
Dr. fisc.	Revue Droit fiscal
Dr. Sociétés	Revue Droit des Sociétés, Paris
Et.	Etude
FR	Feuillet rapide fiscal et social, Francis Lefebvre
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GIE	Groupement d'intérêt économique
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
Inf.	Information
<i>infra</i>	Voir ci-dessous
IS	Impôt sur les sociétés
ISO	<i>International Organization for Standardization</i> (Organisation internationale de normalisation)
Jcl./Fasc	Jurisqueleur/ Fascicule
JCP E	La semaine juridique, édition Entreprise et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition Générale
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
LGDJ	Librairie générale de Droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches, Paris
NF	Normalisation française
obs.	Observations
op. cit.	<i>Opere citato</i>
p.	Page

préc.	Précité
Règl.	Règlement européen
Règl. gén.	Règlement général (AMF)
Rép. Civ.	Répertoire de Droit civil, Dalloz, Paris
Rép. Com.	Répertoire de Droit commercial, Dalloz, Paris
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. Sociétés	Répertoire de Droit des sociétés, Dalloz, Paris
Rev.	Revue
Rev. Dr. banc. et fin	Revue de Droit bancaire et financier
Rev. Dr. des Aff	Revue de Droit des affaires, Lamy
Rev. Sociétés	Revue des sociétés, Dalloz, Paris
RJDA	Revue de jurisprudence fiscale, Francis Lefebvre
s.	et suivants
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCA	Société en commandite par actions
SCS	Société en commandite simple
SE	Société européenne
somm.	Sommaire
SNC	Société en nom collectif
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	6
PREMIERE PARTIE : L'ANALYSE JURIDIQUE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE	31
TITRE I : LE CONCEPT DE RISQUE EN DROIT DES AFFAIRES	33
Chapitre 1 : La réception du concept de risque en droit des affaires	34
Chapitre 2 : Les fondements et frontières de la liberté de prendre des risque en entreprise	70
TITRE II : LA METHODOLOGIE DE L'AUDIT DE RISQUES	122
Chapitre 1 : Les classifications des risques	124
Chapitre 2 : Les étapes de la méthodologie de l'audit de risque.....	156
DEUXIEME PARTIE : LES OBLIGATIONS DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE.....	230
TITRE I : LES OBLIGATIONS GENERALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES.....	232
Chapitre 1 : Les risques mentionnés par les documents devant être établis avant l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes	233
Chapitre 2 : Les risques appréhendés par le document unique d'évaluation des risques professionnels.....	277
TITRE II : LES OBLIGATIONS SPECIALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES.....	333
Chapitre 1 : Les obligations à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé	334
Chapitre 2 : Les obligations à la charge des sociétés exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement.....	390
CONCLUSION GENERALE	445

INTRODUCTION

*« Plus faibles sont les risques,
meilleure est l'entreprise »¹.*

1. De l'invasion d'un site gazier algérien au naufrage d'un pétrolier bâtant pavillon maltais près des côtes françaises, de la non conformité d'un produit alimentaire au cheval de Troie introduit par un hacker sur des réseaux informatiques, du cours d'une matière première qui flambe aux brûlures corporelles d'un salarié consécutives à un accident de travail, de la réussite d'une collection automne hiver dans le prêt-à-porter à l'insurrection de peuples durant le printemps arabe, de l'explosion d'une usine de produits chimiques à la simple panne, même mineure, d'un outil de travail ; tous ces évènements, si différents soient-ils, sont autant de risques susceptibles d'être identifiés dans l'entreprise du XXIème siècle.

2. Cette énumération nous rappelle que le risque est une notion omniprésente dans la vie des entreprises. Apparaissant sous des formes diverses et variées, parfois même inconnues ou en cours d'émergence, chaque action positive, ou abstention dans l'action, est potentiellement constitutive d'une prise de risques. Prendre la décision d'accepter un risque peut également s'analyser comme une prise de risque, car certains risques en génèrent d'autres ou s'avèrent être une simple composante d'un risque plus important. Bien que le terme puisse effrayer et qu'il soit souvent appréhendé dans sa seule acception négative, il n'en demeure pas moins que le risque est inséparable de l'action et qu'il est nécessaire à la création de richesse de l'entreprise. Contracter, optimiser, communiquer, entreprendre de manière générale, recèle nécessairement une prise de risque. Prétendre maîtriser tous les risques inhérents à l'activité entrepreneuriale est dès lors un non sens, une gageure, un vœu pieu qui s'avère irréalisable par l'unique fait que l'homme ne peut, à notre ère, tout prévoir.

3. L'impossibilité d'anticiper la réaction humaine, matérialisée par l'action ou l'inaction de collaborateurs, de sous-traitants, ou de concurrents, suffirait à justifier cette affirmation. Déjà, au XIXème siècle, Stéphane Mallarmé dans ses premiers poèmes typographiques

¹ SOPHOCLE, Extrait de Philoctète.

relevait « [qu'] un coup de dés jamais n'abolira le hasard » ce qui, deux siècles plus tard, trouvait encore écho dans un article du Monde intitulé « Dans l'entreprise le risque zéro n'existe pas »².

4. L'appréhension du terme par les différentes ramifications de la science du mot juste a contribué à élargir les contours d'une notion délicate à cerner, parfois jusqu'à en obérer la substance. Les différents scandales ayant ébranlé le siècle dernier ont ainsi conduit le législateur à rationaliser, à encadrer la prise de risques, afin de permettre une protection accrue des personnes subissant des prises de risques inconsidérées, ou insuffisamment maîtrisées, émanant des organes décisionnels de nos entreprises modernes.

5. Aussi, le risque reste un concept, et donc par nature un acte de pensée. Cette « représentation mentale générale et abstraite »³ du risque est donc naturellement appréhendée distinctement selon les individus, dont le cadre de vie, la culture, les fonctions au sein d'entreprises ou d'administrations, la disposition naturelle à prendre des décisions importantes et décisives dans leur vie personnelle et professionnelle, peut sensiblement différer. Il est des notions dont les contours sont difficiles à cerner, au titre desquelles figure sans conteste la notion de risque, ce qui a pu conduire certains auteurs à ironiser : « le risque, ce sont les pluies acides et le saturnisme, les catastrophes industrielles et le chômage, l'accident du travail et le krach de Wall Street : tout et finalement un peu n'importe quoi »⁴.

6. Alors qu'il est possible de constater l'absence de définition légale du risque, et l'inexistence du terme au sein des premiers lexiques juridiques⁵, la doctrine et les praticiens ont découvert le concept et ont progressivement contribué à esquisser les différents contours de cette notion. Il en résulte qu'il est aujourd'hui permis de retenir une définition juridique générale de la notion de risque admise par la majorité de la doctrine. Ainsi, après avoir

² L. BELOT, interrogeant R. AMALBERTIN, Dans l'entreprise le risque zéro n'existe pas, Le Monde, 15 août 2000, p. 13, cité in V. LARRIBAU-TERNEYRE, Les risques de l'entreprise : de la responsabilité à la défaillance, Rev. Sociétés 2001, p. 271.

³ Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, ss. dir. J. REY DEBOVE, A. REY, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1998, p. 429, V^o Concept.

⁴ L. CHAUVEL, C. RAMAUX, A plusieurs voix sur La société du risque, Le risque à défaut d'émancipation (au risque de dire tout et n'importe quoi), Mouvements N°21-22, 2002, p. 166-170.

⁵ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, thèse, Presse Universitaires d'Aix Marseille, Coll. de l'Institut de droit des affaires, 2010, Aix en Provence, 618 p., spéc. p. 27.

déterminé les origines du terme et présenté les conditions dans lesquelles le concept de risque a fait son apparition dans la langue française (§ 1), il est à préciser l'attrait suscité par la notion contemporaine de risques en entreprise (§ 2).

Paragraphe 1 : L'apparition du concept de risque

7. L'étymologie du concept de risque a de tout temps été sujette à controverse et demeure, même pour les auteurs contemporains les plus émérites, encore incertaine et obscure⁶. Le risque, comme acte de pensée, revêt également une certaine imprécision tenant, d'une part, aux différents sens qu'il est permis de lui attribuer et, d'autre part, à la confusion des termes présentés comme lui étant équivalents. Ainsi, outre la difficulté rencontrée lors de l'étude étymologique du concept (A), les notions voisines du risque (B) doivent être distinguées du concept de risque pour éviter leur confusion.

A) L'étymologie du concept de risque

8. Qualifié de notion polymorphe⁷, polysémique⁸, composite⁹, ou paradoxale¹⁰, le risque a toujours suscité une difficulté dans son appréhension. Outre la nature intrinsèquement absconse de la notion, l'étude des origines du terme a donné lieu à controverse et reste encore aujourd'hui encline à polémique. Aussi, l'apparition puis l'évolution du terme de risque (1) a permis de préciser la notion et d'en obtenir une définition générale admise par la majorité de la doctrine (2).

⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, Quadridge, 9^{ème} éd., 2011, p. 922, V° Risque.

⁷ O. HASSID, La gestion des risques, Dunod, 2^e éd., Paris, 2008, 150 p., p. 114.

⁸ N. VOIDEY, Le risque en droit civil, thèse, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Aix, 2005, 495 p., p. 37.

⁹ V. ERNE-HEINTZ, Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe, Riséo, n° 3, 2012, p. 15.

¹⁰ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, éd. Maxima, Paris, 2006, 256 p., p. 11.

1) L'apparition et l'évolution du concept de risque

9. En 1990, le sociologue Allemand Niklas Luhmann relevait « [qu'] il n'existe pas d'étude compréhensive de l'étymologie et de l'histoire conceptuelle du terme [risque] »¹¹. Toutefois, à travers les écrits des différents auteurs ayant étudié la notion, il est possible d'appréhender les différentes origines qui sont attribuées au risque. Tout d'abord, une première explication de l'étymologie du terme serait qu'il aurait été emprunté à l'ancien italien *risco* devenu *rischio*, et dont les origines remonteraient au latin médiéval sous la forme *risicus*, ou *riscus*, initialement cité dans un écrit daté de 1359, selon Charles Du Fresne, Seigneur Du Cange (1610-1688)¹². Pourtant, certains auteurs relèvent une origine étymologique différente et avancent que ce terme proviendrait plutôt du romain « *rixicare*, du latin *rixare*, signifiant se quereller, [donnant] rixe, par les valeurs de combat et de résistance [que ce terme évoque et donc de l'idée] de danger »¹³.

10. Un autre courant lexicographique démontre les liens entretenus par le mot risque avec le terme latin *resecarer* « enlever en coupant », donnant le verbe réséquer, par l'intermédiaire d'un latin populaire *resecum* « ce qui coupe » et, de là, « écueil », puis « risque que court une marchandise en mer ». Les tenants de cette théorie sémantique s'appuient sur la traduction hispanique du terme, *riesgo*, signifiant « rocher découpé » et induisant l'idée de « l'écueil » pouvant être rencontré à l'occasion des voyages en mer, et qui constituait pour les marins « le principal danger »¹⁴. Toutefois, cette dernière analyse ne reçoit pas l'assentiment de tous les auteurs ayant étudié l'étymologie du terme, comme Patrick Guiraud, partisan de l'élargissement du latin classique *rixare* induisant l'idée d'un danger, qui relevait qu'« il n'y a[urait] pas le moindre commencement de preuves à ce roman nautique¹⁵ ».

¹¹ N. LUHMANN, «*Risiko und Gefahr*», *Soziologische Aufklärung, Opladen, Westdeutscher Verlag*, 1990, p. 9, cité in P.-Ch. PRADIER, *La notion de risque en économie, La découverte, Repères*, Paris, 2006, p. 8.

¹² Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, ss. dir. A. REY, Tome III (PR-Z), Manchecourt, 1998, p. 3260, V° Risque.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ J.-A. U SCHELER, *Dictionnaire d'étymologie française*, 1862, numérisé le 10/08/2006, Université d'Oxford, p. 293.

¹⁵ Le Robert, *Dictionnaire historique de la langue française*, ss. dir. A. REY, *op.cit.*, p. 3260, V° Risque.

11. Néanmoins, il semblerait, selon Nadège Voidey, que la qualité de « ce qui coupe », de l'écueil, du rocher escarpé représentant le danger imminent du naufrage, soit « le déterminant, autrement dit le caractère spécial, que l'on retrouve au fil des variations de sens du terme risque »¹⁶ à travers le temps et les domaines qu'il innerve. Georges Jousse, auteur du néologisme *Riscologie*, relevait les similitudes avec le terme latin *rescio*, ayant donné le verbe rescire, et signifiant, selon Felix Gaffiot¹⁷, « savoir quelque chose d'inattendu, de caché » et « savoir après coup de façon inopinée ». D'une nature abstraite et avec des contours à géométrie variable¹⁸, le terme de risque a fait l'objet d'une évolution à travers le temps¹⁹.

12. Introduit dans la langue française au XVI^{ème} siècle, le terme « risque » est initialement employé sous le genre féminin jusqu'en 1663²⁰, lorsque renaissent les échanges maritimes internationaux, au cours desquels se profilait l'éventualité de perdre la marchandise en cas de naufrage du navire. Au XVII^{ème} siècle, toujours employé sous sa forme de substantif féminin, et outre son usage lié aux aventures maritimes, le terme apparaît au sein d'expressions populaires, telles que « courir risque », « à toute risque », ou encore « entreprendre une affaire à ses risques, périls & fortunes »²¹, et signifiant « se charger de tout ce qui en peut arriver, se charger du bon & mauvais succès »²². Sous la forme verbale, le dénominateur risquer, ou dans sa version pronominale se risquer, signifie « s'exposer à un danger, à un inconvénient possible, à l'éventualité d'une perte »²³, ce qui a donné au XVII^{ème} siècle l'expression « risquer le tout pour le tout », puis, au XVIII^{ème}, la célèbre locution proverbiale « qui ne risque rien n'a rien »²⁴.

¹⁶ N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ Dictionnaire illustré Latin-Français, Hachette, 1934, cité in G. JOUSSE, Traité de riscologie, La science du risque, Imestra, Millau, 2009, 598 p., p. 17.

¹⁸ « Le concept de risque est polysémique : il est philosophique, économique, culturel, technique, anthropologique, sociologique, juridique » Y. LAMBERT-FAIVRE, Droit des assurances, Dalloz, 11^{ème} éd., Paris, 2001, p. 239, n° 307, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ Pour une étude complète reprenant une approche synchronique et diachronique de la notion, V. N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, 380 p.

²⁰ Selon le dictionnaire Le Robert le mot est substantif féminin à son apparition en 1578 puis devient substantif masculin en 1663, alors que le dictionnaire Le Larousse relève que le terme risque apparaît dans la langue française dès 1557. Ce n'est qu'en 1762 que l'Académie française entérine le terme risque comme substantif masculin, à l'exception de la locution « à toute risque » in G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p.17.

²¹ Dictionnaire de l'Académie française, 4^{ème} éd., Paris, 1762, p. 644 (url : http://portail.atilf.fr/cgi-bin/getobject_?p.11:129./var/artfla/dicos/ACAD_1762/IMAGE/).

²² P.-Ch. PRADIER, La notion de risque en économie, *op. cit.*, p. 13.

²³ Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française, *op. cit.*, p. 3261.

²⁴ *Ibid.*

13. A la fin du XVIème siècle, la forme pronominale « se risquer » se définit par l'action de « s'aventurer dans une situation à l'issue aléatoire », puis se détermine au XIXème siècle comme « se rendre physiquement dans un lieu où l'on s'expose à un danger » ; pour enfin se formuler à l'infinitif avec l'adjonction d'une préposition, la lettre « a » diacritée d'un accent grave, et prendre le sens à partir du XXème siècle de « se résoudre à faire quelque chose malgré d'éventuelles conséquences fâcheuses ». S'il est donc possible de constater que le terme a fait l'objet d'une évolution à travers les siècles derniers et de percevoir que l'étymologie du risque est toujours sujette à polémique, la définition générale de la notion demeure également malaisée en raison du caractère polysémique du terme.

2) La définition générale du risque

14. Aujourd'hui usité sous la forme substantive nominale, le terme risque recouvre de multiples situations et désigne « l'éventualité d'un évènement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage »²⁵. L'acception contemporaine du concept oblige à prendre en compte les différentes nuances qui peuvent être observées lors de son usage dans le langage courant. Pour illustration, le Professeur Veltcheff synthétise la palette de nuances que recouvre aujourd'hui l'usage du terme en relevant que « le mot risque peut posséder [le] sens fort de danger mais, par extension, et selon les contextes d'emplois, peut renvoyer à la notion atténuée d'éventualité désagréable (...). L'atténuation est encore plus sensible lorsque le risque prend le sens d'inconvénient (...). Ces nuances pourraient se trouver matérialisées le long d'un axe, qui aurait pour origine la valeur la plus proche de l'étymologie, le danger, et qui aurait pour valeur limite, valeur la plus éloignée, l'inconvénient, sachant que toutes les nuances intermédiaires sont possibles »²⁶.

²⁵ La définition a été initialement proposée en 1936 par Henri Capitant et reprise dans les dictionnaires généraux et lexiques juridiques. V. notamment : Lexiques des termes juridiques 2013, ss. dir. S. GUINCHARD, T. DEBARD, Dalloz, 20^{ème} éd., Paris, 2012, p. 815.

²⁶ C. VELTCHEFF, « Le risque : un écueil étymologique, une aventure sémantique », Revue française des affaires sociales, 1996, p. 70 cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 29.

15. Selon Georges Jousse, il serait aussi possible de circonscrire les significations du terme en ne retenant que cinq sens susceptibles de lui être appliqués dans le langage courant²⁷. Pour ce dernier, le risque se manifeste soit sous la forme d'un danger, d'une probabilité, d'une situation périlleuse, d'une conséquence ou encore d'un dommage. Si les termes danger et péril sont utilisés de manière récurrente pour définir la notion de risque²⁸, le risque au sens de probabilité est perçu à travers le caractère éventuel de l'évènement, de la probabilité qu'il puisse se réaliser, ou en d'autres termes de l'aléa qui lui est intimement lié. Selon cette même doctrine, il est également des hypothèses où le concept se définit au regard des seules conséquences de l'évènement, qu'elles soient dommageables ou non. A titre d'exemple, en matière de risque industriel, l'évènement en tant que tel se substitue généralement aux conséquences potentielles bien plus présentes dans la pensée collective. Dans cette hypothèse, le risque s'analyse comme une conséquence dommageable. Inversement, l'expression populaire « qui ne risque rien n'a rien »²⁹ démontre que le risque peut être pris en compte sans préjuger du caractère néfaste des conséquences de l'évènement. La difficulté à retenir une définition précise du risque, permettant de recouvrir tous les sens qui lui sont attribués, provient notamment des différents termes utilisés pour le définir, d'où la nécessité d'en préciser le sens par rapport à différentes notions voisines.

B) Les notions voisines du concept de risque

16. Si des notions similaires au concept de risque peuvent être présentées comme lui étant équivalentes, ces notions ne doivent toutefois pas être confondues. Néanmoins, force est de constater les liens existant entre la notion de risque et les notions de danger et de péril (1), d'incident ou encore d'accident (2).

²⁷ Pour une illustration des cinq sens que peut recouvrir la notion, V. G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, pp. 19-26.

²⁸ V. *infra*, n° 17 et s.

²⁹ L'expression « qui ne risque rien n'a rien » est une expression courante dont il est fait recours afin de relever que sans entreprendre, aucun résultat favorable ne peut être escompté.

1) Les liens existant entre les notions de risque, de danger et de péril

17. Éminent spécialiste contemporain de la « science du risque », le Professeur Jousse proposait en 1988 une définition du terme dont le fondement trouve ses sources dans les sciences mathématiques ; il définissait en effet le risque comme « la probabilité³⁰ de réalisation d'un danger »³¹. Or, les notions de « danger » et de « risque », appartenant au même champ lexical, peuvent, selon les définitions retenues, se révéler synonymes. A titre d'illustration, les principaux dictionnaires généraux définissent le risque comme « un danger, un inconvénient plus ou moins prévisible³² ». Pourtant, le danger se définit comme étant « ce qui menace ou compromet la sûreté, l'existence d'une personne ou d'une chose en général, ou dans une circonstance donnée³³ ». Proche de la notion étudiée, les différences fondamentales entre les deux notions se révèlent à l'aune, d'une part, de l'imprécision de la source de l'évènement et de l'imprévision absolue de sa réalisation ; et, d'autre part, de l'unique mise en lumière du caractère menaçant de l'évènement qui nie par conséquent l'aspect positif que peut recouvrir la notion.

18. Dans le même sens, davantage orienté vers le caractère *dangereux* que l'évènement peut évoquer, le Littré définit le risque comme « le péril dans lequel entre l'idée de hasard »³⁴, le péril se définissant de manière générale comme « l'état où il y a quelque chose de fâcheux à craindre »³⁵. En droit, le péril, du latin *periculum*, constitue un « danger imminent et grave ; [une] situation à hauts risques qui menace une personne (dans sa sécurité, sa santé, etc.), un bien, des intérêts, la société, l'État, etc. et crée un état d'urgence »³⁶. Cela démontre une fois de plus l'enchevêtrement des notions, mais cette dernière définition se

³⁰ La probabilité peut alors se définir comme « la mesure des chances de réalisation d'un évènement aléatoire » (Le Petit Larousse, Larousse, 100^{ème} édition, Paris, 2004, p. 866). Il est par ailleurs intéressant de relever que l'usage du terme chance invite aussi à penser que le risque peut se manifester comme la réalisation d'un évènement heureux.

³¹ G. JOUSSE, La protection des personnes et des biens contre le vol, éd. Oros, Manuel encyclopédique, Paris, 1988, 398 p.

³² Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française, ss. dir. A. REY, Tome III (PR-Z), Manchecourt, 1998, p. 3260 ; *adde.* Le Larousse précise le terme comme « un danger, inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé », *in* Le Petit Larousse 2006, Larousse, Paris, 2005, p. 937.

³³ Le Grand Robert, éd. en ligne, V° Danger.

³⁴ Dictionnaire de la langue française, ss. dir. E. LITTRE, L. M. DEVIC, Tome II, Vol. 4, L. Hachette et cie, Paris, 1869, Numérisé le 23 août 2011, Université de Gand, p. 1736, V° Risque.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 748, V° Péril.

révèle perfectible pour une analyse exhaustive du terme. En effet, le péril et par extension la situation périlleuse, qui se présentent comme des notions équivalentes à la notion de risque, seraient davantage constitutives de nuances de la notion de risque et de danger, qui élude une fois de plus l'aspect positif que peut recouvrir la notion de risque.

19. Aussi, le terme danger, décrit par la doctrine sous la seule forme de son adjectif - *dangereux-euse* - relatif à une activité ou une situation, constituerait ce « qui est source de risque ; potentiellement dommageable (produit dangereux) ; dont on peut redouter une action nuisible ou maléfique (comportement dangereux) »³⁷. Selon cette définition, le danger est décrit comme constitutif de la source de l'évènement aléatoire, autrement dit comme la source du risque. Afin de pouvoir embrasser une multitude d'évènements susceptibles de recevoir la qualification de risque, les différentes acceptions de la notion ne devraient préjuger ni de l'importance, ni de l'imminence de l'évènement.

A l'inverse, cantonner le concept de risque aux seules conséquences néfastes ou aux seuls évènements à court terme, dont les conséquences sont dévastatrices et qui pourraient aboutir à créer un état d'urgence au sein de l'entité dans laquelle ils se réalisent, ne saurait permettre de prendre en compte la diversité des évènements aléatoires susceptibles de se réaliser dans nos sociétés contemporaines, ou plus précisément dans une entreprise, cadre de cette étude. En dépit de ces remarques, le droit fait parfois fi de ces distinctions et assimile ces notions dans certaines de ses branches comme le droit social qui recourt sans distinction aux notions de risques et de dangers pour décrire l'évènement redouté³⁸. De la même manière, cette promiscuité existante entre les notions de risque de péril et de danger n'est pas isolée, eu égard notamment à la proximité entretenue avec les notions d'incident et d'accident.

³⁷ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 291 ; par ailleurs, il est également intéressant de relever que l'étymologie du terme danger renvoie à la notion de domination et pourrait mettre en lumière le caractère exclusivement subi de celui-ci, à la différence du risque nécessitant l'intervention humaine et susceptible de donner lieu à interaction.

³⁸ V. *infra*, n° 463.

2) Les liens existant entre les notions de risque, d'incident et d'accident

20. Dans le langage courant, les termes incident ou accident sont particulièrement usités pour décrire le risque réalisé³⁹. Tout d'abord, l'incident⁴⁰ se définit généralement comme un « évènement le plus souvent fâcheux, qui survient au cours d'une action (...) et qui peut la perturber »⁴¹. Les dictionnaires généraux ne retiennent qu'une définition lacunaire du terme en rapportant l'incident à « un petit évènement qui survient »⁴² et, rapproché du monde des affaires, la notion est définie comme « une petite difficulté imprévue qui survient au cours d'une entreprise »⁴³. Ces deux dernières définitions permettent de relever le caractère mineur des conséquences potentielles de l'évènement, en cantonnant le terme à la seule nuance première du terme risque, à savoir l'inconvénient susceptible d'être généré par la survenance de l'évènement. En relevant la potentialité du caractère « fâcheux » de l'évènement, la première définition de l'incident démontre, comme pour le concept de risque, que ce terme peut englober une multitude de situations.

21. Ensuite, l'accident⁴⁴ se définit comme « ce qui advient fortuitement, de façon imprévisible [ou plus précisément comme un] évènement heureux ou malheureux qui vient rompre la marche régulière des choses ». Outre le fait que, selon cette dernière définition et à la différence de son acception usuelle, l'accident peut être constitutif d'un évènement heureux, caractérisant son rapprochement avec la notion objet de l'étude, l'enseignement à retenir est davantage orienté vers l'imprévision de l'évènement. En effet, comme l'incident, l'accident constitue un évènement qui advient ou survient dans le cadre d'une action. Le caractère inopiné de l'accident ou de l'incident ainsi que l'aspect éventuellement positif présent dans ces notions ne font que corroborer la difficulté de les différencier pleinement.

³⁹ En ce sens, Y. PESQUEUX, Le concept de risque au magasin des curiosités, Actes du 24^e congrès de l'association francophone de management, Louvaine-la-Neuve, 2003, 23 p., p. 3 et s.

⁴⁰ Du latin *incidens*, participe présent de *incidere* « tomber sur, survenir », de *in-* (→ 2. In-), et *cadere* « tomber » (→ Caduc, décadent), Le Grand Robert de La Langue Française, édition en ligne, V^o Incident (étymologie).

⁴¹ Le Petit Larousse 2006, Larousse, Paris, 2005, p. 572, V^o Incident.

⁴² Le Grand Robert de La Langue Française, édition en ligne, V^o Incident (Déf. Gén.).

⁴³ Le Grand Robert de La Langue Française, édition en ligne, V^o Incident (Déf. Spé.).

⁴⁴ Du latin *accidens*, *accidentis*, de *accidere* « survenir ». Le Grand Robert de La Langue Française, éd. en ligne, V^o Accident (étymologie).

22. Par ailleurs, dans une même approche téléologique poussée à son paroxysme, le risque peut être synonyme de catastrophe, qui, dans son acception générale, est définie comme « un malheur effroyable et brusque »⁴⁵, évoquant un « évènement dramatique (sinistre ou accident) causant de nombreux morts (humains) »⁴⁶. Il est alors à noter l'enchevêtrement incohérent des notions lorsqu'un évènement, le malheur effroyable et brusque, est décrit par l'avènement d'un second évènement, l'accident⁴⁷. L'étude du champ lexical du risque invite donc à retenir que ces notions se présentent davantage comme des nuances du concept de risque, tout en entretenant une certaine confusion entre la survenance de l'évènement et les conséquences potentielles qui peuvent en découler. La science juridique a également contribué à la construction de définitions dont l'essence s'est dissociée des définitions retenues dans le langage courant et le risque constitue aujourd'hui ce que le Professeur Gérard Cornu nommait « une notion de double appartenance »⁴⁸. Aussi, bien que la notion se retrouve au sein des fondements du droit de la responsabilité civile, le législateur ne l'a jamais définie et a laissé cette tâche à la doctrine.

23. L'absence de définition légale peut pourtant aisément s'expliquer du fait des innombrables évènements ou conséquences susceptibles de recevoir la qualification, bien que parfois impropre, de risque. En effet, toute maladie contagieuse fait craindre un risque d'épidémie, tout voyage en train implique un risque de retard et tout contrat signé recèle un risque d'inexécution de la part d'un cocontractant. Toutefois, tous les trains ne sont pas en retard et tous les contrats signés ne sont pas tous inexécutés mais il est probable qu'une partie de ces conventions soit source de manquement de la part d'un cocontractant. Le caractère probable de ces évènements a alors conduit l'homme à mener une réflexion sur les moyens lui permettant d'anticiper la réalisation des risques afin de se prémunir contre la mauvaise fortune. Appréhendée initialement sous la forme de problèmes mathématiques, la notion de risque est aujourd'hui au centre des préoccupations de nos sociétés contemporaines⁴⁹ et

⁴⁵ Le Grand Robert de La Langue Française, édition en ligne, V° Catastrophe (Gén.).

⁴⁶ Le Grand Robert de La Langue Française, édition en ligne, V° Catastrophe (Spé.).

⁴⁷ Cette affirmation mérite d'être quelque peu nuancée, lorsqu'il est possible de préciser la catastrophe comme constitutive d'un accident dont les conséquences se cristalliseraient par un malheur brusque et effroyable.

⁴⁸ G. CORNU, Linguistique juridique, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 3^{ème} éd., Paris, 2005, 443 p., spéc. p. 68 et s.

⁴⁹ Comme le remarque justement la doctrine, le risque « est devenu un enjeu social, économique et juridique majeur, universel et multidimensionnel (...) Le risque est le mode moderne du rapport au monde » (V. LASSERRE-KIESOW, L'aléa, JCP G 2009, n° 31-35, juill. 2009, pp. 50-56).

l'entreprise n'est nullement épargnée par ce mouvement consistant à se prémunir contre les évènements aléatoires.

Paragraphe 2 : L'intérêt suscité par la notion contemporaine de risque en entreprise

24. Dans l'entreprise, la prise de risques est constante et leurs conséquences potentielles peuvent être dramatiques pour l'entreprise, personne morale, mais également pour toutes les personnes physiques qui peuvent être concernées par ces répercussions. Afin de protéger ces personnes, morales et physiques, le législateur a du intervenir afin d'encadrer les prises de risques excessives des décideurs de l'entreprise. Ainsi, qu'elles concernent l'ouvrier blessé par son outil de travail, le consommateur soucieux de se nourrir sans craindre pour sa santé, les actionnaires désireux d'apprécier l'exposition aux menaces des entreprises dans lesquelles ils investissent, ou qu'elles aient un impact collectif en exposant une population à un péril environnemental, les dispositions encadrant la prise de risques fleurissent depuis plus d'un siècle.

25. Si l'objectif louable de transparence, par la communication de l'exposition aux risques enjointe aux entreprises ces dernières années, est recherché par le législateur, il est également certain que, poussé à son paroxysme, il peut s'avérer un réel avantage pour tout décideur enclin à apprécier les différentes menaces pouvant dissocier les résultats obtenus des objectifs initialement escomptés. La maîtrise des risques d'une entreprise, ou à tout le moins la connaissance des différentes sources de risques, peut alors permettre aux décideurs une optimisation de la gestion quotidienne de celle-ci, grâce à une prise de décision raisonnée orientée par le bénéfice d'une information plus exhaustive.

26. La gestion des risques de l'entreprise peut être obtenue en recourant à un audit global des différents évènements redoutés. Si l'audit de risques en entreprise permet une meilleure gestion des risques et constitue un avantage concurrentiel considérable pour l'entreprise qui y recourt, il est également un moyen permettant à l'entreprise de se conformer aux exigences du législateur. En effet, au titre des différentes raisons menant l'entreprise à réaliser un audit de ses risques, la conformité aux obligations de gérer les risques de

l'entreprise démontre, s'il en était encore besoin, la nécessité pour toute entreprise de recourir à un tel procédé.

A) L'audit de risque en entreprises

27. La crise financière et l'accroissement du nombre de défaillances d'entreprise ont conduit les entreprises à adopter une approche plus prudente en matière de prévention des risques. Néanmoins, les dirigeants n'ont pas cessé et ne peuvent cesser de prendre des risques dans le cadre de leur activité s'ils souhaitent accroître la rentabilité de leur entreprise. Afin de concilier ces démarches *a priori* antagonistes, de multiples méthodes ont été élaborées afin de pouvoir anticiper les événements redoutés. Au titre de ces dernières, l'audit de risques en entreprise (1) est un outil de gestion des risques dont le recours peut être justifié par de nombreuses raisons (2).

1) Présentation de l'audit de risques

28. À l'aube de l'ère de la consommation de masse, Bernardo Trujillo, économiste américain d'origine colombienne, invitait son auditoire à respecter une minute de silence avant de débiter son allocution. Après avoir observé la taciturnité de ses spectateurs composés majoritairement de chefs d'entreprises désireux de s'orienter vers les prémices de l'économie de la grande distribution, le conférencier leur indiquait que cette minute silencieuse avait été l'occasion de rendre hommage aux trois-quarts des membres de son audience dont la mort économique était prédite en raison de la méconnaissance profonde des techniques applicables à la consommation de masse.

29. Dans une période économique au climat délétère et dans le cadre de marchés concurrentiels, un discours similaire pourrait être tenu à l'égard des décideurs de nos entreprises contemporaines qui méconnaîtraient les fondements élémentaires de la gestion préventive des risques en entreprise. En effet, la prolifération des risques de l'entreprise, qu'ils soient financiers, juridiques, opérationnels, stratégiques, politiques, naturels, technologiques, environnementaux, industriels, terroristes ou informatiques, implique une gestion de ces événements redoutés, afin d'anticiper la réalisation des menaces auxquelles

l'entreprise est exposée et lui procurer un avantage concurrentiel nécessaire à l'accroissement de sa valeur.

30. Dans le même sens, certains risques sont l'objet d'études poussées qui ont parfois donné naissance à de nouvelles sciences comme la *Riscologie*⁵⁰ ou les *Cyndiniques*⁵¹ dont l'objectif est d'étudier les risques industriels ou, plus précisément à la lumière de son étymologie, les dangers qui sont liés aux secteurs industriels et leur prévention. De la même manière, l'attrait croissant pour la gestion des risques de l'entreprise a contribué à la création d'une nouvelle fonction au sein de l'entreprise : le *risk manager* dont l'intitulé du poste est généralement traduit en français par la fonction de gestionnaire des risques⁵², de directeur des risques ou de directeur de la gestion des risques⁵³. Cette tendance consistant à gérer les risques n'est d'ailleurs pas réservée aux seuls organismes privés comme l'illustre l'OCDE qui incite, depuis une dizaine d'années⁵⁴, les administrations fiscales à recourir aux techniques de management des risques pour lutter plus efficacement contre la fraude fiscale⁵⁵.

31. L'audit de risques s'inscrit pleinement dans cette démarche visant à appréhender les menaces auxquelles l'entreprise est exposée. En effet, l'audit de risques en entreprise est un outil de gestion des risques et, à ce titre, constitue un outil d'optimisation de la gestion des entreprises. Aussi, la gestion des risques doit être perçue comme un moyen d'optimiser l'équilibre entre les opportunités suscitées par la prise de risques et le coût des

⁵⁰ Par opposition aux sciences *cyndiniques*, axées sur les dangers, « la riscologie est la science du risque, c'est-à-dire une science qui fait appel à la fois aux probabilités et aux valeurs des conséquences de phénomènes aléatoires dommageables » in G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, p. 8.

⁵¹ Les sciences *cyndiniques* définissent généralement le risque comme « un aléa dont la survenance prive un système d'une ressource et l'empêche d'atteindre ses objectifs » (J.-L. WIBO, *Introduction aux cyndiniques*, ESKA, Paris, 1998, p. 2, cité in Y. PESQUEUX, *Le concept de risque au magasin des curiosités*, préc. p. 5) ; V. aussi, G. Y. KERVERN, P. RUBISE, *L'archipel du danger*, Economica, 1991 ; G. Y. KERVERN, *Eléments fondamentaux des cindyniques*, Economica, 1995 ; G. Y. KERVERN, P. BOULANGER, *Cindyniques, concept et mode d'emploi*, Economica, 2007.

⁵² B. CERVEAU, *Le risque juridique : affaire de spécialistes ou de gestionnaires de risque ?*, *Gaz. Pal.*, 24 fév. 2001, n° 55, p. 2

⁵³ Selon les entreprises, la personne responsable des risques est généralement chargée de missions relatives à la gestion des assurances de l'entreprise et à la gestion globale de ses risques. Au titre de la mission de gestion globale des risques, les risques les plus suivis sont les risques industriels, les risques de fraude et les risques environnementaux (Le Baromètre du Risk Manager 2013, AMRAE, DELOITTE, 2013, 30 p.).

⁵⁴ OCDE, *Note d'information, Gestion du risque d'indiscipline fiscale, Systèmes de sélection des dossiers à contrôler*, 2004.

⁵⁵ OCDE, *Étude sur le rôle des intermédiaires fiscaux*, Forum sur l'administration fiscale, Le Cap, 10-11 janv. 2008 : *Dr. fisc.* 2008, n° 16, ét. 131.

protections nécessaires pour se prémunir en cas de réalisation d'un événement redouté⁵⁶. En droit, l'audit se définit comme « une mission de vérification de la conformité d'une opération ou de la situation d'une entreprise aux règles de droit en vigueur (...) elle peut aller jusqu'à évaluer les risques (...) de [la situation ou] de l'activité vérifiée, ainsi que son degré d'efficacité (...) »⁵⁷.

32. Ainsi, lorsque l'audit porte sur les risques de l'entreprise, cette mission de vérification porte non seulement sur la conformité de la situation de l'entreprise aux lois et aux règlements en vigueur mais également sur l'exposition aux risques de cette dernière pour les étudier en suivant une méthodologie en quatre étapes. En effet, si l'audit de risques permet d'appréhender les risques juridiques, au titre desquels figure le risque de non conformité, cet outil permet également d'analyser, d'évaluer et de traiter l'ensemble des risques de l'entreprise préalablement identifiés. Pour ce faire, la méthodologie d'audit des risques est fortement influencée par les différentes méthodologies élaborées initialement pour les activités de contrôle et d'audit internes et dont certaines se sont généralisées à l'ensemble des processus de l'entreprise, comme les méthodologies de management ou de gestion des risques.

33. Si des méthodes communes à ces dernières activités facilitent notamment l'identification, l'analyse et l'évaluation des risques, l'audit des risques se singularise, dans le cadre de cette étude, au regard des modalités de traitement à privilégier. En effet, si des solutions d'ingénierie ou de bon sens restent indispensables pour traiter certains risques opérationnels, l'audit de risques promeut des solutions de traitements juridiques ayant pour effet de réduire, voire de transférer, les risques de l'entreprise. Aussi, les solutions juridiques appliquées aux risques permettent non seulement de se conformer aux lois et aux règlements en vigueur mais également d'anticiper les événements redoutés et surtout d'agir comme un levier de performance pour l'entreprise⁵⁸.

⁵⁶ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁷ Lexique des termes juridiques, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, Dalloz, 15^{ème} éd., Paris, 2005, p. 62, V^o Audit.

⁵⁸ V. notamment, C. ROQUILLY, « Google it » ou la confrontation d'une stratégie d'innovation et d'un business model avec le droit de la propriété intellectuelle » : Gaz. Pal., 19 juin 2010, p. 7 ; C. ROQUILLY, Performance juridique et avantage concurrentiel, LPA, 30 avril 2007, p.7 ; C. ROQUILLY, Performance juridique et compétitivité des entreprises, chron. n^o4 ; C. ROQUILLY, Les ressources juridiques au service de la stratégie de l'entreprise : le cas de l'iphone, LPA 31 mars 2008, p. 7 ; C. COLLARD, C. ROQUILLY, La performance

34. La spécificité des solutions de traitements devant être appliquées permet d'arguer en faveur de l'intégration de cette activité au sein de la fonction juridique des Avocats car « l'avocat n'est plus seulement l'homme du contentieux, il est également de plus en plus présent pour gérer le risque au quotidien »⁵⁹. La fonction juridique de l'Avocat lui permettant de réaliser des consultations juridiques, qui consistent « à fournir, sur une question soumise à l'examen du consultant, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision »⁶⁰, est similaire à l'activité de l'audit de risques sans toutefois être identique. La singularité de l'audit de risques se retrouve alors à travers les moyens mis en œuvre pour identifier et analyser les problématiques de l'entreprise avant de lui fournir des conseils visant à les traiter. Pourtant, elle se rapproche de la consultation lorsque cette dernière « met en mouvement la plus haute perspicacité du juriste (...) [et qu'elle] soumet [des] cas particulier[s] à une analyse qui doit explorer tous les détours de la question et toutes les possibilités d'une (ou de plusieurs) solution »⁶¹.

35. Aussi, le législateur a confié aux Avocats le quasi-monopole⁶² de donner à titre habituel et rémunéré des consultations juridiques à autrui⁶³. Ainsi, excepté les quelques professions autorisées à donner des consultations à titre accessoire de leur profession⁶⁴, les

juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2010 ; G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, LPA, 04 janv. 2011 n°2, p. 6 ; A. POLACH, Risque et gestion des risques : Notions, Dossier - Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien, Cah. de dr. de l'entr. n° 1, janv. 2008, doss. 2 ; A. GHOZI, Contribution à l'étude des contrats aléatoires, préf. A. MORIN, Presses Universitaires de la Faculté de Droit-Université d'Auvergne, LGDJ, Coll des thèses, Vol. 5, Clermont Ferrand, 1998, p. 5 et s. ; J.-Ph. DOM, Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques, Droit des sociétés n° 8, Août 2012, étude 12 ; M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », JCP E 2010, n° 42, 21 oct. 2010, 1899 ; J. MOURY, Le droit confronté à l'omniprésence du risque, Rec. Dalloz 2012, p. 1020 ; V. LASSERRE-KIESOW, L'aléa, préc., p. 50-56.

⁵⁹ G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, préc., p. 6.

⁶⁰ R. MARTIN, Déontologie de l'avocat, LexisNexis, Litec, 10^{ème} éd., Paris, 2008, 280 p., p. 29, n° 60.

⁶¹ *Ibid.*, p. 30, n° 63.

⁶² En application de l'article 56 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, « les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats inscrits à un barreau français, les notaires, les huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, les administrateurs judiciaires et les mandataires-liquidateurs disposent concurremment, dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs, du droit de donner des consultations juridiques (...) pour autrui ».

⁶³ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 54.

⁶⁴ V. notamment, loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 57 (Professeurs et Maître de conférence chargés d'un enseignement juridique, Fonctionnaires et assimilés à la retraite) ; loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 58 (« Juristes d'entreprise exerçant leurs fonctions en exécution d'un contrat de travail au sein d'une entreprise peuvent, dans l'exercice de ces fonctions et au profit exclusif de l'entreprise qui les emploie (...), donner des consultations juridiques ») ; loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 59 (« les personnes exerçant une activité professionnelle réglementée peuvent, dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable, donner des consultations juridiques relevant de leur activité principale (...) qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie ») ; loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 60 (« les personnes exerçant une activité professionnelle non réglementée pour laquelle elles justifient d'une qualification reconnue par l'Etat ou attestée

différentes fonctions assignées à l'audit de risques ne sauraient être réalisées, sans être exposé à des sanctions pénales⁶⁵, que par un Avocat. En effet, si certaines phases de la méthodologie de l'audit de risques ne requièrent pas nécessairement des aptitudes juridiques, l'ensemble des traitements juridiques préconisés ne peuvent être que l'œuvre d'une personne autorisée par la Loi à donner des consultations juridiques à titre habituel et rémunéré.

36. La réalisation des premières phases de l'audit de risques, consistant à identifier, analyser et évaluer les risques de l'entreprise, peut aussi impliquer l'intervention de partenaires de différents corps de métiers pour enrichir et affiner, par leur expertise, la détection des événements redoutés par l'entreprise. Dans le respect des règles relatives à l'indépendance de chacune des professions exercées par ces partenaires, l'Avocat resterait néanmoins chargé de diriger l'ensemble de la mission.

De même, l'activité d'audit de risques peut bénéficier du régime juridique applicable à la consultation car, comme la consultation, l'audit de risques implique une interprétation de la règle de droit qui laisse une marge d'incertitude⁶⁶ dans l'adéquation des solutions juridiques apportées aux risques identifiés dans le cadre du traitement des risques. Aussi, l'obligation à laquelle est tenue l'Avocat dans le cadre des consultations est une obligation de moyens⁶⁷. Dès lors, seule une erreur grossière par ignorance, ou mauvaise application équivalente à une faute lourde, peut engager la responsabilité de l'avocat à la suite d'une consultation⁶⁸ et donc dans le cadre de l'activité d'audit de risques. Toutefois, il en sera différemment si l'Avocat rédige un acte juridique dans le cadre de cette mission. En effet, si l'audit de risques peut précéder un acte de cession de parts sociales et que la mission d'audit de risques et la rédaction de l'acte sont confiées dans le cadre d'un même mandat, seules les obligations liées à la mission d'audit de risques seront qualifiées d'obligations de moyens. A l'inverse, la rédaction d'actes juridiques implique des obligations de résultats liées à la validité formelle de l'acte et aux conseils auxquels sont tenus les Avocats sur les intérêts et les conséquences

par un organisme public ou un organisme professionnel agréé peuvent, dans les limites de cette qualification, donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale (...) qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité ») ; Ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable, art. 22 (experts-comptables).

⁶⁵ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 66-2 et 72 ; C. pén., art. 433-17.

⁶⁶ R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, *op. cit.*, p. 208, n° 383.

⁶⁷ M.-L. DEMEESTER, *Avocat (Responsabilité)*, *Rép. Civ.*, 2009, n° 40.

⁶⁸ R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, *op. cit.*, p. 208, n°s 383 et 389.

juridiques des actes rédigés⁶⁹. La mission d'audit de risques est également un moyen pour l'Avocat de justifier de l'ensemble des diligences normales devant être accomplies préalablement à la rédaction d'un acte. Toutefois, dans ce dernier cas, l'Avocat ne saurait difficilement arguer du manque d'information ayant eu pour conséquence de rendre inefficace l'acte qu'il aura rédigé sauf si ces informations lui ont été sciemment dissimulées⁷⁰.

37. En dépit de ce dernier constat, il est également plusieurs règles déontologiques applicables à la profession d'Avocat qui permettent de garantir le bon accomplissement de la mission d'audit de risques. Par exemple, les Avocats sont soumis au secret professionnel⁷¹ qui constitue dès lors une garantie de la confidentialité de l'ensemble des informations qui lui seront transmises ou qu'il peut obtenir à l'occasion de l'exercice de sa profession⁷². Aussi, selon le principe de transparence des rémunérations, l'Avocat ne peut recevoir que la juste rémunération à laquelle il a droit, ce qui exclut donc toute rétribution prélevée sur le travail d'un autre intervenant⁷³. Ce dernier principe permet alors de garantir à l'entreprise un juste coût de la mission d'audit. De surcroît, au regard de la nécessaire recherche de conformité à laquelle doit tendre tout audit de risques, les Avocats, qui doivent faire preuve de « compétences, (...) de diligences et de prudence »⁷⁴ à l'égard de leurs clients, sont alors les mieux à même d'identifier et de remédier aux différents risques de non conformité juridique.

38. Ainsi, l'audit de risques est un outil de gestion des risques juridiques mais également un outil de gestion juridique des risques. Comme le remarque très justement la doctrine, le risque « loin de constituer un frein à l'essor des transactions, en stimule le développement dès lors qu'il est juridiquement maîtrisé »⁷⁵. Pour illustration, selon l'enquête

⁶⁹ *Ibid.*, p. 211, n° 440.

⁷⁰ Par exemple, V. CA Grenoble, 26 févr. 2001, Juris-Data n° 148398 ; CA Nancy, 3 sept. 2001, Juris-Data n° 184454.

⁷¹ L'alinéa 1^{er} de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1991 modifié par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées dispose « [qu'] en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

⁷² Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, art. 21-1 ; Règlement intérieur national de la profession d'Avocats (RIN), art. 2.

⁷³ Règlement intérieur national de la profession d'Avocats, art. 18-7.

⁷⁴ Règlement intérieur national de la profession d'Avocats (RIN), art. 1-3 ; en outre, les avocats sont tenus à une obligation de formation continue dont l'accomplissement doit être justifié chaque année auprès de leur Conseil de l'ordre (RIN, art. 14-3 ; R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, *op. cit.*, p. 164, n° 355).

⁷⁵ A. GHOZI, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, *op. cit.*, p. 5

« *Turning risks into results* » publiée par la société Ernst & Young en mars 2012, les entreprises les plus matures dans le domaine de la maîtrise des risques ont enregistré entre 2004 et 2011 une croissance de leurs résultats en moyenne deux fois plus élevée que les autres entreprises interrogées. Enfin, si l'optimisation de la gestion de l'entreprise peut-être recherchée lors du recours à cet exercice, il est également de nombreuses raisons menant une entreprise à réaliser un audit de ses risques.

2) Les raisons menant à réaliser un audit de risques

39. Outre la recherche de conformité juridique des pratiques de l'entreprise attendue dans le cadre d'un audit de risques diligenté par un Avocat, le choix de réaliser un tel exercice peut être dicté par plusieurs objectifs. En effet, l'audit de risques permet, à l'issue des différentes phases composant sa méthodologie, d'obtenir une vision globale de l'ensemble des menaces auxquelles est exposée l'entreprise et qui peuvent d'ailleurs être synthétisées à l'aide d'outils cartographiques. Aussi, ces cartographies permettent de mettre en exergue les risques majeurs de l'entreprise qui nécessitent d'être traités en priorité ou, le cas échéant, d'être évités pour ne pas obérer significativement la trésorerie de l'entreprise.

40. De même, l'analyse et l'évaluation des risques est un moyen classique aboutissant à la renégociation du montant des primes des contrats d'assurance de l'entreprise, dès lors que les risques sont plus précisément évalués et que certains d'entre eux ont été réduits, voire supprimés. De surcroît, apprécier les menaces susceptibles de compromettre la stratégie de l'entreprise constitue également un moyen permettant d'apaiser les craintes des établissements de crédit et des partenaires de l'entreprise sur la capacité de cette dernière à exécuter les obligations auxquelles elle pourrait être tenue.

41. Les sociétés cotées sur les marchés financiers ont également un intérêt particulier à recourir à l'audit de risques, puisque les agences de notation intègrent dans leur évaluation les risques inhérents aux titres émis par les entreprises qui sont, par voie de conséquence, liés aux risques de l'entreprise et aux modalités mises en place pour les maîtriser. De la même manière, un audit de risques permet aux sociétés cotées d'améliorer la qualité de l'information financière auxquelles ces dernières sont expressément tenues. En

outre, l'audit de risques d'une entreprise peut également être réalisé dans le cadre d'une procédure de cession ou d'acquisition de parts sociales ou d'actifs d'une entreprise et assurer l'obligation de loyauté et de transparence pesant sur le cédant dans la divulgation de l'information contractuelle⁷⁶.

42. Dans le même sens, la gestion des risques obtenue à travers les résultats de l'audit permet également d'accroître la valeur de l'entreprise. En effet, la valeur d'une entreprise, particulièrement lorsque ses titres sont admis à la négociation sur les marchés financiers, est constituée de trois éléments. Si sa première composante – la valeur tangible⁷⁷ – est en rapport direct avec la valeur des actifs de l'entreprise, la réalisation d'un audit de risques peut avoir une influence certaine sur les autres composantes permettant de valoriser l'entreprise, à savoir la prime⁷⁸ et la valeur latente⁷⁹ de l'entreprise. Enfin, l'audit de risques permet également de répondre aux exigences législatives et réglementaires enjoignant aux entreprises d'analyser et de communiquer sur certains de leurs risques.

⁷⁶ Cass. com., 12 octobre 1993, Consorts Villard c/ Epoux Rondeau (en l'espèce, les cédants, n'ayant pas avisé les cessionnaires des risques fiscaux dus à leur gestion, avaient occulté la situation réelle de la société et ont été condamnés sur le fondement du dol) ; dans le même sens : Cass. com., 15 novembre 1994 ; Paris 18 nov. 1998 ; Paris 19 mars 1999 ; V. également, F. SIMON, L'audit juridique : une méthodologie au service d'une politique de prévention des risques, LPA, 25 juin 2003, N° 126, p. 4.

⁷⁷ La valeur tangible d'une entreprise est calculée à l'aune de la valeur de ses actifs. Généralement exprimée par la valeur comptable de l'entreprise, la prise en compte de cette valeur est, selon les économistes contemporains, de moindre importance depuis ces dernières années au profit des autres éléments composant la valeur de l'entreprise. En effet, ces derniers relèvent que le désintérêt pour la valeur tangible est lié à « la valorisation boursière des « dot-coms » [sociétés dont les activités sont concentrées sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication] dont la valeur comptable est faible, mais qui promettent des gains substantiels » (R.-F. KNIGHT, D.-J. PRETTY, Définir une philosophie du risque, e-learning HEC, Lesechos.fr, 2010).

⁷⁸ La prime est calculée en tenant compte de la variation entre la valeur comptable de l'entreprise et la valeur à laquelle l'entreprise peut se négocier sur le marché. L'appréciation de cette valeur résulte généralement de différents critères à l'instar de sa notoriété, de la protection de ses droits de propriété intellectuelle et industrielle, de son pouvoir d'innovation, de ses perspectives de croissance, de son rayonnement international et surtout des compétences, de l'expérience et des aptitudes managériales de son personnel (*Ibid.*).

⁷⁹ La valeur latente d'une entreprise se détermine en prenant en compte la valeur potentielle de l'entreprise qui serait dégagée si celle-ci optimisait tous les vecteurs de valeur en son sein. Ainsi, cette valeur s'apprécie en évaluant l'écart de valeur entre les valeurs prime et tangible de l'entreprise et la valeur de l'entreprise si cette dernière optimisait la gestion de son activité conduisant, par exemple, à une meilleure exploitation de portefeuille de marques, d'une innovation plus importante aboutissant au dépôt de brevets, de l'élaboration de profils de postes appropriés pour l'encadrement ou encore de l'utilisation de méthodes plus abouties pour une meilleure motivation des collaborateurs (*Ibid.*).

B) Les obligations de gestion préventive des risques de l'entreprise

43. Les conséquences liées à la réalisation des risques d'une entreprise peuvent avoir des répercussions sur sa situation financière mais également sur ses travailleurs, sur l'environnement ou encore sur les titres détenus par les associés ou les actionnaires de cette dernière. Aussi, afin d'éviter des prises de risques inconsidérées des décideurs de l'entreprise, le législateur encadre la prise de risques des entreprises en prévoyant des obligations d'analyse, de réduction, d'information et de communication sur les risques auxquels sont confrontées les entreprises.

Toutefois, il est de très nombreuses obligations de gestion préventive des risques applicables selon le secteur d'activité de l'entreprise ou selon les procédés techniques auxquels l'entreprise a recours dans le cadre de son activité. Aussi, pour circonscrire le champ d'application de cette étude, l'analyse des obligations de l'entreprise en matière de gestion des risques se concentre principalement sur les obligations générales et spéciales de gestion préventives des risques prévues par le droit des sociétés (1), et celles relatives aux risques liés à l'environnement, à la santé et à la sécurité des travailleurs (2).

1) Les obligations de gestion préventive des risques en droit des sociétés

44. Si les risques de l'entreprise peuvent avoir des répercussions sur sa valorisation, il est apparu nécessaire d'enjoindre aux sociétés de communiquer sur leurs risques, afin d'informer les actionnaires actuels ou les investisseurs potentiels de l'entreprise sur l'exposition aux risques de cette dernière. Plus précisément, le législateur enjoint à l'ensemble des sociétés commerciales soumises à l'obligation d'établir un rapport de gestion de communiquer notamment sur « les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée »⁸⁰. Dans le même sens, les multiples obligations d'information, prévues par le droit des sociétés et le droit comptable, permettent d'éclairer les associés et les actionnaires sur les risques de la société susceptibles de compromettre la rentabilité attendue de leurs investissements.

⁸⁰ C. com., art. L. 225-100, al. 4.

45. Par ailleurs, ces obligations sont accrues et renforcées pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers et, *a fortiori*, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. En effet, outre la recherche d'une harmonisation au niveau européen concernant la présentation des informations fournies par l'ensemble des sociétés cotées⁸¹, l'ajustement constant de la valeur des titres émis par ces dernières est réalisé en prenant en compte leurs résultats comptables et financiers mais également toutes les informations susceptibles d'être qualifiées de privilégiées. Plus précisément, toute information qui serait susceptible « d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers qui leur sont liés »⁸² sont prises en compte pour ajuster la valeur des titres et doivent faire l'objet d'une communication au public. Aussi, selon le degré de prévisibilité des événements redoutés, les risques sont susceptibles de recevoir cette qualification et doivent donc être communiqués conformément au règlement général de l'AMF. Toutefois, si ces obligations de communication sur les risques de l'entreprise sont nécessaires pour assurer l'intégrité et la transparence des marchés, elles posent néanmoins des difficultés eu égard à la confidentialité inhérente à ce type d'information.

46. Aussi, en raison de l'influence que peuvent avoir ces informations sur la valeur des titres des sociétés, un arsenal répressif original a été mis en place pour contraindre les responsables de l'entreprise d'exécuter parfaitement ces obligations de communication. De la même manière, la nécessité de prévenir les risques financiers sur les marchés réglementés a conduit le législateur à solliciter davantage d'informations relatives aux procédures de contrôle interne et de gestion des risques des sociétés cotées⁸³. Dans le même temps⁸⁴, le législateur a enjoint à ces dernières d'instituer un comité spécialisé chargé notamment du suivi du processus d'élaboration de l'information comptable et financière et du suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques.

⁸¹ V. par exemple, PE et Cons. UE, dir. 2013/34/UE, 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, art. 19, 4.

⁸² AMF, Règl. gén., art. 621-1, al. 1.

⁸³ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, art. 26.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 32.

47. Enfin, les sociétés cotées sur un marché réglementé doivent également fournir des indications sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité, qu'il est possible de retrouver sous la dénomination de « responsabilité sociale des entreprises » (RSE)⁸⁵. Si toutes les dispositions relatives à la RSE ne concernent pas directement les risques de l'entreprise, certaines d'entre elles prévoient expressément une obligation d'information sur les risques liés à l'environnement, à la sécurité des travailleurs et aux moyens mis en place pour les prévenir⁸⁶.

2) Les obligations de gestion préventive des risques liés à l'environnement, à la santé et à la sécurité des travailleurs

48. Outre les informations en matière de RSE prévues par le Code de commerce, de nombreuses dispositions du droit du travail et du droit de l'environnement contraignent les entreprises à la gestion préventive de leurs risques. La gestion préventive des « risques professionnels »⁸⁷ est le résultat d'une construction légale et jurisprudentielle entreprise à la suite des premiers accidents survenus lors de l'avènement de l'ère industrielle. Plus précisément, avant l'institution de la Sécurité sociale⁸⁸, les accidents du travail étaient attribués à la fatalité et n'engageaient pas la responsabilité de l'employeur dont on considérait qu'il n'avait commis aucune faute. Face à l'impossibilité de réparer ces dommages sur le fondement de la notion de faute, la doctrine a alors élaboré des théories fondées sur la notion de risque, et sur le caractère probabilisable de ces événements, qui ont été progressivement réceptionnées par la jurisprudence et le législateur.

Cette progression, favorable aux travailleurs de l'entreprise, a été déterminante dans l'évolution du droit de la responsabilité civile mais également dans le développement des

⁸⁵ C. com., art. L. 225-102-1, al. 5.

⁸⁶ Par exemple, le conseil d'administration ou le directoire de la société mentionne dans son rapport de gestion « les informations (...) [relatives aux] conditions de santé et de sécurité au travail (...) le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sous réserve que cette information ne soit pas de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours (...) [ou encore] les actions engagées pour prévenir la corruption [et] les mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs » (C. com., art. R. 225-105-1).

⁸⁷ La doctrine définit les risques professionnels comme « les risques inhérents à l'exercice d'une profession ». Lexique des termes juridiques, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, Dalloz, 15^{ème} éd., Paris, 662 p., spéc. p. 555, V° Risques professionnels.

⁸⁸ L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945, portant organisation de la sécurité sociale, dispose « [qu'] il est institué une organisation de la sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent ».

obligations de prévention des risques devant être assumées par tout employeur. En effet, si le caractère comminatoire de la responsabilité permet une certaine prévention des risques, le système de responsabilité n'est jamais qu'une réponse *a posteriori* de la prise en compte des conséquences de la réalisation d'un risque, et apparaît donc nécessairement comme une réponse insatisfaisante.

49. Aussi, le législateur est intervenu afin d'enjoindre aux employeurs de « prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs »⁸⁹. Plus précisément, le législateur a prévu l'obligation pour tout employeur d'évaluer les risques pour la sécurité et la santé des travailleurs⁹⁰. A la suite de cette évaluation, des actions de prévention doivent être mises en place afin de réduire, voire d'éviter lorsque cela est nécessaire, les risques professionnels. Aussi, l'ensemble des risques professionnels doit, après avoir été évalué, être recensé dans le cadre du document unique d'évaluation des risques professionnels⁹¹, dont la tenue est obligatoire et qui est mis à la disposition des travailleurs de l'entreprise.

50. Les dispositions relatives aux risques liés à santé et à la sécurité des travailleurs ne sont pas uniquement prévues par le droit du travail et sont également appréhendés par le droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). En effet, le Code de l'environnement, qui précise notamment le droit applicable aux ICPE, prévoit de nombreuses dispositions visant à prévenir les risques susceptibles d'être subis par l'environnement mais également par les travailleurs de l'entreprise et par les populations voisines de l'installation. Ainsi, au regard des conséquences catastrophiques⁹² susceptibles de se produire dans le cadre de l'activité des ICPE, le législateur a mis en place un régime

⁸⁹ Loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, art. 1^{er}.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Décret n° 2001-1016 du 5 novembre 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L. 230-2 du code du travail et modifiant le code du travail.

⁹² En ce sens, Jacques Repussard, Directeur de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN), avertissait ainsi que « si un accident se produit, le moins invraisemblable est que ce soit un accident absolument extraordinaire, lié par exemple à des effets dominos avec d'autres installations voisines, des aléas naturels ou des actes de malveillance. Il faut se préparer à ce type de scénarios » (Nucléaire : la France doit se préparer à des accidents inimaginables, J. Repussard, interrogé par Le Parisien, Leparisien, éd. en ligne, 5 mai 2011 (url : <http://www.leparisien.fr/tsunami-pacifique/nucleaire-la-france-doit-se-preparer-a-des-accidents-inimaginables-05-05-2011-1436741.php>).

particulièrement restrictif destiné aux exploitants⁹³ d'une installation classée afin qu'ils soient tenus, selon les risques générés par leurs activités, de prévenir ces risques. Néanmoins, toutes les ICPE ne présentent pas la même propension à générer des risques d'accidents majeurs. Aussi, un régime juridique adapté aux différents types d'installations classées⁹⁴ permet au législateur de prévoir, selon les risques de l'installation, les obligations de gestion préventive des risques auxquelles ces dernières sont soumises. Aussi, afin d'apprécier les risques des installations classées présentant un haut niveau de risques, l'autorisation administrative d'exploiter une ICPE est subordonnée à la réalisation préalable d'études scientifiques. Au titre de ces « études d'incidence »⁹⁵, il est une étude, l'étude de dangers, qui mérite une attention particulière eu égard aux vertus préventives dont elle est porteuse. En effet, improprement dénommée étude de dangers⁹⁶, cette étude scientifique se focalise sur les événements redoutés par l'entreprise en procédant à une analyse des risques de l'installation.

51. Néanmoins, avant de s'orienter vers l'étude des multiples obligations de gestion préventive des risques de l'entreprise, il apparaît nécessaire de définir plus précisément l'objet de cette étude pour déterminer, d'une part, les risques susceptibles d'être pris en compte dans le cadre d'une démarche de gestion des risques et, d'autre part, les différents risques visés par le législateur dans le cadre de ces obligations.

Ainsi, l'analyse juridique des risques de l'entreprise (Première partie) permet, à la lumière de la définition des risques de l'entreprise et d'une méthodologie permettant de les prévenir, de faciliter l'exécution des principales obligations de gestion préventive des risques (Deuxième partie) auxquelles les entreprises sont aujourd'hui astreintes.

⁹³ Sur la notion d'exploitant, V. *infra*, n°s 645 à 647.

⁹⁴ Sur les différents régimes des installations classées, V. *infra*, n°s 648 à 657.

⁹⁵ D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement – Classement, régimes juridiques et contentieux des ICPE, LexisNexis, coll. Litec Professionnels, 625 p., p. 203.

⁹⁶ M. PENNAFORTE, La réglementation des installations classées, éd. Le Moniteur, coll. Guides juridiques, Paris, 2011, 517 p., spéc. p. 247.

PREMIERE PARTIE :

L'ANALYSE JURIDIQUE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE

52. L'analyse juridique des risques de l'entreprise implique préalablement d'étudier le concept de risque tel que réceptionné progressivement par la science juridique et, plus particulièrement, par le droit des affaires. Comme la définition générale de la notion, la notion juridique de risque est polysémique. L'appréhension par la science juridique d'une notion aux multiples nuances rend alors l'application d'un régime juridique unique et intangible moins aisé. Si cet écueil peut être solutionné par une définition large du concept reprenant les multiples sens que recouvre la notion, celui-ci s'additionne au constat selon lequel le concept de risque est susceptible de recouvrir des éventualités diamétralement opposées. Le concept de risque a tout de même progressivement innervé les différentes branches de la science juridique bien que ces dernières aient souvent contribué à la polysémie du terme. Si ces différents obstacles ont été surmontés et qu'une définition générale de la notion de risque a pu être dégagée par la doctrine, cette dernière définition ne saurait permettre de cerner les multiples réalités que recouvre la notion dans le monde de l'entreprise.

Ainsi, dans le cadre de cette étude, une adaptation de la définition générale est rendue nécessaire afin de mettre en lumière les différents événements aléatoires qualifiés de risques et susceptibles d'être anticipés par l'entreprise afin de prévenir leur réalisation. En effet, si la fatalité constituait initialement la seule cause des risques, l'anticipation de ces événements a été permise grâce aux travaux d'éminents scientifiques ayant démontré le caractère probabilisable de la notion. Aussi, les différentes études qui ont analysé les prises de risques en situation d'incertitude ont contribué au développement d'un vaste mouvement tendant à anticiper les événements redoutés dans le cadre de la croissance des entreprises. Toutefois, la conclusion selon laquelle les conséquences d'un risque pouvaient être prévues et anticipées lors de la prise dudit risque a également eu pour effet de modifier le postulat initial de la responsabilité en niant l'unicité de la faute comme fait générateur de responsabilité.

Cette responsabilité liée à la prise de risques a conduit notamment à un encadrement progressif de la prise de risques dans l'entreprise. L'analyse juridique des risques de l'entreprise implique alors d'appréhender la marge de manœuvre dont dispose cette dernière dans le cadre de la gestion de ses risques. En effet, si la prise de risques est nécessaire pour accroître la valeur de cette dernière et que le risque zéro n'existe pas, les enjeux sociaux économiques sont trop importants pour que la liberté de prendre des risques revête un caractère absolu. Ainsi, le législateur et la jurisprudence ont du arbitrer entre les nécessaires prises de risques indispensables pour permettre le développement économique des entreprises et les impératifs liés notamment à la sécurité des travailleurs de l'entreprise ou à la légitimité de ne pas faire supporter les prises de risques inconsidérées de ces dernières par le contribuable français.

53. Dès lors, le droit national, conforté par des principes de droit international, a progressivement contraint les entreprises à gérer les risques auxquels elles sont confrontées. L'analyse des risques de l'entreprise a alors pour objectif de définir la notion de risque de l'entreprise afin de préciser l'ensemble des événements qui peuvent être anticipés dans le cadre d'un audit de risques. En effet, cette anticipation n'aurait de sens si elle ne permettait pas à l'entreprise de réduire les risques susceptibles de compromettre les objectifs qu'elle s'est initialement fixés. Ainsi, l'analyse du concept de risque en droit des affaires (Titre I) est un préalable indispensable pour préciser le champ d'application de cette étude et déterminer les différents événements susceptibles d'être identifiés en recourant à la méthodologie de l'audit de risques en entreprise (Titre II).

TITRE I : LE CONCEPT DE RISQUE EN DROIT DES AFFAIRES

54. Si la prise de risques est nécessaire à la création de richesse de l'entreprise, la liberté de prendre des risques ne saurait être absolue. En effet, les prises de risques des entreprises n'ont pas uniquement pour effet d'obérer leur trésorerie mais peuvent avoir des répercussions sur des tierces personnes. Le législateur et la jurisprudence ont alors du encadrer les prises de risques des entreprises pour éviter que les personnes subissent indûment les conséquences des risques pris par les décideurs de l'entreprise.

55. De nature différente, de sources et de causes hétérogènes, porteurs de conséquences parfois singulières, certains risques se ressemblent mais sont rarement strictement identiques. La singularité de ces risques est également perceptible dans les différentes branches du droit de l'entreprise. Dès lors, cette étude implique, tout d'abord, d'appréhender la manière dont le concept de risque a été réceptionné en droit des affaires (Chapitre I) puis de déterminer les fondements et les frontières de la liberté de prendre des risques en entreprise (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La réception du concept de risque en droit des affaires

56. Introduit par le droit des assurances maritimes, le risque a progressivement pénétré les différentes branches du droit, en général, et du droit des affaires, en particulier. La réception progressive du concept de risque a alors contribué à accroître les multiples sens que la notion est aujourd'hui susceptible de recouvrir. Toutefois, en reprenant les différentes acceptions de la notion, la doctrine a élaboré une définition générale de la notion admise aujourd'hui par la majorité de la doctrine.

57. Cette définition n'aurait toutefois pu être obtenue sans les travaux d'éminents scientifiques qui ont élaboré des principes et des théories visant à prévenir les événements aléatoires (Section 2). Aussi, les critères définis dans le cadre de cette définition générale permettant de qualifier le risque, sont néanmoins insusceptibles en l'état de prendre en compte l'ensemble des risques redoutés par l'entreprise. Ainsi, la définition du risque de l'entreprise (Section 1) est le résultat d'une adaptation nécessaire de la notion générale de risque initialement dégagée par la doctrine.

Section 1 : La définition du risque d'entreprise

58. Il est possible de dater l'apparition du concept de risque dans la science juridique (§ 1), lors de l'introduction de la notion dans le droit des assurances maritimes. Historiquement, la réalisation d'un risque était considérée comme causée par la fatalité, par la volonté divine. Progressivement, la notion s'est absoute des contingences fatalistes et l'élargissement des contours de la notion permet aujourd'hui d'obtenir différentes définitions juridiques contemporaines de la notion de risque (§ 2).

Paragraphe 1 : L'apparition de la notion de risque dans la science juridique

59. L'apophtegme célèbre *Omnis definitio in jure civili periculosa est*⁹⁷ prend tous son sens en présence du concept de risque, comme le relevait le Professeur G. Wiederkher dans l'éditorial du premier opus de la revue *Riséo*, en retenant que « [l'] on peut (...) comprendre que le risque soit difficile, voire impossible à définir correctement. Il est partout et il se présente sous les formes les plus diverses. Peut-être la mort seule ne constitue pas un risque, puisqu'elle du moins est certaine. Mais sa cause et son heure, elles, n'échappent pas au risque »⁹⁸.

D'ailleurs, la cause et l'heure de la mort, comme toutes les contingences fatalistes, seront l'occasion de fonder les contours de la notion lors de l'introduction du concept de risque par le droit des assurances maritimes (A). Au fil du temps, le droit va s'exonérer de la fatalité comme cause du risque et l'évolution du droit de la responsabilité civile sera l'occasion d'une appréhension différente de ce concept (B).

⁹⁷ *Ie.* Toute définition en droit civil est périlleuse.

⁹⁸ G. WIEDERKHER, Editorial, *Riséo*, n°1, 2010, pp. 3-5.

A) *L'introduction du concept par le droit des assurances maritimes*

60. La première apparition du concept de risque se décèle au sein des premiers contrats d'assurance maritime. En effet, la mutualisation des risques de perte de la marchandise s'avérait nécessaire au regard de l'importance des sommes investies et des risques considérables de naufrage lui étant liés (1).

L'introduction de la notion de risque est donc contemporaine d'une époque marquée du sceau des croyances divines durant laquelle la réalisation des risques, en l'occurrence des risques de perte de la marchandise en mer, avait comme seule cause une volonté démiurgique qui rendait impossible une quelconque anticipation (2).

1) Le *nauticum foenus*, berceau de la notion de risque

61. Dès l'antiquité, ce sont les voyages en mer qui seront l'occasion de l'introduction du risque en droit⁹⁹. Apparu sous la forme de *nauticum foenus*, *trajectia pecunia*, ou *nautica pecunia*, et dont l'analogie pourrait être faite avec le concept juridique français du « prêt à la grosse aventure », le champ sémantique du risque est ainsi à l'origine celui de la « fortune de mer ». L'historien et archéologue Edmond Saglio date l'apparition de cette première forme d'assurance¹⁰⁰ au III^e siècle de notre ère, présente dans un rescrit de Doclétien (Code Justinien IV, 33, 3) et « vulgarisée dans les compilations de Justinien (Digeste de Justinien, XXII, 2, Code 33, 3) (...) [dont l'initiateur fut] le Jurisconsulte Servius Sulpicius Rufus, contemporain de Cicéron »¹⁰¹.

L'histoire du droit corrobore donc les origines nautiques de la notion¹⁰². Dans le cadre du Droit des assurances maritimes, le concept de risque en constituait l'essence et le fondement, comme l'illustre la maxime attribuée à Casageris « *Principale fundamentum assucurationis*

⁹⁹ Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, ss. dir. CH.-V. DAREMBERG, E. SAGLIO, Tome IV, (N-Q), Hachette, 1877, pp. 13-17 V^o *Nauticum foenus*.

¹⁰⁰ Contra, l'économiste Pierre-Charles Pradier relevait que certaines dispositions du Code d'Hammurabi (environ - 1750 av. J.C.), dont la colonne de diorite noire le supportant a été retrouvée à Suze au début du XX^e siècle, présentaient déjà certaines analogies avec le concept de prêt à la grosse aventure (spéc. §. 100 à 107) in P.-Ch. PRADIER, Les racines du risque - 1. Le risque aux sources du droit, Les 20 débats sur le risque, Risques, Les cahiers de l'assurance, N^o 81, pp. 1-4.

¹⁰¹ Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, *op. cit.*, p. 13-17, spéc. notes 1 à 3, V^o *Nauticum foenus*.

¹⁰² V. *supra*, n^o 10.

est risicum »¹⁰³. Seule forme d'assurance à cette époque, le risque, notion monosémique, était défini de manière immuable comme celui de « dommage maritime imprévisible, de force majeure maritime »¹⁰⁴.

Toutefois, le contrat d'assurance maritime *stricto sensu*, puisant ses origines dans les législations italienne et britannique, n'apparaîtra qu'au cours du XIV^{ème} siècle, et permettra à son souscripteur de procéder à un réel transfert du risque, en l'occurrence la fortune en mer, sur les épaules de l'assureur, obligé au paiement de l'indemnité en cas de réalisation du risque. La notion juridique de fortune de mer est la notion « la plus importante et la plus constante du risque maritime »¹⁰⁵, et révèle l'omniprésence de la relation divine comme relation causale de la notion de risque. La volonté de dieu, la fatalité, explique sociologiquement la raison pour laquelle la notion de risque était initialement confinée à l'évènement subi, ce qui rendait impossible une quelconque anticipation.

2) La volonté divine comme cause de l'évènement aléatoire

62. L'imprévision divine existait initialement au sein des civilisations grecques et romaines, qui vénéraient respectivement *Tychée*¹⁰⁶ et *Fortuna*, déesses disposant du sort des hommes et des choses¹⁰⁷. De la même manière, Pothier a défini le risque, lorsqu'il proposait une définition de la notion de « fortune de mer », comme « les pertes et les dommages qui arrivaient pour quelque cause de force majeure, et à laquelle on ne pouvait résister la *vis divina*¹⁰⁸ »¹⁰⁹.

¹⁰³ La locution latine signifie que le principal fondement de l'assurance est le risque. La maxime intégralement reproduite se retrouve sous la formule : « *Principale fundamentum assucurationis est risicum, seu interesse assicuratum, sine qua non potest subsistere assicuratio* » (EMERIGON, Traité des assurances et des contrats à la grosse, tome I, Chapitre I, Alex-Gobelet, Paris, 1827, p. 6 cité in J.-S. PAULUS, ss. dir. J.-M. POUGHON, La détermination du risque dans les contrats d'assurance maritime au XIX^{ème} siècle, Mémoire de D.E.A Histoire de la science juridique européenne, Faculté de Droit de Strasbourg, 1997-1998, p. 34 cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 15).

¹⁰⁴ N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁵ J.-S. PAULUS, *op. cit.*, p. 34, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶ La Justice n'empruntera que tardivement le bandeau de Tychée, déesse du hasard et de la fortune, représentée sous les traits d'une femme en équilibre sur une roue, tenant une corne d'abondance et parfois détenant un gouvernail lui permettant de gouverner le monde. Par ailleurs, la mythologie grecque présente Tychée comme étant fille d'Harès, Dieu des enfers. Cette « filiation » permet d'obtenir une illustration supplémentaire sur les deux aspects que peut recouvrir la notion de risque.

¹⁰⁷ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ Du latin *Vis divina* et signifiant la volonté divine.

¹⁰⁹ POTHIER cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 14.

L'introduction de la volonté divine dans la définition du concept permet d'emblée de relever, dès cette époque, la présence du caractère aléatoire de l'évènement puisque, par nature, tant l'avènement d'un évènement de force majeure, ou volonté divine, que les conséquences issues de celle-ci, demeurent imprévisibles pour le commun des mortels. La définition de Pothier définissait donc le risque en retenant ses conséquences dommageables, mais surtout en identifiant l'unique cause, « la grâce de dieu », pouvant causer ces pertes et dommages. Il fallut attendre l'évolution de la maîtrise des mathématiques, dont les statistiques et les probabilités ont été déterminantes dans la mutation des contours de la notion, pour que l'homme puisse s'exonérer progressivement de la cause divine faisant obstacle à tout acte de prévision.

B) L'élargissement progressif des contours de la notion

63. Au fil des siècles derniers, le pragmatisme scientifique a progressivement autorisé les hommes à rejeter la fatalité initialement perçue comme l'unique cause des évènements aléatoires. La découverte mathématique de « la géométrie du hasard »¹¹⁰ a ainsi été l'occasion d'une véritable mutation du concept (1), qui trouvera des applications intéressantes la présente étude lors de l'avènement de l'ère industrielle, lorsque les premiers accidents générés par les activités usinières induisirent une prise en compte de la notion par le droit de la responsabilité civile (2).

1) Le risque absous des contingences fatalistes

64. La simultanéité de la maturation des probabilités en sciences mathématiques et de l'introduction du concept de risque dans la science juridique a graduellement permis à l'homme de s'affranchir de la fatalité métaphysique prétendument liée à la réalisation d'un évènement aléatoire. Le sociologue David Lebreton indiquait à ce propos, que « même si la perception religieuse ne disparaît pas tout à fait, [d'] une théologie de la catastrophe cède peu à peu à une vision laïque mettant en perspective une série de causalités néfastes,

¹¹⁰ L'expression est de Blaise Pascal tirée du texte *Le Pari*, in PASCAL, *Pensées*, éd. illustr. et annot. par H. MASSIS, Audin, Paris, 1949, p. 195.

potentiellement prévisibles et donc évitables moyennant certaines précautions »¹¹¹. En effet, si le XVIIème siècle fut le théâtre de l'avènement des premiers calculs des risques, jadis *prudentialia*¹¹², le siècle des lumières a permis la diffusion du « calcul des probabilités qui [permet] de mieux saisir le risque [et contribua au développement des] calculs sur la durée de vie humaine - une forme de maîtrise du temps à venir – à partir des années 1750-1770 »¹¹³. Au cours du XIXème siècle, avec l'apparition de l'assurance terrestre, la doctrine et la jurisprudence contribuèrent à l'extension du concept, qui se définit alors comme « tout évènement terrestre ou maritime, dont on redoute la réalisation mais sans que l'on puisse prévoir sa survenue »¹¹⁴. Ensuite, le XIXème siècle connut un élargissement des contours de la notion, qui se précisait, dans le domaine assurantiel, comme tout évènement susceptible de donner lieu à assurance¹¹⁵. Parallèlement à ces extensions de sens, le concept de risque a progressivement innervé différents domaines du droit civil en se dotant de traits sémantiques distincts.

2) Une notion rénovée à travers son application en droit de la responsabilité civile

65. A la suite des multiples variations de sens, issues notamment du droit des contrats spéciaux¹¹⁶, à l'instar du contrat de vente, de dépôt, ou de prêt, le droit de la responsabilité civile a abandonné la vision moniste du fait générateur de responsabilité, en permettant à la victime d'un dommage de fonder son droit à réparation, non pas sur la faute pouvant être rattachée à l'action identifiée d'un agent, mais en fondant le droit à réparation

¹¹¹ D. LEBRETON, La sociologie du risque, PUF, 2004, 128 p., p. 24 cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, op. cit.

¹¹² V. *infra*, n° 123.

¹¹³ J. BOUYSSOU, Théorie générale du risque, Economica, Paris, 1997, p. 5.

¹¹⁴ N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁵ « En 1842, dans le domaine de l'assurance le terme désigne par extension l'évènement même contre la survenance duquel on s'assure » C. VELTCHEFF, « Le risque : un écueil étymologique, une aventure sémantique », Revue française des Affaires sociales, 1996, p. 72, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁶ La notion de risque dans les contrats spéciaux permet de déterminer par prévision ou par l'application d'une règle générale le débiteur de l'obligation de conservation de la chose (*res*) objet dudit contrat, en indiquant la partie qui devrait subir la perte si la chose venait à se détériorer ou à disparaître. Les origines de ces applications au sein des contrats spéciaux se retrouvent initialement dans les contrats de transport et dont les maximes latines *res perit domino* et *res perit debitori* indiquaient l'éventuel transfert des risques opéré et dès lors déterminaient le débiteur supportant les pertes ou les avaries de la chose entre la conclusion du contrat et la prise de possession de la chose.

sur la notion de risque¹¹⁷. L'avènement du machinisme et les accidents y relatifs se succédant ont imposé la rénovation du droit de la responsabilité civile, afin de permettre l'indemnisation des dommages causés aux ouvriers dans le cadre d'activités industrielles.

Les premiers accidents causés par l'utilisation des machines apparurent dès la fin du XIX^{ème} siècle et leur prise en compte par la science juridique est longtemps demeurée particulièrement insatisfaisante pour les victimes. En effet, les accidents étaient constamment imputés à la fatalité et considérés comme « évènement[s] à la fois involontaire[s] et imprévisible[s], loin de faire naître une obligation et de conférer un droit à la victime, exonér[ai]ent au contraire de toute responsabilité »¹¹⁸.

66. À contre-courant de la doctrine libérale, et compte tenu de l'impéritie manifeste de la responsabilité civile fondée sur la seule notion de faute¹¹⁹, certains auteurs proposèrent des théories juridiques permettant une protection accrue de l'ouvrier, dont l'indemnisation serait fondée sur le risque que celui-ci supportait au « seul » bénéfice de l'entreprise. Les théories du risque permirent ainsi d'intégrer le caractère probabilisable d'un évènement. Ainsi, le risque, « outre sa qualité d'évènement dû au hasard (non susceptible de déclencher un mécanisme d'indemnisation), [pouvait également recouvrir] le sens d'un accident qui peut être prévu (par des calculs statistiques et de probabilités) et maîtrisé. Si un tel accident peut être prévu et empêché, c'est qu'il ne relève pas de la fatalité, exonératoire de responsabilité civile. Il doit donc être à la charge de celui, qui par son activité et le profit qu'il en retire a généré ce risque »¹²⁰.

67. L'application de l'adage romain *ubi emolumentum ibi onus*¹²¹ en droit français, par la consécration des théories du risque, est, selon la doctrine, « la première

¹¹⁷ V. *infra*, n°s 152 à 155.

¹¹⁸ F. EWALD, Histoire de l'État providence – Les origines de la solidarité, Grasset, Bibl. Essais, Paris, 1996, p. 192, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁹ Se fondant sur la frontière de toute liberté, l'absence de nuisance à autrui, François Ewald se refusait à concevoir un tel dommage sans réparation lorsqu'il soulignait « la position libérale du Droit condamna[nt] [l'ouvrier] à ne pouvoir [bénéficier d'un] quelconque droit au secours (...). Personne ne peut se décharger sur autre du poids de son existence, des coups du sort ou des malheurs qu'il peut subir, sauf au cas où ils auraient été causés par quelqu'un qui aurait enfreint la règle suprême de la coexistence des libertés : ne pas nuire à autrui. (...) Chacun est, doit être, supposé responsable de son sort, de sa vie, de sa destinée ». F. EWALD, Histoire de l'État providence *op. cit.*, p. 32-35, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁰ N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 22.

¹²¹ Pour illustrer les différentes applications de la maxime romaine, le Professeur H. Roland relève « le lien entre le profit et la charge, parce qu'il puise ses racines dans l'équité naturelle, est d'une application universelle. On le

modulation fondamentale et déterminante pour le droit civil de la notion de risque en ce qu'elle fait muter l'effet juridique du concept. La notion de risque devient le fondement de l'indemnisation d'un dommage par le mécanisme de la responsabilité civile, tandis qu'elle n'était jusqu'alors que la représentation de la fatalité contre laquelle l'on ne pouvait que s'assurer »¹²².

La consécration de ce régime de responsabilité sans faute, par la mise en lumière du caractère potentiellement prévisible de l'évènement, n'a nullement eu pour conséquence d'annihiler la perception du caractère aléatoire desdits évènements, mais a conduit à préciser le concept de risque en mettant en exergue que l'aléa, élément du risque par nature, pouvait être probabilisé, et par conséquent anticipé et maîtrisé sans avoir à se pencher sur les prédictions obtenues à travers les arts divinatoires.

Par ailleurs, le droit de la responsabilité civile et celui des contrats spéciaux ne sont pas les seules branches de la science juridique ayant accueilli le terme. Si le risque a bénéficié d'une définition générale ayant reçu l'assentiment de la majorité de la doctrine, de nombreuses branches du droit ont parfois ignoré l'aspect positif que le terme peut évoquer.

Paragraphe 2 : Les définitions juridiques contemporaines de la notion de risque

68. En l'absence de définition légale¹²³ de la notion de risque, cette tâche est revenue à la doctrine. Bien que la jurisprudence a également dû composer avec la notion,

remonte dans une foule de situations à titre particulier, tel l'usufruit qui attribue à l'usufruitier la jouissance de la chose en contrepartie de laquelle il doit assumer les charges usufruituaires, tel le mécanisme de la plus-value qui le rend propriétaire, gardant les constructions élevées sur son terrain par un tiers, débiteur des sommes égales à celle dont le fonds a augmenté de valeur. Dans les situations à titre universel, le même phénomène s'observe, spécialement dans le domaine héréditaire : l'héritier ne peut prétendre à l'émolument successoral qu'une fois les dettes du défunt acquittées, éventuellement sur son patrimoine personnel, sauf à recourir au bénéfice d'inventaire pour faire coïncider le montant du passif à payer avec le montant de l'actif reçu. Outre l'explication des solutions du droit positif, le couple *emolumentum onus* a été utilisé pour fonder la théorie du risque dans le souci d'améliorer le droit à réparation des victimes d'accident. On a soutenu qu'il est conforme à la règle morale que celui qui a le profit d'une activité supporte en contrepartie la charge des dommages qui en découlent ; cette théorie du risque profit a inspiré la législation sur les accidents du travail et favorisé une interprétation audacieuse des textes dans le sens d'une responsabilité objective détachée de la faute », H. ROLAND, *Lexique juridique*, Expressions latines, LexisNexis, Coll. Objectif Droit, 4^{ème} éd., Paris, 2006 p. 347-348.

¹²² N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, *op. cit.*, p. 23.

¹²³ Si le terme est employé comme verbe dans deux articles du Code civil (C. civ., art. 238 et 815) et sous sa forme plurielle dans sept articles du code (C. civ., art. 889, 1138, 1182, 1257, 1585, 1629 et 1792-6) le législateur n'y a recours sous sa forme de substantif au singulier et n'en a jamais conféré de définition.

celle-ci n'est abordée qu'en tenant compte de la nature particulière des risques qui sont soumis aux magistrats.

S'il existe une hétérogénéité fondamentale entre les multiples risques rencontrés dans l'entreprise, les différentes définitions s'accordent sur le principe selon lequel le risque est un événement aléatoire par nature (A) et dont les conséquences sont susceptibles d'être dommageables (B). Après avoir présenté les critères généraux de la notion de risque, il sera précisé le champ d'application des risques susceptibles de se réaliser dans l'entreprise, à partir de la notion générale de risque, pour conclure sur la notion des risques de l'entreprise (C).

A) Le risque, un événement aléatoire par nature

69. Retenant une définition quasi unanime¹²⁴, inspirée de la définition initialement posée par le Professeur Henri Capitant en 1936¹²⁵, les principaux lexiques juridiques définissent le risque comme « l'éventualité d'un événement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage »¹²⁶. Cette définition civiliste et commerciale permet de mettre en lumière les critères de la notion. Pour recevoir la qualification de risque, l'évènement s'inscrit dans l'avenir (1) et nécessiterait *a priori* l'intervention d'un facteur humain (2).

1) La projection temporelle de l'évènement aléatoire

70. D'emblée, il semble permis d'affirmer que le risque constitue un événement potentiel s'inscrivant dans l'avenir, dans une unité temporelle future, et ne peut pas constituer un événement passé. La conséquence de cette projection temporelle, relative à

¹²⁴ Si certains lexiques procèdent d'une formulation quelque peu différente, les critères du risque demeurent semblables pour la majorité de la doctrine. Toutefois, il est à souligner que la première définition proposée par G. Cornu fait mention d'un événement nécessairement dommageable, lorsque le risque est défini comme « l'évènement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation [et] se dit aussi bien de l'éventualité d'un événement en général que de l'évènement spécifié dont la survenance est envisagée », G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 922, V° Risque.

¹²⁵ H. CAPITANT cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁶ Lexiques des termes juridiques 2013, ss. dir. S. GUINCHARD, T. DEBARD, *op. cit.*, p. 815.

l'imprévisibilité de la réalisation de l'évènement et à l'incertitude inhérente à l'étendue de ses conséquences, est un premier critère permettant de qualifier l'évènement aléatoire.

Pourtant, le propos mérite d'être quelque peu nuancé, puisqu'il est des hypothèses où le caractère passé de l'évènement n'annule pas nécessairement la qualification de risque. En effet, en adoptant une approche objective, le fait que l'évènement se soit d'ores et déjà réalisé devrait dénier la qualification de « risque », puisque l'évènement devrait perdre *de facto* son caractère aléatoire. À l'inverse, une approche subjective inciterait dans certains cas à rechercher l'état de connaissance des parties prenantes vis-à-vis du risque, au jour de sa prise en compte et non au jour de sa réalisation, comme il est parfois possible de le remarquer dans le domaine assurantiel¹²⁷.

71. Par ailleurs, le degré variable de l'imminence du dommage n'est pas anodin lorsque le risque réalisé est appréhendé par la jurisprudence¹²⁸. De même, il est également important d'insister sur le fait que le caractère aléatoire de l'évènement ne peut nullement se réduire à la certitude de la réalisation de l'évènement, puisque l'étendue exacte de ses conséquences demeure également un élément inconnu. Outre sa qualité d'évènement, le risque ne peut être désolidarisé de ses conséquences. En d'autres termes, le risque constitue l'évènement dont l'étude des finalités pourrait permettre une mesure de l'exposition aux risques à la suite de certaines décisions.

Partisan d'une approche fondamentalement téléologique, le Professeur G. Wiederkehr dénonçait ainsi « [qu'] en dissociant l'évènement du dommage et en faisant de ce dernier un

¹²⁷ La qualification de la notion de risque à un évènement passé renvoie à la notion du risque putatif et de l'admission de son caractère assurable. Lorsque le risque est déjà réalisé au jour de la souscription d'une police d'assurance, deux conceptions du risque assurable sont susceptibles d'être étudiées. La première est objective et se fonde sur la situation réelle du risque (le bien était déjà détruit ou avarié). La seconde conception est subjective et se réfère à l'existence de l'aléa dans l'esprit des cocontractants. Le contrat d'assurance ne donnera pas lieu à indemnisation si le souscripteur avait connaissance de la réalisation du risque lors de la souscription de sa police, mais la question demeure âprement débattue dans l'autre hypothèse (Lamy Assurances 2009, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2009, n° 108). Pour une appréciation de la conception subjectiviste du caractère assurable d'un risque par la jurisprudence, V. Cass. Civ 1^{ère}, 7 mars 2000, R.G.D.A., 2000, p. 565, note. M. H. MALEVILLE ; par une palinodie l'année suivante, la première chambre civile de la Haute juridiction a opté pour une conception objective de l'aléa (en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2001, R.G.D.A., 2001, p. 675, note J. KULLMANN ; J. BIGOT, Chron. droit des ass., JCP 2001, I, 303, p. 483).

¹²⁸ Au visa de l'article 1147 du Code civil, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles daté du 18 octobre 1990, les magistrats de la Haute juridiction relevèrent, « qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'avant l'accident, certains participants à l'excursion avaient, comme M. X..., plongé du bateau, sans que les moniteurs interviennent, de sorte qu'ils avaient méconnu l'obligation de vigilance qui leur imposait de mettre en œuvre les moyens dont ils disposaient pour faire cesser, dès sa première manifestation, une activité dangereuse et prévenir ainsi un risque d'accident dont l'imminence ne pouvait pas leur échapper, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui s'en déduisaient légalement » Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1993, n° 91-16504, Bull. 1993, I, N° 152, p. 103.

effet simplement possible de l'évènement envisagé comme risque, [la notion] fait place à l'équivoque, car le risque réside non dans l'évènement mais dans ses éventuelles conséquences dommageables »¹²⁹. Pour une analyse exhaustive tant des évènements que de leurs conséquences éventuelles, le risque doit donc être étudié au regard du possible avènement de l'évènement, considéré comme un résultat préliminaire, et à la lumière des conséquences potentielles qui sont susceptibles de se produire. Toutefois, tous les évènements futurs aux conséquences incertaines ne sauraient constituer un risque. En effet, à la lettre de la définition proposée par la doctrine, il semble que la notion générale de risque suppose une intervention humaine.

2) L'intervention de l'homme, critère de la définition générale du risque

72. La définition initialement posée¹³⁰ permet de relever que la réalisation de l'évènement, son terme exact et ses potentielles conséquences, ne dépendent pas uniquement de la volonté des parties. Le risque ne répond donc pas exclusivement à des facteurs déterministes et demeure la résultante d'une multitude de faits dont l'interaction peut mener à sa réalisation. L'ensemble de ces facteurs est dès lors constitutif de l'évènement aléatoire. Plus précisément, la présence de l'adverbe « exclusivement », dans une forme grammaticale négative en relation avec la volonté des parties, permet de mettre en évidence la nécessaire intervention des parties à la concrétisation de l'évènement¹³¹. En effet, l'implication des parties dans le processus menant à la réalisation de l'évènement permet de qualifier l'évènement comme étant aléatoire.

73. En droit, et sans être littéralement assimilé à la notion de risque¹³², l'aléa - du latin *alea* signifiant « dé, jeu de dés » - se distingue du hasard qui se définit classiquement « comme un processus non lié à une cause ou à un évènement imprévu, autrement dit à un

¹²⁹ G. WIEDEKHER, Editorial, *Riséo*, 2010, N° 1, p. 3.

¹³⁰ V. *supra*, n° 69.

¹³¹ En droit des affaires, l'intervention des parties peut notamment se cristalliser sous le prisme des directives émanant des organes décisionnels de l'entreprise, de ses partenaires ou encore de faits ou méfaits de ses concurrents.

¹³² Le risque se révèle à la mesure de la perception d'un aléa, d'un éventuel évènement menaçant potentiellement préjudiciable pour les personnes qui le supportent ou pour une communauté d'individus (D. MELLONI, « Qu'est-ce qu'un risque collectif ? », *Riséo*, N°1, 2010, p. 6).

processus pouvant se produire sans que l'homme n'intervienne »¹³³. Inversement, l'aléa induit, pour que le jeu puisse se dérouler, l'intervention de l'homme. La doctrine définit l'aléa comme « un élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats »¹³⁴.

La doctrine circonscrit la notion comme « l'évènement provoqué par l'homme et dont les conséquences sont déterminées par le hasard (...) [et le] hasard est donc le mode opératoire qui se produit suite au lancer de dés, c'est-à-dire suite à l'aléa, lui même déterminé comme la cause de l'enchaînement des circonstances indépendantes »¹³⁵. Dans le même sens, les origines du terme « hasard¹³⁶ », qui proviennent de l'arabe *Al zahr*, et signifiant également¹³⁷ « jeux de dés », corroborent la nécessaire intervention humaine contenue dans la définition de l'aléa. La réalisation du risque et les conséquences exactes qui y sont attachées ne dépendront donc pas uniquement du lancer de dés, de l'intervention humaine¹³⁸. En d'autres termes, le risque s'avère l'addition de « l'intervention de l'homme », agent « partie prenante » du risque, et d'un ensemble de causes extérieures échappant à sa maîtrise donnant lieu à un certain résultat.

74. Comme annoncé *in limine*, si tous les risques peuvent être qualifiés d'évènements aléatoires, l'inverse n'est pas nécessairement exact. En effet, l'implication d'un

¹³³ L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa, thèse, Lille, 2003, 618 p, spéc. p. 1.

¹³⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 53, V° Alea.

¹³⁵ L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, thèse, LGDJ, Tome 457, Paris, 2009, p. 3.

¹³⁶ Ce seraient Empédocle d'Agrigente (494-435 av. J.C.) et Anaxagore de Clazomènes (500-428 av. J.C.) qui furent les premiers à introduire la notion de hasard, lorsqu'ils considérèrent « [qu'] il n'y a pas de transformation, de naissance véritable, car rien ne vient de rien et qu'il n'y a seulement des combinaisons de petits corpuscules » in G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 30.

¹³⁷ Par ailleurs, il est également intéressant de noter que la chance - en latin *cadentia* - désigne la chute des dés et une certaine étymologie orientale de hasard - *azar* - désignerait le point gagnant (J.-Ch. PRADIER, La notion de risque en économie, *op. cit.*, p. 14).

¹³⁸ L. Pellitteri Williatte relevait à cet effet, que « l'homme est donc à l'origine de la notion d'aléa, de par son action et sa volonté. Ce constat nous permet d'affirmer qu'il n'y a d'aléa que parce que l'homme agit et se meut au sein de la société en Être conscient et doté de volonté. Est-ce dire que l'homme est celui qui crée l'aléa et qu'à ce titre, il peut exercer une influence sur ce phénomène ? La réponse est résolument négative, car si la volonté de l'homme est à l'origine du jeu et du lancer de dé, elle perd toute influence une fois les dés lancés. En d'autres termes, une fois le jeu actionné par le lancer de dés, l'action échappe à la volonté de l'homme » L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables, *op. cit.*, p. 2.

agent humain ordonne une distinction de principe¹³⁹ avec la notion de « force majeure », qui pourrait, du fait notamment de sa qualité de cause étrangère imprévisible, s'apparenter à la notion de risque. En effet, la prise en compte par la science juridique des événements de force majeure diffère sensiblement de l'appréhension qui peut en être faite d'autres événements aléatoires, des risques, et ces différences « justifient la consécration par les rédacteurs du Code civil du principe selon lequel tout dommage résultant de la force majeure ne peut être imputé à l'homme et par conséquent, ne peut être indemnisé »¹⁴⁰. De plus, les événements de force majeure, dont l'irrésistibilité est une caractéristique pérenne, permet également de mettre en lumière les différences existantes avec la notion, objet de l'étude, au regard des actions préventives qui pourraient être mises en place pour anticiper la réalisation de ceux-ci. En filigrane, l'objectif de cette étude est de percevoir la résistibilité de certains événements, afin de prévenir les conséquences qui pourraient y être attachées ; bien que la logique voudrait effectivement, que l'évènement irrésistible ne puisse par nature subir de traitements correctifs permettant d'annihiler ses conséquences néfastes.

75. Enfin comme le relevait très justement Lina Pellitteri-Williatte dans le cadre de son étude sur les événements aléatoires, la réalisation du hasard peut mener à différents résultats, « soit le hasard ne produit aucun événement, dans cette hypothèse, le lancé de dés n'a aucune conséquence. Soit à l'inverse, le hasard provoque un événement. Dans ce cas de figure, l'évènement causé est qualifié d'évènement aléatoire puisqu'il est le résultat du lancer de dés et de l'intervention du hasard. Une alternative se présente alors. Soit l'évènement aléatoire n'entraîne aucun dommage, soit à l'inverse, il est la cause d'un préjudice »¹⁴¹. Cette dernière hypothèse mérite la plus grande attention, puisqu'elle demeure la raison principale de l'engouement suscité par la notion de risque. En effet, reprise par la majorité des lexiques juridiques, la réalisation de l'évènement aléatoire « peut » occasionner un dommage.

¹³⁹ Des similitudes peuvent être observées entre les notions de « force majeure » et « [d'] événement aléatoire ». Le risque, ayant pour cause un aléa et dont les effets sont produits par le hasard, pourrait être considéré comme un événement imprévisible et irrésistible. Toutefois, la force majeure, qui puise sa cause dans des événements dénués de toute maîtrise humaine, à l'instar des cyclones ou séismes, ne peut se confondre avec la notion de risque. Dans le sens contraire, la pratique a créé la catégorie des « risques naturels », au sein de laquelle se retrouve des événements susceptibles de recevoir la qualification d'évènements de force majeure, et contribue ainsi à l'enchevêtrement et à la confusion des deux notions.

¹⁴⁰ L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴¹ *Ibid.*

B) Le risque, un évènement potentiellement dommageable

76. L'étude des conséquences potentielles susceptibles d'intervenir en cas de réalisation du risque est d'une importance capitale dans l'analyse de la notion puisque l'absence de certitude de la nature des conséquences d'un risque permet d'attribuer une dimension scientifique au concept (1). En effet, si la définition générale retenue dans le cadre de cette étude implique qu'une prise de risque peut induire des conclusions préjudiciables, elle admet incidemment que le résultat d'une prise de risque peut s'avérer positif pour l'entreprise qui en est à l'origine (3). Toutefois, lorsque la nature des risques est précisée, il est des définitions qui nient ou éludent cet aspect favorable que la notion doit recouvrir (2).

1) La dimension scientifique du concept de risque

77. Pour rappel, le risque est défini comme « l'éventualité d'un évènement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage »¹⁴². Dès lors, cette définition permet, par la présence du participe présent du verbe pouvoir, de mettre en lumière la potentialité d'un dommage comme une conséquence envisagée d'un évènement aléatoire. Cette caractéristique n'est pas anodine, puisqu'elle permet de donner une dimension scientifique au concept en y introduisant la notion de probabilité de réalisation d'un dommage. Cette perception du risque comme une menace, qui peut prendre la forme d'un dommage ou « causer la perte d'un objet », a donné lieu à une littérature abondante et a donné naissance à de nouvelles sciences, telle que l'accidentologie ou la science des dangers, les cyndiniques.

78. En nuanciant la potentielle conséquence liée à la réalisation du risque, l'approche téléologique de la notion révèle une acception duale des finalités du risque. Si l'évènement aléatoire peut causer un dommage comme le relève la majorité de la doctrine, les conséquences d'un évènement aléatoire peuvent aussi apparaître comme non dommageables pour l'entité à l'origine de la prise de risque, et donc se révéler positives pour celle-ci. Tel le

¹⁴² Lexiques des termes juridiques 2013, ss. dir. S. GUINCHARD, T. DEBARD, 20^{ème} éd. *op. cit.*, p. 815.

Dieu Romain Janus aux deux visages, l'évènement aléatoire doit nécessairement être abordé selon ces deux aspects, positifs et négatifs, si l'entreprise désire bénéficier d'un véritable avantage concurrentiel dans le cadre de la gestion de ses risques. Reprise par la locution populaire, « qui ne risque rien n'a rien ! », la justesse d'une prise de risque peut être source de création de valeurs pour l'entreprise. Cette dernière affirmation mérite d'être soulignée et justifie que le risque doit cesser d'être assimilé à la seule notion de préjudice. Toutefois, force est de constater que les diverses études portant sur la notion sont davantage orientées vers la prévention des éventuels préjudices consécutifs à la réalisation de risques.

Appliquées aux différents domaines du droit, les définitions juridiques contemporaines de la notion restent peu ou prou similaires à la définition initialement posée au début du XXème siècle, lorsqu'elles relèvent l'éventualité de la survenance d'un dommage¹⁴³. En dépit de ces similitudes, il sera toutefois relevé que certaines branches du droit ont contribué à la polysémie de la notion, tantôt en définissant le terme de manière spécifique selon la matière juridique à laquelle la notion s'applique, tantôt en définissant le terme de manière particulière selon le type de risque considéré.

2) Les définitions de risques contribuant à nier l'aspect positif de la notion

79. Tout d'abord, il est à préciser que, berceau de la notion, le droit des assurances a fait sienne une conception particulière du terme en assimilant le concept à sa mesure. En effet, pierre angulaire du domaine assurantiel, le risque est défini comme « un évènement aléatoire dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré (...) constitu[ant] l'objet même du contrat d'assurance, dans la mesure où l'opération réalisée par celui-ci est caractérisée par la garantie du risque, beaucoup plus que par la prime ou par l'indemnité d'assurance »¹⁴⁴. Aussi, les praticiens du domaine des assurances ont concouru à l'approximation de la notion, puisque ce vocable peut englober indifféremment « la nature de l'évènement aléatoire, le siège de cet évènement, ainsi que les conséquences de celui-ci »¹⁴⁵. Par métonymie, une confusion naquit et le risque se confond aujourd'hui avec sa mesure.

¹⁴³ En ce sens, mais méritant une réserve, « la notion de risque possède[rait] un sens fondamental et commun à toutes les matières qu'elle innerve, d'évènement aléatoire, fait générateur d'un dommage » N. VOIDEY, *Le risque en droit civil, op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁴ Lamy Assurances 2012, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2012, n° 90.

¹⁴⁵ « Le mot risque est chargé d'ambigüités. Il répond à trois sens possibles : dans une première acception, le risque désigne l'évènement aléatoire fait générateur du dommage dont la survenance est envisagée (...). Une

80. Par ailleurs, par l'adjonction d'un qualificatif précisant la nature des événements aléatoires, les définitions juridiques du terme ont également contribué, à travers les différents domaines que le concept innerve, à la polysémie de la notion. Le principal écueil apparaît lorsque ces définitions induisent que le risque ne saurait constituer un événement favorable et demeure nécessairement cantonné à des événements aux conséquences néfastes, voire dévastatrices. Dans ces hypothèses, l'évènement heureux se cristalliserait uniquement par la non réalisation de l'évènement initialement qualifié de risque.

Pour illustration, les risques sanitaires désignent, à la lumière de l'article 1142-1 du Code de la santé publique, « un terme générique [permettant de déterminer] l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale dont les conséquences préjudiciables pour le patient (...) [sont réparées] au titre de la solidarité nationale ». Outre la détermination du débiteur définitif de l'obligation de paiement, la définition du risque sanitaire permet de relever que l'accident médical, l'infection iatrogène ou nosocomiale constituent l'évènement aléatoire. Nécessitant l'intervention humaine, l'opération médicale réalisée par les chirurgiens (le lancé de dé), l'infection nosocomiale (le risque réalisé) est contractée par le patient (cible du risque) du fait de la présence de bactéries (nécessitant l'intervention d'une multitude de causes extérieures) proliférant dans un milieu hospitalier. La réalisation d'un risque sanitaire est alors préjudiciable, tant pour le patient dont l'état de santé s'aggrave et dont la mort devient une des conséquences envisageables, que pour l'établissement de santé dont la réputation est mise à mal et qui subira l'augmentation de ses primes d'assurances couvrant sa responsabilité civile professionnelle à la suite de la réalisation dudit risque.

Dans le même sens, les risques naturels, définis à l'article L. 561-1 du Code de l'environnement comme étant « le[s] risque[s] prévisible[s] de mouvements de terrain, ou d'affaissements de terrain dus à une cavité souterraine ou à une marnière, d'avalanches, de crues torrentielles ou [une] montée rapide ou de submersion marine menaç[ant] gravement

deuxième acception du mot risque désigne son objet, c'est-à-dire l'élément du patrimoine ou la personne menacée par le risque événement. (...) Enfin, dans une troisième acception, le mot risque désigne les dommages survenus, du fait de l'évènement » *Ibid.* ; *adde.* « Il importe de ne pas confondre le risque proprement dit et le caractère aléatoire du contrat d'assurance. Ces deux notions ne se superposent pas exactement. Le risque est un événement, un fait, dont la survenance est incertaine (...) En premier lieu, l'incertitude porte sur la réalisation de l'évènement – le risque proprement dit – et, en second lieu, l'incertitude porte sur la perte ou le gain qui en résultera. Le caractère aléatoire du contrat exige la réunion de ces deux facteurs », Lamy Assurances 2003, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2002, p. 122, spéc. n° 98.

¹⁴⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, Risques et assurance des entreprises, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 1991, p. 35, cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 27.

des vies humaines » sont un exemple additionnel de l'unique prise en compte de l'aspect néfaste, voire dévastateur, que peut recouvrer la notion.

81. Inversement, dans certaines hypothèses, la branche assurantielle, en procédant à des classifications pragmatiques des risques en relation avec les produits d'assurances proposés à la souscription, a révélé des risques dont la réalisation constitue nécessairement un événement heureux. La nomenclature des activités des organismes mutualistes consacre effectivement une catégorie (n° 21) portant sur les risques de « nuptialité et natalité »¹⁴⁶ et dont les contrats sont définis comme « toute opération ayant pour objet le versement d'un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants »¹⁴⁷.

Dans d'autres hypothèses, certaines branches juridiques définissent le terme avec une certaine neutralité, un caractère objectif, en ne laissant pas subodorer la nature des conséquences qui y sont attachées. A titre d'illustration, le droit social précise la notion de « risque professionnel » comme étant « le risque inhérent à l'exercice d'une profession ». Bien que postulat de la réparation des accidents du travail par l'employeur, la définition du risque professionnel n'implique pas uniquement des événements malheureux. Néanmoins, il est fait recours à cette notion dans le dessein d'une information à destination des salariés du fait de leur exposition aux risques d'accidents ou de maladies générés par l'activité de l'entreprise ; or, en dépit de cette apparente neutralité, il n'en demeure pas moins que le risque professionnel ne peut se concevoir qu'au regard de conséquences particulièrement néfastes, où l'évènement heureux se concrétiserait uniquement par sa non réalisation.

Le risque présente donc deux caractéristiques fondamentales. Si son caractère aléatoire impliquant l'intervention de l'homme permet la qualification du risque, l'appréhension de la dualité de la nature de ses conséquences doit également être prise en compte afin de déterminer le périmètre de cette notion.

¹⁴⁶ Toutefois, le propos mérite d'être précisé car ce genre de produits d'assurances se révèle davantage comme des produits d'épargne qui prévoient comme déclencheur un résultat aléatoire. Plus précisément, l'article R. 331-3 du Code des assurances définit cette modalité d'épargne comme des provisions techniques d'assurance « nuptialité-natalité ».

¹⁴⁷ C. ass., art. R. 321-1, n° 21.

3) Le caractère dual des conséquences d'un risque

82. La calligraphie de l'Empire du Milieu est un des premiers exemples permettant la présentation des conséquences diamétralement opposées, qu'il est loisible d'observer lors de la réalisation d'un risque, lorsque l'idéogramme chinois révèle cet équilibre symbiotique des deux éléments constitutifs de la notion, la menace et l'opportunité. En effet, si le risque « peut » se matérialiser par des conséquences dommageables, le raisonnement *a contrario* invite à penser qu'il peut aussi se réaliser sans qu'aucune conséquence préjudiciable ne soit à observer, ou alors se réaliser et produire des conséquences positives pour l'entreprise à l'origine de cette prise de risque.

83. Appliqué au monde entrepreneurial, un risque est présent dans une entreprise parce qu'il est lié à une stratégie au sens large du terme¹⁴⁸ qui sera l'occasion d'accroître la valeur de l'entreprise et qui se matérialise sous le prisme de décisions prises dans le dessein de saisir une opportunité¹⁴⁹. Dans le même sens, les praticiens du management des risques retiennent une acception dichotomique du risque en opposant les conséquences de celui-ci. En effet, selon ces derniers¹⁵⁰, le risque se définit davantage comme « l'effet de l'incertitude sur l'atteinte des objectifs », et dont l'effet se précise comme « un écart, positif et/ou négatif, par rapport à une attente ». Dans le même sens, la doctrine retient que « l'évènement aléatoire est, par définition, un évènement inconnu susceptible de se réaliser de manière intempestive [et dont la] réalisation peut entraîner un évènement heureux comme un dommage lourd de conséquences pour la victime »¹⁵¹. De même, l'économiste Courcelle-Seneuil relevait aussi, que « le risque économique pouvait à la fois se démontrer comme destructeur ou créateur »¹⁵².

¹⁴⁸ La seule présence de l'*affectio societatis* suffirait à corroborer ce propos. Peu importe la nature du risque, le risque est pris ou subi dans le seul dessein d'accroître les bénéfices de l'entreprise que se partageront les associés.

¹⁴⁹ Les opportunités sont généralement liées à la conquête de nouveaux marchés ou à l'optimisation de la production, grâce au recours à des procédés de fabrication innovants, et dont l'objectif premier est la recherche d'un avantage concurrentiel.

¹⁵⁰ AFNOR, Management des risques, Afnor Editions, Coll. Recueil normes, La Plaine Saint Denis, 2010, 306 p.

¹⁵¹ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, cité in L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵² Plus précisément, Courcelle-Seneuil décrivait la dualité des conséquences du risque économique en fonction de la politique économique pratiquée au moment de la prise du risque. « Il s'avérait destructeur lorsque le libéralisme perdait en intensité et créateur quand les idées libérales dominaient le monde des affaires (...) Le risque est un Janus à deux faces : pris sans précaution il conduit aux pertes, assumé avec prudence il débouche

84. Par ailleurs, comme il a déjà été relevé¹⁵³, il apparaît parfois que seule la non réalisation du risque est susceptible de constituer une conséquence positive¹⁵⁴. Ainsi, et de manière récurrente, la non réalisation du risque est alors un résultat escompté par l'entreprise qui devra mettre en place des dispositifs préventifs afin que ce dernier ne se réalise pas. De nombreux auteurs plaident toutefois en faveur de la seule facette négative du risque. Cette idée est possiblement liée à l'appréhension psychologique qui peut être faite du concept, particulièrement révélée dans un climat économique délétère ou fluctuant. En effet, cette analyse erronée est souvent réalisée dans une tentative de se prémunir contre tout ce qui peut être source de risque et qui conduit à omettre les aspects bénéfiques que peut recouvrir la notion¹⁵⁵. Pourtant, le caractère dual des conséquences d'un risque est fondamental dans l'approche de cette étude sur les risques puisque, outil d'optimisation de la gestion juridique des entreprises, l'audit de risques doit prendre en compte, outre les différents écueils à éviter, les opportunités à saisir pour accroître la valeur de l'entreprise. Dans le même sens, l'anticipation du risque, par la mise en place de mesures préventives, qu'elles l'annihilent, en diminuent l'occurrence ou l'étendue des conséquences, pourra également constituer une opportunité. En substituant la réalisation d'un risque aux conséquences fondamentalement néfastes à un événement de moindre ampleur, la réalisation du risque peut être envisagée comme un événement aux conséquences positives pour l'entreprise.

85. De la même façon, le droit français permet également de percevoir la non réalisation d'un risque comme étant susceptible de se matérialiser comme une opportunité, lorsqu'il apparaît que les mécanismes de la responsabilité civile autorisent l'indemnisation d'un préjudice suite à la perte de chance. Autoriser l'indemnisation d'une perte de chance implique que le droit considère qu'une probabilité, dont l'évènement fautif vient parasiter certaines causes aléatoires de l'évènement primaire, est susceptible de donner lieu à

sur des profits. Dans le premier cas, il détruit de la valeur - et donc du capital -, dans le second il crée de la valeur et augmente le capital de la firme » in M. LUC, Le risque chez Courcelle-Seneuil : une approche éclectique et libérale au milieu du XIXe siècle, *Vie & sciences de l'entreprise*, 2012/2, N°s 191-192, pp. 118-131.

¹⁵³ V. *supra*, n° 80.

¹⁵⁴ V. G. WIEDERKHER, préf. de N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁵ Pascal Bruckner, reprenant la notion de sécurité ontologique développée par Anthony Giddens en 1991, relevait « la dérive cataclysmique gangrèn[ant] notre société occidentale car elle se structure autour d'une angoisse du progrès. L'homme moderne est inquiet et manifeste cette inquiétude sous la forme d'un besoin sécuritaire, d'un contrôle latent » cité in V. ERNE-HEINTZ, *Penser le risque résiduel: l'improbable catastrophe*, *Riséo*, n°3, 2012, pp. 16-17.

compensation. Ce particularisme se décèle tant dans les traits généraux de la notion de risque que dans les risques présents dans le monde de l'entreprise. Néanmoins, si les principales caractéristiques générales de la notion se retrouvent dans les risques de l'entreprise, l'hétérogénéité des événements susceptibles de se réaliser dans un tel cadre implique une nécessaire adaptation de la notion de risque lorsqu'elle a trait à l'entreprise.

C) De la notion générale de risque aux risques d'entreprise

86. La définition générale de la notion de risque pourrait être transposable au monde de l'entreprise. En effet, par une lapalissade, il serait possible d'affirmer que les risques d'entreprise auraient comme spécificité de se réaliser dans le cadre de l'entreprise. Néanmoins, à la lumière des risques susceptibles de se réaliser dans ce cadre, la définition de ces risques implique d'être moins restrictive que la définition générale dégagée par la doctrine. Ainsi, après avoir présenté le champ d'interaction des risques objet de cette étude en recourant à la notion d'entreprise (1), il conviendra de définir plus précisément les risques de l'entreprise (2).

1) La notion d'entreprise

87. Comme la notion de risque, la notion juridique d'entreprise est difficile d'appréhension et reste source de nombreuses controverses, puisque le législateur français¹⁵⁶ n'a jamais défini la notion, abandonnant cette tâche à la doctrine et à la jurisprudence.

Ainsi, la doctrine¹⁵⁷ a défini la notion d'entreprise comme « un ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif

¹⁵⁶ Dans le cadre de la poursuite des contrats de travail opérée à la suite d'une transmission d'entreprise, le législateur européen a défini l'entreprise comme « un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire » (Dir. Cons. CEE n° 77/187, 14 févr. 1977, JOCE 5 mars, n° L 61, modif. par Dir. Cons. CE n° 98/50, 29 juin 1998, JOCE 17 juill., n° L 201) ; dans le même sens, dans un règlement européen ayant trait aux méthodes d'évaluations statistiques, le droit européen retenait l'entreprise comme « une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision notamment pour l'affectation de ses ressources courantes » (Règl. Cons. CE n° 696/93, 15 mars 1993, relatif aux unités statistiques d'analyse et d'observation du système productif dans la Communauté, Annexe, Sect. III A).

¹⁵⁷ Plus précisément, il existe deux courants doctrinaux s'affrontant pour définir la notion d'entreprise (C. CHAMPAUD, *Prospective de l'entreprise in* Connaissance politique, Entreprise 1983, p. 8). En effet, le courant matérialiste met en avant « l'aspect purement patrimonial et n'y voi[t] qu'un ensemble de biens affectés à une

économique »¹⁵⁸. En dépit d'un nombre important de textes se référant directement à la notion d'entreprise¹⁵⁹, celle-ci n'a jamais été reconnue comme une personne juridique disposant d'un patrimoine propre composé de droits et d'obligations. Par conséquent, chaque fois que la loi confère des droits ou impose des obligations à une entreprise, le législateur vise incidemment la personne physique, l'entrepreneur, ou la personne morale, les sociétés ou les groupements, susceptibles de revêtir cette qualité.

Pour la jurisprudence, l'entreprise se définit grâce à un raisonnement téléologique. Selon les magistrats, l'entreprise « a pour finalité la production de biens ou de services et suppose une organisation spécifique avec un personnel affecté à la mise en œuvre des éléments de production¹⁶⁰ », ou, selon les décisions, l'entreprise constitue une entité regroupant un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique¹⁶¹. Concernant l'activité de l'entreprise, celle-ci doit être exercée de manière autonome¹⁶², bénéficier d'une coordination et d'une organisation de moyens matériels et

production. Ils ont été rassemblés par un entrepreneur, dont c'est la fonction. En droit, l'entreprise ne peut donc être qu'un objet dans le patrimoine de son propriétaire, que celui-ci soit une personne physique ou morale ; les contrats et autres actes juridiques passés par l'entreprise ne peuvent être que ceux de l'entrepreneur, avec pour fondement le droit de propriété de celui-ci. Le courant personnaliste insiste sur le rassemblement des moyens humains indispensables à l'exploitation et sur la création de deux groupes d'apporteurs du capital et d'apporteurs du travail. Cette collectivité humaine est dotée d'intérêts propres, lui conférant la qualité de sujet de droit. Dès lors, la propriété des moyens matériels perd de son importance » *in* A. LEVI et al., *Lamy Droit Commercial* 2013, Lamy, n° 4.

¹⁵⁸ L. IDOT, *La notion d'entreprise*, *Rev. Sociétés* 2001, p. 191, n° 8 et s. ; également, V. G. BLANC, *Les frontières de l'entreprise en droit commercial*, D. 1999, chr., p. 415 ; P. LE CANNU, *La notion juridique d'entreprise*, *LPA*, 1986, p. 19 ; T. TARROUX, *La notion d'entreprise*, *JCP N* 2002, n°4, 1684 ; J. PAILLUSSEAU, *Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle*, D. 2003, p. 260 et 322 *in* A. LEVI et al., *op. cit.*, n° 4 et s.

¹⁵⁹ Les exemples sont nombreux et concernent les différentes branches du droit des affaires. Pour illustration, l'article L. 420-2 du Code de commerce prohibe toute exploitation abusive « par une entreprise ou un groupe d'entreprises » d'une position dominante. Dans le même sens, l'article 101 du TFUE vise des « accords entre entreprises » et l'article 82 du même Traité « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter ». De surcroît, le législateur reconnaît la responsabilité de l'entreprise pourtant dénuée de personnalité juridique à travers l'alinéa 2 de l'article L 121-29 du Code de la consommation relatif au démarchage et à la vente à domicile en relevant que « l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs, même indépendants, qui agissent pour son compte ». Par ailleurs, le législateur admet également l'existence de l'entreprise autour de laquelle il a conçu le droit des procédures collectives, le droit des entreprises en difficultés. Toutefois, lorsque le législateur emploie le terme « entreprise » en pareille matière, l'entreprise peut recouvrir différents sens ; l'entreprise est parfois analysée comme un objet de droit dont la loi organise la cession ou l'administration, ou comme un sujet de droit disposant d'un actif, d'un passif et de droits. En ce sens, V. J. PAILLUSSEAU, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, D. 1999, chr., p. 157, *in* *Mémento pratique F. Lefebvre Droit commercial* 2013, sous dir. B. MERCADAL, Francis Lefebvre, 2013, spéc. n° 2006.

¹⁶⁰ En ce sens, V. notamment, CA Rouen 18 décembre 1996 ; Cass. soc. 11 octobre 2006, n° 2272 : *RJDA* 12/06 n° 1215.

¹⁶¹ CA Montpellier 7 mai 1987 : *GP* 1988.39.

¹⁶² Il a été jugé que certains franchisés ne sauraient recevoir la qualification d'entreprise dès lors que leur activité se confond avec celle de leur franchiseur : CA Aix 4 mars 1983 : *Bull. Cour d'Aix* 1983/1 p. 4 ; dans le même sens, lorsque l'activité d'une société n'est pas exercée pour son propre compte, celle-ci ne saurait recevoir la

humains pour réaliser un objectif déterminé¹⁶³ et, surtout, l'activité de l'entreprise doit nécessairement avoir un caractère économique¹⁶⁴. En effet, si la jurisprudence met en avant trois critères cumulatifs permettant de définir l'entreprise, le caractère économique de l'activité demeure néanmoins un critère prépondérant selon la jurisprudence¹⁶⁵. Enfin, à titre de précision, le critère de l'activité économique n'implique pas nécessairement la recherche de bénéfices¹⁶⁶. Si la notion d'entreprise permet donc de circonscrire le champ d'interaction des risques de l'entreprise, l'appréhension des différents événements susceptibles d'être identifiés dans l'entreprise révèle que la notion de risques d'entreprise est plus extensive que la définition générale de risque.

2) La notion de risques d'entreprise

88. A l'aune des définitions retenues des notions générales de risque et d'entreprise, il serait donc possible par analogie de définir les risques de l'entreprise comme tout événement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, identifié à l'occasion d'une activité économique ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un préjudice. Toutefois, il existe une différence fondamentale entre la prise en compte d'un événement aléatoire de manière générale, d'un risque, et des risques d'entreprise. En effet, si la définition générale du risque implique la nécessité d'une intervention humaine, la définition du risque d'entreprise, qui sera retenue dans le cadre de cette étude, doit s'exonérer

qualification d'entreprise : CE 29 janv. 1982 : Lebon 41 ; aussi, relevant l'autonomie de l'activité de l'entreprise devant poursuivre un objectif propre : CJUE 11 mars 1997 : Rec. I 1259.

¹⁶³ CA Lyon 20 octobre 2011, n° 11/03097 ; CA Paris 29 février 2000 : BAF 30/01 n° 217.

¹⁶⁴ En effet, l'entreprise nécessite la rencontre de moyens matériels et humains coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé (en ce sens, V. CA Montpellier 7 mai 1987, jurispr. préc.) ; *adde* CA Rouen 13 octobre 1987 : GP 1988.38 ; CA Paris 28 mai 1986 : D. 1987.562 note BOLZE ; pour illustration, une collectivité locale ne dispose pas d'une activité économique (Cass. civ. 30 mars 1994 : D. 1994. 500 note ALEXANDRE).

¹⁶⁵ En effet, si le critère de l'exercice autonome de l'activité est de l'essence même de toute entreprise, et que l'existence de moyens appropriés à l'exercice de l'activité demeure une évidence, la présence de personnel demeure un critère non déterminant, puisqu'il est acquis que l'exercice d'une activité économique sous la forme d'une entreprise individuelle revêt la qualification d'entreprise. Dans le même sens, il a déjà été tranché que l'absence de personnel n'était pas un obstacle à la qualification d'entreprise (en ce sens, CA Bourges 1^{er} juillet 1970 : D. 1971.63, note F.E. ; CA Pau 3 juillet 1963 : JCP. G. 1963, II, 13427 note VOIRIN).

¹⁶⁶ A titre d'exemple, les associations qui exploitent des cliniques, des courses hippiques, des spectacles, des services touristiques, des centres d'aide ménagère, des centres de loisirs, des centres de formation et d'éducation, des radios locales privées, en dépit du fait qu'elle ne recherchent pas systématiquement la réalisation de bénéfices, peuvent recevoir la qualification d'entreprise (par exemple, pour une société hippique, V. CA Rouen 14 février 1985, *in* Mémento pratique F. Lefebvre Droit commercial 2013, ss. dir. B. MERCADAL, Francis Lefebvre, 2013, spéc. n° 2025).

de ce critère pour englober l'ensemble des risques susceptibles de se réaliser dans le cadre d'une entreprise¹⁶⁷. Par exemple, les risques naturels, à l'instar des cyclones, des tempêtes, des séismes sont des événements, sources de risques, auxquels le législateur porte une attention particulière en terme de prévention et de protection des populations voisines de certaines entreprises¹⁶⁸. Ainsi, à défaut d'une prévention suffisante contre toutes les conséquences négatives inhérentes à la réalisation de ces risques, la responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants peut être mise en cause.

89. Ensuite, la spécificité de la notion d'entreprise implique que les risques peuvent être présents dès la création de l'entreprise et peuvent être observés à chacune des différentes strates de l'activité économique.

En premier lieu, les risques sont présents dans l'entreprise dès le début de son activité. En effet, ils existent déjà lors du choix du statut juridique permettant l'exercice de l'activité de l'entreprise, à travers les différents contrats qui ont été signés au nom et pour le compte de l'entreprise en cours de formation, ou dans le choix du montant de la souscription du capital social en cas d'exercice sous la forme d'une société.

En second lieu, les risques d'entreprise peuvent être identifiés à chaque étape de l'activité économique de l'entreprise. En effet, les risques peuvent être observés dans l'entreprise au sein des activités de production et peuvent concerner des domaines aussi variés que les risques de rupture de stocks liés à la gestion des fournitures (risques opérationnels), ou encore ceux relatifs à la sécurité des salariés dans le cadre de la fabrication des marchandises dans les usines (risques industriels). Ils peuvent également être identifiés à l'occasion des activités de gestion de l'entreprise (risque commercial) ou concerner l'aspect comptable et financier à travers une bonne estimation de ses besoins en fonds de roulement, de sa capacité d'autofinancement, des calculs des marges commerciales permettant d'assurer la rentabilité de l'activité déployée (risques financiers).

¹⁶⁷ Dans l'hypothèse où l'intervention humaine peut constituer une des causes menant à la réalisation du risque dans l'entreprise, les risques de l'entreprise apparaissent alors comme la résultante de l'intervention de ses parties prenantes, telle que la direction générale optant pour la prise d'une décision stratégique, additionnée à un ensemble de facteurs pouvant être schématiquement nommés la conjoncture socio-économique, conjoncture extérieure, ou encore dans son acception scientifique les relations causales externes.

¹⁶⁸ V. *infra*, n° 698 et s.

90. Il en résulte que la notion de risque est difficile d'appréhension et que sa définition est un exercice particulièrement malaisé¹⁶⁹. Toutefois, fort des différentes définitions proposées par la doctrine, il est possible d'élaborer une définition générale de la notion admise par la majorité de la doctrine. Aussi, à travers la détermination du champ d'application des risques analysés dans le cadre de cette étude, il est nécessaire de mettre en lumière une définition des risques de l'entreprise qui recèlent la singularité, nonobstant les activités auxquelles la notion s'applique, de s'exonérer de la nécessaire intervention humaine présente dans la définition générale de la notion.

91. Par conséquent, pour que la définition des risques d'entreprise puisse prendre en compte, d'une part, la diversité des risques susceptibles de se réaliser dans une entreprise et, d'autre part, le caractère hétérogène de la nature des conséquences d'un risque, la définition des risques d'entreprise doit être moins restrictive que la définition générale de la notion. Dès lors, en se référant à la définition initialement dégagée par la doctrine, les risques d'entreprise se définissent comme tout évènement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, pouvant être identifié à l'occasion d'une activité économique, ne dépendant pas nécessairement de la volonté des membres de l'entreprise, et dont les conséquences peuvent être préjudiciables ou constituer une opportunité pour cette dernière.

Malgré les différents écueils rencontrés pour précisément cerner l'objet de cette étude, la notion est actuellement en plein essor et suscite un engouement lié au profond désir éprouvé par l'homme depuis des siècles : celui de pouvoir anticiper l'avenir.

Section 2 : La prévention de l'évènement aléatoire

92. Dans le cadre de son rapport à l'Assemblée générale dans sa séance du 17 Ventôse de l'an XII portant sur les contrats aléatoires, le tribun Siméon écrivait que « l'audacieuse activité de l'esprit humain ne se renferme pas dans le cercle étroit des besoins. Ne se bornant pas même à l'immensité des choses que la nature et l'industrie ont mises à notre

¹⁶⁹ N. Voidey érigeait une conclusion similaire en appréciant que « la notion de faute génératrice de responsabilité, [tout comme] la notion de risque, par la multitude de sens qu'elle recouvre, ne se prête pas à une définition juridique abstraite, du moins à une définition qui rendrait compte de l'infinie variation de sens de ses critères de caractérisation » N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, *op. cit.*, p. 30.

disposition, elle a entrepris de soumettre à ses calculs et ses spéculations ce qui ne nous appartient pas, ce qui est hors de notre dépendance, le hasard lui même »¹⁷⁰.

Toutefois, comme pour la somptueuse capitale italienne aux sept collines, analyser méthodiquement le risque ne s'est pas fait en un jour. La fascination du monde scientifique pour la notion de risque est intimement liée à la découverte, au cours du XVIIème siècle, de l'opportunité offerte à l'homme de pouvoir prévenir les événements aléatoires (§ 1). Cette mesure du risque, par l'examen approfondi de ses multiples composantes, a induit une approche différente au sein des sciences juridiques et économiques. En effet, si l'incertitude demeure pour les juristes une notion équivalente à la notion de risque, les économistes, influencés par les études mathématiques en la matière, ont procédé à une nette distinction des deux notions (§ 2).

Paragraphe 1 : Les origines de la prévention scientifique du risque

93. Bien que le terme risque soit d'apparition tardive, la notion est initialement étudiée par les philosophes, de l'antiquité grecque à la période moderne, qui avaient recours à des notions lui étant proches, comme la cause ou le hasard (A). C'est toutefois l'étude scientifique de la notion qui lui a conféré l'attrait qui lui est aujourd'hui reconnu (B).

A) La découverte de la prévention du risque par les philosophes

94. Si vingt deux siècles furent nécessaires pour poser les jalons de la notion de risque, cette dernière fait aujourd'hui l'objet d'une littérature particulièrement abondante. Étudiées par les plus grands philosophes de l'antiquité grecque, les notions de cause ou de hasard ont alors permis d'esquisser les premières analyses de la notion de risque (1). Toutefois, ces périodes marquées du sceau de croyances divines n'ont eu que peu d'écho au cours des siècles suivants et il fallut attendre les travaux de pragmatiques savants scientifiques pour constater la résurgence de la notion (2).

¹⁷⁰ SIMEON, cité in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, trad. par P. A FENET, Tome XIVè, Paris, p. 548.

1) L'introduction des notions de hasard et de cause, prélude de la notion de risque

95. « Les êtres naissent tous, soit toujours, soit généralement, ce qu'ils sont ; ce qui naît en dehors de cette constance ou de cette généralité résulte de la fortune ou du hasard »¹⁷¹ affirmait Empédocle d'Agrigente dans son ouvrage *De Generatione*. Les pythagoriciens Empédocle d'Agrigente (494-435 av. J.C.) et Anaxagore de Clazomènes (500-428 av. J.C.) furent ainsi les premiers à introduire la notion de hasard, dont la réflexion pourrait se résumer par la célèbre expression, « rien ne vient sans rien », mais dont l'utilisation du terme est avancée pour répondre à tout ce qui ne peut être explicité.

96. Leucippe (460-370 av. J.C.), fondateur de la théorie atomiste, sera alors le premier à s'affranchir des contingences métaphysiques ou religieuses afin de déterminer, dans son ouvrage *De Intellect*, que « nulle chose ne se produit fortuitement, mais toutes choses procèdent de la raison et de la nécessité »¹⁷². Toutefois, il fallut attendre Simplicius de Cilicie (480-549), rapportant des propos de Leucippe, pour percevoir pour la première fois la justification de cette théorie. Alors que Leucippe avançait que des corpuscules avaient formé le monde, sans emprise réelle de la nature, par un concours fortuit, Simplicius de Cilicie rapportait que c'était davantage les heurts des atomes (corpuscules) et les mouvements aléatoires consécutifs à ces chocs qui constituaient réellement ce que Leucippe nommait la nécessité, le hasard¹⁷³.

97. Par ailleurs, Platon (427-347 av. J.C.), pour qui la notion de cause était le principe même des choses, de leur existence, influença son disciple, Aristote (384-322 av. J.C.), qui introduisit la théorie de la relation causale. Il considérait, que la cause répondait à la vérité d'une proposition et que la relation causale était « le lien entre des propositions telles que la vérité connue de l'une entraîna[it] la vérité de l'autre. Il n'y a de cause assignable à un

¹⁷¹ En dépit du fait que l'introduction du concept de hasard n'apparaît avec certitude qu'au XIII^{ème} siècle, les citations traduites par les spécialistes recourent à l'usage du terme hasard, considéré comme le terme le plus juste pour refléter la pensée des auteurs de l'époque. Empédocle d'Agrigente, *De Generatione*, cité in G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁷² *Ibid.*, p. 31.

¹⁷³ Les Présocratiques, Gallimard, Coll. Bibl. de La Pléiade, cité in G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, p. 32-33.

fait qu'à la condition qu'il puisse être reconnu dans sa relation avec un autre »¹⁷⁴. En d'autres termes, Aristote retenait, qu'il existait une causalité naturelle, qui, bien qu'inexplicable, n'en demeurait pas moins la résultante d'un concours de circonstances.

De nombreux auteurs se refusèrent d'avaliser la pensée aristotélicienne et préférèrent développer les théories atomistes, à l'instar d'Epicure de Samos ou d'Athènes (341-270 av. JC), ou des Stoïciens, qui « réhabilit[èrent] le destin, mais en introduisant, par une pensée rationnelle, l'idée d'une série multiple d'évènements liés par des rapports de conséquences »¹⁷⁵. Ensuite, les notions de cause ou de hasard connurent un certain déclin et le concept est tombé en désuétude jusqu'à l'aube de l'époque moderne.

2) Le principe de raison développé par Leibnitz, déterminant dans l'appréhension mathématique du risque

98. Les travaux sur les notions de cause et de hasard n'auront de réel écho qu'au XIIème siècle, lorsque Galilée et Newton posèrent le principe de la causalité efficiente, développée comme « une fonction mathématique de représentation d'évènements physiques (...) et conçue comme un ensemble de forces qui s'exerce sur des corps »¹⁷⁶. Mais l'évènement majeur, ayant conduit à la prévisibilité des évènements aléatoires, n'interviendra qu'au cours du XVIIème siècle grâce au principe de raison développé par Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646 - 1716). Énoncé en 1671 dans son traité *Theoria motus abstracti*, sous l'adage latin *Nihil est sine ratione seu nullus effectus sine causa*¹⁷⁷, les travaux de Leibnitz ont conduit à nier le hasard comme cause, à nier l'existence même du hasard et à donner naissance à la pensée déterministe.

99. Antoine Cournot, auteur de l'Essai sur le fondement de nos connaissances et les caractères de la critique philosophique, paru en 1851, rapprochait le hasard d'un

¹⁷⁴ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷⁶ L'auteur précise que, selon le savant italien, « la relation cause-effet est la succession nécessaire d'un évènement B (l'effet) à un évènement A (la cause), de sorte que la modification de l'un entraîne également celle de l'autre », *Ibid.*, p. 36.

¹⁷⁷ *Nihil est sine ratione seu nullus effectus sine causa* se traduit par « Rien n'est sans raison ou aucun effet n'est sans cause ». Pour Leibnitz, la cause est la raison qui détermine fondamentalement l'effet « parce que ce qui existe, existe, au lieu de ne pas exister, et parce que ceci existe justement ainsi plutôt que d'une autre façon », *Ibid.*, p. 37.

« concours de plusieurs séries de causes indépendantes pour la production d'un évènement ». Après avoir proposé une scission célèbre entre les notions de « destin » et de « hasard », Cournot relevait que des phénomènes indépendants, ou séries causales, pouvaient interagir et causer, selon les phénomènes et leurs degrés d'interaction, des conséquences pouvant s'avérer dramatiques. A titre d'illustration, une personne marche dans la rue (première série causale), un chat errant qui se tient sur un balcon (deuxième série causale) va malencontreusement heurter un pot de fleur (troisième série causale) qui, en tombant, va percuter le crâne de cette personne se tenant en dessous (évènement réalisé). Il serait ainsi légitime de postuler la mort (conséquence) hasardeuse de cette personne.

100. Enfin, Pierre Simon de Laplace, dans son *Essai philosophique sur les probabilités* paru en 1814, proposait un idéal, une *intelligence* qui pourrait s'absoudre de l'existence même du hasard. Dénommée « Démon de Laplace¹⁷⁸ » cette pensée, cette *intelligence*, impliquait, pour nier l'inconnu, d'avoir une connaissance absolue de toutes les séries causales. Bien que tous ces auteurs aient permis de comprendre les mécanismes permettant de gouverner un évènement aléatoire, force est de constater que c'est la pensée logique et mathématique du philosophe et savant allemand qui permettra, par l'étude des principes qu'il détermina, l'avènement des probabilités et une prise en compte scientifique du risque.

B) La quantification du risque par les scientifiques

101. Les correspondances de Pascal et du Chevalier de Méré, à travers ce qu'ils nommaient les « Paris », marquent l'avènement des probabilités (2). C'est grâce à cette découverte fondamentale, donnant naissance à une branche nouvelle des sciences mathématiques, qu'il sera permis moins d'un siècle plus tard de bénéficier d'une première définition scientifique du risque (1), dont la paternité est aujourd'hui attribuée à l'éminent mathématicien Daniel Bernoulli.

¹⁷⁸ Pierre Simon de Laplace relevait « [qu'] une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule le mouvement des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger des atomes ; rien ne serait incertain pour elle et pour l'avenir comme pour le passé serait présent à ses yeux » P.-S. DE LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, cité in G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, p. 42.

1) La première définition scientifique du risque

102. La prise en compte du risque, par les sciences mathématiques, a été l'élément déclencheur de la possibilité de se prémunir contre l'aléa lui étant lié. En 1738, le mathématicien Daniel Bernoulli¹⁷⁹ fut le premier à esquisser une définition scientifique du risque, universellement admise aujourd'hui, en définissant la notion comme « l'espérance mathématique d'une fonction de probabilité d'évènements ». Cette dimension scientifique de l'évènement puise sa source dans une relation épistolaire entretenue entre Blaise Pascal et l'éminent mathématicien Pierre de Fermat, lorsqu'ils usèrent des probabilités pour résoudre ce que Pierre Charles Pradier nommait « la question fondamentale de la métaphysique - celle du sens de la vie »¹⁸⁰.

2) La naissance de la quantification scientifique du risque par le jeu des paris

103. Présentée dans une lettre datée du 29 juillet 1654, la réflexion de Blaise Pascal (1623-1662) répondait à une question initialement posée par Antoine Gombaud (1607-1684), Chevalier de Méré, se résumant à l'énoncé suivant : « deux joueurs engagent chacun 32 pistoles dans un jeu de hasard après être convenus que la totalité de la mise appartiendra au premier qui aura remporté trois parties. Or, à l'issue de la première partie, le jeu est interrompu. Comment faire le parti ? »¹⁸¹. En d'autres termes, comment procéder à une répartition régulière et définitive des mises, alors que le jeu ne se poursuivra pas jusqu'à son terme ? Blaise Pascal démontrait ainsi, à travers sa théorie, que « l'exact degré de vraisemblance des évènements à venir les plus aventurés eux-mêmes était, en certains cas du moins, susceptible d'une appréhension rigoureuse »¹⁸². Comme le relevait Ernest Coumet¹⁸³

¹⁷⁹ Daniel Bernoulli (1700 - 1782) est issu d'une famille de savants originaires d'Anvers et réfugiés à Bâle. Son oncle, Jacques Bernoulli (1654 - 1705), mathématicien, paracheva le calcul infinitésimal de Leibnitz (inspiré lui-même du "triangle caractéristique" ou "triangle arithmétique" de Blaise Pascal) et son ouvrage *Ars conjectandi*, publié à titre posthume, établit les fondements du calcul des probabilités (Le Petit Larousse 2006, Larousse, 2005, Paris, p. 1211).

¹⁸⁰ P.-Ch. PRADIER, Les racines du risque - 2- Le risque de soi : ontologie, Les 20 débats sur le risque, Risques, Les cahiers de l'assurance, N° 81, pp. 1-9.

¹⁸¹ B. PASCAL, Pensées n° 233, éd. Leon Brunschvicg, 1900 cité in P.-Ch. PRADIER, Les racines du risque - 2- Le risque de soi : ontologie, Les 20 débats sur le risque, Risques, Les cahiers de l'assurance, N° 81, pp. 1-9.

¹⁸² B. PASCAL cité in F. EWALD, Histoire de l'État providence – Les origines de la solidarité, éd. Grasset, Bibl. Essais, Paris, 1996, p. 106 cité in N. VOIDEY, Le risque en droit civil, *op. cit.*, p. 21.

dans son article intitulé « La théorie du hasard est-elle née par hasard ? », cette solution fortement inspirée par l'idée d'équité allait devenir ce qui est aujourd'hui nommé le critère de l'espérance mathématique. Selon Coumet, cette théorie des jeux allait permettre aux hommes de prendre des décisions en présence d'aléas pensés comme initialement irréductibles.

104. L'analyse du problème des paris est alors perçue par les probabilistes comme un problème de décision et la mesure des probabilités¹⁸⁴ de chance de gains ou de pertes permettrait alors de rationaliser cette prise de décision. Cette nouvelle façon de penser le risque, ou autrement dit de penser la prise de décision en présence d'aléas, est résumée par Jean-Louis Mouralis, lorsqu'il retenait dans le cadre de sa thèse que « cette prévision raisonnable vers laquelle on semble s'orienter aujourd'hui n'a pas eu pour but d'éliminer la fatalité – sinon elle serait chimérique – mais de se prémunir contre elle, dans la mesure où l'on peut percevoir qu'elle frappera, à quel endroit et sous quelle forme elle le fera. Il s'agit d'inventorier toutes les incertitudes concernant le projet à réaliser pour pouvoir tenir prêts les moyens de s'y opposer, d'en atténuer les effets »¹⁸⁵.

105. Philosophes et mathématiciens ont ainsi contribué à penser les événements et leurs conséquences comme susceptibles d'être étudiés, afin de remédier aux conséquences néfastes pouvant résulter des aléas inhérents à la prise d'une décision, à la prise d'un risque.

Toutefois, si ce principe ne fait pas l'objet de contestations, le vocabulaire auquel il est fait recours pour analyser la prévisibilité d'un événement aléatoire dans les sciences économiques et juridiques fait état de dissemblances. En effet, si les notions de risque d'incertitude sont considérées comme des notions équivalentes par les juristes, les économistes différencient les notions afin d'opérer une gradation dans la prévisibilité des événements aléatoires.

¹⁸³ E. COUMET, La théorie du hasard est-elle née par hasard ? *in* Annales, Economies, Société, Civilisations, 25^{ème} année, N° 3, 1970, pp. 574-597, *in* P.-Ch. PRADIER, Les racines du risque - 5- Justice et Raison, Les 20 débats sur le risque, Risques, Les cahiers de l'assurance, N° 81, p. 1-21.

¹⁸⁴ Jacques Bernoulli nommera cette mesure des probabilités la stochastique, constituant une « branche des mathématiques appliquée au traitement des données statistiques par le calcul des probabilités », Le Grand Robert de la langue française, éd. en ligne, 2013, V° Stochastique.

¹⁸⁵ J.-L. MOURALIS, La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, thèse, Grenoble, 1968, 390 p.

Paragraphe 2 : L'appréhension du risque et de l'incertitude dans les sciences juridiques et économiques

106. Comme la définition de la notion le révélait, l'aléa est une composante du risque. Si la manifestation de cet aléa est susceptible d'être appréhendée selon de multiples procédés¹⁸⁶, et que la notion de risque est synonyme « [d'] incertitude » pour les juristes (A), les économistes distinguent pour leur part nettement ces deux notions (B).

A) L'équivalence en droit des notions de risque et d'incertitude

107. A l'aune des définitions retenues en droit, le caractère aléatoire d'un risque se décèle à de multiples niveaux. A la lumière de la définition générale de la notion¹⁸⁷, le droit retient d'emblée la notion d'incertitude, ou d'indétermination qui lui est synonyme¹⁸⁸, comme constituant un caractère de l'évènement aléatoire.

108. En premier lieu, l'évènement futur est perçu comme une simple éventualité. Il est donc possible d'affirmer que lorsque la réalisation de l'évènement futur est incertaine, éventuelle, il est aléatoire par nature. Dans son sens juridique premier, le terme incertain (- Adj. Comp. Du préf. in, négatif, et de certain) « se dit d'un évènement dont on ne sait s'il arrivera ou non »¹⁸⁹. La réalisation de l'évènement n'étant qu'éventuelle, probable, l'aléa est caractérisé par la simple réalisation, ou la non réalisation de l'évènement. Toutefois, la non réalisation d'un évènement ne peut littéralement s'apparenter au risque, puisque l'affirmation sans réserves selon laquelle la non réalisation d'un risque constituerait un « risque-opportunité » se révèle erronée, sauf à considérer que chaque moment d'une vie où rien ne se produit soit constitutif d'une chance ou d'une opportunité.

¹⁸⁶ V. *infra*, n°s 256 à 263.

¹⁸⁷ V. *supra*, n° 69

¹⁸⁸ Il serait plus exact de préciser, que l'indétermination apparaît comme un synonyme de l'incertitude, et la certitude comme les termes contraires de l'éventualité et de l'indétermination (Le Grand Robert de la langue française, éd. en ligne, syn. et contr. Incertitude et Eventualité).

¹⁸⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 528, V° Incertain.

109. En deuxième lieu, l'aléa peut se caractériser en présence d'un évènement dont la réalisation est certaine¹⁹⁰, mais dont l'indétermination de son terme, ou de ses termes, sont source d'incertitude. Dans l'hypothèse d'une répétition des évènements dans le temps, c'est la probabilité d'occurrence qui demeure source d'incertitude. Dans son sens juridique second, le terme « incertain » « se dit d'un évènement futur qui se produira nécessairement mais à une date qu'on ignore »¹⁹¹. Ainsi, si certains risques de l'entreprise peuvent paraître mineurs en terme d'incidence pécuniaire potentielle, une forte occurrence de ces risques mineurs peut impliquer de lourdes pertes pour l'entreprise et la prise en compte de cette répétition peut impliquer que le risque soit considéré comme majeur.

110. En troisième lieu, il est des hypothèses dans lesquelles l'évènement est certain dans sa réalisation, à un terme déterminé avec une probabilité d'occurrence connue, mais sans que l'étendue exacte de ses conséquences puisse être appréhendée avec certitude. Plus précisément, l'usage du participe présent du verbe « pouvoir » implique de concevoir la potentialité d'un dommage comme ce « qui, n'étant pas encore réel, peut cependant se réaliser ; qui, n'étant pas certain, peut cependant être vrai ; qui peut être ou ne pas être »¹⁹². Une fois de plus, l'utilisation de la potentialité du dommage renvoie nécessairement à la notion d'incertitude, et a pu donner lieu à « une substitution discursive du concept de risque à celui d'incertitude »¹⁹³.

A la différence de sa réception dans la science juridique, la science économique, depuis près d'un siècle, a mis en lumière des théories permettant de procéder à une nette distinction des deux notions.

¹⁹⁰ Jacques Moury nuance ce propos en relevant que cette manifestation de l'aléa dénaturerait, du moins partiellement, la qualification de risque lorsqu'il affirme « la part de l'incertitude dans le risque est irréductible, son absence exclusive de la notion : l'évènement redouté est affecté d'une incertitude dans sa survenance et non point seulement quant à la date de cette survenance, auquel cas il ne s'agit plus exactement d'un risque, mais d'un dommage futur certain » *in* Rapport annuel de la Cour de cassation, Av.-prop. J. MOURY, Étude : Le Risque, 2011, 654 p., spéc. p. 78.

¹⁹¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 528, V° Incertain.

¹⁹² Le Grand Robert de la langue française, éd. en ligne, V° Pouvoir (3^{ème} déf.).

¹⁹³ Y. PESQUEUX, Le concept de risque au magasin des curiosités, préc., p. 2.

B) La distinction en économie du risque prévisible et de l'incertitude non probabilisable

111. « Les principales escroqueries des temps présents consistent à vendre de l'incertitude déguisée en risque »¹⁹⁴ ironisaient les Professeurs Louis Chauvel et Christophe Ramaux à l'occasion d'une âpre critique de « La société du risque », ouvrage du sociologue Allemand Ulrich Beck. L'apparition du concept de « risque » et de sa prise en compte en vue de le maîtriser sont contemporaines de la découverte des probabilités en sciences mathématiques, et plus particulièrement de l'analyse probabiliste fondée sur les statistiques prenant comme base de données les événements passés. « Donnez-moi l'état du monde, je vous donnerai son état futur » scandait Laplace au XIX^{ème} siècle, dont la célèbre citation met aujourd'hui en exergue l'outil fondamental et nécessaire dans tout processus de gestion des risques, à savoir l'empirisme. C'est en effet par l'analyse de faits passés qu'il est aujourd'hui possible de prévoir, et non prédire, ce qui est susceptible de probablement se réaliser demain. Cette prévision de l'incertain nécessite l'étude d'une quantité suffisante de données de même nature, c'est-à-dire de procéder à l'étude d'événements les plus similaires possibles à l'événement étudié et redouté, afin de bénéficier *a minima* d'un événement dit « moyen » qu'il sera fort possible de rencontrer dans l'avenir, dans un environnement également semblable à l'environnement des événements passés et soumis à l'étude. Les événements aléatoires sont donc, selon l'étude d'événements similaires, susceptibles d'être probabilisés et d'être appréhendés en diminuant l'incertitude leur étant inhérente.

112. Cette réflexion a mené les économistes à clairement différencier les notions de « risque » et « d'incertitude » en relevant l'autonomie de chacune des notions. Auteur de cette célèbre distinction, le Professeur Franck Knight retenait le risque, dans son ouvrage *Risk, Uncertainty and Profit* paru en 1921, comme un événement probabilisable, à la différence de l'incertitude qui s'apparente à un défaut de prévisibilité du futur. La théorie du risque, développée par Knight fut généralement analysée comme la continuation, le parallèle, ou la

¹⁹⁴ L. CHAUVEL, C. RAMAUX, Le risque à défaut d'émancipation (au risque de dire tout et n'importe quoi), A plusieurs voix sur « La société du risque », Mouvements N^{os} 21-22, 2002, pp. 166-170.

liaison avec des théories développées par Adam Smith¹⁹⁵ et par John Maynard Keynes¹⁹⁶. Le Professeur Knight proposait ainsi une scission¹⁹⁷ entre les risques dont l'occurrence est probabilisable, et pour lequel on peut s'assurer, et les risques d'entreprise ou incertitudes qui impliquent de procéder à de multiples choix successifs (choix des produits, quantités produites, réseaux de distributions, déterminations des prix) et où la possibilité d'une erreur est trop importante pour raisonnablement être susceptible d'une appréhension rigoureuse¹⁹⁸.

113. Par la suite, le modèle de l'espérance d'utilité, développé initialement en 1944 par Von Neumann et Morgenstern¹⁹⁹ et généralisé dix ans plus tard par Léonard Savage²⁰⁰, a permis « aux économistes [de disposer d'] un cadre théorique unifié pour le traitement de toutes les situations d'incertitude »²⁰¹. L'émergence de nouveaux marchés, avec l'apparition d'internet, du e-commerce, ou du commerce lié aux nouvelles énergies, et les risques nouveaux qui y sont liés, a fait état de situations d'incertitudes fortes, dénommées « incertitudes knightiennes »²⁰², pour lesquelles la prévisibilité des aléas est quasiment impossible. En d'autres termes, en l'absence totale de données suffisantes permettant d'asseoir

¹⁹⁵ Adam Smith s'est initialement penché sur la notion de risque, afin de démontrer que l'inquiétude suscitée par l'auteur d'une prise de risque est susceptible d'une évaluation pécuniaire. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁹⁶ La notion d'incertitude étudiée par John Maynard Keynes s'articulait autour de l'irréductibilité ou non de faits inconnus au regard des potentiels progrès scientifiques, car selon ce dernier, « le sens donn[é] à ce terme est celui qu'il prend lorsque sont incertains la perspective d'une guerre européenne, le niveau du prix du cuivre ou du taux d'intérêt dans les dix ans, la date d'obsolescence d'une invention récente ou la place des classes possédantes dans la société de 1970. Il n'existe pour toutes ces questions aucun fondement scientifique sur lequel construire le moindre calcul de probabilité. Tout simplement : nous ne savons pas » J.-M. KEYNES, *The général theory of employment*, cit. et trad. par J.-Ch. PRADIER, *La notion de risque en économie*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁷ Confortant cette division, Morgane et Ronan relevaient qu'une « situation de risque est une situation dans laquelle le décideur dispose d'une connaissance parfaite de la distribution de probabilités sur les états de la nature possibles. Au contraire, dans une situation d'incertitude, le décideur ne connaît pas précisément cette distribution. Néanmoins, les informations scientifiques dont il dispose lui permettent de localiser cette distribution dans un ensemble, plus ou moins grand, de distributions possibles. Selon la précision de ces informations, il est possible de définir différents degrés d'incertitude entre l'incertitude totale et le simple risque » C. MORGANE, C. RONAN, *La gestion des risques environnementaux en présence d'incertitudes et de controverses scientifiques* « Une interprétation du principe de précaution, *Revue économique*, 2003/6, Vol. 54, pp. 1335-1352, spéc. p. 1339.

¹⁹⁸ « En situation d'incertitude, l'avenir est non probabilisable et confronte l'acteur à une impossible raison calculatrice, et le condamne à l'action « sans risques », à savoir la moindre action, l'inaction, qui comporte un coût social et économique décuplé – l'absence de projet donc de croissance -, voire à l'action sans sens ni raison » L. CHAUVEL, C. RAMAUX, *A plusieurs voix sur La société du risque*, préc., pp. 166-170.

¹⁹⁹ Cette théorie fut présentée lors de la parution de l'ouvrage des Professeurs de Princeton John Von Neumann et Oskar Morgenstern, intitulé *Theory of Game and Economic Behaviour*, paru en 1944 et réédité en 1947.

²⁰⁰ L. J. SAVAGE, *The Foundations of statistics*, Wiley, 1954, New York, 294 p.

²⁰¹ C. MORGANE, C. RONAN, « La gestion des risques environnementaux en présence d'incertitudes et de controverses scientifiques », *Une interprétation du principe de précaution*, *Revue économique*, 2003/6, Vol. 54, pp. 1335-1352, spéc. p. 1336.

²⁰² En ce sens, Ph. SILBERZAHN « L'effectuation, logique de pensée des entrepreneurs experts », *Entreprendre & Innover* 3/2012, n° 15, pp. 9-16.

une étude probabiliste, chaque élément nouveau peut être raisonnablement pris en compte à la mesure d'autres événements passés et considérés comme similaires.

Le principal écueil de l'analyse de ces événements émergents est naturellement de se baser sur une prévision erronée de l'évènement et donc de mettre en place des mécanismes préventifs qui n'auront que peu d'incidences, voire qui pourraient aggraver les éventuels dommages consécutifs à la réalisation de ce risque nouveau. Les progrès de la science ont alors conduit à de nombreuses réflexions sur les nouveaux risques qui en sont la conséquence médiate. Valentine Erne-Heintz affirmait à cet effet que « ce qui est en cause, c'est la capacité de nuisance de l'homme à travers la non-maîtrise de la technique. Mais aussi sa confiance (irrationnelle ?) en sa capacité à trouver une nouvelle technique pour réparer les dégâts de l'ancienne technique »²⁰³.

114. La maîtrise d'un risque, ou à tout le moins sa gestion, dépend donc de la disponibilité de connaissances scientifiques. Ainsi, l'absence de données relatives à la fréquence d'un phénomène ou à l'ampleur de ses conséquences peut conduire à une surestimation ou sous-estimation du risque. Ce dernier état mérite une attention particulière puisqu'en présence d'un événement susceptible de se produire sans aucune prévisibilité, aucune politique de prévention pleinement efficace ne peut être mise en place. L'incertitude peut alors recouvrir ce que la doctrine nomme le « risque d'un risque »²⁰⁴. Néanmoins, il serait erroné de penser qu'en présence d'incertitudes, aucune mesure permettant de limiter les conséquences de l'évènement ne peut être mise en place. En effet, l'état d'incertitude impliquerait de procéder à une substitution entre les logiques juridiques de prévention et les logiques de précaution²⁰⁵ car l'abstention peut déjà s'avérer un traitement préventif des risques incertains²⁰⁶.

²⁰³ V. ERNE-HEINTZ, Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe, Riséo, N° 3, 2012, pp. 15-37, spéc. p. 27, n° 26.

²⁰⁴ D. MELLONI, « Qu'est-ce que le risque collectif ? », Riséo, N° 1, 2010, pp.7-15, spéc. p. 8, n° 6.

²⁰⁵ V. *infra*, n° 161.

²⁰⁶ V. *infra*, n° 313.

Conclusion du Chapitre 1

115. Introduit dans la science juridique par le droit des assurances maritimes, la notion de risque a évolué en abandonnant la fatalité comme cause de l'événement aléatoire, grâce aux scientifiques ayant introduit le caractère probabilisable du concept. La dimension scientifique du concept de risque a alors été déterminante puisqu'elle a permis de considérer les risques comme des événements susceptibles d'être anticipés. Ce changement de perspective a également eu pour effet, lors de la réception du concept dans la science juridique, de ne plus considérer la faute comme seul fait générateur de la responsabilité civile par la consécration jurisprudentielle, puis légale, des théories du risque. Ensuite, la notion a progressivement été réceptionnée par de nombreuses ramifications du droit ce qui a permis à la doctrine, en dépit des différences de sens que lesdites ramifications ont pu donner à la notion, de dégager une définition générale de la notion. L'adaptation de cette dernière définition, par le recours à la notion d'entreprise et par l'exclusion de l'intervention humaine comme une des sources nécessaires pour qualifier l'événement, a été toutefois indispensable pour que la notion de risques de l'entreprise puisse comprendre l'ensemble des événements susceptibles de se réaliser dans l'entreprise du XXI^{ème} siècle. Si cette définition permet de mettre en lumière les risques que les entreprises sont susceptibles de prendre dans le cadre de leur activité, ces prises de risques sont toutefois encadrées par le droit.

116. En effet, alors que la prise de risque est nécessaire à toute perspective de création de valeurs et de richesses, le manque de maîtrise de ces risques peut indubitablement provoquer de graves conséquences sur le tissu économique, social ou encore environnemental. S'il est possible de trouver les sources d'une liberté de prendre des risques au sein de différents principes fondamentaux du droit français, aucun principe général actant la liberté de prendre des risques n'existe dans notre système normatif, en dépit d'une sollicitation encore récente de sa reconnaissance comme liberté juridique autonome au sein de la doctrine²⁰⁷. Toutefois, en présence d'une notion contemporaine incontournable et au regard des conséquences particulièrement néfastes que le terme peut recouvrir, le législateur a été contraint de s'engager dans une logique préventive en encadrant la liberté de prendre des risques afin de contraindre les entreprises à gérer les risques générés par leurs activités.

²⁰⁷ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, 618 p.

Chapitre 2 : Les fondements et frontières de la liberté de prendre des risque en entreprise

117. S'il est aisé de concevoir une liberté de prendre des risques dans une société basée sur un modèle capitaliste, il est également admis que le caractère absolu de cette liberté n'est pas déceimment envisageable. Les accidents industriels impliquant des dommages aux personnels salariés, les préjudices environnementaux susceptibles d'être causés, notamment dans des domaines comme l'industrie nucléaire ou les activités impliquant le traitement de matières dangereuses, ont nécessairement conduit à un encadrement législatif et réglementaire pour éviter que ceux qui profitent financièrement des risques pris ne refusent la charge de la réparation des dommages qu'ils causent aux personnes, ou à la collectivité, en raison d'un dommage né de leur activité entrepreneuriale. « L'Homme est un loup pour l'homme »²⁰⁸ décriait Thomas Hobbes. Le laisser seul maître de ses décisions, sans encadrer la responsabilité des dommages qu'il est susceptible de causer, serait une gageure pouvant potentiellement le conduire à sa perte.

118. Les techniques ne cessent de se perfectionner et des expérimentations sont parfois entreprises sans la certitude de pouvoir toujours en maîtriser les conséquences. Les cancers broncho-pulmonaires contractés par les salariés du bâtiment exposés aux fibres d'amiante ayant induit près de 35 000 morts entre 1965 et 1995²⁰⁹, ou ceux des mineurs de fond exposés à la silice cristalline dans les mines de fer et d'ardoise de l'Ouest de l'Hexagone, sont autant d'exemples démontrant que l'homme est capable d'exposer son semblable à un danger, parfois même à un risque mortel, dans le cadre d'une activité qui lui est économiquement profitable²¹⁰.

²⁰⁸ Dans son épître dédicatoire au Comte de Devonshire, Thomas Hobbes affirmait que « certainement il est également vrai, et qu'un homme est un dieu à un autre homme, et qu'un homme est aussi un loup à un autre homme », in T. HOBBS, « Le citoyen ou les fondements de la politique », 1642, 218 p., spéc. p. 23.

²⁰⁹ Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir, Rapport d'information du Sénat n° 37 (2005-2006), G. DERIOT et J-P. GODEFROY, 26 oct. 2005, 333 p., spéc. p. 10.

²¹⁰ Dans le cas de l'amiante, les premiers cas de cancers apparurent en 1906. Les empoussièrtements des ateliers furent l'occasion des premières questions abordées dans le cadre de la sécurité des salariés, dont la conclusion aboutit à loi du 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels (J.O. 13 juin 1893, p. 2910). La mission diligentée pour le Sénat, par Messieurs Dériot et Godefroy, considérait même « qu'il est impossible de se retrancher derrière les incertitudes sur les effets de l'amiante sur la santé, tant la suspicion qui pesait sur cette fibre était forte, avant que ses dangers ne soient maintes fois démontrés au cours du siècle », *Ibid.*, p. 42.

C'est dans ces conditions que le droit exerce sa fonction de régulateur de la vie économique²¹¹. Si la prise de risques est indispensable à la croissance de nos économies contemporaines et repose sur des fondements figurant à la cime de la pyramide de Kelsen (Section 1), le législateur a dû rapidement intervenir afin de poser les frontières déterminant les limites de la liberté de prendre des risques (Section 2).

Section 1 : Les fondements de la liberté de prendre des risques en entreprise

119. « Qui ne risque rien n'a rien ! ». Voici comment une simple locution pourrait résumer le fondement initial de la liberté de prendre des risques. Le risque est inséparable de l'action. Plus encore, il est d'une absolue nécessité dans un monde perfectible, comme ont pu l'affirmer Karl Popper et Konrad Lorenz en indiquant que « la disposition à courir un risque est indissociable de la quête d'un monde idéal »²¹². Mais cette quête de perfection nécessite des fondements légitimes pour pouvoir être invoquée, ce qui explique que la loi et la jurisprudence aient limité le libre exercice de cette liberté. Ainsi, après avoir étudié les fondements de la liberté de prendre des risques dont les sources se retrouvent au sein de nombreuses sciences, telles la sociologie, l'économie, ou la philosophie du droit (§ 1), il sera démontré que des fondements juridiques des plus solides permettent aujourd'hui de justifier cette liberté et de plaider pour la reconnaissance de la liberté de prendre des risques comme une liberté juridique autonome (§ 2).

²¹¹ Dans les lexiques économiques, le droit se définit comme « l'ensemble des règles imposées aux membres d'une société pour que leurs rapports sociaux échappent à l'arbitraire et à la violence des individus et soient conformes à l'éthique dominante » *in* Dictionnaire de l'économie et des sciences sociales, ss. dir. C.-D. ECHAUDEMAISON, Nathan, Paris, 1993, 447 p., V° Droit.

²¹² K. LORENZ, K. POPPER, L'avenir est ouvert, Flammarion, Coll. Champs, N° 318, 1999, p. 23, cité *in* E. CAULLIER, Investir en Russie : une approche juridique globale, L'Harmattan, Entreprise et Management, 2003, p. 14.

Paragraphe 1 : Les fondements socio-économiques de la liberté de prendre des risques en entreprise

120. Le risque, à des degrés variables, est présent dans chacune des décisions quotidiennes. Dans l'entreprise, le résultat attendu d'une prise de risque se matérialise sous la forme réductible d'un accroissement d'actifs ou, à tout le moins, d'une stabilisation du passif. Du fait que la prise de risque favorise la création de richesse des entreprises, génère des ressources étatiques, crée des emplois, et, par conséquent, autorise une consommation des différents produits et services disponibles sur les marchés, en ce qu'elle permet des investissements dans des domaines innovants qui confortent la vie quotidienne ou autorisent la survie prochaine de l'homme, la liberté de prendre des risques se conforme parfaitement à l'ordre social (A). Le droit de prendre des risques, d'une nécessité fondamentale à l'évolution positive des entreprises et donc des économies nationales, n'a pourtant trouvé de justification économique que tardivement. Longtemps assujettie à l'idéologie fataliste des siècles derniers, l'étude économique du concept légitimant le droit à la prise de risque ne fut réellement entreprise qu'à la fin du XIX^{ème} siècle (B).

A) La liberté de prendre des risques, une liberté conforme à l'ordre social

121. « Pour triompher, le mal n'a besoin que de l'inaction des gens de bien » écrivait le philosophe et politique irlandais Edmond Burke. L'évolution humaine nous conduit à constater que seule l'action, et donc la prise de risque, permet à l'homme d'améliorer les conditions de son existence. La philosophie du droit, esquissant les premiers traits de la norme comportementale idéale que doit observer tout sujet de droit pour se conformer à l'ordre social, a proposé une première justification à la nécessité de prendre des risques, analysée comme une vertu (1). De même, lorsque l'homme comprit qu'il pouvait être maître de sa vie et que ce qu'il pensait être la fatalité, n'était généralement, au moins en partie, que la résultante de ses actions, la prise de risque trouva sociologiquement une solide justification (2).

1) Le preneur de risques, l'homme vertueux

122. Comme le relevait Ulrich Beck, le monde n'est pas plus dangereux qu'autrefois, mais le risque est devenu un questionnement central d'un point de vue tant collectif, qu'individuellement. Cette « Société du risque »²¹³ dénote, selon l'auteur, une véritable inversion des valeurs sociales. Si la société industrielle était vectrice d'une répartition des richesses, la fin du XXème siècle voit cette distribution évoluer vers une répartition des risques. U. Beck allait encore plus loin lorsqu'il attribuait un effet social égalisateur à la présence du risque en ce qu'il n'épargne nullement les riches et les puissants, « débord[ant] le schéma [classique] de la société de classes »²¹⁴, et dont la mutation progressive observée fut l'occasion pour François Ewald de suggérer que le risque est aujourd'hui « le mode moderne de rapport à autrui »²¹⁵.

123. La philosophie du droit, à travers la pensée de la *phronêsis*²¹⁶ chez Aristote, ou celle de Jehring sur la liberté d'agir, fut la première science à relever une conformité du droit de prendre des risques à l'ordre social. Dans l'antiquité romaine, la prudence représentait, après le courage et la justice, et avant la tempérance, la troisième des vertus cardinales. Dans le traité intitulé *De Re publica*, et dont l'étude se consacrait à la meilleure gouvernance des cités romaines, Cicéron s'était attelé à rechercher « l'ensemble des qualités naturelles du gouvernement idéal et notamment la *prudentia* qui, sur la base des leçons du passé, permet[tait] l'intelligence du présent et la prévoyance de l'avenir »²¹⁷. La vertu de prudence est au centre de l'éthique aristotélicienne et se distingue de la sagesse théorique présentée comme une vertu absolue, *sophia*, de la science, *epistemê*, et des arts, *poiêsis*. Selon le Stagirite, l'homme vertueux de prudence recherche « ce qui est bon pour lui et pour l'homme

²¹³ U. BECK, *gesellschaft*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. L. BERNARDI : U. BECK, *La Société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, coll. Champs essais, n° 822, Paris, 2008, 522 p.

²¹⁴ U. BECK, *La société du risque*, *op. cit.*, p. 41 et s.

²¹⁵ F. EWALD, *l'État providence*, *op. cit.*, p. 20 cité in N. VOIDEY, *op. cit.*

²¹⁶ L'attrait philosophique de la notion de prudence trouve son origine à travers la *phronêsis* qui a donné lieu à de nombreux écrits. Le terme grec *phronêsis* et sa traduction latine *prudentia*, sont transcrits par le terme « prudence » dans la langue française. L'étymologie révèle que « phrên désignait une membrane qui enveloppe un organe, en particulier le diaphragme, et était associé à l'idée de cœur, d'âme, de pensée. [Dans les récits d'] Homère, *Diaphrenos* signifie « au fond du cœur », « de l'âme », « de la pensée ». De là vient le sens principal du verbe *phronein* : avoir l'intelligence de quelque chose, exercer une faculté de l'esprit, penser. Le *phronimos* est quelqu'un de réfléchi, de sensé, de sage », in G. DELANNOI, *La prudence dans l'histoire de la pensée*, Mots, septembre 1995, Vol. N°44. pp. 101-105.

²¹⁷ Y. LEHMAN, *Prudentia* chez les penseurs romains, *Essai d'investigation philosophique et morale*, Chron. it. n°60, 4/1999, p. 13.

en général »²¹⁸ dans le dessein de trouver le bonheur ; un homme prudent capable de prendre de « bons risques » en tenant compte de toutes les sujétions et contraintes inhérentes à cette prise de décision. La liberté²¹⁹ de prendre des risques, par la vertu de prudence, se voit dès lors légitimée par son objectif qui se reflète à travers la recherche de « ce qui est bon », du bonheur. Les écrits de Saint-Thomas d'Aquin reprendront les raisonnements d'Aristote sur la notion de prudence²²⁰. Le théologien et philosophe progressera dans son analyse avec ce qu'il nommait les sorts diviseurs, lorsqu'il dénotait la difficulté de justifier, selon le droit naturel, le fait d'exposer un bien au hasard, dont le transfert de propriété causé par l'avènement d'un événement fortuit avait un fondement juridique solide, à savoir le caractère équitable de la convention.

124. De même, il est à noter que la notion civiliste du *bonus pater familias*, tout comme l'*Optimus ciuis*²²¹ disposant de sa *uirtus*, enjoint nécessairement de disposer de cette vertu. Le bon père de famille²²² à travers son aptitude à la prudence, se doit ainsi de prendre des risques dans la recherche de ce qui est « bon »²²³, de ce qui est juste. Comment alors mieux se conformer à l'ordre social que d'adopter les vertus attendues de la norme comportementale érigée par le standard du bon père de famille ? En matière d'exécution contractuelle, il est bien plus aisé d'apprécier cette ligne de conduite, puisqu'elle est dictée par la lettre des clauses des conventions légalement formées, comme l'indiquait J. Bellissent, lorsqu'il proposait une définition de l'exécution contractuelle qui, selon l'auteur, « s'entend de

²¹⁸ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, VI, 5, 1140 b 20 in G. DELANNOI, *La prudence dans l'histoire de la pensée*, préc., p. 102.

²¹⁹ Toutefois, H. Barbier relève à juste titre que « si la prudence est la faculté de faire le bon choix, encore faut-il que ce choix soit laissé à l'homme, autrement dit qu'il soit libre. Sans cette liberté, la prudence n'existe pas. La philosophie d'Aristote semble alors toute entière acquise à l'idée que seule la liberté permet aux hommes de faire preuve de prudence » in H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 71.

²²⁰ SAINT THOMAS D'AQUIN, *La prudence*, *Somme théologique*, Iia Ilae, questions 47 à 56, Ed. du Cerf, 2006 in G. DELANNOI, *La prudence dans l'histoire de la pensée*, préc., p. 102 et s.. Pour une analyse précise de la notion de prudence à travers la pensée philosophique, V. notamment, G. DELANNOI, *Éloge de la prudence*, Ed. Berg International, Paris, 1993, 192 p. ; et, du même auteur, G. DELANNOI, *La prudence en politique. Concept et vertu*, *Revue française de science politique*, 37e année, n°5, 1987, pp. 597-615 ; M.-CH. GRANJON, *La prudence d'Aristote : histoire et pérégrinations d'un concept*, *Revue française de science politique*, 49e année, n°1, 1999, pp. 137-146.

²²¹ Le citoyen par excellence évoqué par Cicéron se devait de disposer de la *uirtus*, synonyme de la *prudentia* et parfois traduite par la vertu de sagesse ou de perspicacité, in Y. LEHMAN, *Prudentia* chez les penseurs romains, *Essai d'investigation philosophique et morale*, préc., p. 18.

²²² Depuis la promulgation de la loi du 4 août 2014, l'expression « bon père de famille », héritée du droit romain, a disparu et a été remplacée dans les différents articles du Code civil par les termes « raisonnable » et « raisonnablement » (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes).

²²³ Le caractère de ce qui est bon se doit d'être apprécié au regard du bonheur recherché par la philosophie aristotélicienne. V. *supra*, n° 123.

la réalisation matérielle d'un ensemble d'actes et d'omissions qu'accomplirait ou dont s'abstiendrait le bon père de famille dans la poursuite du but vers lequel tend l'obligation en cause »²²⁴. Toutefois, comment apprécier cette vertu de prudence en matière de responsabilité délictuelle, lorsque les bons dirigeants, les bons gestionnaires, tentant d'éviter la commission de fautes, doivent tout de même prendre des risques pour accroître les richesses de leurs entreprises ? Peut-on simplement partir du constat selon lequel le strict respect des lois suffirait à permettre une conformité à la norme comportementale attendue ? Ou devraient-ils, pour s'en assurer, s'aventurer à parfois prendre des décisions pouvant obérer leur trésorerie, prendre des décisions parfois même contraires à la loi ou à l'éthique des affaires²²⁵ pour bénéficier de marchés, ou de nouveaux contrats, et par là même garantir la pérennité de leurs entreprises et la sauvegarde des emplois qui en dépendent ?

125. Si la prudence commanderait de ne pas prendre de risques pouvant impacter de manière significative la trésorerie de l'entreprise, il n'en demeure pas moins que l'excès de prudence conduit inexorablement à un certain immobilisme, dont l'antinomie avec le preneur de risque économiquement dynamique et désireux d'accroître les richesses de son entreprise est patente. Le preneur de risque ne peut alors se contenter de la seule vertu de prudence s'il désire rencontrer le succès économique escompté. Si les siècles passés ont amené les commerçants à implorer la volonté divine pour que la fortune leur soit accordée, le pragmatisme des êtres humains, en ce qu'il a fini par nier la fatalité inhérente aux bons et mauvais succès de leurs entreprises, a finalement conduit les hommes à progressivement prendre des risques avec l'intime conviction qu'ils pouvaient influencer sur les événements qu'ils allaient provoquer.

²²⁴ J. BELLISENT, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, LGDJ, 2001, spéc. n° 263.

²²⁵ Dans certains pays, le versement de pots-de-vins aux représentants des instances étatiques est une pratique décriée mais parfois indispensable pour permettre à l'entreprise de s'implanter et avoir accès aux ressources naturelles convoitées. Les scandales économiques dit « France-Afrique » sont une illustration permettant d'affirmer que l'accès à certaines matières premières, situées généralement dans des pays en voie de développement, a impliqué de soudoyer certains hauts responsables politiques. Dans le cadre de son rapport mondial sur la corruption de 2009, *Transparency International* dénotait que les backchicks versés aux politiciens ou fonctionnaires d'Etat, dans les seuls pays en voie de développement, avaient pu atteindre 40 milliards de dollars par an (Communiqué de presse Transparency International France, « Les entreprises doivent s'opposer à la corruption pour encourager un développement économique durable », 23 septembre 2009, p. 1).

2) Le preneur de risque, l'homme sociologiquement pragmatique

126. Niklas Luhmann, à travers son ouvrage intitulé *Soziologie des Risikos*, fut un des premiers sociologues à se pencher sur l'étude de la notion de risque²²⁶. En sociologie, la notion est évoquée pour démontrer qu'il est possible de décider en pressentant les résultats potentiels d'un choix au moment de la prise de décision²²⁷. Dès lors, il est apparu légitime que les êtres humains, par une négation de la fatalité, soient susceptibles de changer le cours des choses tout en supputant les conséquences de leurs décisions, la prise de risque dans un univers borné d'incertitudes a trouvé une justification. Cette liberté de « changer le destin »²²⁸, par la décision d'interagir et de progressivement se refuser au destin, est une approche nécessaire dans la justification sociologique de la liberté de prendre des risques. Puisqu'il est possible d'agir sur le risque, la question se pose alors de déterminer la meilleure action pour que ce dernier devienne bénéfique pour l'agent qui le supporte ou, à tout le moins, se prémunir le plus possible des conséquences négatives qui pourraient en découler.

²²⁶ Relevant le garde-fous que constitue la notion économique de risque, dans le cadre d'une étude sociologique, N. Luhmann trouvait « après le déclin des préjugés anticapitalistes, une occasion nouvelle de remplir un rôle ancien avec un nouveau contenu – à savoir, alarmer la société » N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Walter De Gruyter, Berlin, 1991, 252 p., cité in P. LANTZ, Décider c'est risquer, A plusieurs voix sur La société du risque, Rev. Mouvements N°21-22, 2002, pp. 175-177.

²²⁷ « L'attitude à l'égard de l'avenir (et la conception que nous nous faisons de la temporalité) se transforme lorsque l'entreprise humaine ne se contente pas de repérer les signes de la faveur des dieux, mais prétend qu'il est légitime de saisir l'avenir en s'efforçant de le prévoir et d'en tirer avantage » (*Ibid.*).

²²⁸ Dans l'antiquité grecque, la notion de fatalité était intimement liée à la notion de liberté. Les notions de fatalité et de destin furent les piliers de la pensée stoïcienne. Les stoïciens procédaient à une distinction fondamentale entre les causes « auxiliaires et antécédentes » et les causes « parfaites et principales ». Les causes auxiliaires et antécédentes désignaient les causes extérieures qui gouvernent l'ordre du monde, la destinée, alors que les causes parfaites et principales, internes, relèvent de la spontanéité. Chrysippe fut le premier philosophe grec stoïcien à relever cette dualité entre la destinée et les possibles interactions autorisées à l'Homme, le rendant dès lors responsable de ses actes. Selon les stoïciens, le fatalisme n'est donc pas contraire à la notion de liberté, puisque l'Homme reste libre de faire face au destin en s'y refusant ou en y acquiesçant (P. HADOT, « Chrysippe (~281 - ~208) », in Encyclopædia Universalis, url : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/chrysippe>). Au fil du temps, cette vision de la liberté, par la seule spontanéité inhérente aux causes parfaites et principales, a fait l'objet de vives critiques dont Leibnitz se fit également écho en relevant que le fatalisme conduirait nécessairement au refus de l'effort. Pour Leibnitz, la volonté divine est également susceptible de se conformer au principe de raison : rien n'arrive sans qu'il y ait une raison suffisante pour laquelle ce soit ainsi plutôt qu'autrement. Développant ce qu'il nommait le *calculemus*, comme prémices de l'analyse causale des événements, Leibnitz avait pour dessein d'explicitier en toute hypothèse les raisons du pourquoi ceci plutôt qu'autre chose. Hérité des sciences expérimentales, et faisant suite au nécessitarisme niant le libre arbitre, le déterminisme, dont le principe de liberté trouvait son essence dans les relations causales, sans pour autant s'exonérer de la causalité métaphysique, permettait par une analyse déductive d'apercevoir les effets d'un événement par l'étude de ses causes. Selon Bloch et Wartburg (Dictionnaire étymologique de la langue française), le mot déterminisme n'apparaît en français qu'en 1836. Mais il est plus ancien en allemand, où il appartient au vocabulaire de la théologie et de la philosophie morale (Determinismus). En ce sens, E. BALIBAR, P. MACHEREY, « Déterminisme », Encyclopædia Universalis, éd. en ligne, url : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/determinisme>.

L'incertitude inhérente aux résultats d'une prise de risque permet ainsi de légitimer la liberté d'en prendre, « puisque qu'aucun agent, l'Etat y compris, ne peut connaître le présent ou l'avenir du marché, aucune règle pourvue d'une finalité précise ne peut être édictée. La seule règle concevable reste la règle sans finalité qu'est la liberté individuelle »²²⁹. Cette capacité dans la prise de décision et la « liberté naturelle »²³⁰ de l'orienter au mieux fondent l'explication apportée par Frank Knight, dans son célèbre ouvrage *Risk, Uncertainty and Profit* issu de sa thèse de doctorat *A theory of Business Profit*, à l'affirmation selon laquelle le profit gagné par l'entrepreneur prenant des risques dans un environnement incertain s'avère être sa récompense pour avoir pris une décision en situation d'incertitude.

B) L'entrepreneur au centre de la justification économique du droit à la prise de risque

127. La prise de risque et les situations d'incertitude qui lui sont inhérentes ont fait l'objet de nombreuses études dans la littérature économique en vue de justifier la liberté de prendre des risques. Ainsi, l'entrepreneur, légitime preneur de risques, est une notion économique permettant de justifier la nécessaire prise de risques (1). Bien que l'irréductibilité des aléas dans la vie des affaires ne permet pas encore d'élaborer une théorie universelle relative à la prise de décision en situation d'incertitude, la doctrine s'est tout de même attelée à théoriser les comportements humains face au risque (2).

²²⁹ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 95-96.

²³⁰ Pour illustration de la notion, et bien que les propos rapportés par Claude Brenner soient en lien direct avec la liberté de contracter, il n'en demeure pas moins que le principe de la liberté naturelle autorise les mêmes justifications lorsqu'elle s'applique à la liberté de prendre un risque hors champ contractuel. Ainsi, l'auteur indiquait que « postulant la primauté de l'individu sur la société et affirmant le principe de sa liberté naturelle, cette théorie n'admet pas que l'homme puisse être obligé sans l'avoir librement accepté (...) L'homme étant le meilleur juge de ses intérêts, cette liberté serait en outre le plus sûr moyen d'instaurer entre les individus des relations justes et socialement utiles », in V. FORRAY, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, préf. G. PIGNARRE, av. prop. C. ATIAS, LGDJ, Bibl. de Dr. Privé, t. 480, Paris, 2007, 645 p. cité in C. BRENNER, Acte juridique, Rép. Civ., Dalloz, Paris, 2013.

1) L'entrepreneur, légitime preneur de risques

128. La notion d'entrepreneur, évoquée par le Professeur de l'Université de Chicago²³¹, et les justifications économiques de la liberté de prendre des risques, trouvent leurs origines chez les économistes les plus émérites des siècles derniers, à l'instar de Jean-Baptiste Say, de Richard Cantillon ou encore de Joseph Schumpeter. La transition du secteur de la recherche à celui de l'industrie détermina le rôle de l'entrepreneur identifié par Jean Baptiste Say, qui sera le premier à analyser la prise de risque comme une source de profits. Les analyses économiques de Say et Cantillon vont alors largement contribuer à esquisser les jalons de la pensée Schumpétérienne, dans laquelle les entrepreneurs sont définis comme ceux « qui supportent essentiellement les risques qu'il y a à diriger la production et le commerce, car la concurrence tend à réduire la rémunération normale de leurs services »²³². Joseph Schumpeter va ensuite s'éloigner des théories de Say et Cantillon pour substituer aux profits recherchés à travers la prise de risque l'innovation que celle-ci est susceptible d'engendrer. La prise de risques devient alors la composante cardinale menant à l'innovation et au progrès. L'apport fondamental de Schumpeter sera ainsi de situer l'entrepreneur comme l'innovateur premier, à la différence de Say et Cantillon, qui se bornaient à faire du chercheur²³³ le seul moteur de l'innovation.

129. L'ambition et la volonté de vivre mieux ou dans de meilleures conditions ont de tous temps nécessité des prises de risques pour que l'égalité républicaine, en droits et en devoirs, octroyée à la naissance permette aux plus pugnaces de bénéficier d'un cadre de vie plus confortable. Ce qui constitue une proclamation d'un « droit à la différence » lorsque certains s'autorisent une vie plus paisible et moins stressante, alors que la fortune est souvent encline à sourire aux plus téméraires. Il est rare de conclure qu'une personne puisse décentement prendre des risques toute une vie sans jamais s'exposer à l'échec. Mais, alors que

²³¹ F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Signalman Publishing, Kissimmee, 1921, 260 p.

²³² J. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. 1, L'âge des fondateurs, 1954, rééd. 2004, Gallimard, p. 312, cité in H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 91.

²³³ « [L'entrepreneur] n'est pas le simple relais passif des innovations scientifiques du chercheur, c'est lui qui les provoque, plus fortement qui les cause. Il n'intervient plus en aval de la recherche, recueillant ses fruits pour les mettre en application et faire exécuter à l'ouvrier le produit industriel qui en découle ; il intervient également et surtout en amont pour déclencher les recherches. Le risque d'investissement qu'il supporte est la condition d'accomplissement de cette recherche et des innovations qui en découlent » H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 92.

ces échecs auraient comme conclusion potentielle une paralysie à laquelle devraient faire face certaines personnes pour saisir les opportunités futures, ils autoriseraient d'autres à tirer les leçons de leurs erreurs et seraient l'occasion d'appréhender un même risque à la mesure des écueils rencontrés.

130. L'entrepreneur évoqué, à titre liminaire, par Jean Baptiste Say, et repris ensuite par Joseph Schumpeter, doit prendre constamment des risques pour asseoir ses produits ou services, verrouiller ses marchés face à ses concurrents ou futurs investisseurs avides de niches commerciales. Les prises de risque passent alors par chacune des décisions édictées. Qu'elles soient relatives à la recherche de nouveaux procédés de fabrication, des réseaux de distribution des produits, ou encore à la manière de communiquer sur ces derniers, ces prises de risques font que l'entrepreneur bénéficie durablement d'une position concurrentielle lui étant favorable et lui permet de détenir un avantage conséquent sur ses marchés. Les « nouvelles combinaisons »²³⁴ du modèle de Schumpeter, rompues aux théories économiques néoclassiques, sont aujourd'hui les fondements de la pensée de libéraux contemporains comme Mises ou Gilder²³⁵.

131. Toutefois, si Schumpeter appréhendait l'entrepreneur comme un visionnaire apte à anticiper les besoins du consommateur, et donc capable de prendre des risques afin d'innover et de répondre à ces besoins nouveaux, l'incertitude inhérente au marché économique et l'impossibilité d'anticiper avec certitude la réaction de ses différents acteurs conduisent au constat inverse. Cela explique que le modèle de Schumpeter a rapidement

²³⁴ Selon le modèle Schumpétérien, les « nouvelles combinaisons » englobent les cinq cas suivants : « 1° La fabrication d'un bien nouveau, c'est-à-dire encore non familier au cercle des consommateurs, ou d'une qualité nouvelle d'un bien. 2° L'introduction d'une méthode de production nouvelle, c'est-à-dire pratiquement inconnue de la branche intéressée de l'industrie ; il n'est nullement nécessaire qu'elle repose sur une découverte scientifiquement nouvelle et elle peut aussi résider dans de nouveaux procédés commerciaux pour une marchandise. 3° L'ouverture d'un débouché nouveau, c'est-à-dire d'un marché où jusqu'à présent la branche intéressée de l'industrie du pays intéressé n'a pas encore été introduite, que ce marché ait existé avant ou non. 4° La conquête d'une source nouvelle de matières premières ou de produits semi-ouvrés ; à nouveau, peu importe qu'il faille créer cette source ou qu'elle ait existé antérieurement, qu'on ne l'ait pas prise en considération ou qu'elle ait été tenue comme inaccessible. 5° La réalisation d'une nouvelle organisation, comme la création d'une situation de monopole ou l'apparition brusque d'un monopole », in J.-J. ANSTETT, *Théorie de l'évolution économique : Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture*, Dalloz, coll. Bibl. Paris, 1999, p. 95.

²³⁵ Selon Gilder, les arcanes du marché n'auront plus de secrets grâce à la place rénovée de l'Entrepreneur in G. GILDER, *L'esprit d'entreprise*, Fayard, 1980, cité in H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 93.

trouvé ses limites énoncées par Friedrich Von Hayek avec ce qu'il nommait « l'illusion synoptique »²³⁶. La critique rapportée par Hayek²³⁷, marquant « la déconstruction de l'école du rationalisme constructiviste »²³⁸, se retrouvait à travers l'incertitude inhérente à l'accès aux marchés nouveaux qui, par nature, ne peut systématiquement être couronné de succès dès lors où ces marchés ne sont constitutifs que de perspectives potentielles de profits.

En effet, combien « d'*insuccess story* » ont vu le jour dans le développement des systèmes de réseaux informatiques ? Combien de déboires ont été répertoriés dans les premières tentatives de faire fonctionner des machines à vapeur ? Comment expliquer que des entreprises en position de leader sur des marchés mondiaux aient été contraintes de retirer leurs titres des marchés financiers pour tenter de sauver leur capitalisation²³⁹ ?

132. C'est cette capacité de savoir prendre des risques, d'être apte à l'audace, tout en sachant maîtriser et anticiper la prise de ces risques qui est la seule à même de permettre à l'entrepreneur de contempler sa réussite, comme l'énonçait l'Empereur et stratège Napoléon Bonaparte « l'art d'être tantôt très audacieux, et tantôt très prudent, est l'art de réussir »²⁴⁰. De la même manière, l'entrepreneur du XXIème siècle doit, dans le même temps, faire preuve d'audace dans la prise de risque tout en faisant parallèlement valoir sa vertu de prudence pour éviter toute débâcle de son entreprise. En outre, il doit être apte à la maîtrise du risque ainsi pris ou, à tout le moins, être à même de prévenir les conséquences de l'évènement qu'il provoque. En dépit du fait que la littérature contemporaine à ce sujet soit particulièrement abondante²⁴¹, ce comportement idéal de l'entrepreneur est loin d'être décrit avec suffisamment de précision pour qu'il puisse faire l'objet d'une définition pratique, de constituer un réel « guide-âne », au profit de toute personne désireuse de rencontrer le succès dans son entreprise.

²³⁶ Fr. VON HAYEK, Droit, législation et liberté, PUF, 2007, p. 80, cité in H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 94.

²³⁷ Pour une vision plus précise et critique de ce que Hayek décrivait comme une « présomption d'omniscience », V., respectivement, l'ouvrage de ce dernier et la critique de l'auteur de la citation, Fr. VON HAYEK, Droit législation et liberté, PUF, 2007, pp. 78-81, cité in H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 97.

²³⁸ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 94.

²³⁹ Le dernier exemple en date étant la société Dell, n° 3 mondial dans la fournitures de postes informatiques, in Le Monde, 5 février 2013.

²⁴⁰ Correspondances à J. SAINT-CLOUD, 30 juill. 1806, Correspondances, t. XIII, n°10-572, in F. BLUCHE, Le bonapartisme : aux origines de la droite autoritaire, p. 16.

²⁴¹ V. notamment L.-J. FILION, C. ANANOU, C. SCHMITT, Réussir sa création d'entreprise, Ed. Eyrolles, Coll. Création d'entreprise, 2012, 320 p. ; J.- PH. TIXIER, Dix points clés pour Réussir, Ed. Maxima, 2010, 201 p. ; C. SFEZ, Créer son entreprise, Prat. Éditions, 2013, 295 p.

2) La théorie des comportements humains face au risque

133. Lorsqu'il proposa la première définition scientifique du risque, Daniel Bernoulli offrit une première théorie des comportements humains face au risque, en expliquant le célèbre « Paradoxe de Saint-Pétersbourg »²⁴² initialement posé par son cousin Nicolas Bernoulli. La théorie de l'espérance d'utilité²⁴³, développée par Bernoulli, sera ensuite reprise par les économistes les plus éminents de notre époque, notamment, en 1944 à l'aune de l'environnement risqué par John Von Neumann et Oskar Morgenstern, puis par Leonard Savage, à travers l'environnement incertain, dans le cadre de son ouvrage *The Foundations of Statistics*, paru en 1954. Celle-ci sera toutefois remise en cause par le prix Nobel d'économie de 1988, le Professeur Maurice Allais, lorsque ce dernier mit en exergue que le choix rationnel n'était pas uniquement dicté par la plus importante probabilité de gain mais était davantage guidé ou, à tout le moins, influencé par les réactions des autres agents économiques²⁴⁴. Cette affirmation donnera lieu à une polémique dont le principal contradicteur, Kenneth Arrow, a modélisé l'incertitude selon le principe de l'utilité espérée, à travers le « théorème Arrow-Debreu »²⁴⁵.

134. Par ailleurs, le renoncement à la prise de risque peut aussi s'avérer être une action économiquement imprudente et susceptible d'être sanctionnée au titre de la faute de

²⁴² Daniel Bernoulli proposa une démonstration selon laquelle « le supplément de bien-être procuré par un billet de loterie est inférieur à son espérance de gain. Il explique ce phénomène d'aversion à l'égard du risque par le fait que l'utilité marginale des gains est décroissante avec la richesse du joueur, ce qui implique que recevoir 1 000 euros avec la probabilité 1 / 1 000 accroît moins le bien-être que de recevoir un euro avec certitude » (Ch. GOLLIER, « Risque et incertitude », Encyclopædia Universalis, éd. en ligne, url : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/risque-et-incertitude/>).

²⁴³ L'utilité, intimement liée à la notion de besoin, se détermine schématiquement comme une mesure de la satisfaction obtenue par la consommation d'un bien ou d'un service. Initialement, la notion d'utilité n'était utilisée dans le seul cadre de la mesure du risque. Sans toutefois s'y cantonner, les travaux sur l'utilité ont ensuite été utilisés, pour déterminer des notions économiques et financières comme l'aversion au risque ou encore la prime de risque, évoquée comme élément central du contrat d'assurance.

²⁴⁴ Le « Paradoxe d'Allais » est une remise en cause de la cohérence de la théorie de l'espérance d'utilité, et dont la démonstration serait susceptible d'être résumée selon l'équivoque « moins le risque est grand et plus on le fuit » (M. ALLAIS, *Le comportement de l'individu rationnel devant le risque : Critiques des axiomes de l'école Américaine*, *Econometrica*, 21, 1953, pp. 503-546).

²⁴⁵ Par ailleurs, la démonstration de Kenneth Arrow offrira de solides bases aux travaux de Walras considéré comme le modèle de référence de l'économie de marché (J-M DANIEL, « Arrow Kenneth Joseph », Encyclopædia Universalis, éd. en ligne, url : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/kenneth-joseph-arrow/>)

gestion²⁴⁶. Dans certains cas, la prise de risques est nécessaire afin d'éviter un danger, d'annihiler un autre risque considéré comme plus important. Reprenant l'exemple évoqué dans l'ouvrage de Niklas Luhmann relatif à la décision du gouvernement suédois d'évacuer, par hélicoptère, une partie de la population laponne en raison de l'expérimentation de tirs de fusées dans la région, P. Lantz démontrait qu'il est des hypothèses où « l'évaluation des risques de la décision n'est pas celle des dangers encourus par la population concernée mais des avantages espérés pour le système social lui-même (...) ; ils ont préféré prendre un plus grand risque matériel parce qu'il était cohérent avec leur politique de protection du peuple lapon plutôt que d'apparaître indifférents à l'égard d'une minorité nationale ». Par parallélisme avec le monde entrepreneurial, il est des situations où certaines prises de décisions s'avèrent nécessaires, sans en tirer d'avantages à court terme et engageant les fonds de l'entreprise, bien que le retour sur investissement soit rarement évaluable. Cette nécessité provient du fait que les décisions ainsi prises seront profitables pour l'image de marque qu'elle véhicule, prévenant dans le même temps le danger potentiel inhérent au risque d'atteinte à sa réputation.

135. Revenant à la pensée d'Hayek, la notion d'incertitude a permis de justifier la liberté de prendre des risques car elle ne constitue nullement une carence de l'analyse économique mais au contraire se cristallise comme « le fondement même de toute analyse économique »²⁴⁷. A partir de ce constat, Hayek retiendra que le seul principe à même de permettre une analyse globale, en dépit d'une connaissance parfaite, demeure le principe de liberté. Mais si le principe est louable en théorie, Henri Lacordaire relevait à juste titre que la liberté pouvait asservir et que seule la loi était susceptible de permettre d'atteindre l'ordre social²⁴⁸. En ce sens, un trop plein de liberté dans l'entrepreneuriat conduirait inexorablement à la défiance des différents acteurs dans le marché et donc à la débâcle du système économique. En effet, l'absence de régulation étatique, théoriquement équitable, induirait la méfiance au sein des preneurs de risques, qu'ils soient entrepreneurs ou investisseurs, et de manière paradoxale cette liberté poussée à son paroxysme s'avérerait totalement

²⁴⁶ V. *infra*, n° 169.

²⁴⁷ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 95.

²⁴⁸ Plus précisément, la fameuse citation de l'anti-libéral Henri Lacordaire était « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit », dont l'expression a été reprise dans les manuels juridiques pour relever la différence de poids entre les parties dans les rapports contractuels sous la formule « entre le fort et le faible c'est la liberté qui asservit et la loi libère », (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 6ème éd., Paris, 1996, p. 33, n° 36).

contreproductive. Dans le même sens, l'absence de fondements permettant de justifier la liberté de prendre des risques conduirait au même constat de scepticisme dans le marché ou, du moins, impliquerait nécessairement un excès de prudence dans la prise de risque en entreprise par crainte de voir les mécanismes de responsabilité constamment déclenchés. Néanmoins, en dépit d'une proclamation expresse d'une liberté de prendre des risques en entreprise, il est des fondements qu'il est possible d'invoquer afin de justifier la nécessaire prise de risques des entreprises.

Paragraphe 2 : Les fondements juridiques de la liberté de prendre des risques en entreprise

136. La prise de risques dans les sociétés capitalistes est d'une légitimité indéniable. Toutefois, l'absence de fondement textuel paraît constituer un obstacle à la reconnaissance de l'autonomie juridique de cette liberté, ce qui impliquerait *a priori* qu'il soit malaisé d'invoquer la liberté de prendre des risques devant les tribunaux français. En effet, comment les magistrats seraient-ils susceptibles d'appliquer de manière effective un tel principe sans le viser expressément dans les motifs de leurs décisions²⁴⁹ ?

Toutefois, sans littéralement s'y référer, le législateur français admet de manière incidente la liberté de prendre des risques, à chaque fois qu'il enjoint aux entreprises de communiquer sur les risques pris dans le cadre de leurs activités²⁵⁰. Dans le même sens, s'il n'a pas littéralement proclamé l'existence d'une telle liberté de prendre des risques, cette liberté peut être fondée sur d'autres principes d'ores et déjà érigés au sommet de l'ordre normatif français, à l'instar notamment des libertés d'entreprendre, de commerce et d'industrie ou encore de la liberté de contracter. Ces principes constituent des garde-fous vis à vis des autorités administratives qui seraient enclines à instaurer des obstacles au libre exercice des activités économiques des opérateurs privés. A défaut de s'y conforter, le juge

²⁴⁹ Olivier Desaulnay relevait à cet effet que « les droits fondamentaux constitutionnels ne sont pas uniquement opposables à la puissance publique, mais constituent aussi une source d'obligation pour les personnes privées, leur attribuant *de facto* un effet horizontal direct » O. DESAULNAY, L'application de la constitution par la Cour de cassation, Dalloz, 2006, n° 302, p. 129, cité in N. MOLFESSIS, « Le contrat », L'entreprise et le droit constitutionnel, Rev. Dr. des Aff., Supp. n° 55, Lamy, 2010, p. 51.

²⁵⁰ V. *infra*, Partie II, n°s 346 et s.

judiciaire²⁵¹ est seul compétent pour apprécier la gravité de ces atteintes²⁵² et condamner leurs auteurs. Partie intégrante du bloc de constitutionalité en droit français, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à travers son article 4, est le fondement initial de toute liberté²⁵³ qui ne connaît de « bornes » que dans la nuisance à autrui causée par l'exercice d'une « liberté juridique »²⁵⁴.

Sur le fondement de cette disposition ont alors été consacrées constitutionnellement, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie, véritables fondements de la liberté de prendre des risques (A), ainsi que la liberté contractuelle, dont la seconde branche se révèle équivalente, ou *a minima* constitue un fondement de la liberté de prendre des risques en entreprise (B).

A) Les libertés constitutionnelles fondant la liberté de prendre des risques en entreprise

137. La liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie apparaissent constituer les fondements de la liberté de prendre des risques, en ce qu'elles constituent un cadre préalable nécessaire à l'exercice de cette liberté. En effet, constituant des libertés juridiques indispensables à l'exercice effectif de la liberté de prendre des risques en entreprise (1), ces libertés permettent également de plaider pour une reconnaissance de la liberté de prendre des risques en entreprise comme une liberté juridique autonome (2).

²⁵¹ Cass. civ., 22 nov. 1991 : Bull. civ. I, p. 185.

²⁵² Cette atteinte est alors analysée comme constitutive d'une voie de fait, ou peut se manifester comme une « contestation sur un droit » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et justifier le contrôle de sa compatibilité avec les dispositions de ladite Convention (CEDH, 27 nov. 1991, Aff. Verlmans Seria A n° 219).

²⁵³ L'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 prévoit en effet que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». La compétence législative encadrant les libertés sera reprise à l'article 34 de la Constitution de 1958 qui proclame que « la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens dans l'exercice des libertés publiques ».

²⁵⁴ La liberté juridique « consiste dans le droit de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi », *in* Lexique des termes juridiques, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, Dalloz, 15^{ème} éd., Paris, 2005, p. 377.

1) Les libertés juridiques indispensables à l'exercice effectif de la liberté de prendre des risques en entreprise

138. Pendant juridique de la notion économique de l'entrepreneur, et issue de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative²⁵⁵, la liberté d'entreprendre implique que toute personne dotée de la capacité juridique est libre en principe de s'établir pour exercer une activité économique dans le secteur d'activité de son choix. Interrogé sur sa composition, Guy Carcassonne répondait que la liberté d'entreprendre « c'est entreprendre, c'est exploiter, c'est aussi contracter »²⁵⁶. Par leur décision du 16 janvier 1982, les sages de la rue Montpensier reconnurent une valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre²⁵⁷, initialement reconnue

²⁵⁵ CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, RDP 1930, p. 530, concl. P.-L. JOSSE, S 1931.3.73, concl. note R. ALIBERT. Par cet arrêt le Conseil d'Etat acta le monopole économique de principe octroyé aux entreprises privées. Pour une analyse exhaustive de la portée de cet arrêt et de ses domaines d'application, V. R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, Coll. Domat droit public, Tome 1, 15^{ème} éd, Paris, 2001, p. 307-311.

²⁵⁶ G. CARCASSONNE, « Liberté d'entreprendre », L'entreprise et le droit constitutionnel, Rev. Dr. des Aff., Supp. n° 55, Lamy, 2010.

²⁵⁷ Cons. const., Nationalisations, 16 janv. 1982, 81-132 DC §16, RJC I-104. Reconnaisant une valeur constitutionnelle à la liberté d'entreprendre, le Conseil Constitutionnel affirma « que 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 », *in* L. FAVOREU, L. PHILIP, Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, Paris, 14^{ème} éd., 2007, p. 428. Bien qu'une partie de la doctrine avait interprété cette décision comme dotant une portée quasi-illimitée à cette liberté, le Conseil constitutionnel au même semestre rendait une décision affirmant son caractère non absolu en « considérant que ces libertés qui ne sont ni générales ni absolues ne peuvent exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi », Cons. const. 27 juillet 1982 81-141 DC ; par ailleurs, L. FAVOREU ET L. PHILIP relèveront que les motifs de la décision du 16 janvier 1982 ne pouvait donner lieu à une interprétation du principe dans un sens si libertaire, puisque, selon le Conseil constitutionnel, l'éventuelle contrariété à l'article 4 de la DDHC ne s'appréciait qu'à l'aune « de restrictions arbitraires ou abusives (...) apportées à la liberté d'entreprendre » (L. FAVOREU, L. PHILIP, Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, *op. cit.*, p. 428). Sans reprendre son considérant initial posé en 1982, le Conseil Constitutionnel affirma que cette liberté pouvait faire légitimement l'objet de « limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles [tout en précisant que ces limitations ne devraient pas avoir pour] « conséquence d'en dénaturer la portée », Cons. const. 13 janv. 2000, 99-423 DC, PA 2000 n° 150 p. 22 obs. L. B. P., B. M. et M. V ; Pour une illustration d'une décision relevant la dénaturation de la portée de la liberté d'entreprendre, V. Cons. const. 7 déc. 2000, 00-436 DC, Pa 2001 n° 152 p. 18 note F.R. ; dans le même sens, relevant une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi, V. Cons. const. 16 janvier 2001, 2001-439 DC, Pet. Aff. 2001 n° 258 p. 24 obs. F.S.; Cons. const. 12 janvier 2002, 2001-455 DC, JCP 2002 II 10091 note Cl. FRANCK. A l'inverse, relevant l'absence d'atteinte disproportionnée de dispositions législatives à la liberté d'entreprendre, V. Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC (à propos de la loi créant les fonds d'épargne) JO 26 mars 1997, p. 4661 ; Cons. const. 13 janvier 2000, 99-423 DC, préc. ; toutefois, la rareté des censures au motif d'une inconstitutionnalité sur la base d'une atteinte à cette liberté se doit d'être constatée à travers la jurisprudence constitutionnelle, et le Juge constitutionnel se borne généralement au seul contrôle de la disproportion manifeste au regard de l'objectif poursuivi par la disposition législative litigieuse. Pour la jurisprudence administrative, la liberté d'entreprendre figure au rang des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

comme une simple composante de la liberté de commerce et d'industrie²⁵⁸. Toutefois, force est de constater que les décisions ayant constitutionalisé la liberté d'entreprendre ne renvoient pas expressément à la notion de risque. Néanmoins, l'entreprise sans prise de risques n'existe pas, ce qui justifierait, même en l'absence de mention expresse, que la liberté de prendre des risques soit comprise de manière sous-jacente au sein de la liberté d'entreprendre. Ensuite, il est à relever que la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce et d'industrie entretiennent des liens étroits et sont parfois confondues, puisque certaines de leurs composantes propres leur sont communes, comme notamment, la liberté d'exercice, davantage axée sur l'activité qui est y déployée, et qui permet à l'entrepreneur d'exercer librement l'activité économique qu'il a choisie.

139. La liberté de commerce et d'industrie, « pilier central, voire unique, du libéralisme économique »²⁵⁹ doit s'entendre comme la liberté professionnelle permettant à toute personne de s'établir pour exercer une activité sans que lui soient opposées de restrictions²⁶⁰. Contrairement au champ d'application des réglementations relatives au commerce et à l'industrie²⁶¹, le champ d'application de la liberté de commerce et d'industrie ne doit pas s'entendre de manière restrictive aux seules activités de commerce et au secteur de l'industrie, puisqu'elle s'applique à la quasi-totalité des activités économiques. La querelle doctrinale relative au fait de savoir si seule la liberté d'entreprendre revêt un caractère constitutionnel, ou si cette constitutionnalisation est également transposable à la liberté de commerce et d'industrie, laisse le débat ouvert²⁶², puisque certains militent en ce sens en arguant notamment que seule la liberté de commerce et d'industrie a été affirmée à l'article 7

²⁵⁸ A l'origine, la liberté d'entreprendre ne constituait qu'une simple branche de la liberté du commerce et de l'industrie. En dépit de la consécration constitutionnelle de son autonomie, cette perception de la liberté d'entreprendre reste inchangée auprès d'une partie de la doctrine. En ce sens : J.-P. COLSON, *Droit public économique*, LGDJ, 1995, p. 48 ; M. KDHIR, « Le principe de la liberté de commerce et de l'industrie, mythe ou réalité ? », *D.* 1994, Chron. P. 32 et s. ; F. GUELFY-TASTEVIN, *Droit pénal économique des affaires*, Gualino, 2001, p. 45, *in* H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 127, spéc. note 417.

²⁵⁹ M. GUIBAL, *Commerce et industrie*, Rép. Com., Dalloz, Paris, 2013, pp. 1-36., spéc. n° 1.

²⁶⁰ La loi Le Chapelier du 14 juin 1791 avait proclamé le libre accès et la liberté totale d'exercice à toutes les professions, y compris les « métiers de danger », qui regroupent schématiquement aujourd'hui les professions réglementées. Toutefois, un constat d'échec cuisant fut contemplé par l'Avocat au Parlement de Bretagne, qui du observer « l'improbité et le charlatanisme » des professionnels les moins vertueux. Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Article 4 de la DDHC, comm. M. LASCOMBE, Dalloz, Paris, 2013, p. 4.

²⁶¹ Il en va ainsi notamment de la plupart des professions libérales, ou des activités agricoles, qui ne sont pas soumises à toutes les réglementations du commerce et de l'industrie.

²⁶² V. D. LINOTTE, R. ROMI, *Droit public de l'économie*, Dalloz, éd. anté. à 1998, *in* Code constitutionnel et des droits fondamentaux, comm. M. LASCOMBE, Dalloz, Article 4 de la DDHC, p. 1-8.

du Décret d'Allarde²⁶³ de 1791. Les partisans de cette analyse relèvent également que la liberté de commerce et d'industrie a été la première des libertés érigée au rang de liberté constitutionnelle par l'article 355²⁶⁴ de la Constitution du 5 Fructidor an II, puis par l'article 13²⁶⁵ de la Constitution du 4 novembre 1848. Au XIX^e siècle, cette liberté comprenait les libertés d'entreprendre et d'exercer, alors qu'en 2001, une décision du Conseil d'Etat²⁶⁶, dont la réception au sein de la doctrine ne fit toutefois pas l'unanimité, considérait que la liberté du commerce et de l'industrie n'était alors devenue qu'une simple composante de la liberté d'entreprendre, à l'instar de la liberté de la concurrence.

D'ailleurs, le juge constitutionnel n'a jamais expressément conféré de valeur constitutionnelle à la liberté du commerce et d'industrie²⁶⁷, bien que le législateur, par la promulgation de l'article 1^{er} de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007, aujourd'hui abrogé, avait estimé que cette dernière constituait un « principe constitutionnel ». En total accord avec les dires de Pierre Delvolvé, auteur d'une thèse²⁶⁸ sur la liberté d'entreprendre, Guy Carcassonne affirmait que la seule différence fondamentale entre les libertés d'entreprendre et de commerce et de l'industrie se décèle à l'aune des problématiques de concurrence présentes uniquement dans cette dernière liberté.

140. Eu égard à sa substance, la liberté d'entreprendre peut être considérée comme un préalable indispensable à l'exercice de la liberté de prendre des risques, comme la liberté d'opinion s'avèrerait le prélude nécessaire aux libertés d'expression ou de presse : un cadre indispensable pour que l'entreprise existe et pour que la liberté de prendre des risques à l'occasion d'une activité économique soit pleinement effective. Aussi, une partie de la doctrine plaide pour que la liberté de commerce et d'industrie, du fait de la relation « quasiment symbiotique » qu'elle entretient avec la liberté d'entreprendre, soit consacrée

²⁶³ La loi du 2 et 17 mars 1791, toujours en vigueur, prévoit « [qu'] 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 ».

²⁶⁴ L'article 355 de la Constitution du 22 août 1795 prévoyait qu' « il n'y a ni privilège ni maîtrise, ni jurande ni limitation à la liberté de la presse, du commerce, et à l'industrie et des arts de toute espèce. Toute loi prohibitive en ce genre, quand les circonstances la rendent nécessaire, est essentiellement provisoire, et n'a d'effet que pendant un an au plus, à moins qu'elle ne soit formellement renouvelée ».

²⁶⁵ L'article 13 de la Constitution du 4 novembre 1848 formulait avec concision que « La constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ».

²⁶⁶ CE réf. 12 nov. 2001, Commune de Montreuil-Bellay, req. N° 239840 : Lebon 551 ; Dr. adm. 2002, 41, note. LOMBARD.

²⁶⁷ Pour des exemples de décisions ne relevant pas la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie, V. Cons. Const. 17 juill. 2003, 2003-474 DC § 3 ; Cons. Const. 30 oct. 1981, 81-129 DC § 13.

²⁶⁸ P. DELVOLVÉ, La liberté d'entreprendre, thèse, Paris II, 2002, cité in G. CARCASSONNE, « Liberté d'entreprendre », L'entreprise et le droit constitutionnel, Rev. Dr. des Aff., Supp. au n° 55, Lamy, 2010.

comme une liberté à valeur constitutionnelle²⁶⁹. La liberté de prendre des risques, dont la reconnaissance comme liberté juridique autonome est également soutenue par la doctrine²⁷⁰, pourrait dès lors bénéficier d'un traitement identique. Pour exaucer ce vœu formulé par la doctrine, le juge constitutionnel dispose alors de nombreux arguments. Plus précisément, plusieurs composantes fondamentales de la liberté de commerce et de l'industrie, comme la liberté de gestion et d'exploitation, la liberté d'établissement ou d'installation, ou encore la liberté de travail, pourraient constituer des fondements de la liberté de prendre des risques en entreprise et contribuer ainsi à plaider pour la reconnaissance de cette dernière comme une liberté juridique autonome.

2) Les fondements permettant de plaider pour une reconnaissance de la liberté de prendre des risques en entreprise comme liberté juridique autonome

141. La liberté d'établissement et d'exploitation²⁷¹, contenue dans la liberté de commerce et d'industrie, renvoie à la faculté de créer une entreprise et constitue à ce titre « le principal aspect de la liberté économique des personnes privées »²⁷². Cette liberté inclut également la liberté de choisir le secteur géographique²⁷³ dans lequel l'entrepreneur souhaite s'implanter. Ces libertés peuvent alors être perçues comme préliminaires à la liberté de prendre des risques. De même, il est possible d'affirmer que ces libertés impliquent à ce stade des prises réelles de risques. En effet, la création d'une entreprise recèle déjà de nombreux écueils à éviter. Par exemple, les risques sont présents dès l'option de la stratégie inhérente à la sélection de la structure sociale qui permettra l'exercice économique de l'entreprise, ou lors du choix du nom commercial et celui de l'enseigne dont les risques en droit de la propriété intellectuelle sont non négligeables. Aussi, le dilemme lié à l'établissement géographique, particulièrement perceptible dans les activités de négoce, constitue un des risques

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 2 et s.

²⁷⁰ V. H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, 618 p.

²⁷¹ La liberté d'établissement et d'exploitation, qui s'enchevêtre nécessairement dans les ramifications de la libre exploitation et de la libre entreprise contenues au sein de la liberté d'entreprendre, s'affranchit du spectre du secteur d'activité dans lequel l'entrepreneur veut s'établir pour davantage se concentrer sur le caractère libertaire de l'établissement lui-même. En d'autres termes, la liberté d'établissement et d'exploitation implique la possibilité de s'installer et exploiter une activité économique sans subir, dans le cadre de l'établissement et de l'exploitation de leur activité, des contraintes excessives émanant des services de l'Etat.

²⁷² M. GUIBAL, Commerce et industrie, Rép. Com., Dalloz, Paris, 2013, pp. 1-36, p. 10, spéc. n° 57.

²⁷³ Si la liberté d'établissement comprend la liberté de choisir le lieu d'exercice d'une activité économique, elle implique également la faculté d'exercer en l'absence de lieu fixe comme l'illustre le statut attribué aux commerçants ambulants.

économiques les plus importants pour le rayonnement commercial de l'entreprise vis-à-vis de sa future clientèle.

142. Par ailleurs, la liberté de commerce et d'industrie prévoit, à la suite de la création de l'entreprise, le libre exercice de sa gestion. En effet, la liberté de gestion se situe au centre de la liberté de prendre des risques, lorsqu'elle permet à l'entrepreneur de choisir les méthodes de gestion de son entreprise. A travers cette liberté est proclamé le libre choix des procédés de fabrication et des outils nécessaires à leur conception, des techniques de commercialisation ou encore des réseaux de distribution des produits confectionnés ou simplement acquis. La liberté de gestion, qui peut également s'avérer synonyme de la liberté de prendre des risques au regard du pilotage de l'entreprise, laisse toute latitude à l'entreprise pour fixer ses marges commerciales²⁷⁴, se prononcer librement²⁷⁵ sur les modalités de financement de son activité, pour embaucher des salariés comme bon lui semble, ou encore recourir ou non à toutes les méthodes possibles de sollicitation. Cette énumération n'est naturellement pas exhaustive car le monde entrepreneurial implique une prise de risque structurelle, à l'instar des exemples précités, mais également une prise de risque ajustée quotidiennement en fonction de chaque écueil rencontré, comme le fait par exemple d'analyser le risque de change avant de procéder à un paiement pécuniairement important au profit d'un fournisseur étranger dont la devise nationale est instable.

143. Enfin, assimilée tantôt à un complément²⁷⁶, tantôt à une composante de la liberté du commerce et de l'industrie ou de la liberté d'entreprendre²⁷⁷, ou susceptible d'être

²⁷⁴ La libre fixation des marges commerciales rencontre également plusieurs limites. A titre d'illustration, sauf à considérer la libre fixation des marges commerciales comme l'obligation de fixer ces marges par un ratio positif, l'article L. 442-2 du Code de commerce prévoit la prohibition de la revente à perte, qui se détermine par « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif », et dont la pratique est passible d'une amende de 75 000 euros qui peut être portée « à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif ».

²⁷⁵ Parfois, force est de constater que ces libertés restent également encadrées. A titre d'exemple, la liberté de financement, qui comprend notamment celle de recevoir un paiement sous la forme de son choix reste limitée par des dispositions législatives contraignants les entreprises commerciales à ne recevoir de paiements en espèce par un particulier au delà de 3 000 euros, ou 15 000 euros si la résidence fiscale de l'acheteur est à l'étranger (il en est de même par exemple pour l'acquittement par l'employeur des salaires de son personnel, dont la fraction excédant 1 500 euros ne peut être effectuée en espèces). En ce sens, V. notamment, les articles L. 112-6 et suivants du Code monétaire et financier, l'article D. 112-3 du même code et la sanction y relative à la lettre de l'article 1840 J du Code général des impôts.

²⁷⁶ Dans sa décision rendue le 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale, le Conseil constitutionnel considérait la « liberté du travail comme un ensemble composite dans lequel la liberté du travail

rattachée à la libre gestion de l'entrepreneur, la liberté du travail est entendue comme le libre exercice des prérogatives imparties à l'employeur vis-à-vis de son personnel salarié. A ce titre, l'entrepreneur doit pouvoir embaucher comme il le souhaite et librement se déprendre de son personnel en tenant compte de ses propres appréciations de la situation économique de son entreprise. Aussi, il est également un fondement primordial de la liberté de prendre des risques en entreprise, que constitue la liberté contractuelle. Par le contrat, l'entreprise agit, et chaque signature ainsi apposée, révèle une prise de risques inéluctable.

B) La liberté contractuelle, un fondement de la liberté de prendre des risques en entreprise

144. « Le contrat, c'est l'entreprise qui se réalise »²⁷⁸ ! Le contrat est l'instrument permettant de créer l'activité économique de l'entreprise. Les contrats de l'entreprise peuvent ainsi concerner l'approvisionnement, la vente, les contrats de travail, les financements par la souscription de contrats de prêt ou de convention de compte bancaire, mais également, dès la création de la société, les statuts ou les pactes d'associés qui leur sont éventuellement annexés. À ce titre, la liberté contractuelle entretient des liens étroits avec la liberté de prendre des risques. Contracter c'est agir, et agir c'est nécessairement prendre des risques.

145. La consécration constitutionnelle de la liberté contractuelle fut particulièrement longue et complexe²⁷⁹. Il fallut attendre l'avènement du XXIème siècle, par une décision du 19 décembre 2000²⁸⁰ la rattachant expressément à l'article 4 de la Déclaration des droits de

trouverait une place de choix, notamment pour ce qui concerne les droits de l'employeur », in M. GUIBAL, Commerce et industrie, préc., p. 10, n° 56.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 10, n° 58.

²⁷⁸ N. MOLFESSIS, « Le contrat », *L'entreprise et le droit constitutionnel*, Rev. Dr. des Aff., Supp. n° 55, Lamy, 2010, p. 47.

²⁷⁹ Sans avoir répondu aux saisissants qui pourtant l'invoquaient, (V. Cons. Const., 20 juill. 1988, n° 88-244 DC § 21 ; Cons. Const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC § 26), le Juge constitutionnel affirma expressément dans une décision rendue le 3 août 1994, « [qu'] aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle », Cons. Const., 3 août 1994, n° 94-348 DC § 9. Ensuite, par une périphrase ouvrant la voie à un possible revirement, les neuf sages relevèrent en 1997 que si « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, (...) sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel, que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis » (Cons. Const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC § 48). L'interprétation de cet arrêt fut l'occasion pour certains auteurs de relever la consécration constitutionnelle de la liberté contractuelle à travers son rattachement avec la liberté d'entreprendre (V. N. MOLFESSIS, « Le contrat », *L'entreprise et le droit constitutionnel*, préc., p. 48).

²⁸⁰ Cons. Const., 19 nov. 2000, n° 2000-437 DC § 37.

l'homme et du citoyen du 26 août 1789, pour que le bloc de constitutionalité s'enorgueillisse de cette nouvelle liberté fondamentale. Seule la branche relative à la liberté de contracter intéresse l'entrepreneur et les risques nés de son action. Aussi, la protection des conventions légalement formées n'intéresse que peu la prise de risque. Elle demeure tout de même un cadre nécessaire à la sécurité juridique attendue par le preneur de risques et permet d'éviter, dans un état de droit, le fait de prendre un risque, de contracter, en étant freiné par l'impossible analyse des risques pris par l'entreprise.

146. S'agissant de son contenu, en lien direct avec la liberté de prendre des risques, la liberté contractuelle est amorcée par la liberté de ne pas contracter, un risque refusé sur le fondement de l'autonomie de la volonté. Elle se matérialise alors comme la liberté de vendre ou de ne pas vendre ses produits, d'effectuer ou de refuser de s'astreindre à l'accomplissement d'une prestation de services. Dans son prolongement, elle autorise la négociation des conventions que l'entreprise s'apprête à régulariser et devient, à ce stade de la relation contractuelle, une véritable arme dans la maîtrise des risques de l'entreprise²⁸¹. Elle permet également à l'entrepreneur de librement choisir ses cocontractants, qu'ils soient fournisseurs ou clients et donc, par ce choix, d'atténuer ou d'augmenter les risques qu'il prend. Pourtant et de manière paradoxale, la liberté contractuelle, présentée comme une justification à la liberté de prendre des risques, peut également s'avérer une restriction à la liberté du commerce et d'industrie et donc parfois à la liberté de prendre des risques²⁸².

147. L'existence du risque se décèle lors de la signature du contrat, lorsqu'il n'est que potentiel. La simple éventualité de l'inexécution des obligations par l'un des cocontractants traduit la présence du risque contractuel. De même, les conséquences pécuniaires qui pourraient s'en suivre du fait de la nécessité de pallier cette inexécution pour la première partie, ou la présence éventuelle d'une clause pénale pour la seconde partie au contrat, rappellent aux cocontractants les risques qu'ils souscrivent.

²⁸¹ V. *infra*, n° 343 et s.

²⁸² A titre d'exemple, constituent des limites à la liberté du commerce et d'industrie, les contrats stipulant une clause de non installation, une clause de non concurrence, un approvisionnement exclusif, etc. Le propos mériterait d'être atténué, puisque, d'une part, la liberté contractuelle implique la liberté juridique de contracter librement ce type de clauses et, d'autre part, ces prévisions contractuelles peuvent être frappées de nullité si elles ne répondent pas à un intérêt légitime ou si leur portée n'est pas limitée. Toutefois, force est de constater que certaines situations de dépendance économique impliquent que cette liberté soit à géométrie variable.

Si les risques contractuels seraient alors théoriquement acceptés sur le fondement de l'autonomie de la volonté, le caractère illusoire de la volonté libre et autonome en atténue la teneur dans certaines hypothèses. En effet, l'éventualité d'une dénaturation judiciaire du contrat, l'insécurité juridique qui peut lui être liée²⁸³, ou encore les souscriptions forcées de conventions obligatoires, telles les assurances de responsabilité civile professionnelle pour l'exercice de professions réglementées ou à risques, sont autant d'exemple de la relativité attachée au fondement de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

148. Il serait donc permis d'inscrire la liberté de prendre des risques au sommet de la hiérarchie des normes, à travers la jurisprudence du Conseil Constitutionnel en se fondant sur l'article 4 de la DDHC, comme l'ont été les différentes libertés susceptibles d'en constituer une justification. Si le caractère surnuméraire de ces libertés devait s'avérer un frein à sa sacralisation, ces fondements demeurerait une invocation légitime en cas d'atteinte à la liberté de prendre des risques en entreprise.

149. Avec l'introduction récente en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité²⁸⁴, positionner la liberté de prendre des risques comme une liberté autonome prendrait tout son sens. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi arbitrer entre l'impératif sécuritaire nécessaire pour éluder toute anarchie et prises de risques démesurées pouvant exposer des populations à des dangers parfois irréversibles et les atteintes injustifiées au droit de prendre des risques constitutifs de freins à l'initiative entrepreneuriale et donc à l'essor de l'économie nationale. Ainsi, chaque fois qu'une prise de risque excessive serait reprochée à une entreprise, cette dernière pourrait alors questionner le juge garant de la Constitution pour apprécier la disproportion entre le risque effectivement pris et surtout les conséquences

²⁸³ Les illustrations de revirement de jurisprudence ayant causé d'importantes conséquences préjudiciables aux entreprises sont également nombreuses. A titre d'exemple, de 1971 à 1994, tous les contrats cadre conclus étaient susceptibles d'être annulés pour indéterminabilité du prix au moment de la formation du contrat. En d'autres termes, tous les accords commerciaux renvoyant au « tarifs fournisseurs » le soin de fixer le prix définitif des prestations au moment de la passation d'une commande étaient passibles d'une inexécution légitime. Dans le même sens, lorsque les magistrats ont découvert l'obligation d'une contrepartie financière aux clauses de non concurrence préalablement écrite au sein des contrats de travail, le juge a ouvert la libre concurrence de salariés à qui l'entreprise avait pu transmettre des informations et des compétences leur permettant d'exercer une activité concurrente singulièrement préjudiciable pour cette dernière. Dans cette même logique, les risques liés aux revirements de jurisprudence ne sont pas anodins et la haute juridiction civile a constamment affirmé l'absence de consécration « d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (V. encore récemment, Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009 n° 07-14.932, n°08-16.914).

²⁸⁴ Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; loi du 23 juill. 2008, n° 2008-724 ; loi organique du 10 décembre 2009 n° 2009-1523.

résultant de celui-ci au regard des différentes dispositions législatives et réglementaires dont il est reproché la contradiction dans le cadre d'une action en responsabilité diligentée à l'encontre d'une entreprise. Si le caractère surabondant de ces libertés s'avérait un obstacle à cette reconnaissance officielle, il n'en demeure pas moins que la liberté de prendre des risques existe incontestablement et les justiciables peuvent toujours incidemment l'invoquer au visa des différents principes pouvant l'intégrer de manière sous-jacente ou simplement la légitimer.

A supposer que la liberté de prendre des risques en entreprise puisse bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle, elle ne saurait constituer, comme les libertés fondant cette dernière, une liberté au caractère absolu, et justifier que soient retenues comme attentatoires toutes dispositions entravant son libre exercice. Les catastrophes industrielles et le nombre croissant des liquidations judiciaires permettent de retenir que cette liberté doit être encadrée pour éviter des prises de risques déraisonnables et lourdement préjudiciables tant pour l'entreprise et son personnel, que pour les tiers également exposés aux dangers subséquents.

Section 2 : La prise de risque comme fondement de la responsabilité des entreprises

150. L'exhaustivité de toutes les atteintes à la libre prise de risque demeure quelque peu utopique dans le cadre de cette étude. En théorie, répertorier ces atteintes impliquerait de relever toutes les dispositions législatives, réglementaires ou appréciations jurisprudentielles susceptibles de freiner la libre action des entreprises. En effet, chaque prohibition apparaît être un obstacle à cette libre action²⁸⁵.

Parfois, la cause d'un dommage trouve sa source dans la réalisation d'un événement aléatoire, d'un risque, et dont les conséquences ne peuvent être raisonnablement rattachées à un agent fautif clairement identifié. La non indemnisation de ce « dommage anonyme »²⁸⁶ peut alors sembler sociologiquement inacceptable mais juridiquement fondé à l'origine.

²⁸⁵ A titre d'illustration, l'ordre public, les bonnes mœurs, les choses hors commerce, le droit de la concurrence encadrant strictement les concentrations ou censurant les ententes, l'interdiction légale de revente à perte, ou encore l'interdiction enjoignant aux avocats de ne pouvoir prendre le risque de supporter entièrement les gains ou pertes de leurs clients (principe du « *no win no fee* » plus connu dans les pays de *common law*), sont autant de limites à la liberté de prendre des risques.

²⁸⁶ N. VOIDEY, *Le risque en droit civil, op. cit.*, 380 p.

Toutefois, en sa qualité d'évènement aléatoire, la réalisation de certains risques peut impliquer une intervention humaine dans la chaîne de causalité, fût-elle *a priori* interminable²⁸⁷. C'est ainsi que la seule présence de cette intervention humaine permet de contrarier l'affirmation précédente et « justifie les raisons pour lesquelles à l'heure actuelle, des personnes non fautives, mais identifiées en tant qu'agent conducteur humain de l'aléa, soient déclarées responsables du dommage causé à la victime, alors qu'aucune faute réelle n'a été commise »²⁸⁸. C'est de ce dernier constat, additionné à l'émergence contemporaine du souci de laisser aux générations futures les mêmes perspectives de vie dans un environnement sain, que sont nés des fondements ayant pour effet de restreindre la liberté de prendre des risques en entreprise (§ 1) qui, réceptionnés par la jurisprudence, constituent des limites à la liberté de prendre des risques (§ 2).

Paragraphe 1 : Les fondements ayant pour effet de restreindre la liberté de prendre des risques en entreprise

151. Afin d'éviter des prises de risques inconsidérées ou initialement non assumées pouvant respectivement avoir des conséquences irrémédiables et des victimes dénuées d'indemnisation, les juristes ont dû innover et découvrir des fondements permettant, d'une part, d'obliger les entreprises à supporter le coût des dommages qui résultaient de leurs activités ; et, d'autre part, d'astreindre ces dernières à refuser la prise de certains risques lorsqu'ils ne sont qu'hypothétiques. Les théories fondées sur les risques, qui ont émergé à la fin du XIX^{ème} siècle, ont fondé des régimes de responsabilité afin de permettre l'indemnisation de dommages, lorsqu'il était impossible de les rattacher au fait fautif d'un agent identifié (A). Après avoir été cantonnée aux seuls cas des régimes de responsabilité dite objective traditionnellement enseignés sur les bancs des universités²⁸⁹, la responsabilité pour risque hypothétique a été consacrée récemment à travers le principe de précaution dont l'importance croissante dans l'ordre normatif français mérite d'être soulignée (B).

²⁸⁷ Cet état de fait, dénommé par Edward Lorenz de manière imagée « [l'] effet papillon », relève le phénomène fondamental de sensibilité aux conditions initiales en théorie du chaos découvert par les physiciens belges Ruelle et Takens (B.PIRE, « Théorie du chaos Déterminisme », Encyclopædia Universalis, éd. en ligne, url : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/theorie-du-chaos-deterministe>).

²⁸⁸ J.-L. MOURALIS, La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, *op. cit.*

²⁸⁹ C. civ., art. 1384 et s.

A) Les théories du risque, fondement originaire de la responsabilité pour risque des entreprises

152. Fidèles à une tradition ancestrale, les juristes de l'Empereur Bonaparte avaient fondé la responsabilité civile sur la seule notion de faute. Au fil du temps, la faute, bien que toujours fondement des différents régimes de responsabilité contemporains, s'est quelque peu estompée et s'est faite concurrencer par les régimes de responsabilité, dite objective, fondés davantage sur la notion de risque ou de garantie. L'avènement de l'ère industrielle et la multiplication des dommages corporels aux ouvriers causés lors de l'utilisation des machines dans les usines ont conduit certains auteurs à élaborer des théories, fondées sur le risque pris (1), permettant l'indemnisation des salariés lorsqu'aucune faute ne pouvait être imputée à l'employeur. Toutefois, la réception de ces théories ne fit pas l'unanimité au sein de la doctrine partisane d'un fait fautif nécessaire au déclenchement des mécanismes de responsabilité (2).

1) La responsabilité fondée sur le risque pris

153. Relevant d'une justice se voulant distributive, les régimes de responsabilité objective sont empreints d'une vision indemnitaire de la responsabilité. La recherche du fautif n'est plus exclusive de la recherche de la personne qui *in fine* réparera le préjudice causé. A la suite des différents accidents industriels ayant occasionné de lourds préjudices corporels aux salariés œuvrant dans les usines, les magistrats manipulèrent les textes du Code civil contribuant à créer le phénomène dit de la « victimisation »²⁹⁰ et dont l'objectif premier fut de permettre l'indemnisation des victimes d'évènements aléatoires. Auparavant, ces « dommages anonymes »²⁹¹ causés aux salariés ne pouvaient résolument être indemnisés du fait de l'impossible imputation d'une faute à un responsable identifié. Cette absence d'indemnisation

²⁹⁰ Le phénomène dit de « victimisation » fut analysé sociologiquement comme « une tendance générale de la société, qui consiste à percevoir l'indemnisation d'un dommage comme un droit et à concevoir tout préjudice comme étant légitimement susceptible d'entraîner réparation » L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables, op. cit, 460 p.

²⁹¹ L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa, Droit des contrats France Belgique, ss. dir. H. COUSY, LGDJ, 2005, p. 183, n° 3.

fondée sur un dommage attribué à la fatalité a conduit à l'émergence de doctrines autorisant l'indemnisation de dommages fondée sur une responsabilité pour risques pris.

154. Les théories du risque, initialement développées par Saleilles²⁹² et Josserand²⁹³ et dont Teisseire²⁹⁴ se fit rapidement écho, autorisèrent alors la réparation de dommages en fondant leur raisonnement sur le fait que toute activité faisant naître un risque pour autrui entraîne en contrepartie la responsabilité du préjudice qu'elle peut causer, sans avoir à rapporter quelconque faute de l'agent à son origine ou de celui qui en tire un profit. Selon les Professeurs Le Tourneau et Cadiet, la première décision²⁹⁵ admettant la théorie du risque comme fondement de la responsabilité des entreprises se retrouve lors de l'application de la loi du 21 avril 1810²⁹⁶, lorsque les magistrats enjoignirent aux concessionnaires d'une mine d'indemniser les dommages causés à la surface en dépit de toute faute d'imprudence ou de négligence²⁹⁷ susceptible de leur être imputée.

155. Si la théorie du risque paraît imprégnée de la valeur morale de la solidarité, elle l'est d'autant plus de la valeur d'équité mais également et surtout d'ordre économique car fondée sur le profit subséquent que retire le preneur de risques dont la « théorie du risque profit », ou « risque contrepartie », se fait défenderesse. Un second fondement avancé, permettant d'autoriser l'indemnisation d'un dommage lié à une prise de risque se retrouve

²⁹² Saleilles précisait que « celui qui a les profits doit avoir les pertes » in Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, LGDJ, Paris, 1987, pp. 78-79, cité in J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Dalloz, Tome II, Coll. Sirey, 12^{ème} éd., 2007, spéc. note 4, p. 68. Saleilles procédait notamment à une distinction entre les risques dits normaux et ceux qu'il qualifiait d'exceptionnels. Ce dernier affirmait alors que l'auteur d'une prise de risque ne devait répondre de ses actes dommageables uniquement s'ils étaient subséquents à la prise de risques exceptionnels. SALEILLES, *La responsabilité du fait des choses devant la Cour Suprême du Canada*, RTD civ., 1911, p. 23 et s. in L. PELLITTERI WILLIATTE, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa*, *op. cit.*, p. 389, spéc n° 727 et s.

²⁹³ JOSSERAND, *La responsabilité du fait des choses*, 1898 in J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, spéc. not. 4, p. 68 ; *adde.* Interprétant la pensée de Josserand, L. Pellitteri Willatte affirmait que la non admission de la réparation d'un dommage du fait de l'absence de faute identifiée impliquerait que la victime ait à supporter doublement le poids du préjudice qu'elle subit. L. PELLITTERI WILLIATTE, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa*, *op. cit.*, p. 388.

²⁹⁴ M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Thèse, Aix, 1902, in J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 68, spéc. note 4.

²⁹⁵ Ch. réunies 23 juill. 1862, D. 1862, I, p. 257.

²⁹⁶ Loi concernant les Mines, les Minières et les Carrières du 21 avril 1810, codifiée dans l'article 74 du Code minier (ancien) par Décret 56-838 16 août 1956, JORF 21 août 1956, abrogé par l'article 17 de l'ordonnance n°2011-91 du 20 janvier 2011 portant création du Code minier (nouveau), qui reprend ces dispositions en son sein aux articles L. 154-1 et L. 154-1.

²⁹⁷ Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Action, Paris, 2002, p. 26, n° 72.

dans le fait que sa raison d'être résulte du pouvoir que détient le responsable d'éviter le dommage ; et donc en lien avec le caractère prévisible de celui-ci, entraînant selon la doctrine « une responsabilité au bénéfice du doute »²⁹⁸, axiomatisé par « la théorie du risque créé ». Toutefois, en se concentrant davantage sur la notion de dommage, les critiques des théories du risque ont rapidement éclos sous la plume de la doctrine relevant le fait fautif comme seul moteur de la responsabilité civile.

2) Les critiques des théories du risque

156. Dès son apparition, cette nouvelle fonction indemnitaire de la responsabilité a été l'objet de vives critiques qu'il est notamment possible de retrouver dans les écrits de Ripert²⁹⁹. Nonobstant le caractère faussé de l'attribution naturelle des dommages, ces théories, louables dans leur principe, sont toujours âprement sujettes à polémiques dans la littérature juridique contemporaine. La théorie du « risque créé », ou « risque d'activité »³⁰⁰, induit une responsabilité généralisée conduisant à rechercher la responsabilité du preneur de risque par la seule réalisation du dommage. En outre, il est à relever que les dommages sont généralement la conséquence de plusieurs faits causaux qui seraient susceptibles d'être rattachés, au moins subjectivement, à plusieurs sujets de droit potentiellement tenus à l'indemnisation du préjudice subi par la victime. Ainsi, l'appréciation des débiteurs de l'obligation d'indemniser au titre de cette responsabilité objective ne peut se fonder, en l'absence de faute identifiée, sur une appréciation morale des fautes de chacune des parties. Dès lors, il en résulte une certaine complexité dans la répartition des responsabilités qui induit l'impossibilité de bénéficier d'un partage réellement satisfaisant en pareilles hypothèses.

157. Toutefois, si l'appréciation de l'importance des profits générés par chacune des parties en cause permet une répartition plus objective dans la théorie du risque profit, celle-ci invite à des répartitions aussi nébuleuses que pour sa théorie jumelle, puisque *in fine* toutes les

²⁹⁸ L. BLOCH, L'exonération en droit de la responsabilité civile, thèse, Bordeaux, 2003, 375 p.

²⁹⁹ « Choisie par la force obscure du destin », la victime, en l'absence de faute identifiée pouvant être attribuée à un agent humain, se devait de supporter les dommages écrivait Ripert. Selon ce dernier, la théorie du risque contrariait donc l'attribution naturelle de l'agent devant supporter le dommage en ajoutant que « par sa seule qualité, la victime n'apparaissait pas préférable à l'auteur [du dommage] » G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, n° 116, cité in J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, Le fait juridique, Dalloz, Tome II, Coll. Sirey, 12^{ème} éd., 2007, p. 72.

³⁰⁰ PH. MALAURIE, L. AYNES, Droit civil, Les obligations, Defrénois, 3^{ème} éd., Lonrai, 2008, p. 41.

personnes profitent de l'activité qui est ainsi générée³⁰¹. Le principal écueil de ces théories se retrouve donc dans la fragilité du lien de causalité entre le sujet de droit à l'origine de l'activité qui génère le risque et les implications de différentes relations causales qui conduisent au dommage de la victime. Dans le même sens, si l'indemnisation des préjudices est facilitée par le mécanisme d'une responsabilité objective, cette dernière fait perdre son caractère commutatif à la responsabilité et peut même traduire, selon certains auteurs, « un mépris de l'homme, de sa nature véritable »³⁰², et, selon d'autres, un déni certain de liberté³⁰³. Sans avoir la certitude de pouvoir rattacher cette dernière affirmation à la célèbre citation de Thomas Hobbes dans *De Cive*³⁰⁴, c'est pourtant un droit subjectif à la sûreté des individus que permet de conforter³⁰⁵ la responsabilité pour risque³⁰⁶.

158. Cette évolution explique en grande partie l'éclosion des assurances de dommages causés aux personnes au cours du XIX^{ème} siècle et la disposition des magistrats pour la découverte de l'obligation de sécurité de résultat dans les contrats de travail. En effet, par l'arrêt « Teffaine » rendu le 16 juin 1896, la Cour de cassation met un terme à la conception individuelle du risque pour faire sienne une conception collective. Ainsi, à travers cet arrêt, pour la première fois, la Haute juridiction relève que le dirigeant d'une société a, nonobstant la charge du paiement des salaires de ses employés, l'obligation de veiller à leur sécurité. Dans cet arrêt fondamental, la responsabilité du dirigeant est donc retenue, non pas

³⁰¹ La théorie du risque profit a été initiée pour pallier l'absence d'indemnisation des ouvriers blessés dans le cadre de leurs fonctions. S'il ne fait pas de doute que l'exposition aux risques liés à l'activité économique de l'entreprise induisait des profits pour l'entreprise, il n'en demeure pas moins que les salariés tiraient également profit du risque ainsi pris, par le bénéfice de leurs salaires.

³⁰² Le Professeur Philippe Le Tourneau relève justement à travers une question de rhétorique que : « A force de condamner des personnes à propos de dommages qui, à proprement parler, ne leur sont pas imputables, le droit leur dénie leur qualité d'êtres libres et responsables. Le droit devrait maintenir un juste équilibre entre l'indispensable liberté d'action des uns et la légitime protection des intérêts des autres ; le fléau de la balance ne penche-t-il pas trop aujourd'hui en faveur de ces derniers ? » in Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité (en général), Rép. Civ., Dalloz, 2009, m.à j. 2014, n^{os} 114 et 161.

³⁰³ Les Professeurs J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux désapprouvent les théories du risque comme fondement de la responsabilité civile et fidèles à la notion de faute affirmaient « que chacun réponde de ses fautes c'est un hommage rendu à la personne humaine et à sa liberté : l'homme conserve le pouvoir d'échapper aux responsabilités en évitant de commettre des fautes. Que chacun réponde de tous ses actes, c'est une méconnaissance de cette liberté : l'homme est alors écrasé par une charge à laquelle il lui est impossible d'échapper sauf à s'abstenir d'agir, ce qui nie sa liberté » J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, *op. cit.*, p. 73.

³⁰⁴ V. *supra*, n^o 117.

³⁰⁵ Proclamé à l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

³⁰⁶ La doctrine affirmait en ce sens, que « lorsque les textes consacrent le droit à la sûreté, ils consacrent de la même façon le droit à la protection contre le risque » L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires, *op. cit.*, 460 p.

sur la faute lui étant personnellement imputable, mais, sur le risque professionnel que fait courir l'entreprise à ses salariés qui par l'activité déployée génère des profits dans le cadre d'une activité économique.

159. Par la responsabilité fondée sur la prise de risque en entreprise, ou autrement dit sur le risque généré par une activité professionnelle, le législateur³⁰⁷ et les magistrats³⁰⁸ ont dressé une frontière, au moins théorique³⁰⁹, à la prise de risque. En effet, cette responsabilité s'avère un frein aux initiatives entrepreneuriales des plus pusillanimes et se révèle contreproductive lorsque les plus audacieux s'absolvent de l'éventuelle requalification fautive de leurs prises de risques. Cette dernière affirmation est pourtant contredite par la doctrine qui relevait l'aspect positif que revêt le caractère prophylactique de la responsabilité pour risques. En effet, selon cette opinion, « la finalité de cette théorie est moins de sanctionner le créateur de risques que de poursuivre une politique de prévention des dommages en se fondant sur l'idée que celui qui est à la source des risques est le mieux à même d'en empêcher la réalisation »³¹⁰. De manière différente, les Professeurs Laurent Aynès et Philippe Malaurie suggèrent « un relais technique qui se trouve en dehors »³¹¹ du risque pour qu'il puisse

³⁰⁷ Les premiers échos de la théorie du risque se retrouvent dans la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail qui prévoyait de plein droit une responsabilité de l'employeur, au titre du risque professionnel. Dans la loi du 9 avril 1898, la notion de faute était présente uniquement pour augmenter ou diminuer l'indemnité allouée au salarié selon qu'elle était susceptible d'être rattachée à l'employeur ou au salarié. Une seconde application de ces théories, par la loi du 31 mai 1924 sur la navigation aérienne (aujourd'hui codifiée à l'article L. 141-2 du Code de l'aviation aérienne) conduisait à une responsabilité de plein droit de l'exploitant d'un aéronef des dommages causés aux biens ou aux personnes du fait de la chute de tout objet détaché de l'appareil. La loi du 5 juillet 1985 relative aux victimes d'accident de la circulation et la loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux constituent également des régimes spéciaux d'indemnisation dont le fondement se repose sur la notion de risque. Dans d'autres cas, l'idée de risque, non clairement exprimée, demeure sous-jacente dans les interventions du législateur comme en matière de responsabilité de plein droit et limité à l'encontre des exploitants d'installations et de navires nucléaires présente dans la loi n° 65-956 du 12 novembre 1965.

³⁰⁸ Du fait de l'absence de définition légale de la notion de faute, les magistrats ont pu savamment « multiplier les cas de responsabilité en donnant ce nom, par une appréciation abusivement sévère, à des manières d'agir (...) Ils en arrivent ainsi à relever des fautes insignifiantes (...) [et] il est des cas où il leur suffit de constater la survenance d'un dommage pour en induire de façon quasi automatique – mais aussi fort irréaliste – que celui qui l'a causé n'était pas irréprochable : les circonstances révèlent par elles mêmes et à elles seules, qu'il ne peut pas l'avoir été. (...) Sans consacrer la théorie du risque, on aboutit alors (...) aux mêmes résultats pratiques que si on l'avait admise : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, Le fait juridique, *op. cit.*, p. 70.

³⁰⁹ La mise en cause du preneur de risque demeure toujours une frontière théorique. La responsabilité par son effet comminatoire freine nécessairement la liberté de prendre des risques sans y mettre un terme certain, comme il est possible de l'observer en matière de corruption internationale qui, en dépit de son caractère délictuel, subsiste dans le monde des affaires.

³¹⁰ L. PELLITTERI WILLIATTE, Contribution à l'élaboration d'un droit civil de l'aléa, *op. cit.*, p. 389, spéc n° 727 et s.

³¹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Les obligations, Droit civil, *op. cit.*, p. 40, n° 65.

devenir un véritable fondement général de responsabilité. Suggérant la notion de faute qui pourrait être constituée par le fait d'exposer un sujet de droit à un risque, ces auteurs relèvent très justement que le principe de précaution constituerait un cadre des plus solides à la liberté de prendre des risques en ce qu'il commande de les prévenir et donc de les maîtriser. En effet, les interactions entre le risque et le principe de précaution sont évidentes car « le risque est le fondement même du principe de précaution »³¹².

B) Le principe de précaution, postulat de la responsabilité de l'entreprise pour prise de risques virtuels

160. Comme l'enseigne la doctrine, « la responsabilité civile repose sur deux fondements traditionnels, la prévention et la réparation »³¹³. Outre la fonction réparatrice qui lui est naturellement attribuée pour indemniser les victimes des dommages qui leur sont causés, la responsabilité civile possède également une fonction comminatoire par le seul fait de son existence. A la différence de la fonction réparatrice, cette dernière fonction, « la responsabilité préventive »³¹⁴ selon Catherine Thibierge, ne se charge nullement de rechercher l'auteur du fait fautif qui se chargera d'indemniser les préjudices d'ores et déjà réalisés mais se tourne « vers l'avenir, rendant l'homme garant de la préservation de son milieu et du bien être des générations futures »³¹⁵.

161. Un des fondements principaux de cette vertu préventive de la responsabilité civile se découvre à travers le principe de précaution consacré par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 et par la jurisprudence du Conseil constitutionnel³¹⁶. A ce titre, le principe de précaution constitue un pilier de l'obligation générale de gestion des risques de l'entreprise lorsque ces derniers ne sont encore qu'incertains, qu'hypothétiques, et constitue à ce titre une frontière au libre exercice de la liberté de prendre des risques. C'est un principe de

³¹² G. WIEDERKHER, Editorial, *riséo*, préc. p. 5, n° 10.

³¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les obligations*, Droit civil, *op. cit.*, p. 16, n° 30.

³¹⁴ THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?)*, RTD civ. 1999, p.561, cité in J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, p. 82.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 82.

³¹⁶ Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, D. 2009. 1852, obs. L. Gay, et 2448, obs. F. G. TREBULLE ; AJDA 2008. 1232, et 1614, note O. DORD ; GDCC, 15e éd., 2009, n° 49 ; RFDA 2008. 1233, chron. A. ROBLLOT-TROIZIER et T. RAMBAUD ; Constitutions 2010. 56, obs. A. LEVADE, 139 et 307, obs. Y. AGUILA.

responsabilité du décideur face à l'incertitude³¹⁷, « une épée de Damoclès »³¹⁸ pesant sur l'action de tout dirigeant et se déterminant initialement³¹⁹ selon la doctrine du Conseil d'Etat, dans son rapport annuel de 1998, par « l'obligation pesant sur tous les décideurs de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction des risques possibles ».

162. Bien que la notion est particulièrement présente aujourd'hui dans le domaine du droit de l'environnement, c'est le droit de la santé qui découvrait de manière incidente, à travers deux arrêts de la Cour de cassation en 2007, à la suite de l'affaire du Distilbène, un médicament prescrit dans les années 1970, la « faute » de précaution³²⁰. Néanmoins, c'est le droit de l'environnement qui permet au principe de précaution de bénéficier d'une valeur *supra* législative par l'intermédiaire, tout d'abord, de la ratification par la France de la convention signée lors de la conférence de Rio³²¹, puis par l'octroi express d'une valeur constitutionnelle, à travers l'article 5 de la Charte de l'environnement³²² et, enfin, par la codification du principe à la lettre de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement³²³.

163. L'introduction du principe de précaution dans l'ordre normatif français n'a pas fait l'objet d'une réception unanime par l'ensemble de la doctrine. Alors que certains y

³¹⁷ En ce sens, V. C. MORGANE, C. RONAN, préc., pp. 1335-1352.

³¹⁸ Civ. Ire, 19 déc. 2006, n° 05-15.719 ; RCA 2007, Comm. n° 64, obs. Ch. RADE.

³¹⁹ Le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2004, dont l'étude portait sur la socialisation du risque revenait sur les enseignements de sa doctrine de 1998 lorsqu'ils relevaient que « c'est en fait [au] principe d'abstention et, (...) [non] au principe de précaution que se réfèrent les auteurs des réflexions sur le droit de la santé présentées par le Conseil d'Etat dans son rapport annuel de 1998 » in Conseil d'Etat, Rapport public 2005, Responsabilité et socialisation du risque, Etudes et documents n° 56, p. 382.

³²⁰ La Haute juridiction faisait grief au laboratoire fabricant d'avoir manqué à son obligation de vigilance au regard de l'absence de mesures prises vis à vis de l'incertitude existante sur l'innocuité du médicament. V. Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-16.179 et n° 04-16.180 RCA 2006, comm. N° 164, obs. CH. RADE.

³²¹ Décret n° 95-140 du 6 février 1995 portant publication de la Convention sur la diversité biologique, adoptée à Rio de Janeiro le 22 mai 1992 et signée par la France le 13 juin 1992.

³²² 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 des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

³²³ Le deuxième alinéa de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement prévoit que « L[a] protection [des] espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent], leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants : 1° 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. (...) ».

voyaient un potentiel « bouleversement de la conception classique de la notion de dommage assimilant au dommage dûment réalisé, la prise de risque de dommages graves et irréversibles »³²⁴, d'autres relevaient un enrichissement de la responsabilité civile³²⁵ à travers cette consécration. Appréhendé par la jurisprudence, le principe de précaution facilite la démonstration du lien de causalité en permettant au sujet de droit qui sollicite la réparation du dommage dont il se considère victime d'établir non pas la preuve scientifique exacte du fait causant le préjudice, à ce stade incertain, mais l'autorise à plaider que le risque de dommage se déduit « de présomptions graves, précises, fiables et concordantes »³²⁶.

164. Le principe de précaution dépasse aujourd'hui les seuls domaines du droit de l'environnement, de celui du droit relatif à l'industrie pharmaceutique, ou de celui lié à la protection de la santé des consommateurs. La Cour de cassation a pu y avoir effectivement recours pour apprécier les diligences relatives aux procédés thérapeutiques prescrits par le médecin³²⁷, ou encore pour déterminer la norme comportementale attendue du chef d'entreprise dans ses décisions de gestion³²⁸. Toutefois, en présence d'une notion au cœur de nos économies contemporaines, il apparaît que l'arsenal juridique permettant d'engager la responsabilité des entreprises ou des dirigeants sur le fondement express ou incident de la notion de risque ne saurait se limiter au seul principe de précaution.

³²⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 82.

³²⁵ G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.* 2007, p. 1542 et s. ; P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA*, 30 nov. 2000, p. 51 et s. ; D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *RCA hors série juin 2001, chron. 14*, p. 72 *in* H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques, op. cit.*, p. 290 ; *adde.* « l'acceptation moderne du principe de précaution, qui implique la prise en compte de risques potentiels, a donné lieu à la création d'obligations renforcées, étoffant ainsi le contenu de la faute » J.-M., FAVRET, *Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel, D.* 2001, p. 3462.

³²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 2011, n° 10-17.645, *D.* 2011. 1483, obs. I. GALLMEISTER. Dans le cadre du commentaire de l'arrêt précité, I. Gallmeister relevait que cette décision, cantonnée dans une jurisprudence constante eu égard au débiteur de la charge et de l'administration de la preuve, niait incidemment l'admission du principe de précaution comme un régime autonome de responsabilité.

³²⁷ Cass. crim., 16 septembre 2008, n° 07-87.370.

³²⁸ En effet dans son attendu principal, la Haute juridiction retient que « la cour d'appel, (...) qui a souverainement retenu, sans procéder par simple affirmation, que la constitution de stocks dans un souci de prudence n'avait pas pu viser le seul aléa météorologique mais que d'autres aléas, notamment d'ordre écologique ou commercial avaient été nécessairement pris en compte, procédant d'une saine application du principe de précaution, a pu en déduire, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à une prise de risque, non pas que la SCA aurait dû limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable de l'accident mais que la décision prise par la coopérative en septembre 2001 de contourner ses ventes pour éviter une rupture des stocks était prématurée et ne s'imposait pas économiquement, de sorte que la baisse des ventes dans les années ayant suivi le sinistre n'était pas la conséquence de ce dernier mais résultait de cette décision de gestion » (Cass. civ 3^{ème}, 17 mars 2010, n° 08-18.552).

Paragraphe 2 : Les limites jurisprudentielles à la liberté de prendre des risques

165. La première restriction à la liberté de prendre des risques retenue par les magistrats, indifféremment de la matière à laquelle les risques sont liés, demeure la violation de la loi. Bien qu'il a été observé que la liberté de prendre des risques bénéficie de fondements constitutionnels, son libre exercice suppose l'absence de contrariété vis-à-vis des dispositions législatives et réglementaires tant que l'inconstitutionnalité de ces dernières, au regard de ces principes, n'a pas encore été tranchée. Dès lors, le respect de l'ordre public³²⁹ est donc naturellement une limite à la liberté de prendre des risques. De surcroît, des limites à la liberté de prendre des risques sont également perceptibles lorsque le risque pris, la décision de le prendre et les actions qui s'en suivent, peuvent être qualifiées de faute par les tribunaux. En effet, comme l'exercice de toute liberté, les actes réalisés sur le fondement de la liberté de prendre des risques peuvent, s'ils sont exercés de manière fautive ou abusive, être sanctionnés par la jurisprudence civile (A), fiscale (B) ou pénale (C).

A) La liberté de prendre des risques encadrée par la jurisprudence civile

166. En présence d'évènements aléatoires, certains actes positifs qui seraient susceptibles de recevoir la qualification de « faute » n'auront que peu d'incidences pour l'entité qui la supporte. Toutefois, ces mêmes actes, ou fautes, pourront, au regard de circonstances particulières et pourtant sans conséquence dans d'autres circonstances, entraîner la réalisation d'un risque. Pour illustration, la doctrine relève que « tous les conducteurs font des erreurs de conduite, [et] ne provoquent un accident que lorsqu'un concours de circonstances se trouve réalisé ; le plus souvent elles n'ont aucune conséquence. C'est donc bien l'intervention du hasard qui va déterminer les droits des victimes (...) la faute est en quelque sorte le fruit du hasard et elle ne produit de conséquences que si le hasard la féconde »³³⁰. Ce dernier exemple relève la complexité liée à l'appréciation par les magistrats du caractère fautif qu'il est possible d'appliquer aux actes matérialisant une prise de risques, ou des situations d'exposition à la suite de cette prise de risques, et à l'évaluation de la solidité du lien de causalité arguée par les personnes sollicitant l'indemnisation de préjudices

³²⁹ C. civ., art. 6.

³³⁰ J.-L. MOURALIS, La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, *op. cit.*, 1968, p. 10.

qui y sont liés. En effet, si l'aléa intimement lié à la vie des affaires implique une certaine présomption d'acceptation des risques économique³³¹ par l'entreprise, cette présomption cesse naturellement en présence d'une incompétence caractérisée du dirigeant ou d'une faute de négligence dont l'entreprise pourrait être tributaire.

Alors que la liberté de prendre des risques en entreprise induit une autonomie et une indépendance garantie dans la gestion de celle-ci, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence garde toute latitude pour apprécier le caractère fautif ou abusif de l'exercice de cette liberté. Si la faute de gestion est un motif permettant de sanctionner certaines prises de risques (1), la jurisprudence retient également la responsabilité de l'entreprise fondée sur le risque en dehors du cadre d'une telle faute et des responsabilités objectives traditionnellement enseignées en droit des obligations. En pareille hypothèse, la responsabilité peut être fondée sur les conditions dans lesquelles les risques sont pris, sur l'absence de communication relative à l'existence de ces derniers, ou encore sur le défaut de prévention des dommages qui peuvent en résulter (2).

1) Risques et faute de gestion

167. La prise de risque dans la gestion d'une société est inévitable et celle-ci n'est nullement constitutive en soi d'une faute de gestion³³² même en présence d'un dommage qui pourrait lui être consécutif³³³. L'entreprise, à travers les décisions de ses organes dirigeants³³⁴,

³³¹ En effet, la Cour d'appel de Versailles a eu l'occasion de relever que « Considérant que les juridictions n'étant pas juges de l'opportunité des décisions de gestion, les fautes potentielles perpétrées à cet égard par le Président du conseil d'administration doivent être appréciées en fonction de la régularité du processus ayant conduit à l'adoption de ces décisions, de leur caractère non anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute entreprise » CA Versailles, 11 juin 1998, juris-data n° 1998-055284.

³³² Les dirigeants « sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers soit des infractions aux lois et règlements, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion » sur le fondement des articles 1850 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-251 du Code de commerce.

³³³ A. Tunc relevait à cet effet que « ce n'est pas parce qu'un risque se réalise que le dirigeant est nécessairement fautif » : A. TUNC, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés », in Evolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant, t. XV, 1967, Dalloz, p. 30, cité in H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 231.

³³⁴ Dans le cadre de la gestion d'une entreprise, les responsables des prises de risques susceptibles de répondre des fautes de gestion sont les organes de gestion, d'administration et de direction, qu'ils aient ou non la qualité de représentant légal de la société et nonobstant le fait que leur désignation ait ou non fait l'objet d'une publication. (en ce sens, Cass. com., 26 janv. 1988, Rev. Sociétés 1988.284, note Y. CHAPUT). En présence de tiers victime de dommages causés par la prise de risques des organes dirigeants, ces premiers peuvent recourir à la théorie du mandat apparent lorsque le présumé mandataire a laissé croire qu'il était susceptible de représenter la société

peut alors prendre des risques, dont les conséquences les plus négatives, généralement traduites en termes financiers, peuvent gravement obérer sa trésorerie. La faute de gestion est régulièrement invoquée lorsqu'une prise de risque dans la gestion d'une société s'avère préjudiciable pour un tiers, ou un associé³³⁵. L'objectif de rechercher la responsabilité des dirigeants à qui l'on peut faire grief d'avoir exercé la liberté de prendre des risques en entreprise de manière fautive ou abusive se décèle au regard de la possibilité d'astreindre ces derniers à supporter l'insuffisance d'actifs constatée à l'occasion d'une procédure de liquidation judiciaire³³⁶. De manière usuelle, la mise en cause des dirigeants au titre de la faute de gestion permet alors d'engager leur responsabilité lorsqu'elle ne peut être invoquée au motif d'une violation de dispositions légales, réglementaires, ou statutaires de l'entreprise

337

168. Toutefois, et de manière heureuse, les magistrats ne procèdent pas à un contrôle d'opportunité des décisions de gestion ainsi prises mais s'attèlent à un contrôle de

(Cass. com., 12 févr. 2002, n° 97-14.317, RJDA 2002.651, n° 77). Les tribunaux adoptent une conception assez large de la notion de dirigeant en droit de la responsabilité civile et retiennent, outre les organes légaux et ceux prévus à la lettre des statuts, « toute personne, physique ou morale, qui exerce en fait une influence prépondérante et durable sur la gestion de la société » (B. LE BARS, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rép. Sociétés, Dalloz, Paris, 2013, n° 6).

³³⁵ A titre anecdotique, il est des hypothèses où les associés, souvent minoritaires, sont déçus d'une décision prise par l'assemblée générale et sont ensuite enclins à la critiquer sur le fondement de la fraude. Or, une décision économiquement légitime ne saurait être tenue pour frauduleuse (Paris, 3e ch. A, 2 juin 1993, A. VIANDER, J.-J. CAUSSAIN, JCP G, N° 44, 3 nov. 1993, I 3715 et JCP E 93, I, 288) ; également, V. G. DEHARO, La gestion du risque juridique de l'entreprise, LPA, 04 janv. 2011 n°2, p. 6 et s.

³³⁶ C. com., art. L. 651-2 ; dans le même sens, la prise excessive de risque est susceptible de contribuer à la qualification de faute de gestion qui pouvait auparavant entraîner le comblement du passif social de la société en procédure collective. Ainsi, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 23 novembre 1999 retenait « qu'en créant une société sans apporter de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement dans des conditions normales et en poursuivant l'activité sans prendre aucune mesure pour remédier à cette insuffisance de fonds propres, M. Prades a commis des fautes de gestion » Cass. com., 23 novembre 1999, n° 1835 D, Prades c/ Arnaud ès qual., RJDA 4/00, n° 457, p. 361 ; dans le même sens, relevant l'insuffisance du capital social d'une SARL pourtant en conformité au regard du montant minimum légalement prévu (CA Rouen 20 octobre 1983, Rev. Sociétés 1984, p. 764, note M.-N. LEGRAND ; D 1985, 161, note J.-J. DAIGRE ; CA Rouen 3 décembre 1992, 2^e ch. civ., Michel c/ Niaudot ès qual., inédit).

³³⁷ Par ailleurs, les statuts d'une société peuvent également être un moyen permettant de restreindre le libre exercice de la liberté de prendre des risques. Les statuts d'une société peuvent prévoir des dispositions interdisant une prise de risque excessive ou limitant ces dernières et soumettant dès lors certaines décisions de gestion à l'approbation de l'assemblée générale des associés ou actionnaires. De manière usuelle, lorsque l'actionnariat principal ne cumule pas sa participation dans l'entreprise avec les fonctions de direction, les statuts de l'entreprise prohibent les engagements « trop risqués » par la seule signature du dirigeant. Ils peuvent alors prévoir des seuils financiers en deçà desquels le dirigeant peut valablement engager l'entreprise ou proscrire certains actes de disposition ou d'administration susceptibles d'obérer les actifs de l'entreprise, comme l'octroi de sûretés à un créancier. Pour une illustration en jurisprudence, V. CA Paris, 4 févr. 2000, RJDA 2000, n° 674, RTD com. 2000.386, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET, Bull. Joly 2000.187.

légalité en appréciant le respect du suivi des processus usuels de décision³³⁸. Si l'acte de gestion se définit de manière négative comme ne relevant pas de la compétence de la collectivité des associés³³⁹, apprécier les contours de la faute qui lui est liée est un exercice plus délicat. Recourant également à un raisonnement *a contrario*, les juges sont enclins à retenir une telle faute chaque fois que le comportement du dirigeant s'éloignera « de celui de l'administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de (...) gestion »³⁴⁰ et disposent à ce titre, comme marge de manœuvre, de la notion d'intérêt social dont la contrariété permet de relever la faute de l'auteur de la prise de risque³⁴¹.

169. Par ailleurs, si la prise de risque excessive ou irraisonnée peut conduire les magistrats à retenir la responsabilité des dirigeants, comme auteurs de tels décisions et actes, la jurisprudence retient également que le dirigeant qui n'a pas suffisamment pris de risque dans le cadre de son activité est susceptible de voir sa responsabilité engagée. Ainsi, le dirigeant qui s'abstient de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la santé financière de sa société est susceptible de voir sa responsabilité engagée pour faute de gestion³⁴².

170. En dépit du caractère quelque peu subjectif qu'il est possible d'observer à travers les appréciations de chaque espèce, les juges du fond doivent caractériser le fait fautif conduisant à la condamnation du dirigeant³⁴³. Le contrôle de la réalité et de la gravité du fait

³³⁸ V. notamment, CA Versailles, 17 mars 1998, Rev. Sociétés 1998.828, note Y. GUYON, RJ com. 1999.331, note F. MAURY. De même, les magistrats n'apprécient pas les faits, dont il est fait grief, en se plaçant à la date de la décision car la perception *a posteriori* des conséquences d'un risque réalisé ne permettrait pas une appréciation objective de la prise de risque du dirigeant au moment de celle-ci. En ce sens, CA Douai, 11 juill. 1957, D. 1957.717, note G. LAGARDE.

³³⁹ Cass. com. 12 janv. 1993, JCP 1993. II. 22029, note Y. GUYON, Rev. Sociétés 1993.426, note B. SAINTOURENS.

³⁴⁰ B. LE BARS, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rép. Sociétés, Dalloz, 2013, n° 37.

³⁴¹ En principe, la notion d'intérêt social de l'entreprise guide les magistrats dans l'appréciation du caractère fautif de la gestion des dirigeants (Cass. com., 7 oct. 1997, n° 1947, Bull. Joly 1997.1074, note J.-J. DAIGRE) ; ainsi, à titre d'illustration, l'accord du dirigeant fourni pour des opérations insusceptibles d'être assumées financièrement par la société engage la responsabilité de ce dernier (Cass. civ., 6 juill. 1905, DP 1908.5.46 ; CA Montpellier, 4 nov. 1940, JCP 1942. II. 1871, note BASTIAN) ; Il en est de même en cas de conclusion de contrats dont l'exécution ne peut être que déficitaire (Cass. com., 28 mai 1991, Rev. Sociétés 1992.373, note A. HONORAT). L'abstention dans l'action est également un grief susceptible d'être invoqué. Par exemple, l'absence de conclusion de contrats d'assurances obligatoires, induisant l'exposition de l'entreprise à devoir payer l'intégralité des préjudices en cas de réalisation du risque censé être assuré, est constitutif d'une faute de gestion de la part du dirigeant (CA Montpellier, 18 juin 2002, BICC n° 563, 2002, n° 984).

³⁴² Cass. com., 22 octobre 1974 : Bull. Joly 1975, p. 477.

³⁴³ Cass. req., 1^{er} déc. 1931, DP 1933.1.89, note HAMEL ; Cass. 3^e civ. 18 juin 1970, Bull. civ. III, n° 429.

fautif demeure soumis à l'appréciation de la Cour de cassation³⁴⁴. Les dirigeants ne sont tenus que d'une obligation de moyens qui résulte naturellement du caractère aléatoire du monde de l'entreprise, permettant à ces derniers de s'exonérer de leurs responsabilités en prouvant qu'ils ont été diligents dans leur gestion et qu'aucune faute ne peut alors leur être imputée en dépit du constat dommageable qu'il est possible de dresser en cas de poursuites judiciaires³⁴⁵. Il est particulièrement opportun que les magistrats aient retenu cette solution, puisque le nombre croissant d'entreprises faisant naufrage à la suite de prises de risques audacieuses, apparues *a priori* comme étant nécessaires, ne doit pas conduire à relever l'incapacité des dirigeants à régulièrement prendre des risques pour leur entreprise mais appelle l'humilité que l'on se doit de garder en présence de la complexité inhérente à la gestion quotidienne de celles-ci.

Les aléas dans la vie d'une entreprise, et donc les risques existants dans la gestion, sont bien trop nombreux, divers et complexes pour que les magistrats soient enclins à retenir une faute de gestion, par le seul constat d'une procédure collective, même en cas de liquidation judiciaire. Toutefois, lorsqu'elle est retenue, la faute de gestion est susceptible de déclencher des sanctions sonnante le glas de la liberté de prendre des risques en entreprise : l'interdiction de gérer³⁴⁶ ou la faillite personnelle³⁴⁷ prononcée à l'encontre d'un dirigeant dans le cadre d'une procédure collective. La responsabilité fondée sur les risques présents dans l'entreprise ne saurait se limiter à la faute de gestion, qu'elle soit clairement énoncée sur la notion de risque ou qu'elle soit évoquée de manière incidente pour retenir la responsabilité à ce titre.

2) La responsabilité fondée sur le risque pris, l'absence de sa communication ou sur un défaut de prévention

171. La jurisprudence retient également la responsabilité fondée sur le risque en dehors du cadre de la faute de gestion et des responsabilités visées par les articles 1384 et

³⁴⁴ Cass. civ., 2 juill. 1901, DP 1903.1.169, note GUENEE.

³⁴⁵ Comme l'écrivait, justement, H. Barbier, « les mots consacrés parlent d'eux mêmes : il s'agit de poursuivre l'intérêt social, toujours fuyant, mais non de l'atteindre » (H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, p. 232).

³⁴⁶ Le premier alinéa de l'article L. 653-8 du Code de commerce dispose que « dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit une entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci ».

³⁴⁷ En vertu de l'article L. 653-2 du Code de commerce, la faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole « ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

suiuants du Code civil initialement inspirées des théories construites sur la notion de risque³⁴⁸. Les exemples sont multiples et se rencontrent dans différents domaines. A titre d'illustration, l'action en concurrence déloyale fondée sur la confusion d'un signe distinctif, à l'instar du nom commercial ou d'une dénomination sociale, est justifiée par le risque (de confusion), qui pourrait potentiellement être opéré par la clientèle³⁴⁹ vis-à-vis d'une entreprise concurrente. Dans le même sens, lorsque la Cour de cassation³⁵⁰ approuve une sanction disciplinaire diligentée à l'encontre d'un avocat pour avoir créé des sites internet dont les noms de domaines pouuaient entretenir la confusion dans l'esprit du public, c'est encore à la notion de risque qu'il est fait recours pour retenir un acte fautif de concurrence déloyale. Par ailleurs, la jurisprudence retient également la responsabilité non pas sur le risque pris, mais sur la rétention d'informations, sur la négligence relative aux diligences qui auraient pu être prises au regard des risques existants, ou encore sur le défaut de prévention d'un risque.

172. Aussi, par un arrêt du 14 janvier 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation relevait que « par des motifs de nature à exclure l'existence d'un dommage intégralement consommé, mais impropres à écarter la perte de chance invoquée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales du risque constaté »³⁵¹. Plus précisément, la Haute juridiction casse l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui n'avait pas retenu une perte de chance au profit des vendeurs d'un bien immobilier consécutive à la faute du notaire. En l'espèce, l'officier public ministériel n'avait pas inséré de clause dans l'acte de vente enjoignant à l'acquéreur de respecter les éventuelles condamnations de démolition qui seraient prononcées, tout en relevant que le vendeur ne s'exposait qu'à un simple risque de poursuites dont le préjudice n'était, selon la cour d'appel, qu'éventuel. La Cour de cassation relève alors que le simple risque de poursuite, en l'espèce, les astreintes prononcées

³⁴⁸ *V. supra*, n° 152 et s.

³⁴⁹ Une succession de lettres, bien que dénuée de sens, est susceptible de protection en raison du risque de confusion phonétique avec un autre sigle comme, en l'espèce, SAPRA et CEEPRRA (Cass. com., 16 juill. 1991 : Bull. civ. IV, n° 266 ; RJDA 1991, n° 922 ; dans le même sens, Paris 7 avril 1995 : RJDA 1995, n°1312) ; il en est de même pour les noms de domaines (CA Paris, 25 mai 2005 : D. 2005. AJ 1846, obs. MANARA ; JCP E 2006, n° 5, p. 234, obs. TARDIEU-GUIGUES ; LPA, 23 oct. 2006, p. 20 ; RJDA 2006, n°722 ; RLC 2005, n° 5, p. 78, obs. BOUVEL ; CCE 2005, n° 181, obs. CARON).

³⁵⁰ La Cour de cassation valide ainsi le principe d'une sanction disciplinaire en relevant que « que le nom de domaine avocat-divorce.com était exploité sans que n'y soit nommément désigné le cabinet concerné, situation aboutissant à une appropriation d'un domaine d'activité que se partage l'ensemble de la profession et entretenant la confusion dans l'esprit du public » (Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n° 11-11.181).

³⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, n° 08-16.760 et 08-21.562, Bull. 2010, I, n°5, JCP 2010, n° 413, note L. RASCHEL.

postérieurement à l'encontre du vendeur de démolir le bien immobilier vendu, suffit à caractériser un préjudice réparable au titre de la perte de chance.

173. Les décisions concernant l'obligation d'information à laquelle sont astreints les vendeurs, fussent-ils non professionnels, constituent des illustrations de l'appréciation faite par les magistrats en présence de risques que le débiteur de l'obligation fait supporter à l'acquéreur sans son consentement. En effet, lorsque les juges retiennent le caractère dolosif du comportement d'un vendeur s'astreignant au silence lors d'une vente d'un bien immobilier contenant de l'amiante, ce sont les risques auxquels les acquéreurs sont soumis du fait de cette exposition non consentie qui justifient que soit retenu, outre la possibilité de solliciter l'annulation de la vente, un préjudice indemnisable³⁵². De même, lorsque la Haute juridiction retient le préjudice du patient à l'encontre du médecin au titre du défaut d'information des risques qu'il encourait en raison d'une intervention chirurgicale, c'est encore au titre des risques auxquels le patient est exposé contre son gré qui autorise l'indemnisation de ce dommage, indépendamment du préjudice lié à la mauvaise réalisation de l'acte³⁵³. Dans ces cas, ces risques existent déjà de manière latente et seule la rétention liée à leur existence crée un préjudice né de la perte de chance d'éviter le dommage. De surcroît, il est également aujourd'hui admis que l'angoisse éprouvée du fait de l'exposition à un risque est également susceptible de donner lieu à réparation³⁵⁴. Ainsi, le principe selon lequel seul un dommage réel est susceptible d'être indemnisé s'est vu écorné à travers les différentes décisions de la Cour de cassation qui admettent désormais le caractère indemnisable d'un risque créé par une entreprise indépendamment de sa réalisation.

174. Enfin, la jurisprudence a également relevé que le défaut de prévention d'un risque était également constitutif d'un fait fautif répréhensible sur le fondement de la

³⁵² Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-10.503 ; Ou du défaut d'information du vendeur lié au risque de maladies provoquées par l'acquisition d'un rat domestique : Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n° 08-16.395 ; *adde.* En revanche, l'obligation d'information du vendeur recèle une frontière en ce qu'elle se limite aux risques prévisibles en l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de la vente. La première chambre civile relevait ainsi que « l'obligation de renseignement des laboratoires ne peut s'appliquer qu'à ce qui est connu lors de l'introduction du médicament sur le marché et à ce qui a été porté à leur connaissance depuis cette date » (Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 1986, Bull. civ. I, n° 82, RTD civ. 1986. 779, obs. J. HUET).

³⁵³ La première chambre civile retient expressément deux préjudices distincts consécutifs aux mêmes faits. Le premier, inhérent à l'atteinte corporelle subséquente au risque médical, est indemnisé indépendamment de la perte de chance d'éviter le dommage du fait du silence du praticien (Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2010, n° 09-11.270).

³⁵⁴ Cass. soc., 11 mai 2010, n°s 09-42.241 à 09-42.257, Bull. 2010, V, n° 106 (reconnaissance d'un préjudice d'anxiété aux salariés ayant été exposés à l'amiante qui « se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »)

responsabilité délictuelle³⁵⁵. C'est en filigrane le raisonnement retenu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation concernant l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger sa salariée³⁵⁶. Il est évident qu'en présence d'obligations de résultat liées à la sécurité des personnes ou des biens, la prévention du risque par l'entreprise doit être irréprochable³⁵⁷ afin d'éviter le déclenchement de la responsabilité envers le débiteur de ces obligations. Ainsi, la liberté de prendre des risques en entreprise doit être exercée dans le respect des dispositions législatives, réglementaires et statutaires en vigueur. En outre, celle-ci doit également se soumettre à la poursuite continue de l'intérêt social de l'entreprise encadrée notamment par la théorie de l'acte anormal de gestion.

B) La liberté de prendre des risques encadrée par la jurisprudence fiscale

175. La prise de risques implique parfois de lourdes pertes pour l'entreprise. Cette dernière sera alors tentée de déduire ses pertes du montant de son revenu initialement imposable par le biais de la déduction fiscale. Ce raisonnement, qui ne semble pas contrarier les dispositions du Code général des impôts, trouve toutefois une limite. En effet, l'administration fiscale peut refuser ce droit à déduction afin d'éviter que l'ensemble des contribuables, à travers la minoration de l'impôt dû, se retrouve à supporter en partie le poids financier des prises de risques déraisonnées des entreprises, ou résultant des actes répréhensibles de leurs salariés en l'absence de mesures suffisantes prises par ces dernières pour prévenir ces détournements. Par le recours à la théorie de l'acte anormal de gestion, la jurisprudence vient alors sanctionner l'entreprise en lui refusant tout droit à déduction fiscale d'une charge lorsque les risques pris sont considérés comme manifestement excessifs (1), ou

³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 2007 : Bull. civ. I, n° 372 ; JCP 2008. I. 125, n°7, obs. STOFFEL-MUNCK ; RDI 2008. 191, obs. TREBULLE ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 oct. 2009 : Bull. civ. III, n° 206 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, n° 07-13.483, Bull. 2008, II, n° 112.

³⁵⁶ La Cour de cassation relève en effet « qu'en statuant ainsi tout en constatant que l'escalier n'était pas pourvu d'une rampe, de sorte que l'employeur aurait dû avoir conscience du danger lié à un escalier qui n'était pas aménagé pour prévenir les risques de chute, et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en protéger son salarié ; la cour d'appel a violé les textes susvisés » Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2009, Batout c/ CPAM de Nanterre, n° 07-21.222.

³⁵⁷ La simple mise en place de mesures visant à faire cesser le harcèlement moral, les violences physiques ou verbales d'un salarié exercé par un autre salarié ne saurait exonérer la responsabilité de l'employeur débiteur de l'obligation de sécurité. En ce sens, Cass. soc., 3 fév. 2010, n° 08-40.144 ; Cass. soc., 3 fév. 2010, n° 08-44.019.

lorsque cette dernière ne s'est pas suffisamment prémunie contre les risques liés aux agissements répréhensibles de ses salariés (2).

1) L'application de la théorie de l'acte anormal de gestion en cas de prise de risques manifestement excessifs

176. La théorie de l'acte anormal de gestion est une construction de la jurisprudence administrative dans le dessein de déjouer la confusion pouvant être pratiquée par les dirigeants entre « les affaires privées et la vie de l'entreprise »³⁵⁸ et d'éviter que soit opérée la déductibilité de dépenses, soit procédant d'un caractère exagéré dans leur montant, soit n'ayant aucun lien avec l'intérêt de l'entreprise³⁵⁹. En vertu du principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises³⁶⁰, la jurisprudence accorde une liberté d'action conséquente aux entreprises et la présence de risques importants n'a pas pour effet d'interdire la déduction des charges prises dans l'intérêt de ces dernières³⁶¹. Toutefois, cette liberté connaît des limites exceptionnelles³⁶² en présence d'une prise de risques manifestement excessifs.

177. L'administration « n'exerce pas la mission d'un auditeur ou d'un contrôleur de gestion et n'a donc pas à porter de jugement sur la qualité ou les résultats, même médiocres, de la gestion financière ou de la gestion commerciale »³⁶³ de l'entreprise. Ainsi pour fonder l'acte anormal de gestion sur la notion de « risques manifestement excessifs », la jurisprudence fiscale retient que les agissements des dirigeants « excèdent manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut normalement prendre pour améliorer ses résultats »³⁶⁴. À la différence des hypothèses classiques en pareille matière, la jurisprudence ne sanctionne pas

³⁵⁸ M. COZIAN, FL. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, LexisNexis, coll. Précis fiscal Lonrai, 36^e éd., 2012, p. 101.

³⁵⁹ La jurisprudence détermine l'acte anormal de gestion comme « un acte entrepris dans un intérêt étranger à celui de l'entreprise, qu'il s'agisse de l'intérêt d'un tiers ou de celui exclusif de ses dirigeants » CE 10 juill. 1992, n° 110213 et 110214 sect., Sté Musel SBP et Brunner : RJF 8-9/92 n°1249, concl. O. FOUQUET p. 673.

³⁶⁰ CE 30 avril 1980, n° 16253 : RJF 6/80 n° 467.

³⁶¹ Mémento pratique F. Lefebvre Impôts sur les sociétés 2013/2014, Francis Lefebvre, 2013, n° 20150 et s.

³⁶² Le caractère exceptionnel de la limite existante dans la liberté de gestion, au regard d'un acte anormal de gestion fondé sur la notion de risques manifestement excessifs, demeure cantonné à de rares hypothèses puisque la jurisprudence fiscale a eu par le passé l'occasion d'admettre la déductibilité des charges en lien direct avec l'exercice d'une activité délictueuse (en ce sens, CE 7 janv. 2000 n° 186108 : RJF 2/00 n° 162).

³⁶³ M. COZIAN, FL. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, *op. cit.*, p. 797.

³⁶⁴ CE 17 oct. 1990 n° 83310 : RJF 11/90 n° 1317 ; CE 30 mai 2007 n° 285575 SA Perronet : RJF 10/07 n° 1012 concl. F. SENERS BDCF 10/07 n°104, chron. J. BURGUBURU RJF 4/08 p. 331, obs. O. FOUQUET Rev. Adm. 1/08 n°361 p. 38 ; CE 27 avril 2011 n°327764, Sté Legeps : RJF 7/11 n°783, chron. C. RAQUIN p. 699.

le caractère exagéré de la dépense, mais celui de la prise de risque induisant les pertes dont il est sollicité la déduction. Dans un avis rendu le 24 mai 2011³⁶⁵, publié intégralement dans le rapport public du Conseil d'Etat pour 2012, la section des finances du Conseil d'Etat a clairement indiqué que « sous réserve de circonstances exceptionnelles, une opération accomplie conformément à l'objet social de l'entreprise et dont le dénouement se traduirait par des pertes importantes, ne saurait, par elle même, caractériser un acte anormal de gestion ». S'il n'est pourtant pas nouveau que la jurisprudence fiscale puisse analyser, sous couvert d'un contrôle de la légalité, l'opportunité d'une décision de gestion, à travers l'appréciation du caractère exagéré du montant d'une dépense, cette analyse se fondait souvent sur les « avantages directs ou indirects consentis au profit des dirigeants de sociétés »³⁶⁶.

Or, dans l'hypothèse d'une prise de risques qualifiés comme étant excessifs, sauf à prouver les éventuels gains des dirigeants liés à cette décision, la jurisprudence vient sanctionner une décision de gestion prise *a priori* dans l'intérêt financier de l'entreprise³⁶⁷. Toutefois, théoriquement, le contrôle de l'administration fiscale se cantonne à la légalité de la décision risquée par l'appréciation de l'existence ou l'absence de contrepartie suffisante pour savoir si le risque pris par l'entreprise, apprécié au moment de la prise dudit risque³⁶⁸, est normal ou excessif au regard de son principe et de son montant³⁶⁹. En motivant ses décisions sur l'excessivité du risque pris, ou sur son caractère « manifestement exagéré »³⁷⁰, le juge fiscal apprécie si un acte aléatoire pris par l'entreprise qui s'est conclu par des pertes, ou par des pertes probables en recourant au mécanisme de la provision pour dépréciation³⁷¹, est justifié par l'intérêt financier de l'entreprise ayant pris le risque.

³⁶⁵ Avis CE Sect. des finances 24 mai 2011 n° 385088 : RJF 8-9/12 n° 800.

³⁶⁶ M. COZIAN, Fl. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, *op. cit.*, p. 798.

³⁶⁷ Par comparaison, il a déjà été jugé qu'une dépense illicite puisse être déductible dès lors qu'elle correspond à l'intérêt financier de l'entreprise. En effet, le Conseil d'Etat admet même la déduction de dommages et intérêts sollicitée par la personne condamnée alors que les conclusions du commissaire du gouvernement relevaient que le simple risque réel de condamnation au civil suffisait à conclure à l'excessivité du risque. Le Conseil d'Etat, à l'opposé des conclusions du commissaire du gouvernement, admettait le droit à déduction des dommages et intérêts versés aux victimes escroquées (en l'espèce, M. Philippe, qui avait acheté des marchandises à un escroc, a été condamné pénalement pour recel de marchandises). La décision de la haute juridiction administrative relevait alors que l'opération litigieuse était dictée par l'intérêt financier de l'entreprise. En ce sens, CE 7 janvier 2000, Dr. fisc. 2000, n° 11, comm. 204, concl. contr. G. BACHELIER ; RJF 2/2000, p. 114 ; RTD com. 2000, p. 760, obs. crit. Fl. DEBOISSY.

³⁶⁸ CE, 8^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 3 nov 1989, n° 92860 : RJF 1990, n° 14, concl. P.-F. RACINE.

³⁶⁹ M. COZIAN, Fl. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, *op. cit.*, p. 376.

³⁷⁰ CE, 8^{ème} et 3^{ème} ss-sect., 22 janvier 2010, n° 313868, Sté d'Acquisitions immobilières : Dr. fisc. 2010, n° 11, comm. 230, concl. N. ESCAUT, note D. BOQUET et C. CASSAN ; Dr. sociétés 2010, n° 106, obs. J.-L. PIERRE ; Bull. Joly sociétés 2010, § 121, p. 584, note P. SERLOOTEN ; RJF 2010, n° 335.

³⁷¹ *Ibid.*

Par exemple, dans l'arrêt *Legeps*, après avoir refusé le principe de la constitution d'une provision pour risques de pertes consécutives à un placement financier dans un établissement bancaire à Vanuatu³⁷², mis en liquidation judiciaire, la jurisprudence fiscale relève le caractère déductible de cette provision dès lors que le « placement financier [n']excède [pas] manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise »³⁷³. Or, si le principe de non immixtion était d'ores et déjà écorné en jugeant le risque pris par l'entreprise, l'entorse à ce dernier est d'autant plus critiquable au regard du choix discrétionnaire devant être laissé à l'entreprise dans ses modalités de financement et qui était préalablement tranché par le Conseil d'État³⁷⁴. Dans une espèce différente, la jurisprudence relève qu'un abandon de créances au profit d'une société en difficulté, dont il est espéré la prise de contrôle, ne constitue pas un acte anormal de gestion, dès lors que cet acte est conforme aux intérêts financiers de l'entreprise ayant abandonné sa créance et si cette pratique ne lui fait pas courir de risques manifestement excessifs³⁷⁵. Aussi, si la jurisprudence admet l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion fondée sur la notion de risque manifestement excessif, dans le cadre d'avances consenties par une société mère à sa fille pour refuser le droit à la déduction des pertes de la société mère, les magistrats relèvent néanmoins la nécessité, pour l'administration fiscale, de démontrer la réalité du caractère excessif du risque pris qui n'a pas été retenu en l'espèce eu égard aux conditions normales de rémunération de ces avances³⁷⁶.

178. Enfin, la Section des finances faisait observer que le critère du « risque manifestement excessif auquel la jurisprudence a, en quelques occasions, eu recours, pour qualifier une opération d'acte anormal de gestion, n'a été mis en œuvre que dans le cas de décisions prises par les dirigeants d'une entreprise »³⁷⁷ et non à la suite de méfaits caractérisés du personnel salarié et donc possiblement liée à la défaillance dans la prévention des risques

³⁷² CA Aix-en-Provence, 12 mars 2009, n° 07PA00587.

³⁷³ CE 27 avril 2011, n° 327764 : RJF 2011. 783 ; concl. OLLEON au BDCF 7/11, n° 81 ; Dr. fisc. 2011. 399, concl. OLLEON, note FOUQUET ; CAA Paris, 8 juin 2012, Sté *Legeps*, req. n° 11PA02271 : RJF 2013. 13.

³⁷⁴ CE 17 décembre 1984 n°52341 : RJF 2/85 n°205 ; Dr. fisc. 1/89 comm. 4 ; concl. O. FOUQUET *Rev. Sociétés* 1985, p.145.

³⁷⁵ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss. sect., 30 mai 2007, n° 285575 SA Perronet et n° 285573 SARL Perronet ; RJF 2007. 1012 ; concl. SENERS au BDCF 10/07, n° 104 ; Dr. fisc. 2007. 958, concl. SENERS, note BONNET.

³⁷⁶ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss. sect., 11 juin 2014 n°363168, Sté *Fralen Holding*

³⁷⁷ Avis CE Sect. des finances 24 mai 2011 n° 385088 : RJF 8-9/12 n° 800, O. FOUQUET « Acte anormal de gestion résultant de la prise d'un risque manifestement excessif : quelles limites ? » FR 31/12, p. 24.

de l'entreprise. Si la jurisprudence administrative refuse effectivement d'appliquer la notion de « risque manifestement excessif » dans cette dernière hypothèse, elle retient tout de même la responsabilité de l'entreprise en la fondant sur la théorie de l'acte anormal de gestion au titre de la « carence manifeste des dirigeants dans l'organisation de l'entreprise et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle » et donc à la lumière du défaut de prévention des risques par l'entreprise.

2) L'acte anormal de gestion retenu en raison de l'impéritie des dirigeants dans la prévention des risques

179. Pour refuser la déductibilité de pertes en cas d'insuffisance dans la gestion préventive des risques de l'entreprise, la jurisprudence retient la « carence manifeste des dirigeants dans l'organisation de l'entreprise et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle ». La jurisprudence fiscale recourt particulièrement à ces motifs, lorsque les défaillances des processus de contrôle interne de l'entreprise ont permis des détournements de fonds par des salariés ou des mandataires de l'entreprise³⁷⁸.

Par un arrêt rendu le 5 octobre 2007³⁷⁹, le Conseil d'Etat a durci sa jurisprudence³⁸⁰ en relevant le caractère non déductible des pertes de l'entreprise consécutives à des détournements de la part d'un salarié. Pour motiver sa décision, le Conseil d'Etat relève le risque délibéré pris par le dirigeant qui n'a pas mis en place les dispositifs suffisants de contrôle interne permettant d'éviter de tels détournements. En l'espèce, censurant l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, le Conseil d'Etat faisait grief aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si par leur comportement délibéré ou par leur carence manifeste dans

³⁷⁸ V. CE 30 mai 2007 n° 285575 SA Perronet et n° 285573 SARL Perronet ; CE 5 oct. 2007 n° 291049 Sté Alcatel CIT : RJF 12/07 n° 1381, concl. Mme N. ESCAUT BDCF 12/07 n°137, obs. O. FOUQUET Rev. Adm. 1/08 n° 361 p. 38 ; CE 6 juin 2008 n° 285629, SA Gustave Muller : RJF 10/08 n° 121 ; CE 27 avril 2011 n° 319742, Ferrand : RJF 7/11 n° 806 Chron. C. RAQUIN p. 699, concl. L. OLLEON BDCF 7/11 n°84, obs. H. LEHERISSEI BGFE 4/11 p. 6.

³⁷⁹ Par son arrêt du 5 octobre 2007, le Conseil d'Etat dénie pour la première fois le droit de déduire les pertes consécutives à un détournement de fonds opéré par un salarié, en dépit de l'ignorance de ces méfaits par les organes dirigeants, en le justifiant sur les carences dans l'organisation de l'entreprise et des dispositifs de contrôle interne (CE 5 octobre 2007 n° 291049, Sté Alcatel CIT : RJF 12/07 n° 1381, concl. N. ESCAUT BDCF 12/07 n° 137, obs. O. FOUQUET Rev. Adm. 2008 n° 361 p. 38, obs. Y. DE GIVRE BGFE 6/07 p. 4).

³⁸⁰ Avant le revirement opéré par le Conseil d'Etat, les détournements de fonds opérés par un salarié au détriment d'une société étaient déductibles s'ils avaient été réalisés à l'insu des organes dirigeants (V. notamment, CE 27 juillet 1988, n° 54510 plén. : RJF 10/88 n° 1070 concl. O. FOUQUET Dr. fisc. 52/88 c. 2361 ; CE 10 février 1989 n° 68731, 68732 et 68733, Stocks Américains Schell et Cie : RJF 4/89 n° 416 ; CE 26 juillet 1991 n° 70508, SARL Chez Eugène ; CE 26 juillet 1991 n° 70507, Canonne : RJF 10/91 n° 1202 ; CE 14 février 2001 n° 193309, SA MAEC : RJF 5/01 n° 592, concl. J. COURTIAL BDCF 5/01 n° 61).

l'organisation du département et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle, contraires à l'intérêt de l'entreprise, ces dirigeants avaient été à l'origine, directe ou indirecte des détournements en cause ». Dans le même temps, le Conseil d'Etat relevait une présomption simple en vertu de laquelle les détournements devaient « être réputés avoir été commis à l'insu des dirigeants » et dont la preuve contraire était à la charge de l'administration fiscale. Le principe de la déductibilité de telles pertes a ainsi permis récemment à la Société Générale, à la suite des pertes réalisées par un de ses anciens *trader*, de solliciter la déductibilité d'une perte d'un milliard d'euros en arguant que ce dernier avait agi à l'insu de sa hiérarchie³⁸¹.

180. Aussi, la réalisation d'un audit de risques permettrait ainsi, d'une part, un traitement de ce type de risques et, d'autre part, un assouplissement de cette jurisprudence au profit des dirigeants ayant accompli cette diligence. En effet, outre la diminution des risques par le bénéfice de procédures permettant d'éviter les détournements opérés par les salariés, ou, à tout le moins, de pouvoir justifier d'avoir mis en place de telles procédures, l'audit de risque permettrait, grâce aux données chiffrées issues de l'analyse des risques de l'entreprise, de transmettre suffisamment d'éléments à l'administration fiscale pour justifier les expositions réelles des risques pris par l'entreprise ; selon qu'il soit reproché à l'entreprise d'avoir déduit ses pertes sur le fondement du risque manifestement excessif, ou sur l'insuffisance de ses procédures de contrôles.

Si le contribuable français est donc protégé des prises de risques manifestements excessifs des entreprises ou qu'il n'a pas à subir les conséquences liées aux insuffisances des dispositifs de contrôle des risques, le justiciable français dispose également d'une protection à l'encontre des actes des entreprises ayant pour effet d'exposer une personne à des risques pouvant compromettre son intégrité corporelle.

C) La liberté de prendre des risques encadrée par la responsabilité pénale

181. S'il est évident que l'ensemble du droit pénal présente par nature un caractère prohibitif, toutes ses dispositions n'ont ni vocation de supprimer la liberté de prendre des risques, ni pour objet de condamner l'auteur d'une prise de risque du fait des conséquences

³⁸¹ F. ROME, Un clin d'œil aux fiscalistes : D. 2008, p. 769, cité in M. COZIAN, FI. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, *op. cit.*, p. 105.

potentielles qui y sont liées. Toutefois, il est une infraction qui mérite une attention particulière puisque son objectif est de prévenir les risques pris par l'entreprise en sanctionnant la simple exposition d'autrui aux conséquences potentielles d'une prise de risque. Avant de procéder à l'étude du délit de mise en danger délibérée d'autrui (2), il y a lieu d'examiner son champ d'application (1).

1) Le champ d'application de la responsabilité pénale encadrant la prise de risque

182. Depuis l'entrée en vigueur³⁸² de la loi du 1^{er} mars 1994, modifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « Perben II », la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée³⁸³. Lors de ces mêmes modifications le législateur a également prévu que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». De jurisprudence aujourd'hui constante, la responsabilité pénale de la personne morale est recherchée, même en cas de causalité indirecte, par la faute, fut-elle qualifiée de faute simple, commise par l'organe ou le dirigeant de la personne morale³⁸⁴. Comme il est prévu à la lettre de l'article 121-2 du Code pénal, les infractions doivent avoir été commises pour le compte des personnes morales, par leurs organes ou représentants, pour que l'entreprise puisse être mise en cause³⁸⁵.

Ainsi, les dirigeants ou les salariés³⁸⁶ de l'entreprise, peuvent également voir leur responsabilité pénale recherchée, parallèlement à celle de l'entreprise, en cas de prise de

³⁸² Initialement, l'engagement de la responsabilité des personnes morales était limité aux seules infractions expressément visées par le législateur. A titre d'exemple, par un arrêt du 13 septembre 2005, la chambre criminelle de la Cour de cassation censurait la décision des juges du fond ayant condamné un employeur sur le fondement des infractions relatives à l'hygiène et la sécurité des travailleurs, puisque ces dernières ne visaient pas expressément la possibilité d'y procéder, *in* Rapport annuel de la Cour de cassation, Le risque, 2011, p. 278.

³⁸³ C. pén., art. 121-2.

³⁸⁴ En ce sens : Cass. crim., 4 décembre 2007, n° 07-81.072 ; Cass. crim., 28 avril 2009, n° 08-83.843, Bull. crim. 2009, n° 80 ; Il en est de même concernant un gérant de fait : Cass. crim., 13 avril 2010, n° 09-86.429.

³⁸⁵ Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'est pas très pointilleuse dans l'identification des représentants de l'entreprise. Par des formulations des plus critiquables, la haute juridiction relevait à deux reprises que « la demanderesse ne saurait se faire un grief de ce que les juges du fond l'aient déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit, dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants » (Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255 ; Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, Bull. crim. 2008, n° 167) ; et réaffirmant récemment que « les insuffisances du plan de prévention des risques étaient nécessairement imputables aux organes représentant la personne morale » (Cass. crim., 15 février 2011, n° 10-85.324).

³⁸⁶ Suivant délégation de pouvoirs, le salarié de l'entreprise peut, par ses agissements, engager la responsabilité pénale de la personne morale. En ce sens, Cass. crim., 30 mai 2000, n°99-84-212, Bull. crim. 2000, n° 206.

risques exposant des tiers aux conséquences néfastes de ces dernières. À la lettre de l'article 223-1 du Code pénal, le délit de mise en danger délibérée d'autrui est prévu comme « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement (...) [et punit ses auteurs, coauteurs, ou complices] d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

2) Le délit de mise en danger d'autrui comme restriction à la liberté de prendre des risques

183. La doctrine militait depuis longtemps pour que soit incriminée « la faute involontaire délibérée, la prise d'un risque avec indifférence à la survenance d'un résultat »³⁸⁷. Avant la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 ayant instauré l'actuel Code pénal, les infractions réprimant la violation d'obligations de prudence ou de sécurité ne faisaient l'objet que de contraventions, « sans que la prise de risque faisant fi de la sécurité des tiers fût en elle-même punissable »³⁸⁸. A la suite de la modification de l'alinéa 4 de l'article 121-3³⁸⁹ du Code pénal, les rédacteurs du nouveau Code pénal ont donc favorablement répondu à cette attente, en retenant la responsabilité des personnes physiques au titre du délit de mise en danger délibérée d'autrui constitué « en cas de faute d'imprudence, de négligence, ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Aussi à l'aune de cette même infraction, ces mêmes personnes sont pénalement responsables, lorsqu'elles ont, sans pour autant avoir « causé directement le dommage mais [en ayant créé ou] contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage, soit violé de façon manifestement

³⁸⁷ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, Droit pénal spécial 2007/2008, Ed. Cujas, Coll. Manuel, 4^{ème} éd., Mercuès, 2007, p.122.

³⁸⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, Etude : Le risque, préc., p. 282.

³⁸⁹ L'article 121-3 du Code pénal prévoit que : (...) Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure.

délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

184. Le deuxième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal a donc pour vocation d'annihiler l'élément moral du délit, qui se déduit de la violation manifestement délibérée de la règle de prudence ou de sécurité. En outre, les magistrats s'avèrent souvent disposés à retenir l'infraction en déduisant l'élément intentionnel des circonstances de faits et du comportement de la personne visée par l'incrimination³⁹⁰. De surcroît, ce délit pénal est constitué en l'absence de dommage par le simple fait d'exposer autrui à un risque, et en ce sens constitue une restriction au libre exercice de la liberté de prendre des risques. A la différence des infractions classiques, le Droit pénal ne sanctionne pas la conscience de nuire à autrui, mais plutôt la conscience que la violation d'une disposition législative ou réglementaire soit susceptible de nuire à autrui³⁹¹.

Le délit de mise en danger délibérée d'autrui apparaît donc comme un « délit obstacle » destiné à empêcher la commission de crimes ou délits, tels que les homicides ou les blessures causées à autrui. Au regard de la faute caractérisée ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité en ne veillant pas au respect des lois et règlements relatifs à la sécurité, la Cour de cassation retient que le simple constat d'une faute caractérisée³⁹² et l'exposition aux risques qui s'en suit suffit à caractériser l'infraction³⁹³.

185. Selon la jurisprudence criminelle, la notion de règlement, dont la violation se doit d'être caractérisée pour constituer l'infraction au sens de l'article 223-1 du Code pénal, se comprend comme les actes des autorités administratives à caractère général et impersonnel et devant prévoir une obligation particulière de prudence ou de sécurité³⁹⁴. Pour que l'infraction puisse être retenue, il est évidemment nécessaire que la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence et de sécurité prévue par les lois et règlements implique une exposition d'autrui au risque immédiat de mort ou de blessures de nature à

³⁹⁰ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 143.

³⁹¹ H. BARBIER, La liberté de prendre des risques, *op. cit.*, p. 434.

³⁹² Afin de caractériser le délit de mise en danger délibérée d'autrui, au titre de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité, les magistrats se doivent de rechercher la règle méconnue. En ce sens, Cass. crim., 13 novembre 2007, n° 06-89.455 ; Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-85.074.

³⁹³ Cass. crim., 11 février 2003, n° 02-85810, Bull. crim. 2003, n° 28.

³⁹⁴ Cass. crim., 10 mai 2000 : Bull. crim. n° 183.

entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. Si la charge de la preuve est supportée par l'accusation³⁹⁵, la démonstration du lien immédiat avec la violation dont il est fait grief doit être caractérisée par les magistrats³⁹⁶.

186. De surcroît, le droit pénal punit, d'une amende prévue pour les contraventions de 5ème classe, « le fait, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail »³⁹⁷.

Enfin, il est à préciser que le Code pénal³⁹⁸ prévoit des sanctions particulières pour les personnes morales, dont la responsabilité civile est retenue sur le fondement du délit de mise en danger délibérée d'autrui, s'exposant ainsi au risque de condamnation sur le fondement des 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-9 dudit code. Au titre de ces condamnations figure notamment l'interdiction, pouvant être définitive, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles. Bien que cette prohibition ne soit restreinte, en vertu du second alinéa de l'article 223-2, « qu'à la seule activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise », il est aisément compréhensible, à travers l'éventualité d'une telle interdiction, que la Cour de cassation ait relevé que les poursuites sur le fondement de l'article 223-1 du Code pénal demeurent assez rares en cas de violation des règles de sécurité prévues par le Droit du travail³⁹⁹.

³⁹⁵ Cass. crim., 4 octobre 2005, n° 04-87654, Bull. crim. 2005, n° 250.

³⁹⁶ Cass. crim., 6 octobre 2009, n° 09-81037.

³⁹⁷ C. pén., art. R. 625-3.

³⁹⁸ L'article 223-2 prévoit que « les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 223-1 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-39. L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

³⁹⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, Etude : Le risque, préc. p. 285.

Conclusion du Chapitre 2

187. La liberté de prendre des risques existe incontestablement ! Confortée par de solides fondements économiques et juridiques, l'autonomie de cette liberté est souhaitable pour soutenir de manière catégorique l'initiative entrepreneuriale mais n'est pas non plus indispensable au regard des nombreux fondements constitutionnels qui permettent de l'invoquer de manière incidente. Néanmoins, cette liberté n'est pas absolue et reste encadrée par le législateur et par la jurisprudence. Si les théories du risques ont initialement permis l'indemnisation des victimes d'accidents du travail sans avoir à rapporter de faute de l'employeur, puis inspiré le législateur dans de multiples dispositions du XXème siècle, l'introduction du principe de précaution est aujourd'hui un moyen sur lequel la jurisprudence peut fonder le manque de vigilance des entreprises dans leurs prises de risques. Qu'il concerne les théories de Saleilles et Josserand, l'obligation générale de s'abstenir de prendre certains risques ou la confusion susceptible d'être reprochée dans le choix de noms de domaines, le risque est aujourd'hui une notion centrale du droit de la responsabilité. Les tribunaux peuvent également s'appuyer sur de multiples notions, comme la faute de gestion, l'acte anormal de gestion, ou sur des dispositions législatives pour encadrer cette prise de risque ou l'insuffisance de prévention des risques des entreprises et engager la responsabilité des preneurs de risques pour réparer, ou par l'effet prophylactique de la responsabilité, pour prévenir les conséquences des risques pris.

Conclusion du Titre I

188. En dépit de la difficulté suscitée par l'appréhension initiale de la notion, le risque a progressivement été accueilli par la science juridique et innerve aujourd'hui la plupart des branches du droit. Aussi, la liberté de prendre des risques en entreprise trouve aujourd'hui de multiples justifications tant dans les sciences socio-économiques qu'au sein de fondements juridiques à valeur constitutionnelle. Ces fondements et justifications pourraient alors constituer de solides arguments permettant de solliciter la reconnaissance de cette liberté comme une liberté juridique autonome, nonobstant le fait que ces fondements permettent déjà de l'invoquer de manière médiate. Néanmoins, le constat d'un trop plein de liberté en pareille matière, particulièrement perceptible dès l'avènement de l'ère industrielle, a eu pour conséquence que la notion est également devenue un fondement utilisé pour engager la responsabilité des entreprises en dehors des cas initialement prévus par le législateur. Aussi, comme pour la notion de faute, il serait difficilement concevable, au regard de la diversité des risques qu'il est possible d'identifier dans la vie des entreprises et des nombreuses branches du droit que la notion a pénétré, de prévoir un régime juridique unique et immuable susceptible de s'appliquer à tous ces événements aléatoires. Afin de prendre en compte la diversité des risques qui peuvent être identifiés dans le monde de l'entreprise, une classification de ces derniers s'avère nécessaire et permet de mieux appréhender les différents risques identifiés dans le cadre d'un audit de risques en entreprise.

TITRE II : LA METHODOLOGIE DE L'AUDIT DE RISQUES

189. Bien que la littérature spécialisée soit abondante dans le domaine de la gestion des risques, cette littérature est souvent spécialisée dans les domaines des risques concernés et la doctrine ne traite généralement que brièvement des méthodes permettant de gérer l'ensemble des événements redoutés. En effet, s'il existe plusieurs méthodes dont l'objectif est d'anticiper les multiples risques de l'entreprise⁴⁰⁰, certaines d'entre elles se focalisent uniquement sur le caractère assurable des risques ou sont axées sur la prévention et la protection spécifiques à certains secteurs d'activité ou à certains risques. Si les méthodes pouvant être qualifiées de « généralistes » font également état de dissemblances, notamment dans le vocabulaire utilisé ou dans la détermination du périmètre des différentes phases de l'étude, les principales étapes des méthodologies de gestion des risques restent fondamentalement les mêmes.

190. La méthodologie présentée dans le cadre de cette étude, inspirée notamment de différents référentiels de gestion des risques⁴⁰¹, d'audit et de contrôle interne⁴⁰², n'a alors pas pour prétention d'annihiler tous les risques présents dans le monde de l'entreprise, mais a vocation de s'efforcer à en diminuer l'importance grâce à une analyse rigoureuse des risques présents dans l'entreprise en recourant notamment à des techniques de traitements juridiques. En effet, l'audit de risques n'a pas pour objectif de permettre aux entreprises d'atteindre un

⁴⁰⁰ A. POLACH, Risques et gestion des risques : notions, Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien, Cah. Dr. entr n° 1, janv. 2008, doss. 2.

⁴⁰¹ Le référentiel de contrôle interne conçu par le *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* définit la gestion des risques comme « un processus mis en œuvre par le conseil d'administration, la direction générale et l'ensemble des collaborateurs de l'organisation. Il est pris en compte dans l'élaboration de la stratégie ainsi que dans toutes les activités de l'organisation. Il est conçu pour identifier les événements potentiels susceptibles d'affecter l'organisation et pour gérer les risques dans ses limites de son appétence pour le risque. Il vise à fournir une assurance raisonnable quant à l'atteinte des objectifs de l'organisation » (COSO, Le management des risques, Cadre de référence, Synthèse, 7 p. ; V. également, « *Internal control – Integrated Framework* » trad. par PricewaterhouseCoopers et l'IFACI, « La pratique du contrôle interne, COSO report », éd. d'Organisation, 2002, 378 p.)

⁴⁰² V. notamment, AMF, Cadre de référence du contrôle interne et de la gestion des risques ; COSO, Le management des risques COSO II, ISO 31000, Management des risques : principes et lignes directrices ; FERMA : Cadre de référence de la gestion des risques.

risque zéro utopique mais permet, grâce au suivi d'une méthodologie, d'apprécier le niveau de risque acceptable dans une entreprise et de traiter les risques ayant atteint un niveau inacceptable. Avant de présenter les différentes étapes de la méthodologie de l'audit de risques (Chapitre 2), il est nécessaire d'appréhender préalablement les différentes classifications des risques (Chapitre 1) qui permettent de distinguer les différents risques de l'entreprise susceptibles d'être identifiés dans le cadre de cette méthodologie.

Chapitre 1 : Les classifications des risques

191. Concluant le premier éditorial de la revue *Riseo*, le Professeur Georges Wiederkher relevait que « si l'étymologie [du risque] est controversée, si aucune définition n'est convaincante, on peut tenter une autre approche de la notion (...) consistant à répertorier les différents types de risques que l'on peut rencontrer. Mais la méthode a ses limites : la variété des risques est telle que tout classement que l'on prétendrait en faire serait à la fois incomplet et peu rigoureux »⁴⁰³.

Pourtant, pour bénéficier d'une vision globale de l'exposition aux risques de l'entreprise, il convient de répertorier et de classer les différentes menaces susceptibles de compromettre l'atteinte des objectifs fixés par l'entreprise. Différentes méthodes permettent de réaliser cette « typologie articulée des risques »⁴⁰⁴ du fait des critères retenus pour classer les risques de l'entreprise en vue de les hiérarchiser. Ainsi, après avoir présenté la classification traditionnellement retenue pour distinguer les risques de l'entreprise (Section 1), une distinction plus pragmatique, dans la gestion des risques de l'entreprise, sera présentée (Section 2).

⁴⁰³ G. WIEDERKHER, Editorial, *Riseo*, N° 1, 2010, p. 3, n° 3 ; dans le même sens, Georges Jousse remarquait que « cette démarche [de classification] part d'un bon sentiment mais (...) il semble que le domaine des risques ne permettent pas, à l'instar d'autres matières scientifiques comme la botanique ou la zoologie par exemple, d'élaborer une classification structurée servant de repère de comparaison. G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁰⁴ C. AUBRY, *La gestions des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle*, *Comptabilité et connaissances*, 2005, p. 3.

Section 1 : La classification traditionnelle des risques de l'entreprise

192. Le critère traditionnellement retenu par la doctrine permettant de classer les risques de l'entreprise tient à la possibilité de les transférer sur le marché assurantiel. « Toute activité professionnelle est génératrice de risques, c'est pourquoi l'analyse des risques de l'entreprise et leur prise en charge par l'assurance constituent une phase déterminante pour sa pérennité »⁴⁰⁵. La distinction entre risques purs et risques spéculatifs est en lien direct avec la détermination du caractère assurable d'un risque (§ 1). Toutefois, si en théorie tous les risques sont assurables, la pratique relève que seule une part résiduelle des risques de l'entreprise peut faire l'objet d'un tel traitement et qu'il est donc des limites au transfert des risques au marché assurantiel (§ 2).

Paragraphe 1 : Le caractère assurable d'un risque

193. Afin de distinguer les risques susceptibles d'être couverts par un contrat d'assurance et les risques qui ne peuvent pas être transférés au marché assurantiel, ou dont le transfert à l'assurance apparaît comme un non sens, la doctrine et les praticiens du droit des assurances ont proposé une distinction entre les risques dits purs et les risques spéculatifs. Si, jadis, cette définition permettait de tracer clairement une frontière entre les différents risques de l'entreprise, l'évolution des facteurs de risques et des techniques de l'assurance ont atténué les démarcations permettant de clairement distinguer la notion de risques assurables. Aussi, après avoir présenté la distinction doctrinale entre les risques purs et les risques spéculatifs (A), les différents risques susceptibles d'être transférés à l'assureur (B) seront analysés.

⁴⁰⁵ A. CURTET, E. DEMANGE, V. NICOLAS, L'assurance des risques d'entreprise, Cah. Dr. entr. n° 4, juill. 2009, ent. 4, 13 p., p. 1.

A) La distinction doctrinale entre les risques purs et les risques spéculatifs

194. La distinction entre les risques purs et les risques spéculatifs a pour objet de déterminer les risques de l'entreprise susceptibles d'être transférés par le biais de conventions d'assurance. Selon la doctrine, les « risques purs⁴⁰⁶ » sont « les risques qui ne dépendent pas de la volonté de l'entreprise de réaliser ses objectifs, par opposition aux risques spéculatifs, qui sont le fruit d'une action de l'entreprise et sont liés à son désir de réaliser ses objectifs »⁴⁰⁷. Selon cette distinction, les risques purs regroupent des risques comme l'incendie ou les catastrophes naturelles ; à l'inverse, au titre des risques spéculatifs il est possible de dénombrer les risques d'entreprendre, de prospecter de nouveaux marchés, ou encore de subir une atteinte à l'image de l'entreprise. De manière schématique, il serait possible de déterminer les risques purs comme les événements susceptibles d'induire des pertes matérielles ou financières pour l'entreprise, alors que les risques spéculatifs constituent des événements pouvant induire également des gains manqués pour cette dernière⁴⁰⁸.

195. Toutefois, si cette définition semble différencier les risques de l'entreprise, elle ne permet pas de déterminer avec précision quels sont les risques susceptibles d'être transférés à l'assurance. De manière pragmatique, pour qu'un risque puisse être couvert par un contrat d'assurance⁴⁰⁹, les assureurs doivent disposer de distributions statistiques permettant de prévoir la probabilité de réalisation d'un événement et, par conséquent, d'en évaluer *ex ante* le coût⁴¹⁰. Réalisés par des actuaires⁴¹¹, ces calculs mathématiques permettent,

⁴⁰⁶ Les risques purs sont également dénommés risques statiques ou aléatoires. Ils s'opposent aux risques spéculatifs que l'on retrouve également sous l'appellation de risques dynamiques.

⁴⁰⁷ En ce sens, L. DELTOMBE, « Principes de risk management », Les entreprises et leurs assurances, Wolters Kluwer, 2006, p. 22, *in* Dossier Contrat d'assurance : comment assurer les risques de l'entreprise ?, Navis, Francis Lefebvre, 2013, n° 1.

⁴⁰⁸ V. *infra*, n° 290.

⁴⁰⁹ L'assurance est généralement définie comme « l'opération par laquelle un assureur s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie de la perception d'une somme d'argent, la prime. Risque, prime et prestation de l'assureur sont effectivement les éléments fondamentaux du contrat d'assurance », *in* Lamy Assurances 2013, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2013, n° 2. Pour les différentes définitions du contrat d'assurance, V. J. BIGOT, Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance, LGDJ, 2002, n°s 11 et s. ; L. MAYAUX, Les grandes questions du droit des assurances, LGDJ, 2011, 296 p.

⁴¹⁰ O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, Traité des nouveaux risques, Gallimard, Paris, 2002 cité *in* C. AUBRY, La gestion des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle, préc. p. 4.

par le recours à la loi des grands nombres, d'évaluer statistiquement le montant des primes que doivent verser les assurés à leur assureur. La prime constitue en quelque sorte le prix du risque⁴¹². Dans le même sens, l'insuffisance de données statistiques relatives aux événements menaçant l'entreprise permet également d'établir une distinction entre deux types de risques : le risque avéré et le risque potentiel. A titre d'exemple, si les risques avérés, comme les incendies ou les dégâts des eaux, font l'objet de suffisamment de prévision pour faire l'objet d'une couverture par les sociétés d'assurance, les risques potentiels, à l'instar du risque d'éthique ou d'atteinte à l'image de l'entreprise, sont les risques qui ne font pas partie, ou que dans de très rares cas, des risques couverts par le contrat d'assurance⁴¹³. L'existence d'études probabiliste du risque n'est pas anodine car elle demeure en pratique le critère le plus pertinent pour apprécier si le risque est susceptible de bénéficier d'une couverture assurantielle.

B) Les différents risques susceptibles d'être transférés à l'assurance

196. Les risques de l'entreprise susceptibles d'être couverts par un contrat d'assurance sont regroupés à travers deux grandes familles de risques : les assurances de personnes et les assurances de dommages (1). Outre cette première classification, les assurances ont également établi, dans le traité des risques d'entreprise (2), une liste des risques qui leur permet, grâce aux différentes valeurs calculées par les actuaires, de proposer des polices d'assurances en fonction des risques récurrents de l'entreprise et des éventuels dispositifs préventifs mis en place par cette dernière (2).

⁴¹¹ Les actuaires sont des ingénieurs de la gestion des risques qui utilisent des outils mathématiques notamment pour placer et gérer les capitaux levés par les assureurs et calculer les primes des risques proposés sur le marché de l'assurance.

⁴¹² Plus exactement, la prime du risque correspond au prix du risque à l'état de dommage potentiel. En effet, le coût du risque ne peut être réduit à la seule prime versée par l'assuré puisque, en cas de réalisation d'un risque, l'assuré peut être amené à payer, outre les primes d'ores et déjà versées, une franchise préalable. De surcroît, il est courant que les polices d'assurances prévoient, nonobstant les exclusions de garantie pouvant être équivoques, des plafonds d'indemnisation au delà desquels le risque restera assumé par l'assuré. Enfin, des commissions d'intermédiaires, à l'instar des courtiers d'assurances, peuvent également rehausser le coût exact de la couverture des risques d'entreprise.

⁴¹³ Lamy Assurances 2013, *op. cit.*, n° 1982.

1) La distinction entre les assurances de personne et les assurances de dommages

197. Pour permettre une première distinction entre les risques susceptibles d'être assurés et ceux qui ne peuvent pas être transférés au marché assurantiel, le législateur⁴¹⁴ a énuméré différents risques – « branches » – pour lesquels une société d'assurance peut solliciter un agrément afin d'exercer l'activité d'assureur. A travers ces différentes « branches », il est possible de distinguer deux types de contrat d'assurance : les assurances sur la vie⁴¹⁵ et les assurances de dommages, dites IARD⁴¹⁶.

Le Code des assurances prévoit des règles communes à l'ensemble des contrats d'assurances terrestres, puis des dispositions spéciales aux deux grandes catégories que sont les assurances de dommages, et les assurances sur la vie. En outre, en raison d'une occurrence importante de certains risques, le législateur a également prévu des dispositions particulières applicables à des contrats d'assurance dont les risques couverts se retrouvent au sein des deux principales catégories de risques, comme le risque incendie inclus dans les assurances de dommages. Ces deux types d'assurances, et donc ces deux types de risques, peuvent se retrouver dans l'entreprise. En effet, si les entreprises de vente se prémunissent naturellement contre les risques de perte ou de détérioration de leurs marchandises par la souscription

⁴¹⁴ L'article R. 321-1 du Code des assurances dénombre 26 branches d'assurances pour lesquelles il est possible de solliciter un agrément administratif pour exercer licitement l'activité d'assureur. Certaines branches correspondent à un événement déterminé par l'évènement aléatoire et, le cas échéant, par le siège de l'évènement (personne ou bien). Par exemple, « la branche n° 1 est intitulée « Accidents » et comporte une répartition entre « prestations forfaitaires », « prestations indemnitaires » et « combinaisons » ; toutefois, aucune précision n'est donnée sur l'appartenance de l'opération d'assurance à la catégorie des assurances de personnes ou à celle des assurances de dommages. La branche n° 8, « Incendie et éléments naturels », est définie comme « tout dommage subi par les biens (autres que les biens compris dans les branches 3, 4, 5, 6 et 7) lorsqu'il est causé par incendie, explosion, tempête, éléments naturels autres que la tempête, énergie nucléaire, affaissement de terrain ». La branche n° 11, « Responsabilité civile des véhicules aériens », englobe « toute responsabilité résultant de l'emploi de véhicules aériens (y compris la responsabilité du transporteur) ». D'autres branches ont un caractère plus générique. Elles intègrent les événements qui ne relèvent pas d'une branche plus spéciale. Ainsi, la branche n° 13, « Responsabilité civile générale », reçoit « toute responsabilité autre que celles mentionnées sous les numéros 10, 11 et 12 » (n° 10 : véhicules terrestres automoteurs ; n° 11 : véhicules aériens ; n° 12 : véhicules maritimes, lacustres et fluviaux). La branche n° 20, très large car intitulée « Vie-décès », concerne « toute opération comportant des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine », mais il faut tenir compte de la spécificité du risque quand celui-ci suppose un accident (branche n° 1) ou une maladie (branche n°2) » in Lamy Assurances, Lamy, 2013, *op. cit.*

⁴¹⁵ Les assurances sur la vie regroupent les assurances de personnes, les garanties des accidents de la vie, l'assurance-vie, la prévoyance, la retraite ou encore les contrats de capitalisation.

⁴¹⁶ Le sigle IARD signifie incendie, accidents, risques divers. Ces assurances regroupent principalement les dommages aux biens et se décomposent en une première partie liée à la responsabilité, visant les dommages causés à autrui, et une seconde partie traitant des assurances de choses qui couvrent les dommages causés aux biens de l'assuré.

d'assurances de dommages, les assurances décès « homme clé⁴¹⁷ », ou les assurances de dommages corporels⁴¹⁸, assurances de personnes, entrent également dans le périmètre des risques de l'entreprise.

Concernant les assurances de dommages, elles regroupent également deux grandes familles d'assurances : les assurances des biens de l'entreprise et les assurances de responsabilité civile⁴¹⁹ (professionnelle) de l'entreprise. Afin de proposer la souscription de ces différents contrats d'assurances, les assureurs disposent d'un traité reprenant l'ensemble des risques récurrents identifiés au sein des entreprises. Cette classification des risques peut ainsi permettre, outre le bénéfice d'une classification, d'obtenir des informations sur l'importance des risques de l'entreprise grâce aux distributions statistiques relevées par les assureurs.

2) Le traité des risques d'entreprise

198. Le traité des risques d'entreprise⁴²⁰ reprend une base de tarification des différents risques qui sont couverts par les assurances de dommages. Au traité des risques d'entreprise s'ajoute le traité des risques simples qui concerne, sous une forme simplifiée, d'autres risques de l'entreprise tels que les risques « professions libérales », ou des risques identifiés dans les petites entreprises qui ne figurent pas dans le premier traité. Ces traités permettent à l'assureur de calculer les primes qui lui sont acquittées en contrepartie du versement d'un capital ou d'une rente si le risque couvert venait à se réaliser⁴²¹. Plus précisément, le traité des risques d'entreprise regroupe 141 rubriques réparties en 11 catégories correspondant à une activité industrielle ou commerciale⁴²². Ainsi, ces traités

⁴¹⁷ Les assurances décès « homme clé » visent à compenser la perte d'exploitation liée au décès d'un membre de l'entreprise, à l'instar d'un dirigeant ou d'un collaborateur indispensable au succès de l'entreprise.

⁴¹⁸ Les assurances de dommages corporels regroupent les assurances des risques d'atteinte à l'intégrité physique en cas de maladie ou d'accident corporel.

⁴¹⁹ La responsabilité civile professionnelle se définit comme l'obligation de réparer par une compensation pécuniaire le dommage subi par autrui en lien direct avec l'activité de l'entreprise.

⁴²⁰ Le traité des risques d'entreprise concerne les dommages aux biens, les frais et pertes annexes, ainsi que les différentes responsabilités encourues. Ce document, présenté dans un fascicule unique comprenant trois tomes, reprend les dispositions générales et les clauses communes correspondant aux incidences tarifaires de tous les facteurs d'aggravation et d'amélioration, par rapport à un risque standard, communs à tous les risques.

⁴²¹ Dans le langage assurantiel, la réalisation d'un risque est nommée sinistre.

⁴²² A chaque rubrique correspond un taux de base ainsi que des correctifs tarifaires correspondant aux aggravations et améliorations propres à chaque entreprise. Les événements concernés par le traité des risques d'entreprise sont, à titre d'exemple, les incendies, les explosions, la chute de foudre ou d'aéronef, les tempêtes-grêle-neige, les dommages autres que ceux causés par des émeutes, mouvements populaires, actes de terrorisme

peuvent permettre d'apprécier l'importance des risques de l'entreprise en fonction des différents taux de prime retenus par les assureurs en se calquant sur les différents événements identifiés par ces derniers, selon le secteur d'activité dans lequel exerce l'entreprise considérée tout en tenant compte des éventuels facteurs d'amélioration ou d'aggravation des risques propres à chaque entreprise.

199. Bien qu'une partie de la doctrine relève le caractère désuet de cette distinction fondée sur le caractère assurable du risque⁴²³, celle-ci reste d'une importance capitale dans la gestion des risques de l'entreprise. En effet, après avoir analysé la capacité d'autofinancement de l'entreprise, avoir apprécié l'intérêt que l'opération d'assurance présente en terme de rentabilité, puis procédé à la comparaison des différentes modalités de traitement de ces risques, la détermination des risques pouvant être transférés au marché de l'assurance permet de percevoir quelle sera la part des risques assurables qui seront effectivement transférés au marché de l'assurance et ceux qui seront traités différemment ou assumés par l'entreprise. Si certains risques doivent effectivement faire l'objet d'un transfert à l'assurance, ce transfert représente un coût que l'entreprise et l'assureur peuvent refuser en l'absence d'intérêt économique d'une telle opération.

Paragraphe 2 : Les limites du transfert des risques au marché assurantiel

200. Hormis les couvertures de risques pouvant être considérées comme attentatoires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴²⁴, en théorie, tous les risques de l'entreprise sont assurables. Toutefois, assurer tous les risques de l'entreprise n'est pas concevable car le montant total des primes versées rognait de manière substantielle les

et sabotage, ou encore séismes. Ces bases tarifaires ont été créées pour les risques industriels et commerciaux et pour les risques dont le contenu est supérieur à 150 fois la valeur en euros de l'indice RI (risques industriels), soit au 1^{er} avril 2013, environ 857 000 euros. Pour une étude complète du traité des risques d'entreprise et des modalités de calculs des taux de prime, V. APSAD, *Traité d'assurance incendie-dommage (risques d'entreprise)*, 2004 ; CNPP, *Traité pratique de sécurité incendie*, 2003 ; P.-H. DADE, N. GOHARD, D. HUET, *Les assurances dommages aux biens de l'entreprise*, Argus, 2^{ème} éd. 1999 ; J. LANDEL, A. GELLION, *Assurance incendie*, Argus, 1991 ; Lamy Assurances 2015, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2014, spéc. n° 1608 et s. ; dans le même sens, la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) diffuse sur son site internet un tableau regroupant les principaux risques qu'il est possible d'identifier dans l'entreprise.

⁴²³ V. notamment, Lamy Assurances 2011, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2011, spéc. n° 1561.

⁴²⁴ L'article 6 du Code civil prévoit « [qu'] on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

marges commerciales de l'entreprise qui, par voie de conséquence, engendrerait moins de bénéfices, voire n'en produirait aucun. En outre, l'entreprise, personnifiée par l'entrepreneur personne physique ou par les dirigeants de la personne morale, doit prendre un minimum de risques pour générer une activité économique et engendrer des bénéfices. La part des risques transférés à l'assureur s'apprécie donc à l'aune des limites du transfert d'un risque au marché de l'assurance (A) et au regard de l'appétence au risque des décideurs et de la tolérance aux risques de l'entreprise (B).

A) Les limites du transfert d'un risque au marché de l'assurance

201. Si le transfert des risques à l'assurance permet de minimiser certains risques de l'entreprise, cette modalité de transfert du risque ne peut pas « fonctionner comme un filet de sécurité pour rattraper et rembourser tous les problèmes liés aux risques dans nos sociétés »⁴²⁵. En effet, tous les risques de l'entreprise ne peuvent être couverts par l'assurance soit parce que leur couverture réduirait de manière substantielle la rentabilité de l'activité liée au risque (1), soit parce qu'il est des risques insusceptibles en pratique d'être transférés à l'assureur (2).

1) L'absence de rentabilité pour l'entreprise, limite du transfert des risques à l'assureur

202. Transférer tous les risques au marché de l'assurance est pratiquement impossible. La doctrine rappelle à cet effet que « les bons dirigeants limitent leur exposition au risque au delà du niveau auquel il pourrait compromettre la rentabilité ou la trésorerie de l'entreprise, plutôt que de se couvrir pour la totalité des sommes en jeu. Réduire l'incertitude coûte cher »⁴²⁶. S'il est potentiellement coûteux d'éliminer le risque, en le transférant notamment au secteur de l'assurance⁴²⁷, le faire disparaître complètement nuit à la création de richesse de l'entreprise. En effet, certaines entreprises ne peuvent produire de bénéfices en

⁴²⁵ P. G. RYAN, « Nouveaux risques, quelles capacités ? » cité in A. CURTET, E. DEMANGE, V. NICOLAS, L'assurance des risques d'entreprise, préc., 13 p., spéc. p. 4.

⁴²⁶ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, op.cit., 2006, p. 43.

⁴²⁷ Suivant les mêmes mécanismes que les contrats d'assurance, les risques peuvent être transférés sous la forme d'instruments financiers dérivés au moins pendant une année (V. *infra*, n° 339 et s.).

s'assurant contre tous les risques inhérents à leur activité. Par exemple, une entreprise d'extraction d'or ne saurait se prémunir complètement contre les risques de variation du coût de ce métal précieux ; en procédant ainsi, l'entreprise supprimerait effectivement le risque de fluctuation du coût de l'or mais supprimerait également toutes perspectives de bénéfices. Dans le même sens, les entreprises ayant recours aux « assurances-crédits »⁴²⁸ doivent nécessairement abandonner une partie de leur marge commerciale pour couvrir le risque d'impayés. Outre les primes versées et les éventuelles franchises, l'entreprise doit mettre en demeure son débiteur afin de prouver la réalisation du risque à l'assureur qui déclenchera l'obligation d'indemnisation pour ce dernier. Aussi, l'entreprise doit mettre en œuvre les moyens nécessaires au suivi des traitements de tous ces dossiers auprès de son assureur dont le coût doit être intégré pour avoir le montant exact que représente la couverture réelle de ce risque. De manière réciproque, si l'absence de rentabilité pour l'entreprise peut freiner le transfert de ses risques à l'assureur, l'assureur peut également refuser de couvrir certains risques de l'entreprise.

2) Le refus opposé par les assureurs d'assurer certains risques de l'entreprise

203. Si en théorie tous les risques de l'entreprise sont assurables, en pratique, près de trois-quarts des risques de l'entreprise ne sont pas transférables au marché de l'assurance⁴²⁹.

204. En premier lieu, en raison de l'absence certaine, ou potentielle, de rentabilité liée à la couverture de certains risques, les assureurs n'offrent pas de solutions permettant de

⁴²⁸ Les assurances-crédits permettent l'expansion du commerce, notamment international, comme le relevait le préambule de la directive n° 98/29/CE du 7 mai 1998, JOCE 19 mai 1998, n° L 148 : « (...) (1) considérant que l'assurance-crédit à l'exportation à moyen et à long terme joue un rôle primordial dans les échanges internationaux et qu'elle constitue un instrument essentiel de la politique commerciale ; (2) considérant que l'assurance-crédit à l'exportation à moyen et à long terme occupe une place importante dans les relations commerciales avec les pays en développement et contribue donc à leur insertion dans l'économie mondiale, ce qui constitue l'un des objectifs de la politique communautaire de développement ». L'objectif de ce type d'assurance est de protéger tout vendeur contre le risque d'insolvabilité ou le défaut de paiement de son cocontractant.

⁴²⁹ Comme le relevait E. Demange, Directeur de Marsh Entreprises France, « en théorie – et contrairement aux idées reçues – aucun risque n'est inassurable en lui-même et de manière définitive ou irréversible. Mais, certains ne trouvent aucun assureur pour le prendre en charge, soit parce que la probabilité de survenance est trop élevée, soit parce que la détermination de cette probabilité demeure délicate et trop incertaine ». A. CURTET, E. DEMANGE, V. NICOLAS, L'assurance des risques d'entreprise, préc., 13 p, spéc. p. 7 ; *adde* J. BIGOT, Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable, RGAT 1978, p. 169.

couvrir tous les risques de l'entreprise. Par exemple, en raison d'inévitables coûts de transaction et de vérification de la matérialité des sinistres, certains « petits risques » ne peuvent pas faire l'objet de contrats d'assurance.

205. En deuxième lieu, certains risques de l'entreprise ne sont pas couverts par les assureurs parce qu'il n'existe pas de distributions statistiques suffisantes permettant de calculer les primes que devront payer les assurés⁴³⁰. Toutefois, cette affirmation est contrariée par l'autonomie de la volonté dans les rapports contractuels entre assureurs et assurés. Pour illustration, l'assureur britannique Lloyd's a accepté de souscrire le risque de capture du monstre du Loch Ness et le risque d'échec du lancement de la fusée Ariane V a fait l'objet d'une couverture assurantielle en dépit de distributions statistiques en pareille hypothèse. Fondé sur le principe de la liberté contractuelle, le premier alinéa de l'article L. 113-1 du Code des assurances dispose que « les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ». Ainsi, l'assureur peut librement accepter ou refuser d'assurer tel ou tel risque ou déterminer précisément les contours du risque garanti, selon qu'il dispose de suffisamment de données pour apprécier la rentabilité de la police qu'il offre à la souscription. De la même manière, les risques financiers des entreprises ne font que très rarement l'objet de couverture par les compagnies d'assurance. S'il existe certains produits proposés par les assureurs, comme les assurances crédits, ces produits « sont souvent limités à des opérations ponctuelles, précises et circonscrites (...) une assurance permettant de protéger les entreprises contre les chutes de chiffre d'affaires, les pertes dues à des placements malheureux n'existe pas en tant que telle »⁴³¹.

206. En troisième lieu, il est des risques malaisés à assurer car l'évènement identifié contre lequel l'assuré souhaite se couvrir est difficile d'appréhension. En effet, comment circonscrire avec précision les évènements qui vont déclencher l'obligation d'indemnisation du risque d'atteinte à l'image de marque d'une entreprise ? Doit-on retenir le critère de la parution d'un article de presse non élogieux comme suffisant pour prouver la réalisation du risque ? Doit-on prévoir que la chute du cours des titres de l'entreprise sur les marchés

⁴³⁰ Ch. GOLLIER, Vers une théorie économique des limites de l'assurabilité, Le prix du risque, Revue d'économie financière, N° 37, 1996, pp. 59-79.

⁴³¹ A. CURTET, E. DEMANGE, V. NICOLAS, L'assurance des risques d'entreprise, préc., 13 p., spéc. p. 12.

financiers en deçà d'un certain seuil permettrait de considérer le risque comme réalisé⁴³² ? Dans ces hypothèses, le principe de la liberté contractuelle permet également de prévoir les critères qui vont créer l'obligation d'indemnisation de l'assureur. Toutefois, les difficultés pratiques suscitées par la couverture de ces risques induisent la rareté⁴³³ des offres de telles polices par l'assureur. Dans le même sens, certains risques de l'entreprise aux conséquences financières trop importantes sont difficiles à transférer aux assureurs⁴³⁴ ou contraignent les compagnies d'assurance à se réassurer auprès de leurs propres assureurs.

207. En quatrième lieu, les polices d'assurances stipulent généralement une clause selon laquelle « les dommages qui sont la conséquence inévitable et prévisible des modalités d'exécution du travail sont exclus »⁴³⁵. En lien direct avec la prévisibilité du dommage et le caractère aléatoire que doit revêtir le risque pour être assurable, et bien que les magistrats interprètent ce type de clause de manière très restrictive⁴³⁶, cette disposition apparaît également constituer une limite au transfert effectif de certains risques de l'entreprise au marché de l'assurance. De la même manière, il est courant que les polices d'assurance excluent expressément les risques dits « exceptionnels »⁴³⁷ des contrats ayant pour objet la compensation des pertes d'exploitation des entreprises. En outre, de manière pratique, l'attitude des assureurs consistant à généralement discuter le principe d'une indemnisation en cas de sinistre déclaré, les montants trop importants des franchises, ou les innombrables clauses d'exclusion de garantie contenues dans des polices souvent inintelligibles, sont autant

⁴³² La fluctuation des cours sur les marchés financiers est souvent la résultante d'une multitude de facteurs qui rendent difficile l'analyse exacte de la cause prédominante de ladite chute. Ainsi, l'indemnisation d'une atteinte à la réputation d'une l'entreprise, quand elle repose sur le cours de ses actions, peut être compromise, ou être fortement retardée en raison d'une enquête ou d'une expertise diligente, si l'assureur soulève une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré (C. ass., art. L. 113-1 al. 2).

⁴³³ En effet, seules certaines entreprises disposant de fonds importants, et dont l'image de marque constitue le principal avantage concurrentiel, peuvent se permettre de couvrir ce type de risque en payant des primes exorbitantes en raison de la particularité du risque couvert et des contrats d'assurances réalisés « sur mesure ».

⁴³⁴ Par exemple, en matière environnementale, cela justifie que les entreprises soient contraintes de fournir, à l'autorité administrative chargée d'autoriser une activité à risque, des garanties financières conséquentes permettant de réparer les dommages causés par leur activité.

⁴³⁵ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 1979, n° 78-13.013, Bull. civ. I, n° 275 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1984, n° 83-11.123, Bull. civ. I, n° 72.

⁴³⁶ En ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 1972, n° 71-13.811, Gaz. Pal. 1973, I, som., p. 9 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1976, n° 75-11.934, JCP G 1977, IV, p. 17. Dans le même sens, la clause prévoyant ce type d'exclusion a été jugée de nul effet en raison d'une non conformité à l'article L. 113-1 du Code des assurances. V en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1979, n° 78-10.624, D. 1980, I.R., p. 28, JCP G 1979, IV, p. 224 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 1979, n° 78-13.013, Bull. civ. I, n° 275 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 févr. 1984, n° 83-11.123, Bull. civ. I, n° 72.

⁴³⁷ Sont généralement considérés comme exceptionnels et exclus des assurances « responsabilité civile exploitation » : la guerre étrangère, la guerre civile, les émeutes ou mouvements populaires, le terrorisme ou encore le sabotage.

de freins au transfert des risques au marché de l'assurance.

208. En dernier lieu, s'il existe des assurances couvrant la responsabilité civile des mandataires sociaux⁴³⁸, dites « RCMS », la responsabilité pénale encourue par un dirigeant est insusceptible d'être couverte par l'assurance en raison de l'exclusion légale⁴³⁹ de la couverture des sanctions pénales et des fautes intentionnelles des assurés. Tout au plus, certaines assurances RCMS couvrent les frais de défense en cas de procès pénal intenté à l'encontre des mandataires sociaux mais elles n'indemnisent pas l'éventuelle condamnation de ces derniers. A titre de précision, si les primes versées par l'entreprise sont fiscalement déductibles de ses résultats, la prise en charge par l'entreprise des frais de défense de son dirigeant peut être constitutive d'un abus de bien social⁴⁴⁰.

209. Bien que présentant un intérêt pratique certain dans le cadre de la gestion des risques, une partie de la doctrine relève que la frontière entre risques purs et risques spéculatifs devient de plus en plus ténue. En effet, il apparaît que certains risques, jadis inassurables car en lien direct avec l'action de l'entreprise et sa stratégie déployée pour atteindre ses objectifs, ou en raison d'une réalisation du risque quasi certaine, sont aujourd'hui possiblement couverts par le marché de l'assurance en recourant au mécanisme d'une franchise contractuellement prévue. En ce sens, la doctrine remarque que « le progrès scientifique a étendu de manière considérable les moyens techniques pour modifier les distributions de probabilités des avantages dont nous pouvons bénéficier comme celles des

⁴³⁸ L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS) permet une prise en charge des sinistres, c'est-à-dire des conséquences financières des fautes professionnelles reprochées au dirigeant (faute de gestion, absence de décision, poursuite d'une activité déficitaire, non-respect de la réglementation en vigueur en matière sociale, fiscale ou sanitaire) dès lors que le sinistre n'est pas la résultante d'une faute intentionnelle des dirigeants. En effet, comme l'enseigne la doctrine, « les erreurs de gestion, les mauvaises appréciations de la gravité de telle situation, les décisions trop hâtives et irréflechies ne peuvent être, sans limites, restrictions et plafonds l'objet d'un contrat d'assurance ». A. CURTET, E. DEMANGÉ, V. NICOLAS, *L'assurance des risques d'entreprise*, préc., 13 p., spéc. p. 7.

⁴³⁹ L'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances prohibe l'assurance « des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Cette interdiction trouve son domaine de prédilection dans les assurances de responsabilité. Le caractère dolosif ou intentionnel du manquement reste soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond comme le précise, dans un arrêt de principe, la première chambre civile de la Cour de cassation en décidant que « l'appréciation par les juges du fond du caractère intentionnel d'une faute, au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation » (Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 2000, n° 98-10.744, Bull. civ. I, n° 203, RLDA 2000, n° 31, n° 1981).

⁴⁴⁰ En ce sens, CA Amiens 11 juillet 1962 : *Rev. Sociétés* 1963 p. 295 ; *Gaz. Pal.* 1963 p. 438 ; *contra* CA Bordeaux, 3^o ch. corr., 12 janvier 2010.

inconvénients qui nous menacent»⁴⁴¹. Ainsi, si de nombreux risques, mêmes spéculatifs, peuvent aujourd'hui être transférés sur le marché de l'assurance, le choix de les transférer dépend de l'appétence des décideurs et de la tolérance de l'entreprise aux risques auxquels elle est exposée.

B) L'appétence et la tolérance aux risques

210. La personnalité des décideurs de l'entreprise est capitale dans la détermination des risques qui peuvent être transférés à l'assureur. En effet, certains dirigeants montrent une aversion totale au risque tandis que d'autres, plus audacieux ou téméraires, sont enclins à rechercher le risque. De manière générale, ces derniers s'exposent à des situations risquées car celles-ci peuvent paraître, ou être, proportionnelles aux gains qui résultent de ces prises de risques⁴⁴². Cela explique que le législateur a contraint les entreprises à s'assurer contre certains risques, pour éviter que la réalisation de risques aux conséquences particulièrement dommageables ne soit pas assumée en raison de la disparition juridique de l'entreprise qui en est la cause⁴⁴³. Parmi les risques dont le transfert à l'assurance est facultatif, les entreprises gardent alors une marge de manœuvre leur permettant de les transférer à l'assureur ou de conserver ces risques dans leur « portefeuille de risques ». Ce choix est dicté par le niveau d'appétence au risque des dirigeants (1) ou par le seuil de tolérance de l'entreprise aux menaces pesant sur cette dernière (2).

⁴⁴¹ B. MUNIER, Le management des risques : un défi global, Les nouvelles logiques de l'entreprise, Les cahiers français, n° 309, 4 p., spéc. p. 1.

⁴⁴² Les opérations de « *trading* » sur les marchés financiers, ou tous systèmes de cotations à l'instar des paris sportifs, corroborent la relation entre l'importance des risques pris et l'importance des gains qui résultent de ces prises de risques. A titre d'exemple, les marchés obligataires proposent la souscription d'obligations, où le risque faible est proportionnel aux gains. Hormis le risque de défaillance de l'entreprise, relativement faible lui aussi en raison du type de sociétés présentes sur ces marchés, les gains restent faibles mais leurs versements demeurent quasi certains. A l'inverse, l'acquisition d'actions de sociétés cotées sur les marchés financiers peuvent induire des plus-values exceptionnelles, mais également entraîner la perte d'une partie conséquente du capital investi. Cela fut le cas pour les actionnaires de la société Alcatel Lucent qui, en septembre 1998, a perdu 38 % de sa valeur en une séance à la suite d'un « profit warning ». A titre de précision, un profit warning est un « avertissement sur les résultats » dont le but est pour le dirigeant, lorsque les résultats d'une entreprise ne correspondent pas à ceux initialement prévus par les analystes financiers, d'informer le public pour préserver la confiance dans le marché.

⁴⁴³ A titre d'exemple, le législateur enjoint à de nombreuses professions réglementées de souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle (avocats, médecins, etc.), aux entreprises de bâtiment juridiquement qualifiées de maître d'ouvrage de disposer d'une assurance dite « dommages ouvrages », ou encore de manière générale la souscription obligatoire pour toutes les entreprises d'une assurance responsabilité civile des véhicules terrestres à moteur. Dans le même sens, et de manière pratique, la conclusion de certaines conventions, par exemple un bail de location, oblige les entreprises à couvrir les risques qui y sont liés (incendie, dégâts des eaux, etc.).

1) L'appétence au risque de l'entreprise

211. L'appétence au risque, ou encore le « goût du risque »⁴⁴⁴, se définit comme le niveau de risque que l'entreprise a tendance à rechercher pour réaliser ses objectifs. La notion d'appétence au risque renvoie ainsi à la représentation et à la perception des dirigeants face au risque. Cette perception, qui diffère selon les individus, implique une distinction entre les risques potentiels moins aisés à cerner et les risques avérés. Ces deux types de risques doivent conduire l'entreprise à appliquer le principe de prévention appliqué aux risques avérés. Toutefois, en présence de risques potentiels, l'entreprise doit également appliquer le principe de précaution si l'entreprise désire se prémunir efficacement contre des risques hypothétiques mais potentiellement dévastateurs. En ce sens, la doctrine relève que « l'évaluation de la probabilité et de l'impact⁴⁴⁵ varie d'une personne à l'autre. Nos croyances personnelles, nos sentiments, nos constructions intellectuelles et nos émotions affectent la manière dont chacun d'entre nous perçoit et calcule les risques (...) En particulier, notre perception de la signification des risques est à l'évidence façonnée par des préjugés liés à ce que nous croyons pouvoir contrôler »⁴⁴⁶.

212. En pratique, les personnes ont tendance à exagérer les risques dramatiques et surmédiatisés dont la probabilité d'occurrence est faible, alors qu'ils sous-estiment les risques banals⁴⁴⁷. Les études des faits psychiques et des comportements démontrent aussi que « les illusions cognitives biaisent notre capacité à évaluer correctement les risques »⁴⁴⁸. En outre,

⁴⁴⁴ Le goût du risque peut être défini comme « [l'] importance et [le] type de risque qu'un organisme est prêt à saisir ou à préserver (ISO Guide 73 : 2009 Management des risques – Vocabulaire, 3.7.1.2).

⁴⁴⁵ Associé à tout évènement, le risque est égal à sa probabilité de réalisation (fréquence) multipliée par son impact (gravité).

⁴⁴⁶ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁴⁷ Prix Nobel d'économie en 2002, Daniel Kahnemann, psychologue de profession, démontrait que les individus réagissaient différemment face au risque selon les manières dont était formulé l'énoncé menant au choix. Selon les hypothèses, les individus faisaient tantôt preuve d'une véritable aversion au risque, alors que présentées différemment les individus avaient tendance à rechercher le risque. De manière générale, l'homme craint davantage les pertes qu'il valorise les gains. En d'autres termes, la contrariété potentielle de perdre 1000 euros est plus importante que le bonheur éprouvé de gagner cette même somme (S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 44) ; dans le même sens, un raisonnement similaire peut être tenu au regard de la peur irraisonnée de voyager en avion alors que les risques d'accidents en automobile sont bien plus nombreux en terme de fréquence et peuvent induire les mêmes conséquences désastreuses .

⁴⁴⁸ S. Cleary et T. Malleret relevaient que la complexité du monde économique et le fait de ne pas pouvoir prévoir tous les comportements de ses acteurs implique l'impossibilité de tout comprendre et la difficulté de prendre de décisions rationnelles en présence de tant d'incertitudes. L'homme prend ainsi des décisions grâce à

l'appréciation des risques dépend de nombreux facteurs comme l'expérience, la connaissance de la nature du risque, la hardiesse et le caractère volontaire, la capacité physique, (...) l'état de santé, l'état physique, l'état psychique, l'acceptation d'une nature de risque particulière liée au subconscient ou à la mémoire »⁴⁴⁹ ou encore « de la région, de l'habitat, du sexe, de la catégorie socioprofessionnelle, des diplômes ou de l'appartenance politique »⁴⁵⁰. Il en résulte qu'il n'est pas possible d'établir un classement, unanimement admis, des risques devant nécessairement faire l'objet d'un contrat d'assurance, sauf à y inclure les seuls risques pour lesquels l'assurance est obligatoire. Pourtant, le poids des risques qui serait ainsi transféré peut se mesurer à l'aune de la norme comportementale du bon père de famille⁴⁵¹. En effet, cette norme comportementale implique une prise en compte du seuil de tolérance aux risques de l'entreprise pour apprécier la part des risques qui peut être effectivement assumée par l'entreprise.

2) La tolérance au risque de l'entreprise

213. La tolérance au risque détermine le niveau de risque que l'entreprise est capable de supporter⁴⁵². Le niveau de tolérance au risque d'une entreprise est donc en relation directe avec ses disponibilités⁴⁵³. Dans certaines hypothèses, la tolérance aux risques d'une

des réflexes et comportements acquis au fil du temps nommés heuristiques (du grec *heuriskein* signifiant trouver). « La plupart des heuristiques sont, toutefois, des illusions cognitives, des modèles simplifiés qui nous permettent de donner un sens à une réalité complexe (...) beaucoup d'heuristiques distordent notre capacité à évaluer le risque efficacement (...) Les principaux heuristiques [se révèlent par] une tendance à interpréter les événements sous le prisme d'événements superficiellement identiques ; étayer généreusement une hypothèse en nous concentrant sur les exemples qui la confirme tout en ignorant ceux qui la réfutent ; considérer que nous avons toujours raison, ou du moins, plus que les autres ; une tendance à nous accrocher mentalement à tout chiffre entendu dans un contexte particulier même s'il est objectivement loin de notre repère ; juger les similarités importantes entre les choses en nous basant sur leur ressemblance apparente », S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 44 et s.

⁴⁴⁹ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁵⁰ F. VERDUN, Gestion des risques juridiques : Quelques propositions méthodologiques, Cah. Dr. entr. n° 1, janv.. 2008, doss. 8.

⁴⁵¹ V. *supra*, n° 124.

⁴⁵² La tolérance au risque peut être définie comme « la disposition d'un organisme (...) à supporter le risque après un traitement du risque afin d'atteindre ses objectifs » (ISO Guide 73 : 2009, *op cit.*, 3.7.1.3)

⁴⁵³ En comptabilité, les disponibilités de l'entreprise correspondent à la somme du montant de sa trésorerie et de ses VMP (valeurs mobilières de placement). Les VMP sont des titres qui sont librement cessibles sur les marchés financiers pouvant dès lors être promptement transformés en valeur monétaire. Le montant des disponibilités de l'entreprise est également utilisé dans le cadre du droit des procédures collectives afin d'apprécier l'éventuelle insuffisance d'actifs au regard du passif exigible d'une entreprise menant à l'état de cessation des paiements.

entreprise peut être réglementée par le législateur. Par exemple, si certaines entreprises⁴⁵⁴ réalisent des pertes et que le montant de leurs capitaux propres⁴⁵⁵ est devenu inférieur à la moitié du capital social, ces entreprises doivent, dans les quatre mois qui suivent la dernière assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes de l'exercice déficitaire, convoquer une assemblée générale extraordinaire⁴⁵⁶ pour décider de l'éventuelle continuité de l'activité sociale et doivent, le cas échéant, diminuer le montant du capital social de l'entreprise pour donner une image plus fidèle de son poids économique et de sa faculté de faire face à ses risques.

214. En théorie, le seuil de tolérance au risque de toute entreprise est constitué par le fait que la réalisation d'un ou plusieurs risques conduisent à l'état de cessation des paiements⁴⁵⁷ de l'entreprise, ou à l'interdiction administrative ou judiciaire de poursuivre son activité⁴⁵⁸. En effet, la réalisation d'un risque conduisant à un exercice comptable déficitaire ou au solde négatif des comptes bancaires d'une entreprise ne sauraient constituer un seuil universel de la tolérance au risque d'une entreprise, puisque celle-ci peut disposer de valeurs

⁴⁵⁴ Les entreprises concernées par ces dispositions sont des sociétés par actions comme la SARL, la SA, la SCA, ou encore la SAS sur le fondement des articles L. 223-42, L. 225-248, R. 210-15, R. 223-36 et R. 225-166 du Code de commerce.

⁴⁵⁵ Les capitaux propres de la société sont principalement composés du capital, des réserves, des bénéfices non distribués des exercices antérieurs, du bénéfice de l'exercice, des provisions réglementées.

⁴⁵⁶ Dans les quatre mois qui suivent l'assemblée générale ordinaire (AGO) d'approbation des comptes de l'exercice déficitaire, les associés doivent avant tout décider en assemblée générale extraordinaire de dissoudre la société ou de poursuivre l'activité sociale en dépit des pertes enregistrées. Ensuite, dans le mois suivant l'AGE, cette décision doit faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales et déposer cette décision au greffe du Tribunal de commerce afin de protéger les intérêts des créanciers de l'entreprise. Le non respect de ces obligations est pénalement sanctionné par une amende de 4 500 euros et d'une peine d'emprisonnement de six mois maximum. Ces formalités doivent être réalisées dès lors que l'entreprise constate la perte de la moitié de son capital social, et alors même que cette situation a fait l'objet d'une régularisation grâce à une augmentation de capital avant l'expiration du délai de quatre mois (en ce sens : Rép. min., n° 10-4752, JO de ass. nat. 28 nov. 2006, p. 12512). En outre, la non tenue de cette AGE permet à tout intéressé de demander au Tribunal de commerce la dissolution de l'entreprise. Dès lors, le tribunal a la faculté soit de prononcer la dissolution de l'entreprise, soit de l'enjoindre, dans un délai ne pouvant pas excéder six mois, de régulariser la situation.

⁴⁵⁷ L'état de cessation des paiements se définit, à la lettre de l'article L. 631-1 du Code de commerce, comme « l'impossibilité [pour l'entreprise] de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ».

⁴⁵⁸ Les interdictions de poursuivre l'activité de l'entreprise sont nombreuses. A titre d'exemple, le risque de non conformité juridique peut induire la nullité d'une société. En effet l'article L. 235-2 du Code de commerce prévoit que « dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société (...) sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette cause de nullité ». Toutefois, en l'absence de fraude, il existe une faculté de régularisation prévue par l'article L. 210-7 du Code de commerce. La doctrine considère ce texte comme « un vestige oublié du projet initial de la loi de 1966 » (H. TEMPLE, Les sociétés de fait, LGDJ, 1975, n° 371). Dans le même sens, certains textes prévoient des sanctions conduisant à l'arrêt temporaire ou définitif de l'activité (fermeture administrative d'un établissement en raison, par exemple, d'un risque sanitaire comme le prévoit l'article L. 3332-15 du Code de la santé publique ; ou encore le retrait d'un agrément ou d'une autorisation administrative subordonnant l'existence d'une offre commerciale, tels que la radiation d'un ordre professionnel ou le retrait d'une autorisation administrative d'exploiter certaines ressources naturelles).

mobilières de placement ou d'autorisations de découverts bancaires importants permettant de faire face à l'exigibilité de son passif. Toutefois, de manière pratique, l'état de cessation des paiements n'implique pas nécessairement la liquidation de l'entreprise car celle-ci peut faire l'objet d'un redressement judiciaire, faire l'objet d'une reprise, et, dès lors, ne pas disparaître. Néanmoins, l'intrusion du juge et des différents mandataires de justice dans l'entreprise, l'éventuel dessaisissement de l'administration de l'entreprise, les licenciements économiques qui peuvent s'ensuivre, l'éventualité d'une liquidation judiciaire, sont autant d'éléments permettant de fixer le seuil théorique limite de la tolérance au risque d'une entreprise à la cessation des paiements. De la même manière, lorsque l'entreprise décide de recourir au mécanisme de l'assurance pour anticiper la réalisation de certains risques susceptibles d'entraîner sa disparition, le niveau de tolérance au risque de l'entreprise se situe en deçà du montant couvert par la police.

215. Nonobstant le fait qu'il soit théorique, et que la somme de tous les risques réalisés conduit inexorablement à l'état de cessation des paiements de l'entreprise, le seuil de tolérance au risque ne saurait se réduire aux seules incidences financières liées à la réalisation d'un événement. En effet, il peut se traduire par la différence entre les objectifs initialement fixés par l'entreprise et les conséquences de la réalisation d'un risque pouvant être supportées par cette dernière au regard de sa stratégie, de ses valeurs, de son éthique. Ainsi, s'il est possible d'envisager un seuil financier commun de la tolérance au risque des entreprises, il est impossible de déterminer ce seuil lorsqu'il est en lien avec des valeurs propres à chaque entreprise.

216. Enfin, le seuil de tolérance au risque d'une entreprise va également dépendre de la nature du risque considéré. Ainsi, il est des risques où le seuil de tolérance est nécessairement nul. Par exemple, les risques technologiques (le risque d'incident nucléaire, ou de crash d'un avion de ligne), les risques inhérents à la sécurité des personnes de manière générale, impliquent une tolérance au risque égale ou proche de zéro⁴⁵⁹.

Si la gestion des risques de l'entreprise nécessite de procéder à la distinction des risques qu'il est possible de transférer à l'assureur, ce critère de classement est insuffisant pour

⁴⁵⁹ Si les incidences financières d'un crash d'un avion de ligne n'impliquent pas nécessairement la disparition de l'entreprise en raison des assurances souscrites par les compagnies aériennes, le seuil de tolérance à ce type de risque doit tendre vers zéro dans le cadre de sa gestion des risques de l'entreprise.

disposer d'une vision globale et exhaustive de l'exposition d'une entreprise aux menaces qui pèsent sur son activité, sur son existence. En pratique, les entreprises ont tendance à classer les risques selon la branche de l'activité à laquelle les risques sont susceptibles d'être rattachés puisque, dans une grande majorité des cas, chaque département composant l'entreprise identifie ses propres risques avant de les centraliser au niveau de la direction générale.

Section 2 : La classification des risques selon les départements de l'entreprise

217. S'il n'existe pas de consensus doctrinal permettant de classer les risques de l'entreprise⁴⁶⁰, il est tout de même possible d'observer des traits communs aux différents classements proposés par la doctrine. Les enseignements tirés des similitudes observées à travers ces différents classements permettent ainsi de proposer une typologie des risques articulée autour de quatre grandes catégories de risques qu'il est possible d'identifier dans toutes les entreprises. Ils peuvent être regroupés selon que les risques sont inhérents au fonctionnement structurel de l'entreprise (§ 1) ou liés aux processus de production et de commercialisation des produits ou des services (§ 2).

⁴⁶⁰ Plusieurs auteurs ont proposé différentes classifications des risques de l'entreprise. A titre d'exemple, fondée sur une classification de type managériale, Jim Bannister et Paul Bawcutt classent les risques de l'entreprise selon les huit grandes familles suivantes : les risques physiques, les risques de responsabilité, les risques d'interruption d'activité (résultant des conséquences des risques physiques ou de responsabilité), les risques de manque d'approvisionnement, les risques sociaux, les risques politiques, les risques d'environnement, les risques de management. En ce sens : J. BANNISTER, P. BAWCUTT, *Practical Risk Management*, Witherby & Co Ltd, 1981, cité in G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, p. 96. De la même manière, Alain Chevalier et Georges Hirsh proposent une typologie selon trois grandes catégories de risques. En premier lieu, les risques de produits et services industriels et commerciaux regroupent les risques liés à la production et à la distribution des produits. En deuxième lieu, les risques financiers recensent les risques d'insolvabilité de l'entreprise, ses modalités de financement et les risques de prix. Enfin, en troisième lieu, les risques internationaux sont inhérents à l'exportation des produits, aux risques de change, ou aux risques politiques des pays importateurs. A. CHEVALIER, G. HIRSH, *Le risk management*, EME édit., 1982, cité in G. JOUSSE, *Traité de riscologie*, *op. cit.*, p. 98.

Paragraphe 1 : Les risques liés au fonctionnement structurel de l'entreprise

218. Divisés en deux catégories de risques, les risques liés au fonctionnement structurel de l'entreprise regroupent principalement les risques juridiques (A) et les risques financiers (B).

A) Les risques financiers

219. En tant que « nerfs de la guerre » et du fait que la quasi-totalité des risques peuvent être estimés⁴⁶¹ en valeurs monétaires, les risques financiers occupent une place primordiale dans les risques de l'entreprise. Après avoir défini la notion de risques financiers (1), les différentes sources contribuant à la réalisation de ce type de risques seront mis en avant (2).

1) La définition du risque financier

220. À la suite de la crise économique mondiale du début du XXIème siècle, la défiance des investisseurs dans l'économie et les difficultés d'accès aux crédits ont induit que les risques financiers ont été considérés comme les risques les plus importants dans l'entreprise tous secteurs d'activités confondus⁴⁶². Les risques financiers peuvent être définis comme tous les événements susceptibles de porter atteinte à la rentabilité financière de l'entreprise et à ses modalités de financement. Plus précisément, les risques financiers peuvent concerner la trésorerie, la solvabilité, la liquidité de l'entreprise, les prix, les fluctuations des cours des actions d'une firme, des devises, ou des matières premières sur les marchés financiers, ou encore de manière générale les moyens de financement de

⁴⁶¹ Même s'il est délicat de soutenir que les blessures corporelles d'un salarié peuvent être estimées pécuniairement, il n'en demeure pas moins que les magistrats se fondent sur les rapports d'expertises médicales et sont guidés par la nomenclature « Dinthillac » pour fixer les dommages et intérêts alloués à la suite d'un préjudice corporel.

⁴⁶² En 2009, selon le rapport de synthèse du sondage organisé par le cabinet Ernst & Young, les risques financiers occupait la première place, puis la deuxième du classement des risques identifiés dans les entreprises en 2010 : *in* The 2010 Business Risk Ernst & Young report, Le Top 10 des risques pour les entreprises, Synthèse, 7 p. (url : www.ey.com/businessrisk2010).

l'entreprise⁴⁶³.

221. Si certains risques peuvent faire l'objet d'une couverture assurantielle absolue, il en est différemment concernant les risques financiers qui ne bénéficient que de modalités de traitement partielles. En effet, si certaines assurances ou instruments de couvertures dérivés⁴⁶⁴ permettent la couverture de certains risques financiers, comme ceux liés au risque de volatilité des taux de change, ou du cours d'une matière première, ces couvertures demeurent parcellaires et ne peuvent supprimer le risque en tant que tel. Le risque financier zéro n'existe donc pas ! En effet, la couverture, par une compagnie d'assurances, de l'éventualité d'un exercice déficitaire est un non-sens dans un modèle économique capitaliste. Néanmoins, il est à préciser que certaines pertes de l'entreprise peuvent tout de même être prises en compte lorsqu'elles proviennent d'un évènement contre lequel l'entreprise s'est assurée, comme l'assurance dite de « perte d'exploitation », ou celle liée au « bris de machines ». Il en résulte que si le risque financier ne peut pas être annihilé, il peut tout de même être atténué par l'assurance.

222. Puisque la vocation de toute entreprise est de générer des profits, tous les risques de l'entreprise sont *in fine* des risques financiers. *A minima*, ils ont tous une traduction monétaire et, à ce titre, ont une implication financière pour l'entreprise. A titre d'exemple, si le recours à la sous-traitance permet de diminuer les risques de blessures corporelles aux salariés de l'entreprise, cette opération est généralement plus onéreuse que si la production avait été réalisée au sein même de l'entreprise. Ainsi, le risque opérationnel lié aux conditions de production d'un produit sera diminué, mais il aura comme traduction une augmentation des coûts de production et, par voie de conséquence, une diminution des marges commerciales impliquant un risque financier assumé par l'entreprise. Le risque financier est donc un risque transversal, sous-jacent dans les décisions de toutes les branches de l'entreprise, qu'il est possible de retrouver selon deux grandes catégories de sources de risques menant à sa réalisation.

⁴⁶³ Proche de la définition retenue, Sean Cleary et Thierry Malleret définissent les risques financiers comme « mena[çant] la solvabilité, la rentabilité et la trésorerie de l'entreprise, et peuvent découler des mouvements de prix du marché (variation des cours des devises, des taux d'intérêts, des primes d'assurances, des cours des actions, des opérations de couverture, des options et autres produits dérivés), d'un retard de règlements ou d'évènements similaires ». S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁶⁴ V. *infra*, n° 339 et s. ; par ailleurs, certains instruments dérivés sont eux mêmes fondamentalement risqués comme l'a démontrée la chute vertigineuse du *hedge fund* Long Term Capital Management qui aurait conduit à sa faillite sans le plan de sauvetage exceptionnel organisé par la Reserve fédérale américaine en 1998.

2) Les sources de risques financiers

223. Puisqu'une grande majorité des risques peuvent avoir des répercussions financières pour l'entreprise, de très nombreuses sources de risques peuvent contribuer à la réalisation des risques financiers. Il est pourtant possible de dénombrer les principales causes retenues par la doctrine, selon un diptyque opposant les causes structurelles aux causes dites ponctuelles. Par exemple, les causes structurelles menant à la réalisation du risque financier lié à la trésorerie de l'entreprise ou, en d'autres termes, à sa défaillance en raison d'une insuffisance de fonds, sont principalement l'insuffisance initiale de fonds propres, le poids que représentent les taxes fiscales et parafiscales⁴⁶⁵, ainsi que le manque de formation des dirigeants dans la gestion des entreprises⁴⁶⁶. A l'inverse, au titre des causes ponctuelles, il est possible de recenser des événements inopinés dont la prévisibilité demeure très compliquée. Par exemple, la maladie ou le décès du dirigeant ou d'un « homme clé » de l'entreprise, la défaillance d'un fournisseur exclusif, les fluctuations du cours d'une devise étrangère induisant un coût d'achat des marchandises plus important, et, par voie de conséquence, des marges commerciales diminuées qui s'avèrent particulièrement préjudiciables sur des marchés hautement concurrentiels, sont autant de sources pouvant causer un risque financier.

De la même manière, certaines dispositions législatives peuvent contribuer à la réalisation de risques financiers. En effet, les dispositions législatives et réglementaires applicables au licenciement économique sont parfois sources de risques financiers car elles contraignent une entreprise d'ores et déjà en difficulté à trouver les fonds nécessaires pour s'acquitter de toutes les indemnités légales et conventionnelles indispensables à l'allègement de sa masse salariale. Néanmoins, si le droit peut être source de risques financiers, il demeure avant tout une source de risques juridiques.

⁴⁶⁵ En France, l'asphyxie des entreprises liée au poids de la fiscalité et des charges sociales sur la trésorerie des entreprises est très souvent décriée. Bien que certains impôts soient assis sur le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises, certains impôts forfaitaires ou les modalités de recouvrement de certaines charges peuvent contribuer à mettre l'entreprise en difficulté. A titre d'exemple, des charges sociales calculées sur le chiffre d'affaires de l'antépénultième année ont eu pour conséquence d'obérer de manière substantielle la trésorerie des entreprises frappées par les conséquences de la crise économique mondiale. En outre, la plupart des assignations en redressement judiciaire des entreprises émanent de ces créanciers privilégiés que constituent les organismes sociaux ou le trésor public.

⁴⁶⁶ Lamy Droit du financement, ss. dir. J. DEVÈZE et al., Lamy, 2013, n° 228 et s.

B) Les risques juridiques

224. Comme la notion de risque, le risque juridique est une notion « fuyante et imprécise, (...) [et] ne se laisse pas aisément appréhender »⁴⁶⁷. Après avoir défini la notion de risque juridique (1), les différentes sources de risques juridiques (2) seront identifiées afin de mettre en exergue les différentes réalités que recouvre cette notion.

1) La définition du risque juridique

225. « Ce qui empêche les directeurs juridiques de dormir, c'est le risque ! »⁴⁶⁸. Plusieurs sondages ont mis en lumière que le risque juridique est devenu une préoccupation majeure dans les entreprises et qu'il était aujourd'hui considéré comme la première source de risque externe⁴⁶⁹. La doctrine définit le risque juridique comme « la rencontre d'un évènement et d'une norme juridique, à l'origine de conséquences mesurables »⁴⁷⁰. Il peut également se « compr[endre] comme le risque de devoir modifier le fonctionnement de l'entreprise ou de subir un préjudice matériel ou immatériel du fait d'une situation de droit ou d'un fait ou d'un acte juridique »⁴⁷¹.

226. Les premières études axées sur la gestion des risques juridiques ont été publiées dès le début des années 1980⁴⁷². Les risques juridiques sont alors classés au sein des

⁴⁶⁷ G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, LPA, préc., p. 6 et s.

⁴⁶⁸ É. LASRY, cité in P. CHARRETON, Le juriste d'entreprise, un rôle stratégique ? État des lieux et perspectives : Compte-rendu de l'Atelier de l'ANVIE, 27 nov. 2007, Le juriste, acteur majeur de la performance de l'entreprise ?

⁴⁶⁹ V. notamment, « La cartographie des risques juridiques : un outil de management au service de la stratégie », Compte-rendu de l'Atelier de l'ANVIE, Paris, novembre 2012 ; dans le même sens, au titre de l'année 2007, l'observatoire des directions juridiques, réalisé par le cabinet d'avocats Ernst & Young, relevait que, pour 40 % des directions juridiques interrogées, l'enjeu majeur dans les deux prochaines années était « d'anticiper, gérer et maîtriser les risques juridiques ». En 2010, au titre des dix premiers risques identifiés dans l'entreprise, le risque juridique a repris la première place préalablement acquise en 2008 (ERNST & YOUNG, Observatoire des directions juridiques, 2007 ; The 2010 Business Risk Ernst & Young report, Le Top 10 des risques pour les entreprises, Synthèse, 2010, 8 p.).

⁴⁷⁰ F. VERDUN, Gestion des risques juridiques : Quelques propositions méthodologiques, préc. ; Le risque juridique peut également être défini comme « l'éventualité de survenance d'un évènement dommageable généré par le fonctionnement normal de l'entreprise et susceptible d'entraîner une condamnation civile et/ou pénale » G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, préc., p. 6 et s.

⁴⁷¹ La gestion du risque juridique dans l'entreprise, ss. dir. D. FERRIER, AMRAE, coll. Dialoguer, 2012, p. 12.

⁴⁷² G. HIRSH, O. MAZEAUD, Mise en place d'une méthode de gestion des risques juridiques d'entreprise : RF gest. 1984, n°45, p. 49 et s. cité in C. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? » – Contribution à la

risques généraux car ils sont considérés comme étant de nature transversale et difficiles à identifier avec précision. Dès 1986, la doctrine distingue les risques juridiques en les classant selon leurs sources : aux risques juridiques objectifs, extrinsèques à l'entreprise et inhérents à son environnement, sont opposés les risques juridiques subjectifs en relation directe avec le comportement qu'elle adopte⁴⁷³. Cette distinction n'est alors pas sans rappeler la distinction contemporaine⁴⁷⁴ opposant les « risques juridiques structurels »⁴⁷⁵ et les « risques juridiques liés au fonctionnement de l'entreprise »⁴⁷⁶. De la même manière, en 1995, dans le cadre d'un ouvrage consacré à la fonction juridique de l'entreprise, la doctrine a réalisé un « tableau des risques juridiques de l'entreprise »⁴⁷⁷ avec l'humilité de son caractère non exhaustif et décevant « pour celui qui attend une liste magique des risques qu'il court et la liste, plus magique encore, des moyens de les éviter »⁴⁷⁸.

227. En dépit du fait que la doctrine s'intéresse de plus en plus à la gestion des risques juridiques comme outil de performance des directions juridiques, la pratique a tendance à nier l'existence du risque juridique en tant que tel, tout en reconnaissant les implications juridiques liées aux différentes problématiques de l'entreprise⁴⁷⁹. En effet, la plupart des risques de l'entreprise peuvent faire l'objet d'une qualification juridique ou, à tout le moins, receler une dimension juridique. Par exemple, tout acte malveillant d'un salarié,

définition du risque juridique, Dossier – Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien, Cah. Dr. entr. n°1, janv. 2008, doss. 3

⁴⁷³ J. DUPICHOT, Regards sur le « nouveau » juriste d'entreprise et la gestion du risque juridique, *in* Aspects du droit privé en fin du XXème siècle, Étude réunies en l'honneur de Michel Juglart : LGDJ, 1986, p. 121 et s., cité *in* C. COLLARD, Le risque juridique existe-t-il ? préc.

⁴⁷⁴ G. DEHARO, La gestion du risque juridique dans l'entreprise, préc., p. 6 et s.

⁴⁷⁵ « Les risques juridiques structurels tiennent à l'organisation juridique, sociale, fiscale et commerciale de l'entreprise. [Ils] reposent sur des normes liées à la forme sociale et aux obligations qui en découlent (...) [et au] domaine d'activité de l'entreprise. (...) Leur gestion repose donc essentiellement sur une veille informationnelle portant tant sur les données de l'entreprise que sur les règles de droit afin d'envisager de nouveaux dispositifs plus avantageux ou de suivre les évolutions des choix antérieurs » *Ibid.*

⁴⁷⁶ Les risques juridiques fonctionnels sont liés au secteur d'activité de l'entreprise.

⁴⁷⁷ H. BIDAUD, P. BIGNON, J.-P. CAILLOUX, La fonction juridique de l'entreprise, Eska, 1995, pp. 31-32, cité *in* C. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? » préc.

⁴⁷⁸ H. BIDAUD, P. BIGNON, J.-P. CAILLOUX, La fonction juridique de l'entreprise, *op. cit.*, p. 175, cité *in* *Ibid.*

⁴⁷⁹ Dans le cadre d'un colloque consacré à la performance des directions juridiques françaises, P. Charrenton synthétisait les réponses apportées à la question relative à l'existence du risque juridique. « À cette question, nombreux sont ceux – juristes bien sûr, mais aussi dirigeants et managers – qui répondront par l'affirmative : "le risque juridique existe, je l'ai rencontré !". À l'inverse, ils seront aussi quelques-uns à affirmer que le risque juridique n'existe pas en tant que tel, car il n'existe que des risques d'entreprise et des problèmes de business ; pour ajouter aussitôt "qu'en revanche, tous les problèmes de business ont une dimension juridique" » P. CHARRETON, Le juriste d'entreprise, un rôle stratégique ? État des lieux et perspectives : Le juriste, acteur majeur de la performance de l'entreprise ? Compte-rendu de l'Atelier de l'ANVIE, 27 nov. 2007, ; V. également, C. COLLARD, « Le risque juridique existe-t-il ? », préc.

constitutif d'un risque opérationnel, peut induire des procédures pénales et prudhommales et amener l'entreprise à se questionner sur la déduction des pertes subies à la suite de ces méfaits conformément aux dispositions du droit fiscal.

Ainsi, comme les risques financiers, tous les risques de l'entreprise peuvent être traduits en termes juridiques. Il en résulte que le risque juridique peut alors être subdivisé en autant de branches de droit interagissant avec le monde de l'entreprise⁴⁸⁰. Toutefois, à titre de simplification, il est possible de classer les facteurs susceptibles d'engendrer la réalisation d'un risque juridique en trois catégories.

2) Les sources de risques juridiques

228. Les différentes sources du risque juridique peuvent être schématiquement divisés en trois catégories : le dommage objectif, le comportement transgressif et la norme juridique nouvelle. La première catégorie de facteurs du risque juridique est le comportement transgressif ou, en d'autres termes, la faute juridique, qui se définit comme le manquement intentionnel ou non intentionnel à la norme juridique⁴⁸¹. Lorsqu'ils ne sont pas la conséquence d'une faute de l'entreprise, les dommages objectifs ou, en d'autres termes, tous les dommages susceptibles d'être imputés à l'entreprise dans le cadre d'une responsabilité sans faute, constituent la deuxième catégorie de facteurs de risques juridiques. Dans le cas d'un manquement non intentionnel, le comportement transgressif rejoint la norme juridique nouvelle, troisième catégorie de facteurs concourant à la réalisation d'un risque juridique, pour former le risque dit de non conformité (*no compliance*).

En 2010, selon un sondage réalisé par le Cabinet d'Avocats Ernst & Young, ce risque était identifié comme « le risque majeur auquel doivent faire face les entreprises »⁴⁸². D'ailleurs, il est à rappeler que l'inflation législative et l'inintelligibilité de certains textes,

⁴⁸⁰ C'est ainsi qu'il est fréquent dans la doctrine de relever différents types de risques selon la branche de droit considérée (risque fiscal, risque social, risque environnemental, risque bancaire, risque commercial, etc.).

⁴⁸¹ La doctrine relève ainsi que « la conjonction de l'évènement et de la norme juridique (...) va créer le risque juridique (...) Le risque juridique sera constitué par le manquement à la norme en dehors de toute notion d'intention qu'il soit intentionnel ou non intentionnel. Seule la nature de la responsabilité pourra être conditionnée par la notion d'intention » (F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, éd. d'Organisation, 2005, p. 28) ; *adde*. La faute se définit comme « [l'] attitude d'une personne qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels ou son devoir de ne causer aucun dommage à autrui » (*Lexique des termes juridiques*, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, Dalloz, 15^{ème} éd., Paris, 2005, p. 288).

⁴⁸² The 2010 Business Risk Ernst & Young report, *Le Top 10 des risques pour les entreprises*, Synthèse, 2010, 8 p.

particulièrement perceptibles dans certaines branches du droit, comme le droit fiscal⁴⁸³, sont sources d'insécurité juridique⁴⁸⁴ et donc constitutifs de risques de conformité pour les entreprises⁴⁸⁵. En l'absence de veille juridique, outre les manquements aux règles de droit, l'inflation législative peut aussi conduire à des controverses juridiques pouvant perdurer, nonobstant les éventuelles palinodies jurisprudentielles⁴⁸⁶, tant que les plus hautes juridictions étatiques n'auront pas clairement interprété ces nouvelles normes⁴⁸⁷.

229. Au delà des trois premiers événements identifiés par la doctrine, il est possible d'identifier un quatrième type d'évènement susceptible soit d'être rattaché au risque de non conformité, soit d'être érigé comme une catégorie de risque juridique autonome : la non optimisation juridique. À titre d'exemple, le droit fiscal français offre un panel considérable

⁴⁸³ Dans un rapport rendu en 2002, le Conseil des impôts relevait que « notre droit fiscal est indiscutablement trop complexe pour être bien compris par les contribuables. Il convient de commencer à y remédier en étudiant d'urgence comment pourrait être réécrit notre CGI, devenu progressivement quasi-illisible » Résumé du XXe Rapport du Conseil des impôts, rapport sur les relations entre les contribuables et l'administration fiscale, 2002. Dans le même sens : Rapport au Ministre du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique, Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche, ss. dir. O. FOUQUET, juin 2008, 52 p.

⁴⁸⁴ Défini par la Cour de Justice des Communautés Européennes, « le principe de sécurité juridique impose la clarté et la précision des règles de droit et des actes individuels, qui constituent à un certain moment le cadre juridique dans lequel les autorités exercent leurs compétences et les particuliers leurs activités » : CJCE, 16 juin 1993, aff. C-325/91, France c/ Commission, Rec. CJCE 1993, I, p. 3283, § 26. Cette définition a été implicitement reprise dans la jurisprudence française par le juge administratif, constitutionnel et par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (En ce sens, CE, ass., 26 octobre 2001, n° 197018, Tenon, Rec. CE 2001, p. 497 ; Dr. Adm. 2001, comm. 253 ; Cons. Const. 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, Rec. Cons. Const. 2005, p. 168 ; Cass. plén. 21 décembre 2006, n°00-20.493, Bull. ass. plén. 2006, n°15).

⁴⁸⁵ Parmi les sources d'insécurité juridique relevées dans le rapport Fouquet, l'instabilité et la complexité de la norme fiscale apparaissent les plus importantes pour les dirigeants et conseillers juridiques. Ce rapport relevait également que le caractère instable et complexe de la norme fiscale touchait plus particulièrement les PME car les entreprises de tailles importantes sont dotées de capacités financières suffisantes leur permettant d'avoir facilement accès aux conseillers fiscalistes. Toutefois, ces dernières ne sont pas totalement épargnées car l'instabilité de la norme fiscale, et *a fortiori* l'instabilité des dispositifs incitatifs prévus par ces normes, peuvent conduire à une forme de « rétroactivité économique ». En effet, bien qu'il n'y ait de rétroactivité au sens juridique, le changement d'un dispositif fiscal ciblé peut modifier de manière substantielle le bilan prévisionnel d'un investissement en cours d'exécution *in* Rapport au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, préc., note 51. Par ailleurs, la doctrine a mis en lumière les conséquences néfastes de l'insécurité juridique sur la performance des entreprises françaises. Par exemple, la commission pour la libération de la croissance française présidée par Jacques Attali soutenait que « la complexité du droit cré[ait] une insécurité juridique préjudiciable (...) aux entreprises et à la croissance » (en ce sens : JCP. G. 2008, I, 115). Dans le même sens, Me Jean-Michel Darrois relevait « que l'environnement juridique est, en France, trop incertain et aléatoire pour contribuer à la sécurité des individus, au développement des entreprises, et donc à la croissance de notre économie » J.-M. DARROIS, cité *in* F. FORTIN, « Quand on n'a rien à perdre, on peut bien tout risquer ! », Cah. Dr. entr. n° 1, janv. 2008, édit.

⁴⁸⁶ Selon la Haute juridiction, nul ne peut se prévaloir « d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (Cass civ. 1^{ère}, 11 juin 2009 n° 07-14.932, n°08-16.914).

⁴⁸⁷ Jean-Louis Mouralis relevait en ce sens que « beaucoup de textes, souvent complexes et mal rédigés, donnent lieu à des exégèses contradictoires ou laissent leurs commentateurs indécis sur le sens que le législateur a voulu leur donner. Il faut donc attendre, pour connaître le droit positif, la révélation qu'en fait la jurisprudence et surtout celle de la Cour de cassation (...) souvent longue en raison de l'encombrement du prétoire et du mécanisme du pourvoi » J.-L. MOURALIS, La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, *op. cit.*, p. 10 et s.

de dispositifs permettant d'optimiser les performances financières de l'entreprise. Ne pas avoir recours à ces dispositifs, dans les limites enseignées⁴⁸⁸, est également constitutif d'un risque juridique qui peut conduire à un risque financier. En effet, cette absence d'optimisation alourdit la charge fiscale qui pèse sur l'entreprise et, par voie de conséquence, diminue ses fonds disponibles restreignant dès lors l'accroissement de ses actifs. Dans le même sens, l'élaboration d'un portefeuille de droits de propriété intellectuelle est un autre exemple du recours à la gestion du risque juridique mis au service de la stratégie d'entreprise⁴⁸⁹ permettant une protection accrue des produits dont la production et la commercialisation génèrent également leurs propres risques.

Paragraphe 2 : Les risques liés à la production et à la commercialisation des produits et services

230. Les risques liés à la production et à la commercialisation des produits et services sont en grande partie des risques inhérents à l'ingénierie liée à l'activité de l'entreprise, au management, ainsi qu'aux sciences économiques et de gestion puisqu'ils sont en lien direct avec le positionnement stratégique de l'entreprise sur les marchés. Il est ainsi possible de scinder ces risques selon qu'ils sont inhérents au département stratégique (B) ou opérationnel (A) de l'entreprise.

A) Les risques opérationnels

231. Du fait que les risques opérationnels traitent des risques liés à la production et à la vente des produits d'une entreprise, la définition des risques opérationnels (1) conduit à apprécier la multitude et la diversité de sources de ce type de risques (2).

⁴⁸⁸ M. COZIAN, FI. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, *op. cit.*, p. 783 et s., spéc. Étude n°1 : La théorie de l'abus de droit.

⁴⁸⁹ Pour une analyse du recours au droit de la propriété intellectuelle comme moteur de l'innovation, V. LPA, n°65, 31 mars 2008, p. 7.

1) La définition des risques opérationnels

232. Les risques opérationnels sont liés au modèle économique de l'entreprise, à son fonctionnement. Ils couvrent l'ensemble de la chaîne de production et de vente des produits⁴⁹⁰ et ils peuvent être définis comme faisant « suite à des défaillances d'efficacité opérationnelle ou de prestation du service dans le cours ordinaire des opérations d'une firme ; ils sont principalement dus à des processus et systèmes internes inadéquats ou à des réponses inefficaces aux défis extérieurs »⁴⁹¹. Plus concrètement, les risques opérationnels peuvent concerner la fraude, les actes de vol, de malveillance et de terrorisme, la santé et la sécurité des travailleurs, la responsabilité civile, les dommages aux actifs corporels liés à des événements tels que l'incendie, l'inondation ou les séismes, les dysfonctionnements des systèmes d'information, de communication ou d'énergie, les erreurs humaines, ou encore les défaillances d'outils de production ou inhérentes à la chaîne d'approvisionnement des fournisseurs⁴⁹². A la lecture de cette énumération nécessairement non exhaustive, il est donc possible de se rendre compte du caractère éclectique que recouvrent en pratique les risques opérationnels. Il en résulte une difficulté certaine lors de toute tentative de classification de ce type de risques bien que l'appréhension des nombreuses sources de ces risques soit nécessaire pour anticiper les différents événements susceptibles de compromettre les objectifs de l'entreprise.

⁴⁹⁰ F. PERROTIN, Savoir évaluer et limiter ses risques, anticiper la mise en cause de la responsabilité de l'entreprise et de son dirigeant : autant de défis à relever pour les TPE PME, Le management des risques, Le magazine du Responsable comptable administratif financier, Lamy, 2011, N° 22, 8 p.

⁴⁹¹ S. CLEARY, T. MALLERET, Risque, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 76. Selon les secteurs d'activité des entreprises, la détermination des risques opérationnels peut être différente. Dans le dispositif Bâle II, destiné aux établissements financiers, le risque opérationnel est défini comme celui des pertes directes ou indirectes dues à une inadéquation ou à une défaillance des procédures de l'établissement, de son personnel, des systèmes internes ou des risques externes. Toutefois, la définition retenue dans le cadre de ce dispositif prudentiel inclut le risque juridique qui, représentant un tel poids dans les risques de l'entreprise moderne, mérite d'être individualisé. Appliqué à un secteur d'activité particulier, les risques de crédit et de marché sont exclus car ils représentent un défi majeur pour les établissements dont le métier est l'emprunt et le prêt d'argent. Pour une analyse plus exhaustive du dispositif Bâle II et des risques opérationnels dans les établissements financiers, V. notamment, S. TACCOLA-LAPIERRE, Le dispositif prudentiel Bâle II, Autoévaluation et contrôle interne : une application au cas français, thèse, 2008, Université Sud Toulon Var, 354 p.

⁴⁹² B. CLAIR, « La prévention dans la gestion des risques opérationnels », L'assurance, réductrice de l'insécurité ?, Risques, Les cahiers de l'assurance, déc. 2010, N° 84, p 1-5.

2) Les sources de risques opérationnels

233. Le champ d'interaction des risques opérationnels permet de mettre en lumière le fait que ces risques concernent l'ensemble des acteurs et départements de l'entreprise en raison du lien existant entre toutes les synergies de celle-ci. Par exemple, la production d'un nouveau produit met en relation les ingénieurs de l'entreprise et la département comptable et financier chargé de calculer les coûts de revient du produit fini ainsi que les marges potentielles de celui-ci. De la même manière, cette innovation impliquera les acteurs en charge de la sélection, de la négociation et de l'achat des matières premières qui nécessiteront des contrats dont les clauses seront visées par la direction juridique. Aussi, les services responsables de la commercialisation du produit seront également en lien étroit avec les juristes chargés de les éclairer sur les règles applicables aux circuits de distribution des produits et sur les spécificités inhérentes à certaines techniques de commercialisation, comme la création d'un fichier clientèle⁴⁹³.

234. En classant les risques financiers et juridiques au sein de catégories autonomes, la catégorie des risques opérationnels recense plus particulièrement tous les risques liés au secteur d'activité de l'entreprise et tous les risques spécifiques à l'activité effectivement exercée. Au titre des risques opérationnels communs au secteur industriel, il est possible de dénombrer plusieurs risques particulièrement récurrents comme les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs ou des consommateurs, les risques technologiques, les risques naturels, les risques de pollution, les risques sanitaires, les risques qualité, etc.

Ensuite, la pratique contemporaine tendant à adjoindre des qualificatifs précisant la nature du risque⁴⁹⁴ permet, après avoir identifié les risques opérationnels communs à toutes les entreprises d'un même secteur d'activité, de les classer selon le type d'activité de l'entreprise considérée. Il est alors autant de risques opérationnels, et donc de sources de risques opérationnels, que de qualificatifs permettant d'identifier les événements susceptibles d'interférer dans les activités de production et de commercialisation de produits ou de

⁴⁹³ La création de fichiers de clientèles est réglementée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée, à la suite de la directive européenne du 24 octobre 1995, par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

⁴⁹⁴ A. CURTET, E. DEMANGE, V. NICOLAS, L'assurance des risques d'entreprise, Cah. Dr. entr., n° 4, juill. 2009, ent. 4.

services. Ainsi, selon le secteur d'activité de l'entreprise, il est possible de dénombrer les risques miniers, les risques chimiques, les risques nucléaires, les risques liés à la gestion des déchets polluants, etc. L'identification de tous les risques opérationnels, en ce qu'ils sont liés à l'activité de l'entreprise et apparaissant les plus nombreux, doit être réalisée avec minutie et doit impliquer tous les acteurs de l'entreprise qui seront les mieux à même de déceler les sources de risques susceptibles d'interférer avec leurs outils ou méthodes de travail. À l'inverse, la dernière grande catégorie de risques, les risques stratégiques, concerne plus directement les instances dirigeantes de l'entreprise.

B) Les risques stratégiques

235. Du fait que les risques opérationnels et stratégiques aient pour point commun d'être liés à la production et à la commercialisation des produits, cœur de l'activité de la majorité des entreprises, la multitude de sources susceptibles de causer ce type de risques et l'importance qu'ils représentent pour l'entreprise sont également des caractéristiques communes. Ainsi, après avoir défini la notion de risques stratégiques (1), les différentes sources de risques stratégiques (2) permettent d'illustrer les différentes causes de ce type de risque.

1) La définition des risques stratégiques

236. Les risques stratégiques sont inhérents à la stratégie de l'entreprise et à son positionnement concurrentiel sur les marchés. Ils « menacent la survie de la firme ou sa capacité à maintenir une activité rentable et de création de valeur pour l'actionnaire »⁴⁹⁵. Les risques stratégiques regroupent principalement les risques liés à l'environnement extérieur de l'entreprise, ou en lien avec le positionnement de ses produits par rapport aux offres concurrentes, à la logistique de communication et de distribution des produits, aux éventuelles partenariats ou acquisitions à réaliser en vue d'obtenir un avantage concurrentiel.

L'identification de ces risques est dès lors l'œuvre des instances dirigeantes, seules concernées par leur création, l'orientation stratégique de l'entreprise et *a fortiori* par leur gestion. Ce type de risques est la meilleure illustration des deux facettes du risque. En effet, le

⁴⁹⁵ S. CLEARY, T. MALLERET, *Risque, Perception Evaluation Gestion*, *op. cit.*, p. 75.

déploiement d'une stratégie d'entreprise peut soit conduire à de lourdes pertes pour l'entreprise, soit lui permettre de générer de l'activité, du chiffre d'affaires et des profits. A ce titre, le risque stratégique est le moins aisé à maîtriser car il constitue le moteur économique de l'activité de l'entreprise. Au cœur de la liberté de prendre des risques, les événements identifiés comme sources de risques stratégiques sont innombrables.

2) Les sources de risques stratégiques

237. Chaque décision liée à la stratégie de l'entreprise est source de risques. La décision de s'implanter sur un nouveau marché, de créer un partenariat interentreprises, de lancer un nouveau produit, ou encore de sponsoriser un événement⁴⁹⁶, sont autant de facteurs identifiés comme pouvant contribuer à la réalisation de risques stratégiques. De la même manière, le positionnement stratégique d'une entreprise reflète l'image qu'elle véhicule sur les marchés et constitue, à ce titre, l'un des risques stratégiques les plus importants pour l'entreprise : les risques liés à son image, à sa réputation. Ces risques incorporels couvrent l'ensemble de la propriété intellectuelle de l'entreprise. Ils incitent à l'adoption de pratiques nécessaires à la sauvegarde de ses actifs incorporels comme la protection de la notoriété d'une dénomination commerciale, la lutte contre la dégénérescence d'une marque ou la préservation de secrets d'affaires. En présence de marchandises dont la production est réglementée, par une indication géographique protégée ou un label, ces pratiques nécessitent de scrupuleusement respecter les chartes ou cahiers des charges établis par les différents organismes professionnels concernés. De nombreux exemples ont montré à quel point la prévention des risques attentatoires à l'image des entreprises est d'une importance capitale⁴⁹⁷.

238. Plus précisément, le risque de réputation peut être défini comme « l'écart entre l'image émise de l'entreprise - représentation que se donne l'entreprise vis-à-vis d'une partie prenante - et l'image perçue - perception de cette partie prenante »⁴⁹⁸. Particulièrement

⁴⁹⁶ Par exemple, la réussite de l'entreprise « Redbull » repose sur un modèle économique axé sur des investissements colossaux dans le parrainage d'événements sportifs. V. en ce sens : G. DABI-SCHWEBEL, Marketing : La révolution Redbull, Latribune.fr, 11 juill. 2013.

⁴⁹⁷ La disparition de l'ancien *big five* Arthur Andersen à la suite de l'affaire Enron, ou les récents scandales alimentaires liés à la viande de cheval, dont l'innocuité pour l'homme ne faisait pourtant aucun doute, ont démontré qu'une décision stratégique écornant la réputation de l'entreprise peut être lourde de conséquences. Pour une étude complète sur le risque de réputation, V. LEFEBVRE-DUTILLEUL, Codes de bonne conduite - Chartes éthiques - Outils de gestion des risques, Lamy, 2012, 328 p.

⁴⁹⁸ S. ALLAIRE, H. PHAURE, Le risque de réputation, JCP E 2012, n° 41, 11 octobre 2012, 604.

perceptible dans les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers, le risque de réputation peut avoir des incidences importantes sur le cours des titres puisque, d'une part, les agences de notation ne prennent plus comme seules considérations la santé financière des entreprises⁴⁹⁹ ; et, d'autre part, les consommateurs sont de plus en plus sensibles aux méthodes « responsables » de production et de commercialisation des produits⁵⁰⁰. De la même manière, en étant plus avertis sur les conséquences désastreuses liées à la réalisation de tels risques, les investisseurs sont également soucieux du soin apporté à l'image des entreprises dans lesquelles ils investissent.

C'est ainsi que ces dernières années ont été l'occasion de l'introduction d'une profonde réflexion afin de mieux gérer les risques liés à la réputation de l'entreprise. A travers notamment des notions telles que la « bonne gouvernance », « l'éthique des affaires », la « responsabilité sociale des entreprises », ou au regard de l'essor de la certification des entreprises suivant les principes directeurs établis par les organisations internationales de normalisation⁵⁰¹, les entreprises veulent promouvoir leur démarche éthique et qualitative afin de rassurer leurs investisseurs et leurs clients.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Cela explique le développement croissant de nombreux labels promouvant l'éthique dans les affaires, le commerce équitable, ou encore la production de produits alimentaires sans organismes génétiquement modifiés.

⁵⁰¹ Publiée le 1er novembre 2010, la norme ISO 26000 poursuit des objectifs de responsabilité sociétale pour que les valeurs de l'entreprise soient suivies par les différentes parties prenantes à son activité économique, tout en diminuant les risques juridiques de l'entreprise par le suivi des principes directeurs établis par les organisations internationales de normalisation. S. BEAL, M. MARGUERITE, J-Y. TROCHON, F. VERDUN, Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet 2012, ent. 4.

Conclusion du Chapitre 1

239. Les différentes définitions doctrinales retenues des différents risques permettent de mieux circonscrire les évènements susceptibles de se réaliser au sein d'une entreprise. De même, les différents classements des risques permettent d'obtenir un aperçu des différents risques de l'entreprise et met en lumière les innombrables sources pouvant contribuer à la réalisation de ces risques. Ces classements permettent également de mettre en exergue les risques qui sont susceptibles d'être transférés au marché assurantiel et ceux qui ne doivent pas, eu égard à l'appétence aux risques des dirigeants, ou ne peuvent pas, au regard de du manque de rentabilité d'une telle opération, faire l'objet d'un tel traitement.

240. Toutefois, si ces classifications permettent d'ordonner ces menaces et d'obtenir, à la suite de la phase d'identification des risques, une vision globale des évènements préjudiciables auxquels l'entreprise est exposée, ces derniers ne représentent qu'une typologie des risques et ne permettent pas d'apprécier la gravité que ces évènements représentent pour la survie de l'entreprise.

Chapitre 2 : Les étapes de la méthodologie de l'audit de risque

241. Outil de gestion des risques, l'audit de risques en entreprise repose sur une méthodologie inspirée des bonnes pratiques identifiées dans les méthodes de contrôle interne et de management des risques. Afin de déterminer les différents événements redoutés par l'entreprise, l'identification de ces derniers apparaît donc indispensable. De même, une analyse des risques est nécessaire pour appréhender notamment les interactions des différentes sources de risques causant lesdits événements redoutés. Ensuite, les risques doivent faire l'objet d'une évaluation à la lumière des spécificités de l'entreprise, pour déterminer les risques acceptables et les risques devant faire l'objet de traitements.

En résumé, la méthodologie de l'audit des risques en entreprise se décompose en quatre étapes et implique une identification, une analyse (Section 1), une évaluation et un traitement (Section 2) des risques de l'entreprise.

Section 1 : L'identification et l'analyse des risques de l'entreprise

242. Les phases d'identification et d'analyse des risques de l'entreprise (§ 1) ont pour objet de détecter les risques redoutés et d'analyser les sources et les conséquences des risques de l'entreprise (§ 2) dans l'objectif d'en estimer la criticité⁵⁰².

Paragraphe 1 : Identification et analyse des risques de l'entreprise

243. L'identification des risques (A) est une phase primordiale dans le cadre de l'audit de risques car elle permet de délimiter le champ d'étude de l'audit. Pour ce faire, plusieurs méthodes d'identification (B) peuvent être utilisées pour déceler les différents événements redoutés par l'entreprise.

A) L'identification des risques

244. L'identification des risques suppose d'appréhender au préalable les singularités de l'entreprise, comme son appétence et sa tolérance aux risques ou encore sa capacité d'autofinancement lui permettant de faire face aux événements redoutés. Aussi, avant d'entreprendre le processus d'identification des risques (2), une analyse préliminaire de l'entreprise (1) doit être réalisée afin de saisir les spécificités de l'entreprise auditée.

1) L'analyse préliminaire de l'entreprise

245. Si la méthodologie de l'audit de risques peut être transposée d'une entreprise à une autre, chaque audit de risque nécessite au préalable d'être adapté pour répondre aux

⁵⁰² La criticité du risque est égale à la fréquence (F) multipliée par sa gravité (G). Néanmoins, G. Jousse relève l'imprécision de cette dernière affirmation dans les sciences mathématiques (en ce sens, G. JOUSSE, *Traité de risologie, op. cit.*, spéc. p. 387 et s.).

différents objectifs pouvant justifier cet exercice car, « par essence, l'audit est une opération à géométrie variable »⁵⁰³. Ainsi, les attentes et les objectifs stratégiques de l'entreprise doivent nécessairement être appréhendés pour déterminer le champ d'application et l'objet de la mission. En effet, il est plusieurs raisons pouvant mener l'entreprise à solliciter un audit de ses risques⁵⁰⁴ et, selon les choix exercés par l'entreprise, l'auditeur est amené à réaliser un audit global des risques de l'entreprise ou peut simplement se focaliser sur certains risques spécifiques afin de se conformer à la mission qui lui est dévolue. De la même manière, la réalisation d'un audit ne saurait être similaire selon que le contrôle des risques de l'entreprise se réalise dans un commerce de proximité employant moins de 10 salariés ou selon qu'il se pratique dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Par ailleurs, l'exhaustivité d'une mission d'audit de risques dépend notamment⁵⁰⁵ des objectifs de l'entreprise et de ses attentes mais aussi du coût de la mission que l'entreprise peut assumer, qui reste proportionnel aux nombres d'auditeurs, à leurs compétences⁵⁰⁶ et au temps consacré pour la réaliser. Ainsi, afin de se conformer aux attentes et à la stratégie de l'entreprise, l'auditeur doit prendre le soin d'appréhender le contexte interne et externe de l'entreprise.

246. Concernant le contexte interne, l'auditeur doit étudier différentes composantes de l'entreprise et de sa culture. En effet, l'identification des différentes parties prenantes de l'audit, l'observation des processus de décision et de communication dans l'entreprise, l'étude

⁵⁰³ F. SIMON, L'audit juridique : une méthodologie au service d'une politique de prévention des risques, LPA, 25 juin 2003, n° 126, p. 4.

⁵⁰⁴ V. *supra*, n° 39 et s.

⁵⁰⁵ Il est de nombreux facteurs dont dépendent la qualité et l'exhaustivité d'un audit. Nonobstant les compétences et l'expertise des auditeurs sélectionnés ou le budget alloué à cet exercice, les raisons menant l'entreprise à pratiquer un audit peuvent avoir un effet sur la qualité de son résultat. En effet, l'engagement et la disponibilité des différents acteurs de l'entreprise peuvent sensiblement différer, selon que ces derniers soient sensibilisés aux problématiques de risques ou qu'ils vivent cette mission comme une remise en cause de leur travail. Ainsi, la disponibilité de l'information, matière première de l'auditeur, ne peut être similaire selon que les acteurs de l'entreprise adhèrent au processus d'audit ou refusent d'y participer pleinement. En effet, un audit de risques sera vécu différemment par les différents acteurs de l'entreprise selon que la décision de se soumettre à cet exercice est dicté par des obligations légales liées à la sécurité des travailleurs, par le souci de la direction générale de prémunir l'entreprise contre l'engagement de sa responsabilité ou encore par une demande de transparence émanant des actionnaires ou en prévision de la cession de l'entreprise. En ce sens, La Cartographie : un outil de gestion des risques, ss. dir. B. HUOT DE LUZE, AMRAE, 2010, 126 p., spéc. p. 26. ; S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 194 et s. ; B. BESSON, J.-C. POSSIN, L'intelligence des risques, éd. ESKA, 2006, p. 112 et s. ; C. AUBRY, La gestion des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle, Comptabilité et connaissances, 2005, p. 15.

⁵⁰⁶ Néanmoins, la doctrine économique relevait qu'en matière de risques, « le savoir des experts peut être, en certaines circonstances, partial et partiel » in B. WYNNE et al., *Risk, Environment and Modernity : Towards a New Ecology*, Sage Publication, Londres, 1996, cité in O. HASSID, La gestion des risques, *op. cit.*, p. 46.

de ses effectifs et de ses budgets, ou encore l'observation des dispositifs préventifs d'ores et déjà mis en place sont des informations indispensables pour l'auditeur qui lui permettent, par exemple, d'analyser la propension de l'entreprise à prendre des risques et donc d'apprécier son appétence aux risques⁵⁰⁷. Aussi, la détermination de l'horizon temporel sur lequel les risques doivent être appréhendés est une donnée indispensable pour circonscrire le champ d'étude de l'audit⁵⁰⁸. De même, l'analyse de la tolérance aux risques de l'entreprise est déterminante dès l'identification des risques pour éviter de perdre du temps dans l'identification de risques d'ores et déjà identifiés comme mineurs, voire insignifiants au regard de leur gravité et de leur fréquence. Dans le même sens, l'appréciation de la tolérance aux risques est également prise en compte lors des phases d'analyse et d'estimation, puisque l'appréciation de la gravité d'un risque est subjective et relative à chaque organisation, à sa culture et à ses objectifs⁵⁰⁹.

247. Concernant le contexte externe de l'entreprise, une attention particulière doit être notamment portée à « l'environnement culturel, social, politique, légal, réglementaire, financier, technologique, économique, naturel et concurrentiel, au niveau international, national, régional ou local (...) [et] sur les facteurs et tendances ayant un impact déterminant sur les objectifs de l'organisme »⁵¹⁰. Aussi, une revue des différentes relations entretenues entre l'entreprise et ses différents partenaires, qu'ils soient fournisseurs, sous-traitants ou établissements dispensateurs de crédits, permet d'élargir ou de restreindre la portée de la mission.

248. Ainsi, l'étude du contexte externe et interne de l'entreprise permet d'appréhender la culture, l'organisation de l'entreprise et d'identifier de nombreux risques génériques⁵¹¹. En effet, cette analyse préliminaire permet d'identifier les secteurs importants de l'activité à auditer afin de planifier la mission d'audit⁵¹². De même, cette analyse préliminaire permet de prévoir les différents outils qui seront utilisés et de déterminer les

⁵⁰⁷ V. *supra*, n°s 211 et 212.

⁵⁰⁸ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁰⁹ A. POLACH, Risques et gestion des risques : notions, préc., pp. 2-3 ; F. VERDUN, La gestion des risques juridiques, Eyrolles, éd. d'Organisation, Paris, 2006, 171 p., spéc. p. 14.

⁵¹⁰ ISO Guide 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.3.1.1.

⁵¹¹ F. RELIQUET, S. BALLER, Legal risk management, Ernst & Young, éd. Formation d'entreprise, colloque des 29-30 novembre 2007, Paris, 141 p., spéc. p. 63.

⁵¹² Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne de l'*Institute of Internal Auditors* trad. par l'IFACI, 2210.A1 ; Référentiel international de l'audit interne de l'*Institute of Internal Auditors* trad. par l'IFACI, MPA 2210 A.

qualités requises des différents partenaires pour conduire la mission d'audit. En effet, lorsque l'audit se concentre sur des risques spécifiques ou lorsque l'entreprise sollicite la réalisation d'un audit global de ses risques, l'Avocat peut être amené à collaborer avec plusieurs partenaires au regard de la technicité de certaines activités et de l'expertise indispensable pour identifier et analyser tous les risques de l'entreprise.

2) Le processus d'identification des risques

249. Selon une doctrine majoritaire⁵¹³, le risque le plus dangereux pour une organisation est le risque non identifié. En effet, l'étape d'identification, « la première phase à mettre en œuvre chronologiquement, est aussi la plus importante. Quelle que soit la valeur des étapes suivantes, la totalité du programme de gestion des risques est conditionnée par la qualité de l'identification »⁵¹⁴. Plus précisément, la phase d'identification des risques peut être définie comme le « processus de recherche, de reconnaissance et de description des risques »⁵¹⁵. La description des risques est une « représentation structurée du risque contenant généralement quatre éléments : les sources, les événements, les causes et les conséquences potentielles »⁵¹⁶. L'étape d'identification correspond donc à un diagnostic complet permettant de dresser une liste exhaustive des événements redoutés, de détecter les différents facteurs de risques et les causes menant à l'événement, ainsi que les conséquences potentielles de ces événements⁵¹⁷. Cette étape implique de prendre en considération aussi bien les sources et causes de risques internes à l'entreprise et liées à son exploitation, que les sources et causes externes liées à son environnement extérieur⁵¹⁸. En effet, l'identification des facteurs de risques internes et externes qui influencent les événements est primordiale pour déterminer efficacement les événements redoutés par l'entreprise et déterminer leurs conséquences

⁵¹³ En ce sens, V. F. VERDUN, La gestion des risques juridiques, *op. cit.*, p. 14 ; A. POLACH, Risques et gestion des risques : notions, préc., p. 3.

⁵¹⁴ A. POLACH, Risques et gestion des risques : notions, préc., p. 3.

⁵¹⁵ Norme ISO 31000 : 2010 Management du risque – Principes et lignes directrices ; ISO 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.5.1.

⁵¹⁶ *Ibid.*, 3.5.3.

⁵¹⁷ En d'autres termes, cette étape consiste à « déterminer le profil de risque de l'entreprise, son exposition à différents types de risques et évaluer l'impact potentiel si les événements venaient à se matérialiser » (S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 67).

⁵¹⁸ V. *infra*, n°s 268 à 277.

potentielles⁵¹⁹.

250. Par ailleurs, si les distinctions entre les sources et les causes du risque sont parfois ténues, ces deux notions peuvent être distinguées⁵²⁰. Alors que la notion de cause du risque doit être entendue comme l'explication de la réalisation d'un risque, la notion de source du risque, peut être définie comme « tout élément qui, seul ou combiné à d'autres, présente un potentiel intrinsèque d'engendrer un risque »⁵²¹. La source, ou facteur, de risque n'est alors qu'une des causes possibles d'un risque. Par exemple, le risque de rupture d'un pont peut avoir comme cause une montée brutale des eaux dont la force du torrent fait céder les pylônes supportant l'ouvrage. Dans cette hypothèse, il est possible d'identifier plusieurs sources du risque de rupture de ce pont, tout en y excluant la dernière cause identifiée, comme le passage d'un cyclone, des pluies torrentielles, un défaut de conception du fait de matériaux inadaptés aux risques menaçant l'ouvrage ou encore un défaut d'entretien de la construction. Aussi, plusieurs facteurs de risques identifiés peuvent se combiner et mener à la réalisation du risque.

De manière générale, toute entreprise identifie quotidiennement ses facteurs de risques dans le cadre de son développement. Toutefois, le manque de recul de ses représentants, dans l'analyse des différents facteurs de risques contribuant à la réalisation d'une situation redoutée ou dans l'appréhension de leurs conséquences potentielles, la méconnaissance de certains facteurs de risques et l'absence de méthode rendent plus complexe l'identification de ces événements.

B) Les méthodes d'identification

251. Le processus d'identification des risques de l'entreprise peut comprendre une combinaison de différentes techniques. Cette combinaison dépend notamment des

⁵¹⁹ *Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, trad. par IFACI, Pricewaterhousecoopers et Landwell & ass., Le management des risques, Cadre de référence, techniques d'application, COSO II report, 2008, Paris, 338 p., spéc. p. 66.

⁵²⁰ Toutefois, pour simplifier les démonstrations dans le cadre de cette étude, la notion de cause de risques peut assimiler la notion de facteurs de risques. De même, les risques et les facteurs de risques peuvent également être assimilés dans les phases d'analyse des risques car, dans les mathématiques statistiques, le risque est constitué par « la somme des valeurs des aléas » (G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, p. 387). Or, si les conséquences potentielles d'un événement sont également aléatoires, chaque facteur de risque constitue un aléa dont l'addition génère le risque, l'événement.

⁵²¹ NORME ISO 31000 : 2010, Management du risque – Principe et lignes directrices ; ISO Guide 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.5.2 (*in* AFNOR, Management des risques, Afnor éditions, Recueil Normes, 2010, 306 p).

compétences des auditeurs et des moyens financiers alloués par l'entreprise pour réaliser l'audit. En effet, il peut exister une proportion entre le coût d'un audit de risques et la qualité de celui-ci, qui dépend du nombre d'auditeurs, de leurs compétences et du temps passé à accomplir les différentes étapes d'un audit. Par ailleurs, pour accomplir la première étape, l'identification des événements peut se réaliser à partir de questionnaires permettant d'impliquer l'ensemble des acteurs de l'entreprise (1) et se poursuivre en recourant à des analyses méthodiques permettant d'appréhender l'ensemble des sources, des causes, des événements et de leurs conséquences potentielles (2).

1) L'implication de l'ensemble des acteurs de l'entreprise

252. Personne n'apprécie mieux les risques que ceux qui les vivent au quotidien⁵²². Ainsi, l'usage de questionnaires à destination des différents acteurs de l'entreprise permet d'identifier les risques de l'entité audité⁵²³. Ces questionnaires permettent, d'une part, d'identifier les différents risques susceptibles de compromettre les objectifs de l'entreprise et, d'autre part, d'assurer l'implication des différents acteurs de l'entreprise dans la démarche de gestion des risques. Pour ce faire, deux démarches peuvent être adoptées pour identifier les risques (a). Toutefois, les résultats de l'identification des risques par les seuls acteurs de l'entreprise peuvent être tronqués par plusieurs facteurs et le processus d'identification des risques implique de prendre quelques précautions lorsqu'il concerne des risques similaires à des événements d'ores et déjà réalisés (b).

a) Les démarches permettant d'identifier les risques de l'entreprise

253. Deux démarches permettent d'identifier les risques de l'entreprise et peuvent, par ailleurs, se compléter.

En premier lieu, la démarche descendante, dite *Top down*, permet « [d'] identifier les risques (...) auprès des dirigeants et des principaux responsables de l'entreprise puis de descendre vers les opérationnels »⁵²⁴ à l'aide de questions ouvertes⁵²⁵ posées à l'occasion

⁵²² En ce sens, O. HASSID, La gestion des risques, *op. cit.*, p. 57.

⁵²³ J. RENARD, Théorie et pratique de l'audit interne, Eyrolles, éd. d'Organisation, 7^{ème} éd., 2010, Paris, 469 p., spéc. p. 155

⁵²⁴ La Cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, spéc. p. 42.

d'entretiens individuels ou d'ateliers collectifs. La démarche descendante permet ainsi une meilleure détection des risques stratégiques et permet d'identifier les menaces majeures pesant sur l'entreprise.

En second lieu, la démarche ascendante, dite *Bottom up*, consiste à interroger directement les opérationnels à l'aide de questionnaires avec des questions plus fermées et de réitérer cet exercice jusqu'aux directeurs des différentes divisions de l'entreprise⁵²⁶. Cette dernière démarche permet une meilleure identification des risques selon les divisions de l'entreprise qui, pris individuellement, peuvent être mineurs mais dont le cumul pourrait engendrer un risque majeur. Aussi, cette démarche garantit une meilleure implication des différents acteurs de l'entreprise et permet de poser les prémices d'une culture du risque commune dans l'entité audité⁵²⁷.

Dans le cadre de la démarche descendante, les questionnaires doivent être adaptés aux différents départements de l'entreprise. Par exemple, lorsque l'objectif est d'identifier les risques gérés par la direction juridique, les différents questionnaires peuvent ainsi s'orienter sur les modes de distribution des produits de l'entreprise et sur ses pratiques commerciales ou encore sur la protection des actifs incorporels de l'entreprise⁵²⁸.

Enfin, une partie du questionnaire doit être réservée à l'énumération de l'ensemble des risques que l'observation quotidienne des travailleurs de l'entreprise permet de détecter. L'élaboration des questionnaires nécessite alors une bonne connaissance « de l'univers des risques auxquels s'expose l'entreprise car c'est à cette condition [que l'auditeur] pourra poser les bonnes questions »⁵²⁹. Ensuite, des analyses peuvent compléter les réponses aux questionnaires pour accomplir la phase d'identification, comme une analyse historique des vulnérabilités qui permet d'identifier les risques à travers les retours d'expérience.

⁵²⁵ La doctrine fournit quelques questions types qu'il est possible de poser dans le cadre d'une démarche descendante comme, par exemple, « quels événements pourraient entraver la réalisation des objectifs que vous vous êtes fixés pour votre activité ? » ou encore « par rapport aux indicateurs de résultats et de pilotage de votre activité, quels sont ceux qui vous alertent sur les risques potentiels ? » in La Cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, p. 43 ; de même, pour préparer les phases suivantes, les questions peuvent également s'orienter sur l'appréciation de la probabilité de réalisation ou sur l'ampleur des conséquences potentielles des différents risques identifiés.

⁵²⁶ La Cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, p. 44.

⁵²⁷ La Cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, p. 44.

⁵²⁸ *Legal risk management*, Prévention, gestion et traitement des risques juridiques, Evaluation conformité réglementaire et *risk management*, Ernst & Young, formation professionnelle des 29-30 novembre 2007, Paris, France.

⁵²⁹ La gestion du risque juridique dans l'entreprise, ss. dir. D. FERRIER, AMRAE, coll. Dialoguer, 01, Paris, 2012, 118 p., spéc. p. 20.

b) L'identification des risques réalisés

254. Si l'étude des risques passés permet d'enrichir le processus d'identification des risques à venir, l'identification des risques qui se sont déjà réalisés et qui seraient susceptibles de se produire à nouveau nécessite de prendre certaines précautions. En effet, outre les distorsions cognitives susceptibles de fausser les résultats du processus d'identification des risques de l'entreprise⁵³⁰, le recensement des risques d'ores et déjà réalisés ne doit pas se cantonner aux seules causes du risque connues, afin de ne pas omettre les autres facteurs de risques pouvant conduire à la réalisation de ce risque.

Aussi, il est un risque d'assimilation entre les éléments de l'événement réalisé, s'il est considéré comme semblable au risque potentiel étudié ; alors que certains facteurs de risques, propres au risque à venir, peuvent modifier la gravité des conséquences de l'événement ou avoir une occurrence différente. En effet, les risques identifiés à travers le retour d'expérience doivent être appréhendés selon leurs propres causes et nécessitent donc une étude complémentaire de l'ensemble des facteurs de risques⁵³¹ et des différentes conséquences potentielles que le risque réalisé ne peut mettre en exergue. Comme l'illustrent les risques naturels, la réalisation d'un risque est généralement la conséquence de multiples facteurs de risques dont certains peuvent minorer ou majorer les conséquences de l'événement redouté⁵³².

Enfin, l'ensemble des informations recueillies des différents acteurs de l'entreprise doit ensuite être étudié, afin d'arrêter une liste des multiples événements, facteurs de risques, causes et potentielles conséquences susceptibles de se réaliser dans l'entreprise. Si cette liste permet d'identifier de nombreux risques et permet généralement de détecter une grande partie des risques considérés comme majeurs pour l'entreprise, elle ne saurait être suffisante pour les identifier de manière exhaustive et peut dès lors être complétée en recourant à plusieurs analyses méthodiques.

⁵³⁰ V. supra, n°s 211 et 212

⁵³¹ Anticipant quelque peu sur la présentation des différentes techniques permettant d'identifier les risques, il est une méthode particulièrement reconnue dans le secteur industriel qui permet d'étudier précisément les risques qui se sont déjà réalisés. La méthode dite de « l'arbre des causes INRS », ou dénommée « Méthode INRS de techniques de gestion de la sécurité », est une méthode conçue par l'Institut national de recherche sur la sécurité permettant d'analyser les différentes causes d'un accident, d'un risque, après que celui-ci se soit réalisé (G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, p. 304).

⁵³² V. *infra*, n°s 282 à 284.

2) Les analyses méthodiques

255. Les différentes méthodes permettant d'identifier, mais également d'analyser les risques⁵³³, sont souvent le résultat de méthodes qui ont été testées dans de grandes entreprises puis généralisées à la suite de la reconnaissance de leur pertinence. Il est ainsi de multiples méthodes susceptibles d'être appliquées pour identifier l'ensemble des risques de l'entreprise, bien que certaines d'entre-elles soient préconisées pour être appliquées à des secteurs d'activité spécifiques ou destinées à la détection de certains risques particuliers. Aussi, il est possible de présenter brièvement les principales méthodes d'analyses de risques en distinguant les méthodes dites stochastiques (a), des méthodes dites de causes à effets⁵³⁴ (b).

a) Les méthodes dites stochastiques

256. Les méthodes dites stochastiques sont des méthodes permettant d'étudier les événements aléatoires. Le recours aux méthodes stochastiques se justifie généralement lorsque le risque étudié est difficile d'appréhension du fait d'une connaissance partielle de l'ensemble de ses caractéristiques ou en raison de la complexité de l'évènement étudié. Il est ainsi plusieurs méthodes pouvant être utilisées dans le cadre d'un audit de risques. Si certaines de ces méthodes ont davantage vocation à identifier les défaillances dans les processus de production, d'autres permettent d'identifier une très grande majorité des risques de l'entreprise.

257. En premier lieu, l'arbre des causes, initialement dénommé « *Fault Tree Method* », que l'on peut traduire par la méthode de l'arbre des défauts et que l'on retrouve également sous la dénomination « [d'] arbre des défaillances » ou « [d'] arbres des pannes », est une méthode créée aux Etats-Unis en 1961 par les ingénieurs de la société Bell Telephone pour étudier la fiabilité du système de lancement de missiles nucléaires Minuteman⁵³⁵. Particulièrement utilisée dans le secteur industriel, elle permet une représentation graphique

⁵³³ V. *infra*, n° 266 et s.

⁵³⁴ Y. PESQUEUX, Le concept de risque au magasin des curiosités, préc., p. 21.

⁵³⁵ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 288.

déductive de la majorité des évènements redoutés⁵³⁶. Plus précisément, c'est un schéma se présentant sous la forme d'une arborescence qui permet de rechercher de façon structurée les différents facteurs pouvant contribuer au risque et d'en comprendre le scénario. Cette méthode est applicable pour analyser les facteurs de risques qui « peuvent potentiellement produire ou contribuent à produire un événement indésirable défini »⁵³⁷. Cette analyse nécessite donc, d'une part, de définir l'évènement redouté et, d'autre part, de représenter graphiquement les relations de sources de risques afin de déterminer les combinaisons entre les différents facteurs de risques conduisant à l'évènement.

258. En deuxième lieu, une méthode similaire, l'arbre des conséquences, a été développée dans les années 1960 dans le secteur nucléaire et implique de raisonner à partir d'un facteur de risque considéré comme une cause initiale, afin de déterminer les différents facteurs de risques intermédiaires et les différentes conséquences potentielles consécutives à l'interaction des différents facteurs de risques intermédiaires identifiés⁵³⁸.

En dernier lieu, la « méthode des combinaisons de pannes résumées » créée par l'ancêtre d'EADS, la Société nationale de l'industrie aérospatiale⁵³⁹, est une méthode susceptible d'être appliquée à de nombreux secteurs d'activité. Plus précisément, cette méthode est « mise en œuvre afin de prendre en compte l'effet systémique des pannes »⁵⁴⁰ en déterminant de manière inductive les différentes défaillances du système étudié avant d'en estimer les combinaisons de défaillances menant à l'évènement indésirable. Aussi, à côté des méthodes stochastiques, il est des méthodes dites de causes à effets.

b) Les méthodes dites de « causes à effets »

259. A l'instar des méthodes stochastiques, il est de multiples méthodes permettant d'étudier les relations de causes à effets entre les facteurs de risques et les potentielles conséquences des évènements qui peuvent en résulter.

⁵³⁶ Y. PESQUEUX, Le concept de risque au magasin des curiosités, préc., p. 21.

⁵³⁷ Norme CEI 61025 Analyse par arbre des pannes, révisée en 2006, cité in G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 288.

⁵³⁸ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 284.

⁵³⁹ Y. PESQUEUX, Le concept de risque au magasin des curiosités, préc., p. 21.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

260. En premier lieu, le diagramme d'Ishikawa, ou dénommée « méthode des 5 M », est une méthode permettant une représentation graphique de l'ensemble des causes aboutissant à un effet. Présenté sous la forme d'une arrête de poisson, le diagramme d'Ishikawa implique de rechercher les différentes causes menant à la conséquence étudiée en complétant chaque arrête par les cinq familles de causes, les 5 M : main d'œuvre, matière, méthode, machines, milieu. Certaines variantes de cette méthode suggèrent d'ajouter d'autres types de causes pour étudier les facteurs de risques liés au management, à la mesure ou aux moyens financiers inhérents à la conséquence étudiée. Le diagramme d'Ishikawa permet ainsi de recenser les différents facteurs de risques et d'analyser leur interaction à partir d'un événement étudié. Néanmoins, si cette méthode s'avère particulièrement efficace pour l'identification des causes et des facteurs de risques professionnels⁵⁴¹, elle se révèle moins efficace pour détecter les risques juridiques ou financiers.

261. Ensuite, l'Analyse préliminaire de risques (APR) est une méthode créée au début des années 1960 dans les domaines aéronautiques et militaires⁵⁴². Selon la norme internationale CEI-300-3-9, l'APR se définit comme « une technique d'identification et d'analyse de la fréquence du danger qui peut être utilisée lors des phases amont de la conception pour identifier les dangers et évaluer leur criticité »⁵⁴³. Ainsi, si l'APR permet l'identification des risques, à l'aide de listes de contrôle, cette méthode permet également d'apprécier, par l'étude des probabilités d'occurrence des facteurs de risques et de la gravité des conséquences des événements, la criticité des risques et s'avérer particulièrement utile lors de l'analyse des risques.

262. Dans le même sens, la méthode « Analyse des modes de défaillance, de leurs effets et de leur criticité » (AMDEC), a été mise en place par l'armée américaine dans les années 1940 puis adoptée par la NASA⁵⁴⁴. Ensuite, elle s'est progressivement généralisée

⁵⁴¹ Sur la définition du risque professionnel, V. *infra*, n° 447.

⁵⁴² M. H. MAZOUNI, Pour une meilleure approche du management des risques : De la modélisation ontologique du processus accidentel au système interactif d'aide à la décision, thèse, Nancy, 13 nov. 2008, 218 p., spéc. p. 50.

⁵⁴³ Norme CEI (Commission électrotechnique internationale) 1995-12 : 300-3-9 Gestion de la sûreté de fonctionnement.

⁵⁴⁴ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 274

dans les secteurs industriels, tels que ceux de l'industrie chimique, pétrolière ou nucléaire⁵⁴⁵, et peut également être utilisée dans le cadre d'une démarche préventive. Préconisée dans le cadre des certifications qualité de la norme ISO 9001, cette méthode est une véritable référence dans l'ensemble du secteur industriel. Plus précisément, l'AMDEC permet de détecter les défaillances et permet, comme l'APR, de mettre en exergue la criticité de cette défaillance en recourant à des indices de fréquence, de gravité mais aussi de non détection⁵⁴⁶. Cette dernière méthode a inspiré d'autres méthodes d'analyse, telle l'*HAZard and OPerability study* (HAZOP), développée dans l'industrie chimique dans les années 1970. L'HAZOP est une méthode qui permet d'analyser, de manière inductive, les différents écarts entre le système étudié et un système considéré comme idéal en se focalisant sur les défaillances d'origine humaine et sur les dysfonctionnements matériels.

263. Par ailleurs, de nombreuses autres méthodes permettent d'identifier les risques de l'entreprise. En effet, s'il est des méthodes plus élémentaires comme la méthode « *What-if* »⁵⁴⁷, la méthode dite des « 5 pourquoi »⁵⁴⁸ ou celle de l'hexamètre de Quintilien qui est résumé par l'acronyme QQQPCQ⁵⁴⁹, des méthodes plus sophistiquées, dont l'application est réservée à certains secteurs d'activité, nécessitent une certaine expertise pour être appliquées. Par exemple, il est possible de relever la méthode dite « ReliaSEP », axée sur l'historique des vulnérabilités, qui est réservée aux secteurs industriels disposant de systèmes de fonctionnement complexes⁵⁵⁰ ou la méthode « MARION »⁵⁵¹ qui permet uniquement la détection des risques informatiques.

⁵⁴⁵ M. H. MAZOUNI, Pour une meilleure approche du management des risques : De la modélisation ontologique du processus accidentel au système interactif d'aide à la décision, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴⁶ G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 271-284

⁵⁴⁷ La méthode dite « *what-if* » est une forme dérivée de la méthode HAZOP et permet d'identifier les risques et leurs facteurs et leurs conséquences à partir de la question « que se passerait-il si ? ».

⁵⁴⁸ La méthode dite des « 5 pourquoi ? » implique, à partir d'une conséquence redoutée, de poser cinq fois la question pourquoi en reprenant, à chaque fois, la dernière réponse dans la question suivante. Par exemple, en cas de panne d'un moteur, la première question à poser serait : « pourquoi le moteur est-il en panne ? ». Si la réponse à cette question était « parce que la batterie est déchargée », la deuxième question serait « pourquoi la batterie est-elle déchargée ? », etc. L'objectif de cette méthode élémentaire est de chercher les différentes sources pouvant mener à l'événement.

⁵⁴⁹ L'hexamètre de Quintilien permet, à partir de 7 questions posées, de déterminer l'ensemble des circonstances d'une situation. L'hexamètre de Quintilien reprend ainsi les pronoms interrogatifs en latin *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* qui se traduisent en français par les pronoms qui, quoi, où, quand, comment, pourquoi (G. JOUSSE, Traité de riscologie, *op. cit.*, p. 279).

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 271-322.

⁵⁵¹ MARION est l'acronyme pour « méthode d'analyse de risques informatiques optimisée par niveau ».

264. Il est à préciser que nombreuses sont ces méthodes, comme les méthodes AMDEC, APR ou HAZOP, qui ne servent pas uniquement à l'identification des risques mais permettent aussi d'apprécier, à la suite de la phase d'identification, leur criticité à l'aune de leur probabilité d'occurrence et à la mesure de la gravité de leur impact potentiel. Ainsi, lorsqu'il est fait usage de ces méthodes, les phases d'identification et d'analyse des risques peuvent s'enchevêtrer selon que l'auditeur se cantonne aux seules identifications des risques ou selon qu'il utilise l'ensemble des étapes composant ce type de méthode. Aussi, lorsque les simulations réalisées dans le cadre de ces méthodes ont pour objectif d'analyser les risques, des entretiens individuels ou des ateliers collectifs permettent de parvenir à un consensus sur la probabilité d'occurrence et les conséquences potentielles des risques identifiés⁵⁵².

265. Enfin, afin de n'omettre aucun élément dans la phase d'identification, il est opportun de disposer d'une liste exhaustive des risques récurrents qu'il est possible d'identifier dans des entreprises du même secteur d'activité ou présentant un profil de risque similaire. Si le traité des risques d'entreprise du secteur assurantiel peut contribuer à l'élaboration de cette liste, l'expérience de tout auditeur et la littérature abondante sur le sujet peuvent compléter la liste des risques génériques susceptibles d'être identifiés dans toute entreprise dont l'actualisation est par ailleurs nécessaire pour prendre en compte les risques émergents. Si la revue de ces risques peut faire apparaître des risques pouvant être considérés comme mineurs et expliquant l'absence de leur détection lors des étapes précédentes, seule la phase d'analyse des risques permettra, au regard de leur probabilité d'occurrence et de leur potentielle gravité, de les inclure ou de les exclure des risques à traiter.

Paragraphe 2 : L'analyse des sources et des conséquences des risques

266. L'analyse des risques permet de déterminer, par l'étude des interactions des sources de risques, les causes potentielles des événements redoutés afin d'estimer leur probabilité et de déterminer l'importance des différentes conséquences probables de ces événements. Les analyses des sources de risques et de leurs conséquences sont

⁵⁵² Enterprise Risk Management – Integrated Framework, trad. par IFACI, Pricewaterhousecoopers et Landwell & ass., *op. cit.*, p. 79.

interdépendantes car certaines sources de risques peuvent exercer une influence sur les conséquences des événements. Toutefois, leur distinction dans cette étude apparaît nécessaire afin de décrire l'ensemble du processus d'analyse des risques et d'apprécier ultérieurement les différents traitements susceptibles de réduire les risques ou de les supprimer en agissant directement sur les sources du risque ou ceux permettant de minorer les conséquences de celui-ci.

267. Si le risque est partout, omniprésent dans chaque action et dans chaque décision de l'entreprise, toutes les actions de l'entreprise n'ont pas pour conséquence potentielle de conduire l'entreprise à sa disparition. Ainsi, il est des risques plus « importants » qui doivent être gérés en priorité pour assurer la pérennité de l'entreprise, satisfaire des obligations législatives et réglementaires, faire l'objet d'une information auprès des actionnaires, des populations voisines de l'entreprise ou de l'autorité administrative⁵⁵³. Afin d'identifier ces risques majeurs, le processus d'analyse des risques permet de préciser des critères permettant de les hiérarchiser. Plus précisément, l'analyse du risque est le « processus mis en œuvre pour comprendre la nature d'un risque et pour déterminer le niveau de risque »⁵⁵⁴.

En tenant compte des définitions retenues dans le cadre de cette étude, le risque peut être perçu comme l'évènement redouté, susceptible de compromettre l'atteinte des objectifs de l'entreprise, et également comme le dommage, la conséquence, qu'il est possible de générer. Dès lors, l'importance d'un risque se décèle au niveau de la fréquence d'interaction des différentes sources du risque causant l'évènement, ou s'appréhende à la mesure de la gravité des conséquences que l'évènement peut produire. En d'autres termes, apprécier la criticité d'un risque nécessite d'analyser les sources de risques (A) et les conséquences potentielles de l'évènement redouté (B).

⁵⁵³ V. *infra*, Partie II, n° 364 et s.

⁵⁵⁴ Norme ISO Guide 73 : 2009, Management du risque, Vocabulaire, 3.6.1.

A) L'analyse des sources de risques

268. Le risque, l'événement potentiel, est constitué par un ensemble d'aléas dénommés notamment⁵⁵⁵ sources de risques. Ces sources de risques, constituant alors les potentielles causes des risques de l'entreprise, peuvent être endogènes ou exogènes (1). Toutefois, il est de nombreuses hypothèses où l'enchevêtrement d'une multitude de faits, de sources de risques, constitue la cause du risque et la fréquence d'interaction de ces derniers accroît la criticité de l'évènement (2).

1) Les sources de risque endogènes et exogènes

269. Les sources, ou facteurs, des risques de l'entreprise peuvent provenir des vulnérabilités de l'entreprise, internes à son environnement, ou peuvent provenir de son environnement extérieur. Dans l'entreprise, il est donc des risques et, *a fortiori*, des sources de risques endogènes (a) et exogènes (b).

a) Les sources de risques endogènes

270. Les sources de risques endogènes, les vulnérabilités⁵⁵⁶, résultent du comportement même de l'entreprise. Ces sources de risques endogènes accroissent la susceptibilité de l'entreprise aux conséquences des aléas car la réalisation d'un risque demeure généralement la conséquence d'un ensemble de facteurs. Ainsi, les risques endogènes regroupent, d'une part, tous les risques naissant des décisions stratégiques de la direction, de choix inopportuns ou de l'inexécution des directives fournies aux membres du personnel et aux partenaires de l'entreprise ; et, d'autre part, lorsqu'ils ne sont pas

⁵⁵⁵ L'usage de l'adverbe notamment permet de ne pas exclure les autres aléas du risque liés, par exemple, aux multiples conséquences potentielles d'un événement aléatoire.

⁵⁵⁶ La vulnérabilité peut également se définir comme « les propriétés intrinsèques de quelque chose entraînant une sensibilité à une source de risque » (Norme ISO Guide 73, Management du risque, Vocabulaire, Management des risques, *op. cit.*, p. 21) ; aussi, le Centre national de la prévention et de la protection (CNPP) définit la vulnérabilité comme la superposition de points dangereux (éléments ou situations capables d'engendrer un événement entraînant des perturbations graves) et de points névralgiques (éléments de l'entreprise dont la défaillance aurait des répercussions critiques sur le marché de celle-ci) *in* Lamy Assurances 2013, ss. dir. J. KULLMANN, Lamy, 2013, n° 1563.

susceptibles d'être imputés à l'action fautive des membres de l'entreprise, la réalisation d'un risque endogène suppose l'interaction avec des causes extérieures⁵⁵⁷.

271. Les défaillances résultant des vulnérabilités de l'entreprise sont les risques sur lesquels l'action est la plus palpable. En effet, en envisageant les différents scénarios menant au risque, l'entreprise peut agir directement sur les facteurs de risque endogènes afin de les supprimer ou, *a minima*, de réduire les impacts que le risque peut engendrer à la suite de la rencontre de cette vulnérabilité et de risques externes⁵⁵⁸. A titre d'exemple, le choix de la situation géographique de la centrale nucléaire de Fukushima constituait une vulnérabilité vis-à-vis des risques naturels, externes à l'entreprise, comme l'ont révélée les séisme et tsunami l'ayant frappée le 11 mars 2011⁵⁵⁹.

272. De nombreux risques internes à l'entreprise sont pourtant souvent analysés comme étant extérieurs à cette dernière⁵⁶⁰. En effet, l'homme peut avoir tendance à nier son implication dans la réalisation d'évènements dommageables. Cela est d'autant plus perceptible quand le risque résulte d'un ensemble de facteurs susceptibles de diluer les responsabilités. Cet état de fait constitue le principal écueil rencontré dans la mise en place d'un processus de gestion des risques : nier sciemment l'existence d'un facteur de risque ou l'attribuer à une cause différente pour tenter d'en refuser la responsabilité. Par ailleurs, cela explique que les différentes sources de risques doivent être distinguées selon qu'elles constituent des causes premières ou secondaires du risque, ou encore qu'elles puissent être analysées comme des causes aggravantes⁵⁶¹. Généralement assumés par l'entreprise, les risques endogènes peuvent être traités par l'investissement dans de nouveaux procédés de fabrication, dans des dispositifs de prévention et de formation du personnel permettant de limiter les risques liés au facteur humain ou encore être transférés par un contrat de sous-

⁵⁵⁷ Par exemple, bien que l'entreprise procède au choix des outils de production qu'elle acquiert, la défaillance d'une machine, risque endogène, peut être consécutive à un défaut de conception imputable au constructeur (risque exogène).

⁵⁵⁸ V. *infra*, n°s 279 et s.

⁵⁵⁹ Rapport officiel de la Commission d'enquête indépendante sur l'accident nucléaire de Fukushima, Diète Nationale du Japon, Traduction du résumé en langue anglaise par R. ASH, D. GILLES et al., Editions de Fukushima, Novembre 2012, 641 p.

⁵⁶⁰ Directeur de recherches au Centre national de la recherche scientifique, Claude Gilbert relevait en ce sens que « l'importance de la dimension endogène d'un grand nombre de risques collectifs contemporains est actée depuis longtemps. Des ouvrages à portée très générale publiés à la fin des années [19]80 (Beck, 1986/2011 ; Lagadec, 1986), ont souligné cet aspect et ont fortement contribué (...) à faire admettre que, désormais, les principaux risques susceptibles d'affecter les collectivités humaines, les sociétés voire la planète, étaient d'origine humaine » C. GILBERT, Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique, *Riseo*, N° 3, 2011, p. 34.

⁵⁶¹ En ce sens, Y. PESQUEUX, *Le concept de risque au magasin des curiosités*, préc., p. 4.

traitance⁵⁶².

273. Ainsi, l'erreur humaine⁵⁶³ et plus généralement tous les risques susceptibles de trouver leur source dans l'action des membres de l'entreprise sont des risques endogènes par nature. Bien que certaines inadvertances puissent être anticipées et que les taux d'erreurs puissent être réduits grâce à la formation du personnel, l'intervention de l'homme fait toujours craindre un risque d'erreur, voire une volonté nuisible difficilement prévisible pour l'entreprise. Dès lors, le facteur humain peut annihiler à lui seul tous les bénéfices escomptés de la mise en place d'une politique de gestion des risques.

La « liberté » accordée à l'homme, qu'il soit ouvrier spécialisé, cadre, trader, ou dirigeant de l'entreprise, est trop importante pour éviter la réalisation de certains risques. En effet, s'il existe une obligation générale de ne pas nuire à autrui et une obligation de loyauté sous entendue dans tous les contrats liant un salarié à son employeur⁵⁶⁴, recelant au moins un caractère prophylactique, certaines personnes persuadées de poursuivre la justesse de leur cause peuvent commettre des méfaits qu'il est quasiment impossible de prévoir. « Est-il possible de penser l'improbable ? (...) Peut-on toujours prévoir le risque ? (...) la réponse dépend à la fois de la disponibilité de la connaissance scientifique [mais surtout] de la capacité à maîtriser tous les éléments inhérents à l'action humaine »⁵⁶⁵.

274. Or, s'il est possible de prévoir une perception erronée des directives transmises au personnel, ou d'anticiper l'inattention d'un salarié chargé de la maintenance des outils de production par la mise en place de procédures de contrôle, l'indiscipline et les actes malveillants sont des risques délicats à analyser et, *a fortiori*, à anticiper, comme l'ont illustré les événements tragiques du 11 septembre 2001⁵⁶⁶. Néanmoins, ce constat décevant ne doit pas conduire à l'inaction⁵⁶⁷. Il doit plutôt être le moteur d'une profonde réflexion afin d'inclure les facteurs de risques endogènes dans les différents scénarios menant aux risques comme, par

⁵⁶² V. *infra*, n° 347.

⁵⁶³ La locution latine « *Errare humanum est, perseverare diabolicum* » signifie « l'erreur est humaine, persévérer [dans cette erreur] est diabolique ».

⁵⁶⁴ L'obligation de loyauté dans le contrat de travail découle de l'article L. 1222-1 du Code du travail qui prévoit, en plus des obligations générales prévues au dernier alinéa de l'article 1134 du Code civil, la bonne foi devant régir la relation contractuelle.

⁵⁶⁵ V. ERNE-HEINTZ, Penser le risque résiduel : l'impossible catastrophe, *Riséo*, N° 3, 2012 pp. 15-38.

⁵⁶⁶ En effet, « toutes les études sérieuses dispensaient les décideurs d'envisager la possibilité » d'un tel scénario (B. BESSON, J.-C. POSSIN, L'intelligence des risques, *Communication & Management*, revue internationale des sciences commerciales, ESKA, n°3, vol 6, 2006, p. 118).

⁵⁶⁷ Nombre d'attentats terroristes sont déjoués au quotidien grâce à une surveillance itérative et minutieuse des services de renseignements étatiques.

exemple, dans le cadre de *stress tests*⁵⁶⁸ utilisés notamment dans le domaine de l'aviation ou dans celui de la construction. Aussi, l'analyse des différentes sources de risques endogènes nécessite d'être complétée par l'analyse des multiples sources de risques exogènes.

b) Les sources de risques exogènes

275. À la différence des sources de risques endogènes, les sources de risques exogènes constituent des aléas sur lesquels l'homme n'a que peu d'influence. Les risques, ou sources de risques, exogènes sont déterminés par le caractère extérieur de l'aléa vis-à-vis de l'entreprise et ne sont pas directement liés aux choix réalisés par celle-ci. Ils sont perçus comme une menace à laquelle l'entreprise est exposée à l'encontre de sa volonté.

Ainsi, les risques exogènes recensent les risques naturels (catastrophes climatiques, séismes, éruptions volcaniques), les risques sanitaires (épidémies, pandémies) ou encore les risques systémiques⁵⁶⁹ mais ne sauraient se cantonner à ces types de risque. En effet, l'extranéité du risque peut résulter de nombreux éléments et les risques exogènes peuvent, par exemple, émaner de la puissance publique refusant le renouvellement d'un agrément, de concurrents détenteurs d'installations essentielles⁵⁷⁰ à la fourniture d'un service ou des partenaires de l'entreprise rompant brutalement des relations commerciales établies⁵⁷¹. Dans le même sens, les facteurs de risque exogène peuvent résulter d'un acte malveillant d'un tiers à l'entreprise, qui s'introduit sur les réseaux informatiques en vue de soustraire frauduleusement des données confidentielles, ou provenir d'un conflit se déroulant dans un pays avec lequel l'entreprise entretient des relations commerciales.

276. Il en résulte, en reprenant le postulat initial de cette étude, que le risque est omniprésent et ses sources apparaissent sous des formes hétérogènes dans la vie d'une entreprise. Bien que les mesures préventives mises en place pour parer à ces différentes éventualités soient nécessairement différentes, la particularité des risques exogènes

⁵⁶⁸ Le *stress test*, ou test de résistance, est une technique d'ingénierie consistant à évaluer la stabilité d'un système à l'occasion de scénarios prévoyant de sévères dysfonctionnements inhabituels.

⁵⁶⁹ Le risque systémique peut être défini comme un risque qui survient dans une entité et se propage à toutes les entités fondées sur le même modèle économique. Par exemple, il est possible de considérer la faillite de la banque américaine Lehman Brother, à la suite de la cession de 6 milliards de dollars de ses actifs provoquant une chute de sa capitalisation boursière de 73%, comme une source déterminante du risque systémique lié à la crise des *subprimes*. En effet, cet événement a entraîné une lourde crise mondiale de liquidités qui aurait pu avoir pour conséquence la chute du système financier mondial.

⁵⁷⁰ Par exemple, V. Cass. com., 12 juillet 2005, n° 04-12.388, Bull. n° 163.

⁵⁷¹ Par exemple, V. Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-26.554.

homogénéise le modèle sur lequel repose les mesures, permettant leur identification et leur prévention, car elles « obéissent toutes à une logique de type militaire (...) il s'agit en effet de disposer de « capteurs », de « vigies » pour identifier la présence de l'ennemi, de déterminer la nature des menaces et d'avoir à disposition les « armes » et « soldats » nécessaires pour y faire face »⁵⁷². En d'autres termes, si l'entreprise n'a que peu d'emprise sur ces facteurs de risques exogènes, leur identification et leur analyse permet d'anticiper leur éventuelle réalisation et de minorer les conséquences négatives, au risque parfois... de refuser la bataille.

277. La détermination de cette catégorie de risques démontre la difficulté d'énumérer les différents événements y figurant et que la doctrine a pu partiellement synthétiser à travers un classement dénommé le modèle PEST. En effet, le modèle PEST⁵⁷³ est une classification déclinant les principaux risques, et donc facteurs de risques, exogènes de l'entreprise en quatre catégories : les risques politiques, économiques, socioculturels et technologiques. Si cette classification permet de regrouper les principaux risques exogènes de l'entreprise, elle omet néanmoins les différents facteurs de risques liés aux forces de la nature.

Tout d'abord, subdivisés en quatre catégories de sources, les risques politiques peuvent émaner des guerres ou de l'instabilité politique, de la corruption, du risque d'expropriation dans certains pays⁵⁷⁴ ou dans des Etats sujets à l'instabilité politique, de la pression de réseaux mafieux ou enfin de l'absence d'Etat providence⁵⁷⁵.

Ensuite, les risques économiques exogènes, dénommés risques macroéconomiques par le modèle « PEST », peuvent se matérialiser sous des formes les plus diverses comme le retournement du cycle économique, la chute du cours des actions sur les marchés financiers, la faible consommation des ménages liée à une augmentation du chômage ou à un surcroît de la charge fiscale et parafiscale ou encore être liés à la variation brutale du cours d'une devise à la hausse ou à la baisse.

La troisième catégorie du modèle PEST, les risques socioculturels, reprend tous les risques directement liés aux évolutions démographiques de l'environnement des entreprises

⁵⁷² C. GILBERT, Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique, *Riseo*, N° 3, 2011, pp. 31-32.

⁵⁷³ En 1985, deux professeurs anglais, Gerry Johnson et Hevan Scholese, ont élaboré le modèle PEST, dont l'acronyme correspond aux différents risques identifiés à travers ce modèle : politiques, économiques, socioculturels et technologiques.

⁵⁷⁴ Par exemple, la politique d'expropriations et de nationalisations d'entreprises privées, poursuivie par l'ancien Président du Venezuela, Hugo Chavez, est un exemple de l'importance que représente le risque pays pour les investisseurs étrangers.

⁵⁷⁵ O. HASSID, *Le management des risques et des crises*, Dunod, coll. stratégie d'entreprise, 3^{ème} éd., Paris, 2011, pp. 13-14.

ainsi que ceux inhérents aux comportements et aux préoccupations⁵⁷⁶ de leurs clients.

En dernier lieu, les risques technologiques reprennent principalement les risques industriels, nucléaires et biologiques⁵⁷⁷. Ils ne concernent donc que certains secteurs d'activité soumis, par ailleurs, à des contraintes législatives et réglementaires en matière de prévention des risques comme l'industrie chimique, l'élevage intensif, la gestion des déchets toxiques ou l'usage de produits dangereux⁵⁷⁸. En raison des conséquences particulièrement préjudiciables susceptibles d'être observées lors de la réalisation de ce type de risque, le législateur a prévu de multiples mesures préventives⁵⁷⁹ afin d'éviter que des entreprises sujettes aux risques technologiques ne puissent s'implanter dans des zones susceptibles de contribuer à l'aggravation des conséquences de ces risques sur les hommes et l'environnement⁵⁸⁰. Si ces derniers risques sont étroitement surveillés en raison des dommages qu'ils peuvent causer à l'environnement, ils doivent être différenciés des risques naturels qui, bien que faisant l'objet de plans de prévention semblables⁵⁸¹, sont causés par les « forces de la nature ». En effet, si le modèle ne prend pas en compte les risques naturels, il n'en demeure pas moins que ces risques sont des risques exogènes par nature et méritent une attention particulière eu égard à la gravité de leurs conséquences et à leurs fréquences.

2) La fréquence d'interaction des sources du risque

278. Distinguer les risques selon leurs sources permet de savoir comment les différents événements interagissent entre eux afin de connaître la fréquence des interactions menant à la réalisation des risques. Comme le montre l'exemple du risque naturel, les risques ne sont que rarement la résultante d'une seule et même cause (b). Même si certains risques peuvent paraître mineurs pour l'entreprise, une forte occurrence de ces derniers (a), et donc une forte occurrence de la rencontre de plusieurs facteurs de risque, peut accroître

⁵⁷⁶ L'attractivité des produits issus de l'agriculture biologique ou vendus sous le label du commerce équitable, la pérennité des entreprises positionnées sur le secteur des produits de luxe, sont des exemples des comportements consuméristes des sociétés occidentales qui doivent nécessairement être pris en compte comme facteurs de risques exogènes.

⁵⁷⁷ V. *infra*, n° 706.

⁵⁷⁸ O. HASSID, Le management des risques et des crises, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁷⁹ Prévues à l'article L. 515-16 du Code de l'environnement, ces mesures peuvent aller de la simple recommandation, ou prescription, à l'interdiction d'aménager, voire à l'expropriation pour cause d'utilité publique lorsque les zones sont considérées comme sujettes à « l'existence de risques importants d'accident à cinétique rapide présentant un danger très grave pour la vie humaine » ; V. *infra*, n° 697 et s.

⁵⁸⁰ C. environ., art. L. 515-15 à L. 515-26.

⁵⁸¹ V. *infra*, n° 698.

l'importance d'un risque.

a) L'occurrence des risques

279. « Un risque est un dommage dont on peut évaluer la probabilité d'occurrence, et qui doit posséder une expression monétaire, afin de lui associer un capital »⁵⁸². Si la traduction monétaire du risque se réalise généralement par l'étude de ses conséquences financières, l'analyse de la fréquence du risque, à travers l'étude des différents événements redoutés, nécessite une approche par les causes du risque. En effet, la prise en compte de la gravité - *lato sensu* - d'un risque ne doit pas être uniquement dictée par l'aspect pécuniaire des conséquences de l'événement, puisqu'il est des risques qui, pris isolément, n'auront pas de conséquences financières importantes ; alors que d'autres pourront être difficilement surmontables en raison d'une forte occurrence, comme l'illustre le risque d'impayés. L'occurrence d'un risque ou, plus précisément, l'occurrence d'interaction entre plusieurs sources significatives de risques, est une donnée importante puisqu'elle permet d'apprécier l'aspect quantitatif de la répétition de la rencontre des différentes causes menant à la réalisation du risque. En effet, en analysant les différentes sources menant au risque, il est possible de savoir comment celles-ci interagissent et, à travers des simulations et calculs statistiques, d'estimer la probabilité de réalisation du risque ; et, pour les risques les plus connus, de déterminer leur fréquence⁵⁸³. Ainsi, le processus d'analyse des risques inclut l'estimation⁵⁸⁴ de ces derniers⁵⁸⁵.

⁵⁸² D. MELLONI, Qu'est ce que le risque collectif ?, *Riséo*, n° 1, 2010, p. 7-15.

⁵⁸³ En effet, si le risque est un événement probable, certains événements redoutés ont une occurrence certaine et leur réalisation, ne doit plus être appréciée sous le prisme de leur probabilité mais, doit être appréhendée à l'aune de leur fréquence. En pareille hypothèse, si la fréquence des événements est connue, les conséquences potentielles de ces événements peuvent différer. Le risque de change offre une parfaite illustration de ce raisonnement. En effet, la fréquence du risque de change est connue de toute entreprise, qui a des relations commerciales avec des pays n'utilisant pas la même monnaie, comme étant quotidienne. Toutefois, le risque de la variation d'une devise étrangère est constitué par l'impossibilité de prévoir la variation de la devise et donc l'impossibilité de prévoir précisément les conséquences positives ou négatives qui y sont liées.

⁵⁸⁴ L'estimation des risques peut être définie comme « le processus conduisant à l'expression qualitative et/ou quantitative du risque » Normalisation française FD X 50-252, *Management du risque - Lignes directrices pour l'estimation des risques*. ; par ailleurs, la doctrine relève qu'il est également possible d'introduire une troisième valeur dans la phase d'estimation relative à la détectabilité du risque (en ce sens, H. COUROT, *La gestion des risques dans les projets*, Economica, Paris, 2008, cité in C. AUBRY, *La gestion des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle*, Comptabilité et connaissances, 2005).

⁵⁸⁵ ISO Guide 73 : 2009, *Management du risque - Vocabulaire*, 3.6.1, note 2.

280. Afin d'estimer la probabilité d'occurrence d'un risque, il est ainsi possible de se référer aux différentes méthodes, telles l'AMDEC ou l'APR, qui permettent d'identifier, d'analyser les risques et d'estimer leur criticité⁵⁸⁶. D'ailleurs, le recours à certaines d'entre elles est parfois suggéré par le législateur⁵⁸⁷. De la même manière, l'estimation de la criticité d'un risque peut être réalisée à l'aide du diagramme de FARMER qui permet de représenter graphiquement la vraisemblance d'un événement, en le comparant à la gravité de ses conséquences. De même, il est possible de s'appuyer sur les distributions statistiques réalisées par les actuaires⁵⁸⁸ pour le compte des compagnies d'assurances, afin de bénéficier de l'occurrence de certains risques et d'y appliquer les différents facteurs de pondération selon les dispositifs préventifs d'ores et déjà mis en place dans l'entreprise. Nonobstant le fait qu'une évaluation quantitative basée sur des probabilités ne constitue pas une science exacte, les données prises en compte dans ces calculs ne sauraient prétendre à l'exhaustivité, puisqu'elles ne prennent pas en compte tous les facteurs de risques de l'entreprise, dont certains sont trop malaisés à analyser pour obtenir des probabilités suffisamment fiables. L'entreprise peut également recourir à ses propres actuaires afin de produire des modèles statistiques lui permettant, à travers l'étude de données empiriques disponibles dans l'entreprise, d'élaborer des probabilités plus proches de ses réalités. Aussi, selon les domaines concernés, le recours à des experts peut également permettre une estimation pertinente de la probabilité d'occurrence de certains types de risques. Quelque soit la méthode utilisée, une valeur de fréquence, ou de probabilité d'occurrence, doit être attribuée à chaque risque identifié et peut éventuellement être ajustée par les avis des directeurs opérationnels concernés par les risques étudiés. Une fois cette étape réalisée, la hiérarchie des risques, selon

⁵⁸⁶ V. *supra*, n° 261 et s.

⁵⁸⁷ A titre d'exemple, la circulaire du 10 mai 2000 relative à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation prévoit l'usage de méthodes, comme l'HAZOP, l'AMDEC, la méthode *what-if*, ou la méthode de l'arbre de défaillances, afin d'analyser les risques liés à l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement.

⁵⁸⁸ Généralement les actuaires disposent de nombreux outils leur permettant de modéliser les risques afin de déterminer l'occurrence des différents facteurs de risques et les résultats de leur interaction afin de déterminer les conséquences potentielles des événements redoutés. Toutefois, ces modélisations ont un coût important du fait des compétences nécessaires pour les réaliser et du matériel adapté à l'usage de méthodes probabilistes comme la méthode de Monte Carlo, le réseau de Pétri, les chaînes de Markov ou encore le modèle Bayésien. Par exemple, la méthode Monte Carlo est « une série de techniques d'échantillonnages statistiques utilisée pour trouver des solutions à des problèmes quantitatifs qui reposent sur la capacité d'un ordinateur à effectuer des milliers de calculs complexes à une vitesse extrêmement rapide » (S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 99). Dans le même sens, la *Value at Risk* (VaR) ou, en français, la Valeur en Risque est une méthode « popularisée par la banque JP Morgan en 1994 avec la publication de son *RiskMetrics*, [qui] est devenue un outil logiciel très utilisé par les institutions financières et les traders pour mesurer leur expositions à d'éventuelles pertes » (*Ibid.*, p. 100 et s.).

leur probabilité d'occurrence ou leur fréquence, s'ordonne grâce à une échelle de valeurs⁵⁸⁹.

281. Ce type d'échelle, dont chaque graduation peut être adaptée par l'entreprise⁵⁹⁰, est d'une importance capitale dans le cadre d'un audit des risques de l'entreprise, puisque le droit ne distingue que sommairement, et de manière sectorielle, les différents risques de l'entreprise selon leur causes. En effet, et de manière regrettable, le droit ne propose ni qualifications homogènes ni nuances suffisantes permettant d'apprécier l'importance d'un risque à la mesure de sa fréquence. Le législateur se contente effectivement de mettre en exergue les entreprises ou les produits qui sont plus susceptibles que d'autres de générer des risques importants pour la santé du personnel, pour l'environnement ou encore pour les populations voisines de l'entreprise.

Par exemple, les « marchandises dangereuses à haut risque » est une catégorie recensant des matières ou objets pouvant être « utilisées à mauvais escient par des terroristes et qui, dans cette hypothèse, pourraient provoquer de nombreuses pertes en vies humaines, des destructions massives ou (...) des bouleversements socioéconomiques »⁵⁹¹. Ainsi, en raison du danger que représente cette source de risque, le législateur⁵⁹² réglemente lourdement le transport de ces matières⁵⁹³. De la même manière, la notion de risques graves, présente dans la jurisprudence du droit de la santé⁵⁹⁴ et dans les dispositions du Code du travail⁵⁹⁵, n'est pas

⁵⁸⁹ Sur une échelle allant de 1 à 5 la probabilité d'occurrence d'un risque peut être traduite dans les termes suivants : pratiquement impossible (1), possible mais peu probable (2), possible et probable (3), très possible (4), certain (5). De la même manière, sur une échelle de 1 à 5 la fréquence d'un risque peut être traduite dans les termes suivants : exceptionnel (1), rare (2), fréquent (3), très fréquent (4), courant (5).

⁵⁹⁰ La cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹¹ Accord européen relatif au transport international des marchandises dangereuses par route en date du 30 septembre 1957 (Art. 1.10.3.1.1).

⁵⁹² V. notamment, Arr. 29 mai 2009, NOR : DEVP0911622A, JO 27 juin, modif. par Arr. 5 août 2009, NOR : DEVP0918184A, JO 9 sept ; Arr. 2 déc. 2009, NOR : DEVP0928485A, JO 11 déc. ; Arr. 9 déc. 2010, NOR : DEVP1028908A, JO 17 déc.).

⁵⁹³ Les marchandises dangereuses au sens de l'ADR sont constituées de matières ou objets, solutions ou mélanges, préparations ou déchets appartenant à l'une des treize classes de danger suivantes : classe 1 : matières et objets explosibles ; classe 2 : gaz ; classe 3 : liquides inflammables ; classe 4.1 : matières solides inflammables, matières autoréactives, matières explosibles désensibilisées solides ; classe 4.2 : matières sujettes à l'inflammation spontanée ; classe 4.3 : matières qui, au contact de l'eau, dégagent des gaz inflammables ; classe 5.1 : matières comburantes ; classe 5.2 : peroxydes organiques ; classe 6.1 : matières toxiques ; classe 6.2 : matières infectieuses ; classe 7 : matières radioactives ; classe 8 : matières corrosives ; classe 9 : matières et objets dangereux divers.

⁵⁹⁴ Si la Cour de cassation ne définit pas la notion du risque grave, le rapport du Conseiller P. Sargos permet d'apprécier les contours de la notion qui s'entend comme « les risques qui, par leur gravité, sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser les investigations et les soins et des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales » Rapp. P. SARGOS, ss. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, JCP G 1997, II, n° 22942, RTD civ. 1998, p. 682, obs. P. JOURDAIN. Le Conseil d'Etat définissait la notion du risque grave comme celui qui « expose le patient au décès ou à l'invalidité » CE, 5 janv. 2000, n°s 198530 et 181899.

⁵⁹⁵ C. trav., art. L. 4614-12.

non plus définie avec précision. La détermination de la gravité du risque, selon qu'elle est liée à la cause ou à la conséquence de l'événement, est alors plus compliquée à appréhender. Lorsqu'elle est évoquée dans le droit de la santé, la gravité du risque est liée à la source de l'événement, puisque cette notion est utilisée dans le cadre d'un droit d'information dont le patient est créancier envers le médecin. A l'inverse, lorsque l'article 4614-12 du Code du travail prévoit la possibilité de faire intervenir un expert agréé « lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement », la gravité du risque renvoie à la conséquence de ce dernier. En effet, le caractère constaté de la gravité du risque induit que ce risque est déjà réalisé ; ses conséquences ont alors permis cette constatation. Il en est toutefois différemment de la notion de « risques sérieux », présente dans le Code de la santé publique, qui vise des risques dont la probabilité de réalisation est quasi certaine⁵⁹⁶. Le droit ne permet donc pas de donner une définition exacte des différentes nuances de l'importance d'un risque au regard de leur fréquence. Si cet écueil peut être résolu par le recours à des échelles de valeurs, la multiplicité des causes d'un même risque peut également complexifier l'analyse de la fréquence des sources de risques et donc rendre plus malaisée l'analyse de leur importance pour l'entreprise.

b) L'exemple de la multiplicité des causes des risques : les risques naturels

282. Si la nature est la cible du risque environnemental, elle est également source de risques. Le Code de l'environnement illustre les risques naturels en énumérant plusieurs événements, dont il est possible de prévoir la survenue, comme les « mouvements de terrain, ou d'affaissements de terrain dus à une cavité souterraine ou à une marnière, d'avalanches ou de crues torrentielles ou à montée rapide ou de submersion marine menaç[ant] gravement des vies humaines »⁵⁹⁷. Pour l'entreprise, le risque naturel est constitué par la survenue d'un phénomène naturel qui va causer des conséquences dommageables ; en droit, le risque naturel est donc appréhendé à l'aune de la source de l'événement et des conséquences dommageables des phénomènes naturels. Aussi, les risques naturels peuvent eux-mêmes être classés en différentes sous-catégories selon la nature du phénomène observé. Il est des risques telluriques (volcaniques, sismiques), des risques d'origine climatiques et météorologiques (sécheresse, inondations, tempêtes, cyclones), ou encore d'origine géologiques (glissements

⁵⁹⁶ Par exemple, V. CSS, R. 162-43-1

⁵⁹⁷ C. environ., art. L. 561-1, al. 1.

de terrains, chute de blocs rocheux).

283. Bien que définis par le législateur, les risques naturels ne sauraient se cantonner ni aux seuls évènements énumérés par le législateur ni aux seuls évènements climatiques, telluriques ou géologiques et recouvrent, pour l'entreprise, des réalités plus vastes⁵⁹⁸. Par exemple, en 2013, l'arrêt, trois jours durant, de la centrale nucléaire suédoise d'Oskarshamn, en raison de l'accumulation de méduses dans les circuits de refroidissement, est constitutif pour l'entreprise d'un risque naturel⁵⁹⁹. En effet, sauf à faire valoir une nouvelle catégorie de risques, opposant risques naturels aux « risques de la nature », les risques naturels recensent tous les évènements qui se réalisent sans que l'homme n'ait une quelconque emprise sur ceux-ci. En raison de l'imprévisibilité à moyen ou long terme des risques naturels et de l'ampleur des conséquences qui peuvent être observées à la suite de la réalisation de ces risques, le législateur a enjoint aux services déconcentrés de l'Etat de réglementer, à travers les plans de prévention des risques naturels, l'utilisation des sols selon les risques naturels encourus dans les différentes communes situées sur le territoire français⁶⁰⁰. Ces plans sont ainsi réalisés afin de minimiser les éventuels facteurs aggravants susceptibles d'être générés par certaines activités. En ce sens, les risques naturels ne alors sont plus exclusivement naturels.

284. En effet, le caractère naturel de ces risques est souvent remis en cause par la doctrine⁶⁰¹, lorsqu'un risque survient en raison du déchainement des forces de la nature tout en ayant des conséquences dépendant également des choix d'urbanisation ou des développements stratégiques des entreprises, de l'homme. Les risques endogènes et exogènes,

⁵⁹⁸ D'ailleurs, reprenant la définition des risques naturels précisée à l'article L. 561-1 du Code de l'environnement, l'article suivant – relatif aux plans de prévention des risques naturels – démontre, sans recourir à l'adverbe notamment, que les différents phénomènes naturels énumérés dans la définition du risque naturel constituent des illustrations des évènements que recouvre la notion (C. environ., art. L. 562-1, al. 1).

⁵⁹⁹ Suède : des méduses arrêtent un réacteur, Lefigaro.fr, AFP, 2 oct. 2013, url : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2013/10/02/97001-20131002FILWWW00332-suede-des-meduses-arretent-un-reacteur.php>. Dans le même sens, le 22 mars 2013, la compagnie Tepco avait révélé la présence d'un rat comme étant à l'origine de la panne de distributeurs d'électricité ayant paralysé une partie des systèmes de refroidissement de la centrale nucléaire de Fukushima (Fukushima : un rat est bien la cause d'un court-circuit, Le Monde, 25 mars 2013).

⁶⁰⁰ V. *infra*, n° 698.

⁶⁰¹ La doctrine relève que « l'on constate par ailleurs une augmentation sensible des catastrophes climatiques, dont certaines sont indubitablement liées, par une causalité qu'il est impossible de déterminer avec rigueur, à l'activité humaine : des risques naturels ne sont plus exclusivement... naturels. A l'inverse, des catastrophes naturelles ont un impact sur des risques nés de technologies nouvelles. Des risques majeurs sont ainsi le produit d'un enchaînement de plus en plus complexe de facteurs, la frontière entre risques technologiques et naturels devenant de plus en plus poreuse » in J. MOURY, Le droit confronté à l'omniprésence du risque, Rec. Dalloz, 2012, p. 1020 et s.

vulnérabilités et facteurs extérieurs, peuvent se coupler et créer un risque global, accentuant l'importance d'identifier l'ensemble des sources de risques pour en analyser les interactions et affecter une valeur aux causes les plus probables. En effet, un risque est généralement le point de conjonction de multiples facteurs de risques, de causes, menant à sa réalisation. Par ailleurs, si les entreprises ont tendance à se concentrer sur le caractère dommageable du risque, elles ne doivent pas omettre que ces dommages résultent de la rencontre d'un ensemble d'éléments causaux, de vulnérabilités endogènes et de phénomènes externes, créant le risque. L'accident nucléaire du 11 mars 2011 sur le site japonais de Fukushima en offrît une illustration. En effet, s'il n'est pas discutable que le séisme d'une magnitude de 9,0 sur l'échelle de Richter et le tsunami qui s'ensuivit ont causé d'importants dégâts aux installations de la centrale nucléaire, le rapport officiel de la commission d'enquête sur l'accident met en lumière de nombreuses erreurs humaines dans la gestion de cet accident ayant conduit à l'arrêt des systèmes de refroidissement de secours des réacteurs nucléaires et des piscines de désactivation des combustibles irradiés⁶⁰².

Si les probabilités d'occurrence des différents facteurs de risques susceptibles de causer l'événement permettent d'obtenir une première valeur pour estimer la criticité d'un risque, les différentes conséquences potentielles de l'événement doivent également être analysées pour compléter cette estimation.

B) L'analyse des conséquences potentielles des risques

285. Analyser les conséquences potentielles d'un risque est une phase nécessitant d'étudier les différents résultats que peut produire ce risque, puis d'estimer l'importance de ces conséquences pour l'entreprise. Bien qu'il soit possible de confronter les conséquences préjudiciables et bénéfiques pour l'entreprise⁶⁰³, l'appréhension du caractère préjudiciable des conséquences du risque permet davantage de les prévenir et d'apprécier l'opportunité d'une prise de risques, en comparant les préjudices potentiellement subis et les gains susceptibles d'être réalisés. Par conséquent, il apparaît opportun de présenter les différentes conséquences potentielles des risques en les distinguant selon la nature juridique des préjudices subis par les

⁶⁰² Rapport officiel de la Commission d'enquête indépendante sur l'accident nucléaire de Fukushima, Diète Nationale du Japon, Traduction du résumé en langue anglaise par R. ASH, D. GILLES et al., Editions de Fukushima, Novembre 2012, 641 p.

⁶⁰³ En ce sens, V. FERMA, Cadre de référence de la gestion des risques, 2003.

entreprises.

L'intérêt de retenir cette distinction est double, puisque, d'une part, le principe de la réparation intégrale des préjudices subis implique que l'ensemble des conséquences dommageables subies par les entreprises soient comprises dans ce classement et, d'autre part, de multiples modalités d'estimation⁶⁰⁴ visant à appréhender le plus précisément possible les conséquences d'un fait fautif sont précisées par la doctrine, le législateur et la jurisprudence. Toutefois, si la nature juridique des conséquences des risques (1) et les méthodes préconisées par le droit permettent de faciliter l'analyse et donc l'estimation des conséquences potentielles des risques, la science juridique ne permet pas de surmonter toutes les difficultés suscitées par cette estimation (2).

1) La nature juridique des conséquences des risques

286. Si l'audit de risques a également pour dessein de saisir les opportunités liées au risque, c'est davantage en concentrant l'étude sur les menaces dommageables pour l'entreprise que l'audit permet d'identifier et d'analyser les différents risques nécessitant la mise en place de dispositifs préventifs. Analyser les risques sous le prisme de leurs conséquences préjudiciables est une phase indispensable dans l'audit de risques, puisqu'elle permet, après avoir identifié les différentes conséquences potentielles de ces derniers, de chiffrer les coûts que ces conséquences représenteraient si le risque se venait à se réaliser, puis de leur affecter une valeur.

Cette estimation permet alors de conclure l'analyse des risques en vue de déterminer ultérieurement les risques devant être traités en priorité. En distinguant les différents risques de l'entreprise, entendus comme des conséquences dommageables et donc comme des préjudices subis par les entreprises, il est possible de mettre en lumière quatre types de

⁶⁰⁴ Si, dans la science juridique, il serait plus adéquat de recourir à la notion « [d'] évaluation des préjudices », l'usage du terme estimation permet, d'une part, de relever le caractère subjectif attaché à la détermination d'une conséquence potentielle et, d'autre part, d'éviter toute confusion avec la phase d'évaluation des risques. En effet, dans les méthodologies du management des risques, la phase d'évaluation du risque est définie comme le « processus de comparaison des résultats de l'analyse du risque avec les critères de risque afin de déterminer si le risque et/ou son importance sont acceptables ou tolérables. L'évaluation du risque aide à la prise de décision relative au traitement du risque » (ISO Guide 73 :2009, Management du risque - Vocabulaire, 3.7.1 ; dans le même sens, V. FERMA : Cadre de référence, précit) ; *adde*, certaines méthodes de management des risques, lorsqu'elles sont appliquées au contrôle interne, intègrent l'estimation des risques dans une phase dénommée « Évaluation des risques » (en ce sens, V. *Enterprise Risk Management – Integrated Framework*, trad. par IFACI et al., *op. cit.*, p. 73 et s.).

préjudices enseignés par la doctrine⁶⁰⁵ : les risques liés aux personnes (a), ceux liés à la perte de revenus (b), les dépenses induites du fait de la survenance de l'évènement redouté (c) et le risque de responsabilité (d).

a) Les risques liés aux personnes

287. L'étude de la notion de risques liés aux personnes suppose de faire une distinction entre les risques subis par l'entreprise, personne morale, et les risques, préjudices de l'entreprise inhérents aux personnes travaillant pour l'entreprise. En effet, si la première catégorie englobe les préjudices moraux de l'entreprise⁶⁰⁶, la seconde catégorie de risques liés à la personne a trait aux différentes personnes physiques qui collaborent au succès économique de l'entreprise. Les risques liés aux personnes recouvrent alors des réalités diverses et variées comme l'accident ou la maladie, nonobstant leur éventuelle origine professionnelle, le décès d'un salarié ou d'un homme clef, ou encore l'enlèvement d'un salarié dont la pratique est de plus en plus courante en cas de personnel expatrié dans certains pays en voie de développement.

Les modalités d'estimation des risques regroupés dans cette catégorie peuvent être complètement différentes selon la nature du risque à estimer. Aussi, en pratique, elles peuvent se compléter avec d'autres modalités d'estimation des préjudices pour prendre en compte l'intégralité des coûts que représente le risque. En effet, outre les indemnités des préjudices corporels pouvant être évaluées, par exemple, à l'appui⁶⁰⁷ de la nomenclature Dintilhac, les frais engagés pour embaucher et former le personnel chargé de remplacer le salarié malade ou blessé doivent être pris en compte. Aussi, il est nécessaire d'estimer les différentes condamnations auxquelles l'entreprise peut avoir à répondre si la réalisation du risque peut être imputable à une faute de l'entreprise ou de ses dirigeants, particulièrement

⁶⁰⁵ V. notamment : A. POLACH, *Risque et gestion des risques : Notions*, préc. pp. 2-3 ; F. BOUCHON, *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Droit à l'indemnisation, Evaluation du préjudice, Exécution, Litec*, coll. Affaires finances, Paris, 2002, 329 p., spéc. pp. 25-65.

⁶⁰⁶ Dans un arrêt rendu le 15 mai 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation a tranché en faveur de la possibilité pour les personnes morales de solliciter l'indemnisation de leur préjudice moral (Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10278, Bull. 2012, IV, n° 101).

⁶⁰⁷ En théorie, les magistrats doivent évaluer souverainement les préjudices sans se référer expressément à des barèmes préalablement fixés sous peine d'être ensuite désavoués du fait de la prohibition des arrêts de règlement (Cass. crim., 3 nov. 1955, D., 1956.357, note R. SAVATIER). Toutefois, la jurisprudence en la matière s'assouplit et la Haute juridiction retient que les magistrats peuvent s'appuyer sur un barème s'ils prennent en compte les « données de l'espèce » qui leur est soumise (Cass. crim., 9 fév. 1982, JCP G, 1982. IV. 153).

lorsque cette faute peut être qualifiée d'inexcusable⁶⁰⁸.

De surcroît, l'exemple de l'enlèvement d'un salarié expatrié complexifie cette analyse et ajoute, aux précédentes estimations, l'opprobre sociale dont peut être porteuse la décision de ne pas s'acquitter d'une rançon, lorsque l'entreprise réalise des profits dans des pays en voie de développement. Les risques liés à la réputation de l'entreprise, comme ces derniers exemples, montrent que les atteintes à l'intégrité physique des membres de l'entreprise peuvent avoir de multiples répercussions ; un risque susceptible de générer d'autres risques, comme le risque de responsabilité ou comme celui lié aux pertes de revenus.

b) Les risques de pertes de revenus

288. Les risques de dommages aux biens, matériels ou immatériels, peuvent se concrétiser sous diverses formes, tels l'incendie, le vol, les dégradations matérielles, ou encore tout simplement la défaillance d'un outil de production vétuste. Différentes méthodes de calculs permettent de chiffrer le coût que représente ce type de risque. Le choix des valeurs à affecter à la perte d'un bien, qu'il soit matériel ou immatériel, n'est pas anodin. En effet, celui-ci va traduire le poids représenté par chaque risque, afin de déterminer les modalités de traitement les plus adaptées.

289. Différentes valeurs permettent de chiffrer la perte d'un bien. Tout d'abord, les notions comptables de valeurs des biens, que sont le coût d'acquisition, le coût de revient, la valeur brute, la valeur brute réévaluée, l'amortissement comptable, la provision pour dépréciation, la valeur nette comptable permettent de fixer le coût lié à la conséquence d'un risque, en adéquation avec les valeurs retenues dans les états financiers et comptables de l'entreprise. En sus de ces valeurs, il est possible de retenir la valeur économique d'un bien à l'instar de la valeur à neuf, de la valeur de remplacement, de la valeur vénale, de la valeur d'usage, ou encore, lorsque le bien est destiné au commerce, le prix de vente des marchandises.

La valeur de remplacement du bien, valeur limite retenue par la jurisprudence pour la remise en état des biens endommagés⁶⁰⁹, la valeur à neuf, ou, si le bien est destiné à être

⁶⁰⁸ V. *infra*, n° 475.

⁶⁰⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, JCP G, 1955. II. 8769, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 déc. 1978, Bull. civ. II, n° 269.

vendu, le prix de vente, semblent être les valeurs à privilégier dans cette estimation. En effet, si les techniques comptables permettent d'amortir un bien, la destruction de ce bien, outil nécessaire à la production, emporte l'obligation pour l'entreprise d'acquérir un nouvel outil qu'elle paiera donc à sa valeur à neuf⁶¹⁰. Il en va différemment lorsque le bien détruit est assuré, puisque si l'indemnisation versée par l'assureur doit être prise en compte pour apprécier la valeur de la perte du bien, celle-ci ne permet pas de le remplacer sans autre frais puisque, d'une part, elle doit être déduite du montant de la franchise que l'entreprise doit verser et, d'autre part, l'article L. 121-1 du Code des assurances prévoit que « l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre ». Dans ce cas, l'estimation du risque doit correspondre à la différence entre la valeur vénale et la valeur de remplacement du bien endommagé ou détruit.

290. Quant aux pertes immatérielles, elles peuvent être constituées par la dépréciation ou la disparition d'actifs incorporels qui présentent la spécificité, une fois les valeurs sentimentales ou affectives exclues de l'analyse, de s'apprécier à la lumière « des espoirs de gains futurs résultant de ces biens »⁶¹¹ et s'apparentent donc au préjudice né des gains manqués. Le gain manqué, *lucrum cessans*, correspond aux gains dont l'entreprise a été privée et qu'elle aurait pu réaliser si le risque n'était pas survenu. En d'autres termes, le gain manqué est égal à la différence entre les profits générés⁶¹² si le risque se réalisait et les profits qui seraient générés si le risque ne se réalisait pas.

De la même manière, l'entreprise peut obtenir réparation du préjudice moral qu'elle subit, lorsqu'elle rapporte la preuve d'une atteinte à sa réputation ou à la notoriété de ses signes distinctifs⁶¹³, dont l'existence reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶¹⁴.

⁶¹⁰ L'écoulement du temps implique de devoir réajuster continuellement la valeur à neuf du bien en raison de l'inflation pouvant exercer une influence sur les prix des fournisseurs. Aussi, il est à préciser que les amortissements pratiqués permettent également de réduire la base imposable de l'entreprise et donc de réduire, durant la période d'amortissement, le montant de l'impôt dû par l'entreprise.

⁶¹¹ F. BOUCHON, L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, *op. cit.*, p. 60.

⁶¹² La prise en compte des bénéfices, au lieu et place du chiffre d'affaires, permet de cerner plus précisément le gain manqué. En effet, l'évolution du chiffre d'affaires entre la période précédant la réalisation du risque et celle la succédant ne saurait prendre en compte le coût représenté par une externalisation de la production et les coûts structurels nécessaires à la réorganisation de l'entreprise après que le risque s'est réalisé. A l'inverse, les bénéfices réalisés devront prendre en compte, outre les charges préalablement décrites, le produit constitué par l'indemnité versée par l'assurance si le risque était assuré.

⁶¹³ Pour des exemples de prise en compte du préjudice moral d'une entreprise, personne morale, V. notamment, Cass. com., 9 mai 1990, n° 88-17.348 ; Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-20.919 ; Cass. civ 1^{ère}, 5 mars 1991, n° 89-13.831 ; Cass. crim., 15 oct. 1997, n° 96-85.785

⁶¹⁴ Cass. soc., 14 janv. 1988, n° 86-10.001 ; dans certaines espèces isolées, les juges du fond ont pu retenir l'existence d'un préjudice moral lié à la perte d'un bien indépendamment du préjudice patrimonial lié à cette même perte (en ce sens : Cass. crim., 9 janv. 2002, n° 01-82.471).

Classé dans la catégorie des préjudices extrapatrimoniaux, le préjudice né d'une atteinte à la réputation peut se rapprocher du préjudice né des gains manqués. En effet, ce premier préjudice indemnise *in fine* les conséquences du comportement malhabile de la personne poursuivie et, par conséquent, les gains manqués en raison de la baisse d'attractivité de l'entreprise qui a vu sa réputation entachée. L'estimation des gains manqués implique de devoir apprécier tous les coûts structurels nécessaires pour gérer les conséquences de la réalisation d'un risque. En ce sens, ces dernières conséquences s'estiment également à travers la troisième catégorie de préjudice : les dépenses induites.

c) Les dépenses induites

291. Le risque, perçu selon ses conséquences, peut également être constitué par des dépenses que l'entreprise n'engagerait pas si le risque ne se réalisait pas. Dans l'hypothèse d'un incendie, l'entreprise doit déménager le matériel encore opérationnel, affecter du personnel salarié pour gérer le sinistre auprès des assureurs, louer du matériel de manutention supplémentaire, payer des honoraires à son conseil chargé de vérifier les clauses du bail du nouveau local, verser un loyer supplémentaire, éventuellement licencier du personnel sur un motif économique qui peut impliquer le versement de diverses indemnités liées à la rupture.

292. L'estimation des dépenses induites est alors plus aisée lorsqu'elle se fonde sur les factures acquittées par l'entreprise *a posteriori*, ou, dans l'hypothèse de risques potentiels, sur des devis sollicités à des prestataires extérieurs. Pour tenir compte de l'écoulement du temps et de l'inflation, les devis doivent faire l'objet d'une indexation annuelle pour se rapprocher le plus possible du coût qu'il peut représenter. Toutefois, leur estimation se complique lorsque l'entreprise apprécie le risque de dépense induite à partir du coût généré par le recours à ses propres moyens pour remédier aux conséquences d'un risque. En effet, même si elle demeure réalisable, l'estimation en pareille hypothèse suppose la prise en compte d'une multitude de facteurs comme le coût réel de la main d'œuvre de l'entreprise, les différentes dépenses de location de matériels spécialisés, les coûts liés aux financements de la gestion interne du risque. La somme de ces différents coûts ne doit toutefois pas tenir compte de la perte de rentabilité née de l'indisponibilité de ses personnels et matériels aux activités de production, qui doivent déjà être pris en compte au titre des gains manqués.

La complexité liée à l'estimation de ce type de risques se retrouve également au sein de la

dernière catégorie de risque en raison du caractère particulièrement aléatoire de l'introduction de l'action en justice et de l'issue de la réalisation du risque d'engagement de la responsabilité de l'entreprise.

d) Le risque de responsabilité

293. Le risque de responsabilité⁶¹⁵ de l'entreprise se traduit par les condamnations susceptibles d'être prononcées par les autorités régulatrices et par les juridictions administratives, civiles ou pénales qui peuvent aller au delà d'une simple condamnation pécuniaire à réparer les dommages matériels causés à autrui. En effet, différentes responsabilités peuvent être retenues à l'encontre des entreprises. Il existe des responsabilités applicables à toutes les entreprises indépendamment de leur secteur d'activité, comme la responsabilité liée au non respect des dispositions applicables au droit du travail, au droit de l'environnement, ou à celle inhérente à la défectuosité des produits fabriqués par l'entreprise⁶¹⁶. Il est également des responsabilités spécifiques au secteur d'activité de l'entreprise, telles que celles prévues par les dispositions du droit de la construction prévoyant les garanties dites de parfait achèvement ou de dommages ouvrages⁶¹⁷ se prescrivant respectivement aux termes d'un an et de dix ans. Dès lors, chaque entreprise doit avoir connaissance des différentes obligations légales, générales et sectorielles, qui lui sont applicables pour précisément circonscrire les risques d'engagement de sa responsabilité.

294. Concernant leur estimation, la valeur à retenir dans le cadre d'un risque de responsabilité est malaisée à déterminer avec précision en raison des nombreux aléas présents dans le domaine judiciaire. En effet, différentes méthodes peuvent être retenues pour estimer le coût et les conséquences d'un tel risque en recourant aux méthodes impliquant de réaliser différents scénarios⁶¹⁸. Par exemple, l'entreprise peut envisager les méthodes retenues dans le secteur assurantiel permettant d'estimer soit le sinistre raisonnablement escomptable, souvent

⁶¹⁵ Le risque d'engagement de la responsabilité de l'entreprise, perçu comme une conséquence potentielle, est un risque aux conséquences multiples, puisqu'il peut induire, à titre d'illustration, une perte de revenus, une perte d'image, ou encore la possibilité de perdre un agrément indispensable à l'existence d'une offre commerciale. Ainsi en détaillant le risque de responsabilité, il est possible d'affirmer que ce risque est lié aux autres catégories de préjudices. Cela est assez naturel en raison de la nature de la majorité des demandes en justice : solliciter l'indemnisation de préjudices.

⁶¹⁶ La responsabilité des entreprises en raison de ses produits défectueux est prévue par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 (JORF 21 mai 1998) codifiée aux articles 1386-1 et suivants du Code civil.

⁶¹⁷ C. civ., art. 1792 et s.

⁶¹⁸ V. *supra*, n° 255 et s. et n° 280.

imprécis en raison des heuristiques, soit le sinistre maximum possible. Les résultats issus de cette dernière méthode peuvent correspondre, en cas de risque avéré, à l'ensemble des demandes contenues dans le dispositif des assignations diligentées à l'encontre de l'entreprise⁶¹⁹ ou encore aux sanctions et montants maximums des peines prévues dans les textes. Néanmoins, si l'aléa judiciaire implique de ne jamais être certain de l'issue d'une procédure contentieuse, celui-ci nie nécessairement la possibilité de déterminer *a priori* et avec précision les condamnations qui seront prononcées par les magistrats et, par conséquent, la valeur du risque de responsabilité. Aussi, si les techniques comptables permettent de chiffrer ce type de risques afin de constituer des provisions comptables⁶²⁰, il en résulte qu'une estimation, même subjective, reste possible. L'appréhension du risque de responsabilité est dès lors une illustration de la difficulté suscitée par le processus d'estimation des conséquences potentielles d'un risque.

2) Les difficultés suscitées par l'estimation des conséquences potentielles d'un risque

295. L'estimation des conséquences potentielles d'un risque non réalisé implique une certaine subjectivité (b). Après avoir pallié cet inconvénient, une valeur doit être affectée à la gravité des conséquences potentielles du risque à l'aune des différentes graduations d'une échelle de valeurs préalablement précisée (a).

a) Les échelles de valeurs

296. En présence de risques connus, et particulièrement lorsqu'il est possible de bénéficier de distributions statistiques attachées aux événements, l'utilisation d'échelles de valeur permet d'estimer la gravité des risques de l'entreprise⁶²¹. En effet, le recours à ces

⁶¹⁹ Plus précisément, afin d'envisager le sinistre maximum possible, l'entreprise devrait se référer au dispositif des dernières conclusions communiquées par la partie adverse aux magistrats, car les demandes contenues dans les assignations peuvent faire l'objet de modifications jusqu'à l'ordonnance de clôture prononcée par le Tribunal (elle-même susceptible d'être rabattue jusqu'au jour des plaidoiries). En raison du principe de réparation intégrale des préjudices subis, et eu égard à la faculté des magistrats de pouvoir soulever d'office des moyens juridiques selon les matières qui leur sont soumises, les entreprises ont tout intérêt à chiffrer les risques de responsabilité en se fondant sur la méthode du sinistre maximum possible.

⁶²⁰ V. *infra*, n° 434 et s.

⁶²¹ Par exemple, sur une échelle détaillée de 1 à 5 la gravité des conséquences potentielles peuvent être les suivantes : absence de gravité, risque de faible gravité, de gravité moyenne, de gravité élevée, de gravité très

échelles de valeurs est indispensable, car, si le droit fournit une typologie des différentes conséquences du risque, il ne prévoit pas de qualificatifs homogènes permettant de déterminer une échelle de valeurs inhérente à la gravité des risques de l'entreprise. Le droit distingue effectivement certains risques afin de mettre en lumière la gravité de leurs conséquences. Toutefois, les critères retenus ne sont pas assez nombreux et rarement transposables à l'ensemble des branches du droit concernées par les risques de l'entreprise, pour obtenir de véritables critères juridiques permettant de les hiérarchiser.

A titre d'exemple, le Code des assurances dissocie les « grands risques », sans pour autant identifier les « petits risques », qui peuvent être couverts par un contrat d'assurance⁶²². Ces grands risques se définissent soit par l'objet du contrat d'assurance, sans tenir compte de la taille de l'entreprise, soit sont ainsi qualifiés en visant expressément certains types de risques⁶²³ tout en prenant en compte l'importance de l'activité de l'entreprise. Le législateur accorde une attention particulière à ce type de risques, puisqu'ils ne suivent pas le régime général applicable à tous les contrats d'assurances⁶²⁴. Dans le même sens, l'article L. 125-2 du

élevée. A titre de simplification, il est également possible de déterminer la gravité d'un risque selon la capacité de l'entreprise à y faire face. Ainsi, sur une échelle de 1 à 3, il est des risques supportables pour l'entreprise qui peut assumer seule le coût que représente la réalisation du risque. Ensuite, il est des risques qui auront pour conséquence d'obérer gravement la situation financière de l'entreprise et/ou d'impliquer l'arrêt temporaire de l'activité. En effet, il n'est pas rare d'observer des unités de production de plus de 200 m2 qui disposent de machines et d'outils, dont l'importance du coût ne permet pas de doubler les filières de production. En cas de défaillance dans les processus de production, l'entreprise subit une perte d'exploitation momentanée susceptible d'être atténuée par une indemnisation de l'assureur si les bris de machine ou la perte d'exploitation étaient des risques assurés. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, des coûts supplémentaires, comme le recours à la sous-traitance, génèrent d'autres risques comme le risque financier lié à la perte de rentabilité de l'activité. Enfin, il est des risques qui impliquent l'arrêt définitif de l'activité et qui peuvent être constitués, à titre d'illustration, par la perte d'un actif conditionnant l'existence d'une offre commerciale (perte d'une licence d'exploitation, retrait d'agrément, non renouvellement d'un permis d'exploitation en droit minier, etc.).

⁶²² L'article L. 111-6 du Code des assurances dispose que « sont regardés comme grands risques : 1° Ceux qui relèvent des catégories suivantes : a) Les corps de véhicules ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres et fluviaux ainsi que la responsabilité civile afférente auxdits véhicules ; b) Les marchandises transportées ; c) Le crédit et la caution, lorsque le souscripteur exerce à titre professionnel une activité industrielle, commerciale ou libérale, à condition que le risque se rapporte à cette activité ; 2° Ceux qui concernent l'incendie et les éléments naturels, les autres dommages aux biens, la responsabilité civile générale, les pertes pécuniaires diverses, les corps de véhicules terrestres à moteur ainsi que la responsabilité civile, y compris celle du transporteur, afférente à ces véhicules, lorsque le souscripteur exerce une activité dont l'importance dépasse certains seuils définis par décret en Conseil d'Etat ».

⁶²³ Les risques énumérés au 2° de l'article L. 111-6 du Code des assurances deviennent des grands risques, dès lors que l'entreprise dépasse deux des trois conditions suivantes : « 1° Le total de son dernier bilan est supérieur à 6,2 millions d'unités de compte de la Communauté économique européenne ; 2° Le montant de son chiffre d'affaires du dernier exercice est supérieur à 12,8 millions d'unités de compte de la Communauté économique européenne ; 3° Le nombre de personnes qu'il a employées en moyenne au cours du dernier exercice est supérieur à 250 » (C. ass., art. R. 111-1).

⁶²⁴ A titre d'exemple, l'article L. 112-3 du Code des assurances, qui prévoit une dérogation permettant la rédaction de contrats d'assurance dans une langue étrangère au français, prohibe cette faculté pour les grands risques en dépit de tout accord des parties. Toutefois, l'article L. 181-1 du même code permet en cas d'assurances non obligatoires de grands risques de recourir à une loi applicable différente de la loi française. Dans le même sens, en vertu de l'article L. 126-2 du Code des assurances, le législateur détermine par voie

Code de l'environnement prévoit, à son premier alinéa, des risques technologiques et naturels qualifiés de « majeurs »⁶²⁵ pour lesquels les citoyens ont un droit à l'information. Par ailleurs, s'il est également des risques considérés comme « importants » pour le droit du travail, le législateur ne définit pas précisément la relation de gravité de cette catégorie de risque. En effet, le législateur abandonne cette appréciation à la souveraineté de l'autorité administrative chargée d'enjoindre à certaines entreprises d'adopter des mesures visant à les prévenir⁶²⁶.

Il en résulte qu'il n'existe pas, d'une part, suffisamment de qualificatifs permettant de nuancer précisément la gravité des risques de l'entreprise ; et, d'autre part, de qualification juridique homogène et transposable à l'ensemble des branches du droit permettant de prendre en compte l'importance des conséquences des risques de l'entreprise. Néanmoins, si l'absence de critères juridiques peut être solutionnée par des échelles de valeurs prévues par les méthodes de management des risques ou issues des techniques de l'audit et du contrôle interne, cette analyse s'avère plus complexe en présence de risques non réalisés.

b) La subjectivité inhérente à l'estimation des conséquences d'un risque non réalisé

297. Un psychologue américain relevait que « les évaluations du risque, fondées sur des avis professionnels non structurés, ont un degré d'exactitude prévisionnelle à peine supérieure au pur hasard »⁶²⁷. Comme une œuvre de Vassily Kandinsky faisant naître des sentiments différents selon le public qui la contemple, l'appréciation des conséquences d'un même risque est différente selon les individus. En effet, lorsque l'homme appréhende un risque, il ne peut résolument penser à l'incertitude qui y est liée et qui est estimée

réglementaire « les dérogations ou les exclusions éventuellement applicables aux contrats concernant les grands risques définis à l'article L. 111-6 au regard de l'assurabilité de ces risques ». En outre, le législateur autorise les assureurs à prévoir dans les contrats d'assurance destinés à réparer les dommages qui résultent d'actes de terrorisme ou d'attentats, des limites de franchise et de plafonds différentes de celles fixées au contrat au titre de la garantie incendie, sous les conditions suivantes : « 1° Le montant de la garantie, net de franchise, pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats, ne peut pas être inférieur à 20 % du montant de garantie, net de franchise, prévu par le contrat au titre de la garantie incendie et, en tout état de cause, 20 millions d'euros ; 2° Le montant de la franchise, pour les dommages résultant d'actes de terrorisme ou d'attentats, ne peut pas être supérieur au double de celui prévu par le contrat au titre de la garantie incendie ».

⁶²⁵ C. environ., art. L. 125-2, al. 2.

⁶²⁶ Par exemple, l'article L. 4611-5 du Code du travail dispose que dans les entreprises de « la branche d'activité du bâtiment et des travaux publics (...) employant au moins cinquante salariés dans lesquelles aucun établissement n'est tenu de mettre en place un comité, l'autorité administrative peut en imposer la création lorsque cette mesure est nécessaire en raison du danger particulier de l'activité ou de l'importance des risques constatés ».

⁶²⁷ R.-K. HANSON, *What do we know about sexual offender risk assessment ?*, Psychology, public policy and law, 4, 1998, p. 50-72, in A. HIRSCHMANN-AMBROSI, Risques et dangers, Bulletin de psychologie, 2006/1, N° 481, pp. 47-55.

scientifiquement par une probabilité. Ainsi, dans la majeure partie des cas, la perception des conséquences du risque est pécuniaire et « s'apparente alors à une appréciation simplifiée d'une notion complexe comprenant un ensemble d'éléments virtuels, vecteurs d'éléments matériels, qui finalement est ressenti comme un seul élément : l'aléa »⁶²⁸. Si ce raisonnement est applicable à tous les risques, la prise en compte de risques non réalisés, simplement suspectés, complexifie davantage cette analyse. Tant que le risque ne s'est pas réalisé, sa gravité est relative, subjective, car son appréciation ne s'appuie pas sur des valeurs fondées sur des données empiriques mais se fonde sur les valeurs et la culture de chaque individu⁶²⁹ et de chaque entreprise⁶³⁰.

298. Dans le même sens, la doctrine relève que la notion de risques perçus, par opposition aux risques objectifs⁶³¹, différencie l'analyse des événements en passant « d'une approche rationnelle et non interprétative du danger qui est celle des experts à une approche subjective qui est celle des individus »⁶³². Une fois de plus, il est rappelé⁶³³ que la perception d'un risque diffère sensiblement selon le niveau d'acceptabilité du risque des individus, qui varie lui-même en fonction de l'utilité perçue et du contrôle que les individus pensent avoir sur le risque.

Par ailleurs, cette subjectivité est renforcée par l'absence d'instruments de mesure universels⁶³⁴ aisément compréhensibles par tous. L'estimation des risques, dont la prévisibilité est difficile à appréhender, nécessite de faire preuve d'imagination et d'anticipation car « une approche exclusivement cartésienne se révélera souvent insuffisante voire dangereuse »⁶³⁵. Dans le même sens, l'influence du temps, « facteur de léthargie »⁶³⁶,

⁶²⁸ G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, p. 48.

⁶²⁹ Comme le relevait les Professeurs M. Fenton-O'Creevy et E. Soane, « la sensation du risque est également liée aux caractéristiques individuelles, en particulier à la personnalité de l'acteur, à son histoire, à ses préjugés et à sa sensation de perte ou de gains potentiels face à une situation » M. FENTON-O'CREEVY, E. SOANE, *Quel audacieux êtes-vous ?*, Dossier L'art de la gestion des risques, Les Échos, 2000.

⁶³⁰ A. POLACH, *Risque et gestion des risques : Notions*, préc. p. 3.

⁶³¹ Les risques objectifs sont également dénommés risques réels en opposition aux risques fantasmés. En ce sens, Y. PESQUEUX, *Le Concept des risques au magasin des curiosités*, préc., p. 6.

⁶³² O. GODARD, C. HENRY, P. LAGADEC, E. MICHEL-KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard, Paris, 2002 cité in C. AUBRY, *La gestion des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle*, préc., p. 4.

⁶³³ V. supra, n°s 211 et 212.

⁶³⁴ En effet, s'il existe dans de rares hypothèses des mesures susceptibles d'être compréhensibles par l'ensemble de la population, à l'instar de l'échelle de Richter pour les risques sismiques, ou des différents niveaux d'alertes représentés par des codes de couleurs pour les orages ou les pistes de ski, il n'existe pas un seul et même instrument, une seule unité de mesure ou une échelle universelle, permettant de jauger l'exposition des risques de manière homogène.

⁶³⁵ B. BESSON, J.-C. POSSIN, *L'intelligence des risques*, *Market Management*, 2006/3, Vol. 6, pp. 104-120.

peut compromettre l'analyse des conséquences d'un risque suspecté. Sans que cela puisse avoir de solides fondements scientifiques, il semble que le temps soit vecteur d'un sentiment de sécurité réduisant artificiellement le risque⁶³⁷. En outre, certaines prises de décision stratégiques peuvent s'avérer préjudiciables pour l'entreprise à long terme, alors que les personnes chargées d'avaliser les prises de risques sont généralement rémunérées avec une part variable de leur salaire qui prend en compte la rentabilité de l'entreprise à court terme⁶³⁸.

Une fois de plus, ce constat ne doit pas pour autant conduire à l'inaction. En effet, si les méthodes reposant sur les scénarios et simulations « sont moins précises et ne constituent pas des prévisions (...) elles peuvent aider à ouvrir les esprits des dirigeants et leur permettre de planifier plus efficacement en fonctions d'incertitudes »⁶³⁹. En effet, chaque fois que la perception des conséquences potentielles d'un risque complexifie leur estimation, le scénario réaliste maximisé, dénommé sinistre maximum possible dans le secteur assurantiel, doit être l'estimation à privilégier car elle permet d'identifier, d'estimer et surtout d'anticiper le pire⁶⁴⁰.

299. L'objectif de l'analyse des risques est donc d'affecter des valeurs à la probabilité d'occurrence des événements et à la gravité des risques. Une fois que ces valeurs sont obtenues, la multiplication de ces valeurs permet d'estimer la criticité du risque. Ensuite, une comparaison de ces niveaux de criticité des risques avec des critères de risque définis par l'entreprise permet de distinguer les risques acceptables et les risques insusceptibles d'être acceptés par l'entreprise afin d'apprécier les modalités de traitements qui seront mis en place.

Section 2 : L'évaluation et le traitement des risques

300. L'estimation de l'importance des risques est nécessaire mais ne saurait suffire pour mettre en exergue les risques devant être traités en priorité par l'entreprise. En effet, ces estimations traduites par des échelles de valeur, basées sur la probabilité d'occurrence et la

⁶³⁶ G. JOUSSE, *Traité de riscologie, op. cit.*, p. 56.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Par exemple, l'absence de maîtrise suffisante de certains risques, particulièrement perceptible dans les secteurs recourant à de nouvelles technologies dont l'innocuité n'est pas déterminée avec certitude, peut conduire à la disparition de l'entreprise une fois le risque réalisé. Le risque le plus important pour toute organisation est constitué par le risque non identifié.

⁶³⁹ S. CLEARY, T. MALLERET, *Risque, Perception Evaluation Gestion, op. cit.*, p. 81.

⁶⁴⁰ A. FRIANT, *Les juristes d'entreprise aux prises avec le risque juridique : perception du risque et réponses*, Cah. Dr. entr n°1, janv. 2008, doss. 7.

gravité des risques, ne fournissent qu'une vision partielle de leur importance pour l'entreprise. Aussi, pour parfaire cette estimation, la phase d'évaluation des risques (§ 1) permet d'apprécier leur importance pour l'entreprise et de déterminer les risques qui feront l'objet de traitements (§ 2)

Paragraphe 1 : L'évaluation des risques

301. Pour distinguer les risques acceptables et les risques que l'entreprise ne saurait courir dans le cadre de sa stratégie, il est primordial, à travers le processus d'évaluation des risques (A), de comparer les risques estimés à des critères de risques déterminés par l'entreprise. Aussi, dans un souci pratique, ce processus peut également aboutir à une représentation visuelle des différents risques de l'entreprise, dénommée cartographie des risques (B).

A) Le processus d'évaluation des risques

302. L'évaluation du risque est un « processus de comparaison des résultats de l'analyse du risque avec les critères de risques afin de déterminer si le risque et/ou son importance sont acceptables ou tolérables »⁶⁴¹. En effet, seule une comparaison de chaque risque estimé (1) avec des critères de risques déterminés (2) permet d'appréhender cette importance.

1) La comparaison du risque estimé

303. Tout d'abord, la doctrine⁶⁴² propose de synthétiser l'ensemble des risques estimés en quatre catégories de risques. En premier lieu, les risques de fréquence et de gravité faibles peuvent être considérés comme des risques mineurs susceptibles d'être acceptés et

⁶⁴¹ Normalisation française FD X 50-252ICS 03.100.01, Management du risque – Lignes directrices pour l'estimation des risques, fév. 2006 ; dans des termes similaires, la norme ISO Guide 73:2009 définit l'évaluation du risque comme le « processus de comparaison des résultats de l'analyse du risque avec les critères de risques afin de déterminer si le risque et/ou son importance sont acceptables ou tolérables » (ISO Guide 73 : 2009, Management du risque - Vocabulaire, art. 3.7.1.).

⁶⁴² O. HASSID, La gestion des risques, *op. cit.*, p. 54.

assumés par l'entreprise. En deuxième lieu, les risques de fréquence faible et de gravité élevée sont des risques dont la prévisibilité et l'anticipation sont malaisées du fait de leur faible occurrence. Dénommés risques catastrophiques, leur réalisation peut impliquer l'arrêt de l'activité de l'entreprise et la doctrine suggère l'injection de capitaux nouveaux afin d'en assurer le redémarrage. Ensuite, la troisième catégorie de risques, les risques de fréquence élevée et de gravité faible sont considérés comme facilement probabilisables et susceptibles de recouvrir les réalités des risques opérationnels⁶⁴³. En dernier lieu, les risques de fréquence et de gravité élevés constituent la catégorie des risques devant être évités pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise « à moins [que le décideur] considère ce risque comme une chance inestimable pour son entreprise »⁶⁴⁴. Ainsi synthétisés, la doctrine suggère alors une règle générale qui implique d'accepter les risques de la première catégorie, de refuser les risques de la dernière catégorie, pour se concentrer sur les risques composant les deuxième et troisième catégories afin de déterminer les dispositifs préventifs adéquats.

304. Toutefois, une telle analyse, nécessairement réductrice du fait de son caractère synthétique, ne permet pas de déterminer précisément les risques acceptables, ou ceux qui ne le sont pas, pour l'entreprise. En effet, le caractère acceptable d'un risque suppose de prendre en compte l'ensemble des spécificités de l'entreprise auditée. Plus précisément, seule l'appréhension de sa culture, de sa stratégie, de sa capacité financière, de son appétence et de sa tolérance aux risques permet de mettre en lumière l'importance d'un risque et d'éclairer les choix des décideurs en situation d'incertitudes.

Dans le même sens, si toute estimation est relative, l'estimation de la criticité d'un risque ne permet pas de hiérarchiser efficacement les risques pour pouvoir les traiter. En effet, les échelles de valeurs dont les graduations s'échelonnent de 1 à 5 impliquent que tous les risques de l'entreprise peuvent avoir une estimation en fonction de leur importance, par la multiplication des valeurs affectées à la probabilité d'occurrence et à la gravité, comprise entre 1, pour un risque faible, et 25 pour un risque majeur.

Or, ce seul raisonnement pourrait conduire à assimiler des événements dont l'importance pour l'entreprise peut être radicalement différente. Par exemple, pour une compagnie aérienne européenne, le risque qu'un personnel navigant commercial soit absent peut être estimé à 2,

⁶⁴³ Selon cette distinction, cette catégorie de risques peut être dénommée « risques opérationnels » du fait que « ces risques peuvent être relativement bien prévus et parfois maîtrisés » in O. HASSID, La gestion des risques, *op. cit.*, p. 54 et s.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 55.

pour la fréquence, et à 3 pour la gravité. La multiplication de ces deux valeurs estime la criticité du risque à 6. Pour une compagnie aérienne européenne, le caractère exceptionnel d'un crash d'un avion de ligne implique une probabilité d'occurrence de 1, alors que la gravité des conséquences de ce risque peut aisément être estimée à 5. Ainsi, le produit de ces deux valeurs, 5, conduirait à conclure que le risque d'absence d'un personnel de la compagnie soit plus important que le risque du crash d'un avion de ligne.

Dès lors, pour affiner la distinction entre les risques acceptables et ceux que l'entreprise ne peut assumer, des critères de risques doivent être déterminés pour chacun d'entre eux et comparés aux risques préalablement estimés.

2) Les critères de risques déterminés pour chaque événement identifié

305. L'évaluation des risques implique donc de déterminer des « critères de risques »⁶⁴⁵ pour chaque risque identifié. La détermination de ces critères de risques doit être réalisée en collaboration avec les dirigeants et les directeurs des différents départements de l'entreprise car ces derniers seront les mieux à même de déterminer le niveau de risque acceptable pour l'entreprise au regard des stratégies adoptées et des moyens humains et financiers à leur disposition⁶⁴⁶.

Ainsi, en reprenant l'exemple des risques d'une compagnie aérienne, le critère relatif au risque d'absence d'un personnel navigant commercial peut être déterminé, selon ces nouveaux critères, comme « peu important » au regard de la facilité de remplacement de ce personnel ; ce qui permet dès lors de relativiser ce risque par rapport au risque de crash d'un avion de ligne dont la criticité était pourtant presque identique⁶⁴⁷.

306. Aussi, il est des hypothèses où ces critères peuvent être déterminés par des seuils prévus par le législateur ou préconisés par des normes professionnelles⁶⁴⁸ dont

⁶⁴⁵ Les critères de risques sont « les termes de référence vis-à-vis desquels l'importance d'un risque est évaluée (...) [ils] sont fondés sur les objectifs de l'organisme ainsi que sur le contexte externe et interne (...) et peuvent être issus de normes, de lois, de politiques et d'autres exigences » (ISO Guide 73, Management des risques – Vocabulaire, 2009).

⁶⁴⁶ Normalisation française FD X 50-252ICS 03.100.01, Management du risque – Lignes directrices pour l'estimation des risques, fév. 2006 in AFNOR, Management des risques, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁴⁷ V. *supra*, n° 304.

⁶⁴⁸ Une norme professionnelle est un « document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour

l'application peut être obligatoire⁶⁴⁹ ou facultative. Enfin, la doctrine relève que l'évaluation d'un risque peut aussi être réalisée en comparant le risque estimé à un niveau de risque en deçà duquel aucune action de réduction du risque n'est nécessaire. Une telle évaluation permet ainsi de mettre en exergue l'ensemble des risques acceptés par l'entreprise et ceux qui peuvent ou doivent être traités. L'évaluation des risques permet ainsi de distinguer les risques selon leur importance pour l'entreprise et, par conséquent, de faciliter la prise de décision en présence d'incertitudes. Aussi, par souci pratique, il est possible de présenter l'ensemble des risques identifiés, analysés et évalués à l'aide d'une cartographie des risques.

B) La cartographie des risques

307. Afin d'obtenir une vision globale de l'ensemble des risques auxquels une entreprise est exposée, une cartographie des risques peut être réalisée (1) à la suite de leur évaluation. Pour ce faire, le suivi de différentes méthodes permet d'en faciliter la réalisation (2).

1) La réalisation d'une cartographie des risques

308. La cartographie est un outil de gestion des risques qui permet de présenter synthétiquement sous une forme hiérarchisée les risques de l'entreprise. Si la notion de « cartographie des risques » peut parfois être entendue comme l'ensemble du processus de gestion des risques⁶⁵⁰, elle recouvre également la simple représentation visuelle ordonnée de l'ensemble des risques d'ores et déjà identifiés, analysés et évalués⁶⁵¹. En effet, la cartographie des risques peut être considérée comme « un bilan des risques », une photo des différentes menaces de l'entreprise et de l'importance qu'elles représentent à un instant T. Aussi, comme un bilan comptable, une cartographie des risques est figée dans le temps et

des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné » (Norme NF EN 45020, Vocabulaire de la normalisation, 2007).

⁶⁴⁹ En ce sens, décret n° 88-1056 du 14 novembre 1988 pris pour l'exécution des dispositions du livre II du Code du travail en ce qui concerne la protection des travailleurs dans les établissements qui mettent en œuvre des courants électriques, art. 4.

⁶⁵⁰ En ce sens, V. notamment, Recommandation AMF n° 2013-17, Rapport des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques, 4 nov. 2013.

⁶⁵¹ IFACI et al., Le management des risques, *op. cit.*, p. 221 ; La Cartographie : un outil de gestion des risques, ss. dir. B. HUOT DE LUZE, *op. cit.*, p. 3.

nécessite donc une actualisation continue pour éviter sa péremption liée à l'évolution des risques, de leur source, de la probabilité de leur occurrence ou encore, plus simplement, pour intégrer de nouveaux risques émergents. Pour ce faire, différentes méthodes permettent de représenter visuellement les différentes menaces préalablement identifiées.

2) Les méthodes permettant de réaliser une cartographie des risques

309. Différentes méthodes permettent de représenter visuellement les différents risques de l'entreprise. Toutefois, l'adoption d'un format tableau permet de faciliter la lecture du document et les différentes modifications nécessitées par son actualisation⁶⁵². Au titre des multiples méthodes permettant de représenter les résultats de l'évaluation des risques, l'approche matricielle permet de distinguer l'importance des risques en reprenant la probabilité du risque sur l'axe horizontal et l'impact de ce dernier sur l'axe vertical⁶⁵³. De la même manière, il est possible de représenter sur le même type de matrice des informations additionnelles comme la variabilité de la probabilité d'occurrence et de l'impact des risques⁶⁵⁴. Aussi, le choix de la représentation des risques peut également être dicté par la nécessité de mettre en exergue certains éléments comme l'horizon temporel sur lequel les risques doivent être gérés. De la même manière, la méthode de cartographie dite « radar des risques » permet de représenter les différents risques selon la catégorie à laquelle ils appartiennent et selon qu'ils soient endogènes ou exogènes tout en appréciant leurs interactions⁶⁵⁵. Pour ce faire, de nombreuses solutions informatiques simplifient la réalisation des cartographies⁶⁵⁶.

Enfin, il est également possible de réaliser des cartographies des risques à la suite de la phase de traitement des risques⁶⁵⁷ afin, d'une part, de comparer le niveau des risques avant

⁶⁵² En ce sens, F. KEREBEL, Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques, JCP E 2010, n° 43, oct. 2010, 1929.

⁶⁵³ La Cartographie : un outil de gestion des risques, ss. dir. B. HUOT DE LUZE, *op. cit.*, p. 3. ; par ailleurs, l'utilisation de différentes couleurs, dont le dégradé suggère la moindre importance du risque, est une technique récurrente dans les cartographies pour faciliter une identification immédiate des risques qui doivent être traités en priorité.

⁶⁵⁴ IFACI et al., Le management des risques, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁵⁵ La Cartographie : un outil de gestion des risques, ss. dir. B. HUOT DE LUZE, *op. cit.*, p. 72 ; ERNST & YOUNG, *The 2010 Business Risk Ernst & Young report*, Le top 10 des risques pour les entreprises, Synthèse, p. 6 et 7.

⁶⁵⁶ AMRAE, Panorama systèmes d'information de gestion des risques, AMRAE, Cahiers techniques, Paris, 2009, 35 p.

⁶⁵⁷ La Cartographie : un outil de gestion des risques, ss. dir. B. HUOT DE LUZE, *op. cit.*, p. 86 et s.

qu'ils aient été traités et le niveau des risques obtenu après la phase de traitement et, d'autre part, de disposer d'un véritable « bilan des risques » qui met en avant l'importance de certains risques qui a pu être « amortie » par les traitements appliqués à chacun de ces derniers.

Paragraphe 2 : Le Traitement des risques

310. Le traitement du risque peut être défini comme le processus destiné à modifier un risque. En d'autres termes, le traitement du risque se matérialise par les décisions prises à la suite de l'évaluation des risques. Si, parfois, les traitements appliqués aux risques peuvent être matérialisés par des techniques d'ingénierie ou par des méthodes liées à l'organisation de l'entreprise⁶⁵⁸, il est également de nombreux traitements juridiques ou, à tout le moins, susceptibles d'être traduits juridiquement. Aussi, une fois le risque évalué, quatre moyens de traitements peuvent être envisagés. Le risque peut être simplement accepté, refusé, réduit (A) ou faire l'objet d'un transfert (B).

A) L'acceptation, le refus et la réduction du risque

311. A la suite de l'évaluation des risques, l'importance de ces derniers, qu'elle soit relative à leur probabilité d'occurrence ou à la gravité de leur conséquence, peut conduire au refus de la prise de risques pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Toutefois, certains risques, constituant à la fois une menace et une opportunité, nécessitent d'être pris et donc acceptés pour accroître la valeur de l'entreprise. Aussi, lorsque les risques sont considérés comme indispensables pour accroître cette valeur, mais qu'ils sont trop importants pour l'entreprise, des solutions de traitements visant à réduire les sources ou les conséquences potentielles des risques peuvent être mises en place. Ainsi, les premières modalités de traitement se résument à accepter ou refuser le risque (1) ou encore à le réduire (2).

⁶⁵⁸ Par exemple, le risque d'incendie peut être réduit par l'interdiction de fumer à proximité des locaux professionnels. De même, limiter les stocks de marchandise par un système de flux tendus permet de réduire le risque de destruction de ces biens.

1) L'acceptation ou le refus du risque

312. La comparaison entre les résultats de l'estimation d'un risque et les conséquences potentiellement bénéfiques liées à la prise de ce risque peut conduire l'entreprise à accepter (b) ou refuser le risque (a).

a) Le risque refusé

313. Après avoir étudié les résultats de l'évaluation des risques, et mis en exergue certains risques catastrophiques pour l'entreprise, le premier des traitements pouvant être envisagé consiste à éviter le risque. Le refus du risque est une « décision argumentée de ne pas s'engager dans une activité, ou de s'en retirer, afin de ne pas être exposé à un risque particulier »⁶⁵⁹. « L'évitement »⁶⁶⁰ du risque est une solution qui supprime à la fois toute probabilité de pertes mais également tout bénéfice potentiel. Cette solution est ainsi préconisée par la doctrine pour les risques ayant une fréquence et une gravité importantes⁶⁶¹. Si la décision d'éviter le risque peut être influencée par les résultats de l'évaluation des risques et le bon sens, elle peut également être dictée par les lois et règlements et les différentes responsabilités qui peuvent être engagées du fait de leur violation. En effet, les dispositions relatives à la sécurité en droit du travail⁶⁶² ou la réception du principe de précaution⁶⁶³ par la jurisprudence permettent d'illustrer la nécessité ou l'obligation de refuser certains risques pour assurer la pérennité de l'entreprise.

b) Le risque accepté

314. L'acceptation du risque est une « décision argumentée en faveur de la prise d'un risque particulier »⁶⁶⁴ et se justifie généralement par l'objectif de saisir l'opportunité associée à la prise de risque. En d'autres termes, la prise de risque demeure « l'acceptation de l'avantage potentiel d'un gain ou de la charge potentielle de perte découlant d'un risque

⁶⁵⁹ ISO Guide 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.8.1.2.

⁶⁶⁰ O. HASSID, La gestion des risques, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² V. *infra*, n° 441 et s.

⁶⁶³ V. *supra*, n°s 160 à 164.

⁶⁶⁴ ISO Guide 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.7.1.6.

particulier »⁶⁶⁵. De même, la décision d'accepter un risque doit alors être la résultante d'un calcul proportionnel entre les avantages escomptés par la prise de risque et les conséquences préjudiciables qui peuvent en découler. Ainsi, lorsque l'entreprise décide d'accepter un risque deux solutions sont alors possibles.

315. En premier lieu, l'entreprise peut, après avoir obtenu les résultats de l'évaluation des risques, se cantonner à prendre le risque et espérer que le résultat de cette décision lui soit bénéfique⁶⁶⁶. La doctrine incite d'ailleurs à cette prise de risques en relevant que « gérer le risque, c'est comprendre comment celui-ci agit sur les vecteurs de valeur, afin de trouver une alternative aux approches traditionnelles fondées sur l'aversion pour le risque. [Il ne faut pas se demander] quelle valeur sera protégée si l'on supprime le risque (...) [mais] plutôt quelle valeur sera créée si l'on conserve le risque »⁶⁶⁷. Toutefois, force est de constater que lorsque le risque est simplement accepté, il n'est pas modifié et semble ne pas correspondre à la définition retenue de la notion de traitement des risques. Or, nonobstant l'intérêt de présenter l'ensemble des actions envisageables à la suite de l'évaluation des risques, il est tout de même possible d'accepter un risque tout en le modifiant.

316. Ainsi, en second lieu, l'entreprise peut également décider d'augmenter un risque dans l'optique de poursuivre une opportunité⁶⁶⁸. Par exemple, une entreprise ne disposant pas de fonds propres suffisants pour répondre aux futures commandes de ses clients peut accroître son risque financier en empruntant des fonds à un établissement financier pour saisir ces opportunités. De même, une entreprise peut décider de ne pas reconduire une police d'assurance destinée à diminuer le risque d'exploitation afin de disposer d'un fonds de roulement plus conséquent lui permettant d'introduire ses produits sur de nouveaux marchés. L'accroissement du risque d'exploitation du fait de l'absence de couverture peut ainsi permettre de saisir une opportunité. Aussi, lorsque l'entreprise accepte un risque indispensable à l'accroissement de sa valeur et qu'elle décide volontairement de ne pas couvrir ce risque, la constitution d'une épargne suffisante pour assumer les conséquences

⁶⁶⁵ *Ibid*, 3.8.1.5.

⁶⁶⁶ Il est à préciser que le droit comptable permet parfois de prendre en compte certains risques acceptés. En effet, certains risques de l'entreprise, selon leur nature et leur degré de prévisibilité, peuvent donner lieu à la constitution de provisions. V. *infra*, n° 405 et s.

⁶⁶⁷ R. F. KNIGHT, D. J. PRETTY, Définir une philosophie du risque, e-learning HEC, Lesechos.fr, 2010.

⁶⁶⁸ ISO 31000 : 2010, Management du risque - Principes et lignes directrices, 5.5.1, b.

financières du risque devrait être systématique⁶⁶⁹.

317. Dans tous les cas, la décision d'accepter un risque doit correspondre à la stratégie de l'entreprise et doit être encadrée par les limites de l'appétence et de la tolérance aux risques préalablement déterminées⁶⁷⁰. Aussi, les niveaux de tolérance varient nécessairement d'une entreprise à une autre, d'un risque à un autre et peuvent aussi être appréciés différemment pour un même risque⁶⁷¹.

Enfin, lorsque la prise de certains risques est indispensable pour accroître la valeur de l'entreprise mais que les risques pris sont trop importants au regard de la tolérance aux risques de l'entreprise, cette décision reste possible mais les risques doivent être réduits, pour les ramener à des niveaux de risques acceptables pour l'entreprise.

2) La réduction du risque

318. De multiples procédés permettent de réduire le risque en agissant sur ses sources et peuvent être regroupés sous une même terminologie : l'auto-protection de l'entreprise (a). A côté des différents moyens visant à réduire les risques de l'entreprise, qui sont davantage liés au management de l'entreprise, des solutions juridiques, telles que la *corporate governance* ou la *compliance* (b), permettent également de réduire les risques de cette dernière.

a) L'auto-protection

319. La réduction d'un risque ou, plus précisément, la réduction de l'importance d'un risque peut être obtenue en agissant sur les sources des risques ou sur leurs conséquences potentielles⁶⁷². La réduction de la probabilité d'occurrence des risques, qui nécessite d'agir sur les sources de risques, peut être dénommée « auto-protection au sens strict dans la

⁶⁶⁹ E. HOLLNAGEL, B. JOURNE, H. LAROCHE, La fiabilité et la résilience comme dimensions de la performance organisationnelle, La traduction juridique de la résilience : l'acceptation des risques & l'autoassurance, Management, 2009, vol. 12, pp. 224-229.

⁶⁷⁰ J. RENARD, Théorie et pratique de l'audit interne, *op. cit.*, p. 160 ; La cartographie : un outil de gestion des risques, *op. cit.*, p. 76.

⁶⁷¹ V. *supra*, n° 216 ; dans le même sens, La cartographie : un outil de gestion des risques, AMRAE, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁷² V. *infra*, n° 333 et s.

littérature économique ou assurantielle »⁶⁷³.

Différents moyens permettent de réduire le risque en agissant sur ses sources. Tout d'abord, en présence de risques à forte occurrence, la diminution de la prise de risques dans le temps permet nécessairement d'en diminuer la fréquence. De même, la suppression ou la diminution de certaines sources de risques permet de réduire ou d'annihiler les interactions avec d'autres sources de risques et, par conséquent, de réduire l'occurrence de ces interactions et donc la fréquence de ces risques. Par exemple, la diminution des facteurs de risques endogènes de l'entreprise liés à l'erreur humaine est rendue possible par de multiples moyens. En effet, la formation des travailleurs de l'entreprise et la sensibilisation aux risques auxquels ils sont exposés quotidiennement permettent de réduire la fréquence de réalisation des risques liés à l'erreur humaine. De la même manière, des procédures d'alertes, de contrôles et la formalisation des processus de travail, dont certains peuvent être calqués sur les bonnes pratiques identifiées dans les normes professionnelles⁶⁷⁴, participent à la prévention dont doit faire preuve l'entreprise soucieuse de diminuer la fréquence de réalisation de ses risques⁶⁷⁵. En ce sens, les normes professionnelles⁶⁷⁶ élaborées par des organismes de normalisation sont « réputée[s] traduire les règles de l'art applicables sur le domaine qu'elle[s] couvre[nt] »⁶⁷⁷. De surcroît, lorsqu'elles sont susceptibles de donner lieu à une certification, l'usage de ces normes permet d'accroître la valeur de l'entreprise du fait de l'amélioration de ses processus⁶⁷⁸.

⁶⁷³ B. MUNIER, Le management des risques : un défi global, Les nouvelles logiques d'entreprise, Les cahiers français, n° 309.

⁶⁷⁴ Si le suivi de l'ensemble des normes professionnelles reste un gage de qualité et de fiabilité d'un processus, certains référentiels de management méritent une attention particulière. En ce sens. V. notamment ISO 9001 Système de management de la qualité, ISO 31 000 Management du risque, ISO 26 000 Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, SA 8000 Ethique sociale, OHSAS 18001 Management de la santé et la sécurité au travail, ILO-OSH 2001 Santé et sécurité au travail.

⁶⁷⁵ Selon un sondage réalisé par l'IFOP et l'AFNOR, « seulement 49 % des entreprises françaises appliquent toujours les normes nationales, 31 % les normes européennes et 29 % les normes internationales ; en revanche 73 % des entreprises espagnoles et italiennes respectent les normes nationales et, pour plus de 65 %, les normes européennes » in Le Nouvel Économiste, 2 juin 1989, n° 697, p. 106 cité in Lamy Droit économique 2015, ss. dir. R. BOUT, Lamy, 2014, n° 6478.

⁶⁷⁶ Sur la valeur juridique de la normalisation V. notamment, J. GHESTIN, Normalisation et contrat, in Le droit des normes techniques et professionnelles, Colloque de Spaa-Balmoral 1983, Université de Liège, Éd. Bruylant, 1985, p. 493 ; A. PENNEAU, Règles de l'art et normes techniques, LGDJ, 1989 ; O. ZAMPHIROFF, Esquisse d'une théorie juridique de la normalisation, thèse, Aix, 1990, n°s 138 et s. ; A. PENNEAU, Les nouveaux aspects des limites de la normalisation, JCP E 1996, I, n° 599 et, du même auteur A. PENNEAU, Aspects juridiques de la normalisation technique, LPA 1998, n° 18, et, du même auteur encore, A. PENNEAU, Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation, Colloque du Centre de recherche en droit économique, LGDJ, 19 cité in Lamy Droit économique 2015, ss. dir. R. BOUT, Lamy, 2014, n° 6497.

⁶⁷⁷ Lamy Droit économique 2015, ss. dir. R. BOUT, Lamy, 2014, n° 6498 ; contra. F. GAMBELLI, Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne, Eyrolles, p. 114 cité in *Ibid.*

⁶⁷⁸ V. *supra*, n° 42.

Ainsi, de manière générale, l'investissement permet de réduire le risque. En effet, l'acquisition d'outils de production plus fiables, la décision d'opter pour des procédés de fabrication moins nocifs, sont autant de moyens ayant pour effet de réduire les risques de l'entreprise. Si la majorité de ces méthodes est inhérente au management de l'entreprise, des solutions juridiques permettent également de réduire les risques de l'entreprise.

b) *La Corporate governance et la compliance*

320. D'influence anglaise et nord américaine⁶⁷⁹, la « *corporate governance* » ou, en français, le gouvernement d'entreprise correspond à un ensemble de pratiques destinées à améliorer la gestion des sociétés cotées en bourse⁶⁸⁰. Plusieurs organismes privés se sont attelés à inventorier certaines de ces pratiques afin d'en assurer la diffusion⁶⁸¹. La France connaît principalement deux « codes » auxquels les sociétés peuvent « se référer volontairement »⁶⁸². Le rapport intitulé « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » révisé en 2013, élaboré par l'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), semble être le code le plus appliqué par les sociétés cotées⁶⁸³. De même, le code Middledext⁶⁸⁴, publié en décembre 2009, est destiné aux sociétés cotées de taille moins importante, car il « a pour vocation de proposer aux entreprises cotées moyennes et petites des principes compatibles avec leur taille, leur structure de capital et leur histoire »⁶⁸⁵. Si l'ensemble des sociétés cotées peut se référer aux deux codes

⁶⁷⁹ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, Coll. Manuel, 25^{ème} éd., Paris, 2012, 850 p., spéc. p. 307, n° 549.

⁶⁸⁰ La doctrine remarque que la notion de *Corporate governance* « est également utilisée pour désigner les solutions arrêtées par deux partenaires aux questions de répartition des pouvoirs ; on dira par exemple : la fusion a buté sur des problèmes de *Corporate governance* » (M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 804, n° 1581).

⁶⁸¹ L'European Corporate Governance Institute a listé près de 193 codes de gouvernement d'entreprise entre 1992 et 2006 : 180 codes nationaux émanant de 60 pays différents et 13 codes internationaux (<http://www.ecgi.org>).

⁶⁸² C. com., art. L. 225-37, al. 7.

⁶⁸³ Dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants élaboré à partir d'un échantillon de 90 sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur Nyse Euronext, l'AMF relevait que 59 sociétés se référaient au code AFEP/MEDEF et 19 d'entre-elles au code Middledext (Rapport 2011 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants, 13 déc. 2011, 109 p., spéc. p. 5) ; dans le même sens, « selon un communiqué de l'AMF en date du 13 janvier 2009, 94% des plus fortes capitalisations françaises de la Bourse de Paris ont adhéré au code du Medef » (C. ROQUILLY, C. COLARD, De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, LegalEDHEC, 2009, 87 p., spéc. pp. 27-28).

⁶⁸⁴ Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, Middledext, déc. 2009, 67 p.

⁶⁸⁵ Rapport 2013 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites, 18 nov. 2013, 78 p., p. 22.

de gouvernement d'entreprise français, plusieurs recommandations prévues dans le code AFEP-MEDEF ne sont pourtant pas adaptées aux sociétés de taille moins importante disposant, par exemple, d'un actionnariat de référence⁶⁸⁶.

321. Parmi les multiples recommandations formulées dans ces codes, il est possible de relever certaines recommandations permettant de réduire les « risques sociétaux »⁶⁸⁷ comme, par exemple, ceux inhérents aux conflits d'intérêts⁶⁸⁸. De même, les recommandations relatives à l'évaluation régulière du fonctionnement du conseil d'administration⁶⁸⁹, à la mise en place d'un règlement intérieur applicable à ce dernier⁶⁹⁰ ou encore à la constitution de comités destinés à faciliter les travaux du conseil⁶⁹¹, participent à la réduction des risques liés aux contrôles et aux vérifications qui incombent au conseil d'administration⁶⁹² et contribuent à optimiser le fonctionnement de l'entreprise. Si ces recommandations ne constituent que des incitations et sont dépourvues de caractère obligatoire, il est à préciser que le législateur enjoint aux sociétés qui se réfèrent volontairement à un code de gouvernement d'entreprise de préciser, dans un rapport joint au rapport de gestion⁶⁹³, « les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été »⁶⁹⁴. Aussi, le législateur s'est parfois inspiré de ces codes pour légiférer, comme en matière de rémunération des dirigeants⁶⁹⁵, et incite de plus en plus les entreprises à adopter des techniques permettant un meilleur gouvernement d'entreprise⁶⁹⁶.

⁶⁸⁶ Rapport 2013 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites, 18 nov. 2013, 78 p., p. 22, spéc. note 23.

⁶⁸⁷ La gestion du risque juridique dans l'entreprise, ss. dir. D. FERRIER, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁸⁸ V. les recommandations relatives aux administrateurs indépendants *in* Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP-MEDEF, révisé en juin 2013, p. 10.

⁶⁸⁹ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-Medef, révisé en juin 2013, 40 p., spéc. p. 9.

⁶⁹⁰ Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, Middledext, déc. 2009, p. 11 ; Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-Medef, révisé en juin 2013, p. 5 ; V. également, A. VIANDER, Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées : RJDA 12/2003, p. 1003 *in* M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 307.

⁶⁹¹ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, Afep-Medef, révisé en juin 2013, p. 12 ; Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, Middledext, déc. 2009, p. 16 ; V. *infra*, n°s 615 à 221.

⁶⁹² C. com., art. L. 225-35.

⁶⁹³ V. *infra*, n° 382 et s.

⁶⁹⁴ C. com., art. L. 225-37, al. 7.

⁶⁹⁵ V. en ce sens, J.-P. VALUET, Conformité à la loi, conformité aux codes, Les mérites de la prévention, JCP E, n° 30, 26 juill. 2012, 1471 ; dans le même sens, sur responsabilité sociale des entreprises, V. *infra*, n° 573 et s.

⁶⁹⁶ Par exemple, V. Circulaire DGT n° 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

322. La conformité aux codes de gouvernement d'entreprise doit néanmoins être distinguée de la conformité entendue sous son acception anglaise de *compliance*. En effet, la notion de *compliance* peut être traduite par la notion de « conformité à la loi »⁶⁹⁷ et également dénommée par la doctrine « conformité réglementaire »⁶⁹⁸. La conformité est une démarche globale tendant à gérer le risque juridique et implique une certaine organisation pour permettre cette gestion⁶⁹⁹.

323. Lorsque l'écueil lié à la pesanteur bureaucratique susceptible de résulter d'un processus tendant à la conformité est évité, la conformité permet alors de réduire un grand nombre de risques juridiques et s'avérer un véritable levier de performance pour l'entreprise⁷⁰⁰. Toutefois, force est de constater que certaines non conformités, comme les pratiques de corruption, peuvent également permettre à l'entreprise d'obtenir un avantage concurrentiel. D'ailleurs, la doctrine met en exergue les intérêts antagonistes, à savoir l'intérêt général dans un Etat de droit et l'intérêt égoïste de l'entreprise, que recèlent respectivement la recherche de conformité et la recherche de performance⁷⁰¹. Néanmoins, cette dernière conclut que si « la simple soumission à la règle de droit ne peut entraîner de super performance, la non-conformité durable génère très vraisemblablement une sous-performance tout autant

⁶⁹⁷ Pour une critique nuanciant cette dernière affirmation, V. C. ROQUILLY, C. COLARD, De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, préc., p. 12 et p. 33 et s.

⁶⁹⁸ La doctrine considère que l'expression « conformité réglementaire » recouvre « le fait pour une entreprise de se soumettre aux exigences d'une loi, d'un texte réglementaire, ou de toute norme émanant d'un organisme doté d'un pouvoir de cet ordre, et dont le non respect pourrait être sanctionné par un juge ou une autorité de régulation » (C. ROQUILLY, C. COLARD, De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, *op. cit.*, p. 12) ; ainsi, comme le relève justement B. du Marais, la *compliance* « apparaît comme une alternative à l'approche classique d'un contrôle *a posteriori* exercé par une autorité administrative qui sanctionne, *ex post*, les manquements à la réglementation au moyen d'agents ou de dispositifs de contrainte et d'enquête qui sont externes à l'entreprise ». B. DU MARAIS, La conformité, accélérateur ou frein à la croissance ?, *Compliance and performance* (Lyon, 2 déc. 2011), JCP E, n° 30, 26 juill. 2012, 1468.

⁶⁹⁹ Par exemple, la mise en place d'une cellule de veille juridique, la désignation d'un *compliance officer* (correspondant de conformité) ou des procédures de *whistleblowing* (procédures de déclenchement d'alertes ou plutôt de dénonciation par le personnel de l'entreprise ayant constaté des pratiques considérées comme non conforme) sont autant d'outils nécessaires à la mise en place d'une démarche de *compliance*. Ces différents outils doivent être complétés par la diffusion d'une véritable culture de la conformité dans l'entreprise qui peut être formalisée à travers des notes internes, des chartes éthiques et des codes de bonne conduite (En ce sens, C. ROQUILLY, C. COLARD, De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, *op. cit.*, spéc. p. 44 et s.)

⁷⁰⁰ En effet, la doctrine relève que « la conformité réglementaire ne doit pas être perçue comme une charge administrative mais comme le moyen de consolider des process, d'éliminer les systèmes d'information redondants d'impliquer le maximum d'acteurs possibles au sein de l'entreprise, pour favoriser une plus grande efficacité » (C. ROQUILLY, C. COLARD, De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, *op. cit.*, spéc. p. 60).

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 66.

durable »⁷⁰². En effet, ces mêmes pratiques de corruption peuvent provoquer des conséquences catastrophiques pour l'entreprise, comme l'illustre l'affaire Siemens⁷⁰³ et l'interdiction récente, dont elle a été sujette, de candidater aux appels d'offres de marchés publics au Brésil pendant cinq ans. Ces démarches permettent ainsi de réduire les risques, voire d'améliorer la performance de l'entreprise, mais ne constituent pas les seules solutions juridiques permettant de gérer les risques de l'entreprise.

B) Le transfert juridique des risques

324. Nonobstant le transfert des risques à l'assureur⁷⁰⁴, de multiples moyens permettent de transférer les risques afin d'en diminuer les impacts. Si chaque solution de traitement doit être arrêtée en fonction du risque identifié, une présentation non exhaustive des différents moyens permettant de transférer les risques de l'entreprise permet d'illustrer les techniques juridiques susceptibles d'être utilisées afin de gérer les risques de l'entreprise. Ces différentes techniques ont ainsi pour objectif de réduire l'impact des risques en les mutualisant ou de supprimer les conséquences redoutées des risques en les transférant totalement à un ou plusieurs tiers. Ainsi, le transfert de ces risques peut être obtenu en recourant à des moyens permis notamment par le droit des sociétés (1) et par le droit des contrats (2)⁷⁰⁵.

1) Le transfert des risques permis par le droit des sociétés

325. Le droit des sociétés fournit de multiples solutions permettant de transférer les risques de l'entreprise. Au titre ces dernières, il est possible de porter une attention

⁷⁰² *Ibid.*, p. 67.

⁷⁰³ Par ailleurs, il serait plus juste de relever les affaires Siemens puisque, selon l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), la société d'ingénierie allemande « s'est livrée à des pratiques généralisées et systématiques de corruption transnationale entre 2001 et 2007 (...) dans au moins dix pays » (Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales, Rapport final de l'OCDE, 4 novembre 2009, 49 p., spéc. 33 et s.).

⁷⁰⁴ V. *supra*, n°s 196 et s.

⁷⁰⁵ Il est à préciser le caractère perfectible de cette dichotomie, opposant les techniques issues du droit des sociétés et celles issues du droit des contrats, car certaines techniques du droit des sociétés impliquent la création de sociétés qui est conditionnée à la signature d'un contrat de société (C. civ., art. 1832). Aussi, il serait plus opportun d'opposer les techniques issues du droit des sociétés et celles nécessitant la souscription de contrats particuliers ou l'insertion de clauses contractuelles spécifiques.

particulière à la filialisation (a), aux coopérations interentreprises permettant une mutualisation des risques (b) ou encore aux modalités de transfert des risques sur les marchés financiers (c).

a) *La filialisation*

326. La création de sociétés peut répondre à plusieurs objectifs⁷⁰⁶. Parmi ces objectifs, la création d'une société peut permettre, selon les cas, de transférer totalement ou partiellement les risques. En effet, la société peut notamment être un « instrument d'optimisation juridique ou financière »⁷⁰⁷ mais également « une technique d'organisation du partenariat »⁷⁰⁸.

327. Comme outil d'optimisation juridique, la constitution d'une filiale peut permettre de transférer les risques liés à la création d'une nouvelle activité. Dans ce dernier cas, une filiale est créée *ab initio* et dispose des financements alloués par la société mère pour organiser la nouvelle activité. En droit des sociétés, « le risque, c'est la responsabilité personnelle des associés, illimitée dans un cas, limité aux apports dans l'autre »⁷⁰⁹. Afin de limiter ce risque, la société mère peut privilégier la création d'une société par actions, à responsabilité limitée, comme les SA, SCA, SAS et SARL. Selon les objectifs poursuivis à l'occasion de la création de cette filiale, la constitution d'une SAS peut présenter de nombreux avantages au regard de la liberté accordée par le législateur dans la rédaction des dispositions statutaires⁷¹⁰ permettant de prévoir le fonctionnement de la société⁷¹¹.

328. De surcroît, la filialisation peut également être envisagée à l'occasion d'une coopération entre deux sociétés qui décident de collaborer dans le cadre d'un projet commun, afin de mutualiser les risques qui y sont liés. Aussi, la technique de la filialisation peut être utilisée dans le cadre d'une restructuration de la société, qui désire scinder ses différentes

⁷⁰⁶ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 10 et s.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 10, n° 24.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 10, n° 15.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 14, n° 25.

⁷¹⁰ Aussi, en cas de création d'une filiale commune, des pactes d'actionnaires permettent de préciser d'autant plus les différents droits et obligations et d'anticiper, par des méthodes alternatives de résolution des différends, les délais procéduraux et différents écueils comme l'absence de confidentialité des procès publics.

⁷¹¹ En ce sens, P. MOUSSERON, L. CHATAIN-AUTAJON, Droit des sociétés, Joly éditions, coll. Précis Joly, 2^{ème} éd., Paris, 2013, 393 p., spéc. p. 330, n° 385.

branches d'activité, afin, par exemple, que certaines activités déficitaires aient moins d'impact sur celles qui réalisent des bénéfices. En effet, la filialisation est une « technique souvent utilisée pour loger au sein d'une structure *ad hoc* la conduite et les risques d'un projet commercial ou industriel (...) [ou être] le moyen d'attirer des investisseurs simplement intéressés par l'activité objet de la filialisation »⁷¹².

329. En outre, dans ces dernières hypothèses, une ou plusieurs sociétés peuvent réaliser un apport partiel d'actif qui se définit comme « un apport en nature réalisé par une société dite apporteuse à une société dite bénéficiaire et qui porte sur une branche autonome d'activité »⁷¹³. A la différence de la scission, l'apport partiel d'actif présente l'intérêt de ne pas provoquer la dissolution de la société apporteuse⁷¹⁴. L'apport partiel d'actif permet alors à la société de transmettre une partie de son patrimoine en contrepartie d'une participation au capital de la société bénéficiaire de l'apport. Aussi, en application de l'article L. 236-22 du Code de commerce, les parties peuvent décider de soumettre l'opération au régime des scissions⁷¹⁵. Si cette option peut alourdir la procédure relative à cet apport⁷¹⁶, les intérêts en matière de gestion des risques sont non négligeables. En effet, « sauf dérogation expresse prévue par les parties, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, l'apport partiel d'actif emporte, lorsqu'il est placé sous le régime des scissions, transmission universelle⁷¹⁷ de la société apporteuse à la société bénéficiaire de tous les droits, biens et obligations dépendant de la branche autonome d'activité qui fait l'objet de l'apport »⁷¹⁸. En d'autres termes, l'apport partiel d'actif permet à une société, soucieuse de transférer les risques liés à une de ses branches d'activité, de créer une filiale en lui transmettant l'ensemble des actifs mais

⁷¹² *Ibid.*, p. 330, n°s 385 et 392.

⁷¹³ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 744, n° 1468.

⁷¹⁴ *Ibid.*, n° 1469.

⁷¹⁵ C. com., art. L. 236-16 à L. 236-21.

⁷¹⁶ En l'absence d'option, la décision d'apport peut être prise par les seuls dirigeants de la société apporteuse alors que la soumission au régime des scissions implique la réunion de l'assemblée générale de cette dernière qui sera convoquée afin de délibérer à cet effet. Aussi, de nombreuses dispositions relatives aux scissions doivent être suivies comme l'élaboration du projet d'apport partiel d'actif, la désignation d'un commissaire à l'apport partiel d'actif, les résolutions des assemblées générales extraordinaires des deux sociétés, etc. Par ailleurs, du fait de l'augmentation nécessaire du capital de la société bénéficiaire de l'apport, la convocation de l'assemblée générale de cette dernière est indispensable que l'opération soit soumise ou non au régime des scissions.

⁷¹⁷ Sur la notion de transmission universelle du patrimoine, V. R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse, Université de Bordeaux, 2009, 462 p.

⁷¹⁸ Cass. com., 23 juin 2004 : JCP E 2004, 1774, note A. VIANDER in M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 746, n° 1473.

également l'ensemble des passifs dépendant de cette branche autonome d'activité⁷¹⁹. Si la solidarité, de la société apporteuse, au passif transféré à la société bénéficiaire peut être écartée, par une clause expresse dans le traité d'apport, cette exclusion fait naître un droit d'opposition aux profits des créanciers concernés⁷²⁰. L'exercice de ce droit d'opposition à l'apport partiel d'actif peut avoir pour conséquence soit le rejet de l'apport, soit le remboursement des créances ou la constitution de garanties au profit des créanciers si elles sont considérées comme suffisantes par le juge⁷²¹.

330. Fiscalement, un régime de faveur pour l'impôt sur les sociétés est prévu afin de neutraliser les conséquences fiscales relatives, par exemple, aux plus values en sursis d'imposition ou aux provisions comptabilisées chez l'apporteur⁷²². L'application de ce régime de faveur est conditionné notamment au fait que les sociétés apporteuses et bénéficiaires soient soumises à l'impôt sur les sociétés, que la société apporteuse dispose d'au moins deux branches complètes d'activité et que la société apporteuse s'engage, dans l'acte d'apport, à conserver pendant trois ans les titres remis en contrepartie de l'apport⁷²³. Concernant les droits d'enregistrement, selon le montant du capital social, un droit fixe de 375 ou de 500 euros est appliqué lors de l'enregistrement de l'acte⁷²⁴.

331. Il est aussi important de préciser que la constitution d'une filiale détenue au moins à hauteur de 95% par la société mère, permet à la société mère, dans le cadre du régime de l'intégration fiscale⁷²⁵, de déclarer l'ensemble des résultats au niveau du groupe. En d'autres termes, en cas de risques réalisés au sein de la filiale, les déficits enregistrés remontent vers la société mère, s'imputent sur les bénéfices de cette dernière et diminuent

⁷¹⁹ Une branche autonome d'activité se définit comme « l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une organisation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens » (Instruction administrative du 3 août 2000 ; Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents).

⁷²⁰ C. com., art. L. 236-21.

⁷²¹ C. com., art. L. 236-14, al. 2.

⁷²² CGI, art. 210 B.

⁷²³ Plus précisément, « l'obligation de conservation des titres n'est exigée que des associés qui détiennent dans la société scindée (...) 5 % au moins des droits de vote ou qui y exercent ou y ont exercé dans les six mois précédant cette date, directement ou par l'intermédiaire de leurs mandataires sociaux ou préposés, des fonctions de direction, d'administration ou de surveillance et détiennent au moins 0,1 % des droits de vote dans la société ». CGI, art. 210 B.

⁷²⁴ CGI, art. 817 ; à titre de précision, si la société apporteuse décidait de distribuer les titres qu'elle a reçu en contrepartie de l'apport, cette distribution peut être exonérée sur agrément si elle intervient dans l'année qui suit l'apport partiel d'actif en application de l'article 115-2 du Code général des impôts.

⁷²⁵ CGI, art. 223 A.

donc l'impôt dû par la société mère.

332. Enfin, nonobstant l'existence d'une clause excluant la solidarité aux dettes transférées, il est à préciser que le transfert des risques de la société mère à sa fille n'est pas absolu et peut être dénué d'utilité, voire risqué, dans certaines hypothèses. En effet, nonobstant le constat d'un exercice abusif du droit de recourir à la filialisation⁷²⁶, si l'activité de la filiale venait à péricliter et qu'un traitement collectif de ses dettes s'avérait nécessaire, il existerait toujours un risque de contagion de la procédure collective à l'ensemble des sociétés d'un même groupe si la preuve d'une confusion de patrimoine pouvait être rapportée⁷²⁷. De la même manière, en matière de dépollution des sols, en cas de faute caractérisée commise par la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale, le juge peut décider « de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité »⁷²⁸. Ainsi, en raison notamment de ces dernières limites, certaines sociétés préfèrent recourir à d'autres techniques afin de transférer leurs risques.

b) La mutualisation des risques dans le cadre de coopérations interentreprises

333. Si la création de filiales communes facilite la coopération interentreprises, d'autres méthodes permettent de mutualiser les risques d'une ou plusieurs opérations entre des sociétés n'appartenant pas à un même groupe⁷²⁹. En pratique, la société en participation, qui est également utilisée pour constituer une filiale commune, et la constitution de GIE semblent être des techniques particulièrement utilisées.

334. En premier lieu, les sociétés en participation sont particulièrement fréquentes pour la « réalisation de gros travaux de construction, dans la fourniture d'usines « clés en mains » [ou encore dans la] coproduction cinématographique »⁷³⁰. La société en participation est une société qui n'est pas immatriculée et n'est également pas soumise à publicité⁷³¹. Ne disposant pas de personnalité morale, la société en participation ne dispose donc pas de

⁷²⁶ Sur ce point, V. M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 747, spéc. n° 1477 et s.

⁷²⁷ C. com., art. L. 621-2, al. 2.

⁷²⁸ C. environ., art. L. 512-17, al. 1.

⁷²⁹ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 649 et s., spéc. n°s 1270 et s. et p. 773, n°s 1522 et s.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 651, n° 1270.

⁷³¹ C. civ., art. 1871, al. 1.

patrimoine. Toutefois, cette dernière affirmation mérite d'être nuancée puisque, plus précisément, cette société ne dispose pas de patrimoine social à l'égard des tiers. En effet, si l'existence d'une société en participation leur est inopposable, il en est différemment dans les rapports entre associés. Dans tous les cas, la société en participation ne peut pas être créancière⁷³² et n'est pas obligée par les actes passés par son gérant ou ses associés⁷³³. Sous réserve de ne pas déroger à certaines dispositions impératives, les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation⁷³⁴. Le pragmatisme du législateur fiscal permet de soumettre personnellement les associés des sociétés en participation « à l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société »⁷³⁵. De plus, la société en participation peut opter de manière irrévocable pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés⁷³⁶. Aussi, la discrétion de la société en participation est parfois un intérêt guidant l'option de ce type de coopération interentreprises qui permet de mutualiser les risques. Toutefois, le désavantage majeur de la société en participation est constitué par la responsabilité illimitée et parfois solidaire⁷³⁷ aux dettes de la société en participation.

335. En second lieu, le groupement d'intérêt économique (GIE) est également une modalité permettant une mutualisation des risques de l'entreprise. Si la responsabilité des membres du GIE est également illimitée, le GIE se distingue de la société en participation en raison de la personnalité morale qu'il acquiert à la date de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁷³⁸. Créé par une ordonnance du 23 septembre 1967⁷³⁹, le GIE est un groupement d'au moins deux personnes, physiques ou morales, dont le but est « de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité »⁷⁴⁰. Toutefois, si la jurisprudence a récemment admis la possibilité, pour le GIE, de s'autofinancer⁷⁴¹, ce dernier n'a pas pour vocation première de réaliser des bénéfices

⁷³² Cass. com., 20 mai 2008 n° 07-13.202 : RJDA 8-9/08 n° 926.

⁷³³ Cass. com., 22 avril 1977 : Bull. civ. IV n° 110.

⁷³⁴ C. civ., art. 1871, al. 2.

⁷³⁵ En effet, les associés concernés sont « les membres des sociétés en participation -y compris les syndicats financiers- qui sont indéfiniment responsables et dont les noms et adresses ont été indiqués à l'administration » (CGI, art. 8-2).

⁷³⁶ CGI, art. 206-3 d. et 239.

⁷³⁷ C. civ., art. 1872-1, al. 2.

⁷³⁸ C. com., art. L. 251-4.

⁷³⁹ Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967.

⁷⁴⁰ C. com., art. L. 251-1, al. 2.

⁷⁴¹ Alors que la doctrine s'était interrogée sur la possibilité, pour un GIE, de mettre en réserve les bénéfices qu'il a réalisés afin de s'autofinancer (V. en ce sens. J. RICHARD, Un rêve baroque ou le GIE spéculateur : JCP N

pour lui-même. En effet, son activité doit nécessairement « se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci »⁷⁴². Ainsi, le GIE peut permettre de mutualiser certains risques en mutualisant les frais inhérents à certaines prestations auxiliaires à l'activité économique de ses membres. Par exemple, la mutualisation des coûts inhérents à la publicité d'une opération commune, à la location de bureaux dans des pays étrangers, ou à des travaux de recherches scientifiques permettent *in fine* une mutualisation des coûts et donc une mutualisation des risques financiers si ces opérations s'avéraient infructueuses. Toutefois, la responsabilité illimitée et solidaire des membres du GIE et l'introduction en droit français de la SAS ont diminué sensiblement le caractère attractif des contrats constitutifs de GIE. Enfin, un autre inconvénient tant de la société en participation que du GIE se retrouve dans le fait qu'aucun de ces groupements ne peut émettre de titres sur les marchés financiers.

c) Le transfert des risques sur les marchés financiers

336. Le recours aux marchés financiers⁷⁴³ ne se limite plus aux seules émissions de titres représentant une fraction du capital social des sociétés cotées en bourse et leur permettant de lever des fonds dans une logique d'accroissement. En effet, plusieurs types de produits, qui se négocient quotidiennement sur les marchés financiers, permettent aux sociétés de transférer certains de leurs risques. Plus précisément, les sociétés peuvent avoir recours au mécanisme de la titrisation qui « consiste pour une entreprise à transférer des créances ou d'autres actifs à une entité *ad hoc*, qui finance l'acquisition de ces actifs en émettant des titres dont le remboursement du principal et le paiement des intérêts ou dividendes dus sur ces titres sont assurés au moyen des flux générés par les actifs transférés »⁷⁴⁴. En d'autres termes, la titrisation permet à une société de céder certains de ses actifs, comme des créances

1993, I, p. 248 in M. COZIAN, A. VIANDER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 697, n° 1360), la jurisprudence vient de trancher en faveur de la licéité d'une telle opération (Cass. com., 6 mai 2014 n° 13-11.427 n° 432 F-PB, Sté Compagnie industrielle d'étiquettes c/ Groupement d'achat des transformateurs d'étiquettes : BRDA 11/14 Inf. 1).

⁷⁴² C. com., art. L. 251-1, al. 3.

⁷⁴³ Bien que dénué de rapport immédiat avec le transfert des risques sur les marchés financiers, il est intéressant de relever un dicton familier sur les marchés boursiers formulant que « la première règle est d'identifier le risque, la seconde de le diversifier » (S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 65).

⁷⁴⁴ X. DE KERGOMMEAUX, Organisme de titrisation, Rép. Com., Dalloz, n° 1.

commerciales, à un organisme de titrisation⁷⁴⁵ pour transférer les risques inhérents à ces créances. Les risques liés à ces actifs sont alors transférés à l'organisme de titrisation et sont supportés *in fine* par les différents investisseurs ayant acquis les titres émis par ledit organisme.

337. De manière générale, la cession de créance est effectivement un moyen permettant à l'entreprise de transférer les risques d'impayés de ses clients. Toutefois, le formalisme prévu pour les cessions de droit commun, nécessitant soit de signifier la cession à chaque débiteur dont la créance est cédée⁷⁴⁶, soit de constater la cession dans le cadre d'un acte authentique consignait l'acceptation du débiteur cédé, est bien trop lourd pour permettre la réalisation de cessions portant sur un nombre important de créances. Ainsi, le législateur est intervenu pour permettre initialement aux établissements de crédit de céder des portefeuilles de créances constitués d'emprunts leur permettant, d'une part, de se financer et, d'autre part, d'améliorer leur ratio de solvabilité financière, dénommé ratio Cooke⁷⁴⁷. Ensuite, une nouvelle intervention législative a permis notamment la titrisation des créances commerciales des sociétés, afin que ces dernières bénéficient de financements diversifiés et qu'elles puissent disposer d'une meilleure gestion des risques associés auxdites créances, tout en leur permettant une déconsolidation comptable des créances titrisées et du financement correspondant⁷⁴⁸.

338. En pratique, une société soucieuse de transférer les risques liés à ses créances commerciales se rapproche d'un « arrangeur »⁷⁴⁹ qui aura notamment pour vocation de

⁷⁴⁵ Un organisme de titrisation a pour objet « d'une part, d'être exposé[s] à des risques, y compris des risques d'assurance, par l'acquisition de créances ou la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance ; d'autre part, d'assurer en totalité le financement ou la couverture de ces risques par l'émission d'actions, de parts ou de titres de créances, par la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme ou transférant des risques d'assurance ou par le recours à l'emprunt ou à d'autres formes de ressources » (C. monét. fin., art. L. 214-168 ; Ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013, art. 6).

⁷⁴⁶ C. civ., art. 1690.

⁷⁴⁷ Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (D. 1989. Chron. 40, rect. 194) et complétée par le décret n° 89-158 du 9 mars 1989 (D. 1989. Chron. 136).

⁷⁴⁸ X. DE KERGOMMEAUX, Organisme de titrisation, Rép. Com., Dalloz, n° 3 ; pour ce faire, le législateur a également prévu des exceptions au monopole des établissements de crédit afin que les organismes de titrisation puissent effectuer à titre habituel l'acquisition de créances non échues (C. monét. fin., art. L. 511-6). De la même manière, le monopole accordé aux prestataires de services d'investissements souffre d'une exception au profit des organismes de titrisation et des sociétés en charge de leur gestion (C. monét. fin., art. L. 531-2).

⁷⁴⁹ En pratique, la société souhaitant céder ses créances s'adjoit les conseils d'un établissement de crédit qui interviendra dans le cadre du fonctionnement de l'opération de titrisation en qualité de dépositaire, d'agent de

conseiller les différents intervenants⁷⁵⁰ en vue de constituer un organisme de titrisation. La constitution d'un tel organisme implique d'opter entre deux modalités d'organisation⁷⁵¹ : un « fonds commun de titrisation »⁷⁵² ou une « société de titrisation »⁷⁵³. L'organisme de titrisation ainsi constitué procède alors à l'acquisition des créances⁷⁵⁴ de la société et finance cette opération par l'émission⁷⁵⁵ de titres⁷⁵⁶ auprès de tiers investisseurs. Aussi, les coûts liés à la constitution et au fonctionnement de l'organisme de titrisation sont en pratique supportés par la société cédant ses créances. De même, l'implication de cette dernière dans la constitution de l'organisme de titrisation est essentielle, afin d'en déterminer les différentes modalités de fonctionnement relatives notamment aux portefeuilles de créances à titriser, aux

placement, de banque de liquidité, etc. (X. DE KERGOMMEAUX, Organisme de titrisation, Rép. Com., Dalloz, n° 47).

⁷⁵⁰ Une opération de titrisation nécessite la constitution d'un organisme de titrisation, d'une société chargée de sa gestion (C. monét. fin., art. L. 214-77) et d'un établissement de crédit dépositaire unique de la trésorerie et des créances du fonds (C. monét. fin., art. L. 214-178). Lorsque l'organisme de titrisation est une société anonyme, sept associés doivent se répartir le capital social de la société de titrisation en application du droit commun applicable à ce type de société (C. com., art. L. 225-1).

⁷⁵¹ C. monét. fin., art. L. 214-168, al. 3.

⁷⁵² Le fonds commun de titrisation, dénommé autrefois fonds commun de créances, est organisé sous la forme d'une copropriété qui ne dispose pas de la personnalité morale et qui n'est ni soumis aux dispositions régissant les sociétés en participation, ni soumis aux règles relatives à l'indivision (C. monét. fin., art. L. 214-180). Il est constitué sur l'initiative conjointe d'une société chargée de sa gestion et d'une personne morale dépositaire de la trésorerie et des créances du fonds (C. monét. fin., art. L. 214-181).

⁷⁵³ La société de titrisation est un organisme de titrisation constitué sous la forme de société anonyme ou de société par actions simplifiée (C. monét. fin., art. L. 214-176, al. 1). A titre de précision, le législateur a prévu des dérogations aux dispositions applicables aux sociétés anonymes au profit des sociétés de titrisation. Par exemple, « l'assemblée générale ordinaire peut se tenir sans qu'aucun quorum ne soit requis ; il en est de même, sur deuxième convocation, de l'assemblée générale extraordinaire » (C. monét. fin., art. L. 214-179-I, 1°).

⁷⁵⁴ L'article D. 214-94 du Code monétaire et financier dispose que « les créances [...] éligibles à l'actif de l'organisme de titrisation sont : « 1° des créances résultant soit d'un acte déjà intervenu, soit d'un acte à intervenir, que le montant et la date d'exigibilité de ces créances soit ou non encore déterminés, et que les débiteurs de ces créances soient ou non identifiés, y compris des créances immobilisées, douteuses ou litigieuses ; 2° des titres de créances, représentant chacun un droit de créance sur l'entité qui les émet, transmissibles pas inscription en compte ou tradition ».

⁷⁵⁵ « Lorsque les parts, actions ou titres de créance émis par l'organisme de titrisation font l'objet d'une offre au public » (C. monét. fin., art. L. 214-170, al. 1.), un document de notation « doit être communiqué à l'AMF cinq jours de négociation au moins avant la date souhaitée pour l'obtention du visa » (AMF, Règl. gén., art. 425-8). Plus précisément, ce document doit contenir « une appréciation des caractéristiques des parts et, le cas échéant, des titres de créance que [l'] organisme est appelé à émettre, des créances qu'il se propose d'acquérir et des contrats constituant des instruments financiers à terme (...) qu'il se propose de conclure et évaluant les risques qu'ils présentent est établi par un organisme figurant sur une liste arrêtée par le ministre chargé de l'économie après avis de l'Autorité des marchés financiers » (C. monét. fin., art. L. 214-170).

⁷⁵⁶ Les titres de créances pouvant être émis par les organismes de titrisation sont émis sous la forme d'obligations ou sous la forme de titres de créances négociables. Les obligations sont « des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale » (C. monét. fin., art. L. 213-5). Les titres de créances négociables sont définis comme « des titres financiers émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance » (C. mon. fin., art. L. 213-1). Il est à préciser que le montant minimal d'émission d'un titre de créances négociables est de 150 000 € (Arrêté du 16 février 2005 pris en application du III de l'article 1er du décret n° 92-137 du 13 février 1992 modifié relatif aux conditions d'émission des titres de créance négociables émis par les entreprises d'investissement, les établissements de crédit, les sociétés de financement et la Caisse des dépôts et consignations, art. 2).

procédures de recouvrement ou aux modes de garantie des risques. Concernant le recouvrement des créances, le législateur précise qu'il « continue d'être assuré par le cédant ou par l'entité qui en était chargée avant le transfert [desdites créances], dans des conditions définies par une convention passée avec la société de gestion de l'organisme. Toutefois, tout ou partie du recouvrement peut être confié à une autre entité désignée à cet effet, dès lors que le débiteur en est informé par lettre simple »⁷⁵⁷.

339. A côté des opérations de titrisations classiques, dites titrisations *cash*, il est des titrisations synthétiques qui permettent également de transférer les risques liés à un portefeuille de créances ou d'actifs sans que les créances ou les actifs soient juridiquement transférés à l'organisme de titrisation. En effet, les titrisations synthétiques se réalisent en recourant à des contrats dérivés, communément appelés « dérivés de crédit »⁷⁵⁸, et qu'il est possible de trouver sur les marchés financiers sous la dénomination notamment de *swap*⁷⁵⁹. La doctrine définit le *swap* comme « un contrat par lequel les parties s'échangent le plus souvent

⁷⁵⁷ C. monét. fin., art. L. 241-172.

⁷⁵⁸ Il existe une très grande variété de dérivés de crédit (*Credit Guarantees, Revolving Credit, Repo Market, Asset Swaps, Structured Notes, Credit default swaps, Default digital put, Total return swaps, Credit linked notes, Spread Options* in T. RONCALI, Introduction à la gestion des risques, Cours ENSAI, oct. 2001. Par exemple, la doctrine décrit l'opération du « *credit default swaps* » de la manière suivante : « un créancier, appelé « acheteur » de protection, « achète » une protection à un tiers, appelé « vendeur » de protection contre l'engagement par ce dernier de lui payer une somme d'argent, en cas de survenance d'un événement de crédit affectant sa créance sur un débiteur tiers (...) [en cas de réciprocité des ces opérations d'achats et de ventes les deux parties] « s'échangent en fait leur exposition respective au risque de crédit sur un portefeuille » (A. GAUVIN, Droit des dérivés de crédit, Revue Banque édition, p. 84 cité in M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », JCP E 2010, n° 42, 21 octobre 2010, 1899, spéc. n° 22). De la même manière, La doctrine décrit l'opération du « *total return swap* » comme le fait, pour un établissement bancaire propriétaire d'un portefeuille de crédits « [d'] échanger l'ensemble des flux générés par son portefeuille (intérêt et capital) contre ce qu'il en coûte d'être prêteur ». Ainsi, le coût de refinancement sur le marché nécessaire pour que les établissements bancaires puissent octroyer des crédits sont pris en compte et sont ensuite ajoutés ou déduits « [d'] une marge en rémunération de l'appréciation ou de la dépréciation du portefeuille » A. Gauvin, Droit des dérivés de crédit, Revue Banque édition, p. 84 cité in M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc., spéc. n° 23).

⁷⁵⁹ Si le terme *swap* se traduit littéralement par le terme « échange », les contrats financiers à terme, comme les *swap*, ne répondent pas au régime juridique prévu par les articles 1702 et suivants du Code civil. En effet, la doctrine, qui appelle à la création d'un nouveau contrat nommé, « le contrat d'échange de risques », relève le caractère *sui generis* des *swap* et autres dérivés de crédit (M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc.). Aussi, qu'il concerne les devises ou les taux d'intérêt, le *swap* peut être défini comme un « contrat de ventes réciproques et liées de devises avec clause de rachat à terme de chaque monnaie vendue au comptant » (F. MEYRIER, Les contrats d'échanges de devises et de taux d'intérêt (*swaps*) : DPCI, 1986, t. 12, n° 1, p. 22) ou comme un « accord entre deux parties de s'acheter et de se vendre mutuellement une série de flux financiers basés sur un taux fixe ou variable, dans une même devise ou dans des devises différentes (S. K. HENDERSON, J.A.M. Price, Currency and Interest Rate Swaps, cité par P.-A. BOULAT et P.-Y. CHABERT, Les *swaps* : Masson 1992, n° 66, cités in M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc., n° 48). Enfin, il peut également être considéré comme un pari financier qui n'est pas soumis, conformément à l'article L. 211-35 du Code monétaire et financier, à l'article 1965 du Code civil.

des flux d'intérêts ou des devises (...) Il s'agit de contrats à terme négociés de gré à gré »⁷⁶⁰. Au sens de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, les dérivés de crédit sont des « contrats financiers, également dénommés instruments financiers à terme ». Il est à préciser que la réalisation de titrisations synthétiques est également conforme à l'objet de l'organisme de titrisation qui est notamment « d'être exposé à des risques par (...) la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme (...) [et] d'assurer en totalité le financement ou la couverture de ces risques par l'émission d'actions, de parts ou de titres de créance, par la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme »⁷⁶¹.

340. A la différence des opérations de titrisations classiques, ces organismes de titrisation ne sont pas constitués, en pratique, par les sociétés soucieuses de transférer des risques, comme des risques de taux ou de change, mais par des établissements financiers dont l'objectif est de réaliser des gains liés à la fluctuation des devises ou des taux d'intérêts. En contrepartie, ces derniers assument les pertes lorsque cette fluctuation de devises ou de taux d'intérêts ne leur a pas été favorable. Les marchés dérivés sont alors un moyen pour la société de réaliser un transfert de risques vers des investisseurs prêts à accepter le risque de perte liée à la fluctuation négative d'une devise ou d'un taux d'intérêt, dans l'espoir d'un gain lié à une fluctuation d'une devise ou d'un taux d'intérêt leur étant favorable⁷⁶².

341. Pour illustrer le recours au *swap*, comme une modalité de traitement des risques pour l'entreprise, il est possible de prendre l'exemple du risque de change⁷⁶³. Pour le risque de change, l'usage du *swap* permet à l'entreprise « d'échanger »⁷⁶⁴ « un montant en devise étrangère contre un montant en sa devise locale »⁷⁶⁵. Plus précisément, l'entreprise acquiert des devises étrangères à un instant T, qui peut correspondre à la signature d'un contrat prévoyant ladite devise étrangère comme modalité de paiement et dont ledit paiement

⁷⁶⁰ Remise en cause des concepts du droit des sociétés par les techniques de financement - Dissociation entre la qualité d'actionnaire et le risque financier – (*Empty voting et hidden ownership*), ss. dir. F. LEPLAT, CUREJ, déc. 2013, p. 23.

⁷⁶¹ C. monét. fin., art. L. 214-168.

⁷⁶² P. STEPHAN, S. AMADOU, Marchés dérivés et gestion de risques financiers : compétence et devoir des dirigeants sociaux : Joly Bourse et produits financiers, mars-avr. 1995, p. 102 cité in M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc., n° 31.

⁷⁶³ V. infra, n° 567 et s.

⁷⁶⁴ A. CONSTANTIN, Les outils contractuels de gestion des risques financiers, Rev. Dr. banc. et fin, n° 6, nov. 2010, étude 30, spéc. n° 16.

⁷⁶⁵ M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc., n° 27.

est exécuté à un terme déterminé par le contrat. Le montant « échangé » dans le cadre de l'opération de *swap* est récupéré à un instant $T + 1$, pour procéder au paiement de la dette qui, dans ce cas, n'aura pas subi de fluctuation liée au risque de change. En d'autres termes, pour la société, en cas de fluctuation à la hausse de cette devise étrangère, l'opération a permis de couvrir le risque réalisé. A l'inverse, une fluctuation à la baisse de ladite devise étrangère implique un gain manqué pour l'entreprise. Ainsi, si cette opération permet de transférer le risque de change, dans l'acceptation négative du risque, elle supprime également toute perspective de gains liés à une fluctuation favorable à la société desdites devises. De la même manière, il est possible de traiter un risque de taux lorsque l'emprunt est à taux variable en recourant à un swap de taux d'intérêts ayant pour effet de transformer l'emprunt à taux variable en un emprunt similaire à taux fixe⁷⁶⁶. Toutefois, certains économistes constatent l'inanité du recours aux instruments dérivés en relevant que le risque n'est pas annihilé à long terme puisque « la plupart des marchés de produits dérivés ne prémunissent contre le risque que pendant une année. Passé ce délai, les risques n'y sont plus assurables et deviennent donc des risques stratégiques »⁷⁶⁷.

342. Enfin, que ce soit dans le cadre d'une titrisation classique ou d'une titrisation synthétique, le moyen permettant le transfert des risques demeure le contrat. En effet, si les titrisations synthétiques sont possibles en recourant aux contrats dérivés, les titrisations classiques nécessitent notamment la rédaction d'un contrat de société pour créer la société de titrisation et la rédaction du contrat de cession des créances qui détermine notamment les caractéristiques du portefeuille de créances cédées et les modalités de calcul du prix de cession des créances.

⁷⁶⁶ Sur les différentes techniques de couvertures financières, V. Y. SIMON ET S. MANNAÏ, Techniques financières internationales, 6^e éd. : Economica 1998 ; pour un descriptif détaillé des contrats, V. P-A. BOULAT et P.-Y. CHABERT, Les swaps : Masson, p. 12 et s. ; A. HUDSON, Swaps, Restitution and Trust : Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 9 et s. ; sous la direction de P. BIRKS ET F. ROSE, Lesson of the Swaps Litigation : Mansfield Press, London, 2000 cité in M. FAVERO, Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », préc., n° 18.

⁷⁶⁷ R.-F. KNIGHT, D.-J. PRETTY, Définir une philosophie du risque, e-learning HEC, Lesechos.fr, 2010

2) Le transfert des risques permis par le droit des contrats

343. « En amont, le contrat, acte de prévision⁷⁶⁸, apparaît comme l'instrument de gestion des risques par excellence »⁷⁶⁹. En effet, le recours aux contrats est indispensable pour prévenir les risques de l'entreprise. Outil de performance de l'entreprise, le contrat (a) et les différentes clauses contractuelles qu'il peut prévoir sont un moyen permettant notamment de transférer les risques de l'entreprise (b).

a) Le contrat comme outil de performance de l'entreprise

344. Comme l'affirme la doctrine, le contrat⁷⁷⁰ « est incontestablement un élément premier de toute stratégie de gestion des risques »⁷⁷¹. En effet, les contrats ne doivent pas être perçus comme un accessoire à l'activité de l'entreprise. Au contraire, ils doivent être appréhendés comme un facteur de croissance. En ce sens, ils sont un moyen de refléter la stratégie de l'entreprise et lui permettre d'optimiser ses relations commerciales pour *in fine* mieux vendre ses produits ou fournir ses services. Aussi, le contrat est un instrument permettant d'anticiper les risques mais il est également source de risques contractuels, comme le risque d'inexécution. Néanmoins, la singularité de cet instrument se révèle au regard de la capacité du contrat à l'anticipation des risques qu'il peut produire⁷⁷².

345. Alors que la modification du contexte économique ou social peut avoir des conséquences préjudiciables pour l'entreprise, le contrat permet de les anticiper en prévoyant les modalités applicables à la survenance d'un événement. Pour ce faire, l'identification des différents risques de l'entreprise et leur analyse, dans le cadre de scénarios, apparaissent d'autant plus nécessaires pour déterminer par écrit les événements susceptibles de

⁷⁶⁸ H. LECUYER, Le contrat, acte de prévision, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré : Dalloz 1999, p. 643 cité *in* M. CHAGNY, Risques, finance et droit, Rev. Dr. banc. et fin, n° 6, nov. 2010, étude 29, n° 10.

⁷⁶⁹ M. CHAGNY, Risques, finance et droit, préc., n° 10.

⁷⁷⁰ Selon l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁷⁷¹ A.-C. MARTIN, La gestion des risques par le contrat, Stratégies juridiques des acteurs économiques, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, préf. F. GENTIN, p. 134.

⁷⁷² La doctrine relève à ce effet que le risque contractuel « a la particularité de pouvoir être géré par l'instrument qui le provoque » (A.-C. MARTIN, La gestion des risques par le contrat, Stratégies juridiques des acteurs économiques, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, *op. cit.*, p. 134).

compromettre les objectifs de l'entreprise. De même, cette prévision du contrat permet de définir les modalités à mettre en œuvre à la suite de la réalisation de ces événements en anticipant l'éventuelle inexécution des obligations ainsi contractées. Ainsi, le contrat doit être perçu comme « un mode de configuration de l'avenir »⁷⁷³. Dès lors que cet instrument est susceptible de prévoir un grand nombre de scénarios menant aux événements redoutés par les cocontractants, l'intangibilité du contrat doit alors primer sur sa révision judiciaire pour imprévision⁷⁷⁴. De surcroît, dans le cadre de sa capacité relative à l'anticipation des risques, le contrat est également un moyen permettant de les transférer, d'imputer la charge de ces risques sur une autre partie. En effet, si les exemples de ces transferts sont nombreux, le contrat d'assurance et le contrat de sous-traitance illustrent cette modalité de transfert des risques.

346. En premier lieu, le contrat d'assurance⁷⁷⁵, outil indispensable dans la gestion des risques, permet, sous certaines réserves, de transférer les risques à l'assureur en contrepartie du paiement d'une prime et, selon les prévisions de la police d'assurance, d'une franchise⁷⁷⁶. A la lumière des risques considérés et selon la stratégie de l'entreprise, le transfert des risques au marché assurantiel peut être le moyen privilégié dans le cadre de sa gestion des risques ou, plus raisonnablement, être décidé après avoir comparé les différentes modalités de traitement possible en rapprochant les risques résiduels⁷⁷⁷ et la capacité d'autofinancement de l'entreprise.

347. En second lieu, la sous-traitance est « une opération par laquelle une entreprise, dite donneur d'ordre ou entrepreneur principal, confie à une autre, dite sous-traitant, le soin

⁷⁷³ V. LASSERRE-KIESOW, L'aléa, JCP G, n° 31-35, 27 juillet 2009, p. 50-56.

⁷⁷⁴ En ce sens, Y. LEQUETTE, De l'efficacité des clauses de hardship, *in* Les mélanges Ch. Larroumet, Economica, 2010, p. 67 cité *in* A.-C. MARTIN, La gestion des risques par le contrat, Stratégies juridiques des acteurs économiques, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, *op. cit.*, p. 138 ; sur l'impossibilité pour le juge judiciaire de modifier la convention des parties en raison de changement de circonstances, V. Cass. civ., 6 mars 1876, De Gallifet *c/* Cne de Pelissane (aff. du Canal de Craponne) : GAJC, 11^{ème} éd., n° 163 ; DP 1876. 1. 193, note GIBOULOT ; S. 1876. 1. 161 ; dans le même sens : Cass. civ., 6 juin 2001 : DP 1921. 1. 73, rapp. A COLIN ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 2009 : Bull. civ. III, n° 64 ; D. 2009. AJ 950, obs. ROUQUET ; *contra*, en matière administrative, CE 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux : GAJA, 15^{ème} éd., n° 31, D. 1916. 3. 25, concl. CHARDENET.

⁷⁷⁵ Comme le relève la doctrine, « la technique contractuelle est le support de la technique spécifique de mutualisation des risques qu'est l'assurance » (M. CHAGNY, Risques, finance et droit, préc., n° 10) car « l'assurance emporte le transfert des conséquences de l'événement, lorsqu'il est encore à l'état de simple éventualité » (H. GROUDEL, Le contrat d'assurance, 2^{ème} éd., Dalloz, 1997, p. 1).

⁷⁷⁶ V. *supra*, n° 202 et s.

⁷⁷⁷ Les risques résiduels sont définis comme les risques subsistants après les traitements des risques (ISO Guide 73 : 2009, Management du risque – Vocabulaire, 3.8.1.6)

d'exécuter pour elle et selon un cahier des charges préétabli une partie des actes de production et de services dont elle conserve la responsabilité »⁷⁷⁸. Le contrat d'entreprise prévoyant cette opération de sous-traitance permet alors de transférer ou de partager les risques liés à des aspects de l'activité de l'entreprise. Elle permet notamment de bénéficier de l'expertise du sous-traitant, de ses travailleurs sans les comptabiliser dans ses effectifs et des différents outils de production de ce dernier sans nécessairement participer au financement de leur acquisition⁷⁷⁹. Dans le secteur industriel, le recours à la sous-traitance est devenu un moyen indispensable pour gérer les risques inhérents à l'activité de l'entreprise. Par exemple dans le cadre des opérations de maintenance des centrales nucléaires françaises, il peut y avoir jusqu'à huit niveaux de sous-traitance et 80% des risques d'irradiation sont supportés par les salariés des entreprises sous-traitantes⁷⁸⁰.

348. Toutefois, nonobstant le risque d'inexécution du contrat, le contrat d'assurance ou de sous-traitance ne sont pas dénués de risques et le choix d'y recourir doit être notamment dicté en analysant respectivement les plafonds ou les exclusions de garanties ou les nombreux risques inhérents à la sous-traitance. En effet, le contrat de sous-traitance recèle également des risques, dont le principal est la reconnaissance d'un contrat de travail entre l'entreprise donneur d'ordre et les travailleurs du sous-traitant. Ce dernier risque se décompose également en plusieurs risques tels les risques sociaux et fiscaux⁷⁸¹. De même, si elle ne respecte pas l'ensemble des conditions devant être respectées dans le cadre d'une telle opération⁷⁸², l'opération de sous-traitance peut engager la responsabilité pénale de l'entreprise sur le

⁷⁷⁸ B. MERCADAL, *Mémento pratique F. Lefebvre Droit commercial 2014*, Francis Lefebvre, n° 20200.

⁷⁷⁹ A.-C. MARTIN, *La gestion des risques par le contrat, Stratégies juridiques des acteurs économiques*, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁸⁰ Compte rendu n° 17 de la Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, à la durée d'exploitation des réacteurs et à divers aspects économiques et financiers de la production et de la commercialisation de l'électricité nucléaire, dans le périmètre du mix électrique français et européen, ainsi qu'aux conséquences de la fermeture et du démantèlement de réacteurs nucléaires, notamment de la centrale de Fessenheim, 13 fév. 2014, p. 8 ; Compte rendu n°59 de la Commission d'enquête relative aux coûts passés, présents et futurs de la filière nucléaire, préc., 6 mai 2014, p. 13.

⁷⁸¹ Par exemple, le donneur d'ordre doit acquitter les cotisations sociales des travailleurs ayant obtenu la reconnaissance de leur contrat de travail avec ledit donneur d'ordre. De même, la TVA déduite par ce dernier à l'occasion des paiements réalisés auprès du sous-traitant peut donner lieu à une contestation par l'administration fiscale. Aussi, selon le nombre de travailleurs concernés, la reconnaissance du contrat de travail de ces derniers peut avoir pour effet d'opérer le franchissement de seuils déterminant, par exemple, l'obligation de constituer un comité d'entreprise ou un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

⁷⁸² Par exemple, aucun état de subordination ne doit être établi entre le sous-traitant (et ses salariés) et le donneur d'ordre (Cass. soc., 27 fév. 1992 : RJDA 7/92 n° 702). Le lien de subordination n'est alors pas nécessairement établi, lorsque l'entrepreneur principal fournit quelques instructions au personnel du sous-traitant (Cass. civ., 22 nov. 2000 : RJDA 5/01 n° 583)

fondement notamment du délit de marchandage⁷⁸³ ou du délit de travail dissimulé⁷⁸⁴. Aussi, les clauses de ces contrats, comme les clauses de la majorité des contrats conclus par l'entreprise peuvent également permettre à l'entreprise d'anticiper ses risques et parfois de les transférer.

b) Les différentes clauses contractuelles permettant de transférer les risques

349. Afin d'anticiper les événements redoutés, il est parfois nécessaire de prévoir des clauses⁷⁸⁵ permettant une adaptation du contrat aux risques de l'entreprise⁷⁸⁶. Aussi, cette adaptation repose sur la même logique que celle permettant d'identifier les risques. En effet, pour rédiger ces clauses, le rédacteur du contrat doit se poser quasiment les mêmes questions⁷⁸⁷ énoncées, par exemple, dans l'hexamètre de Quintilien⁷⁸⁸.

350. Concernant les clauses permettant de transférer les risques, la doctrine enseigne classiquement qu'il est possible, dans les contrats translatifs de propriété, de dissocier le transfert de la propriété du bien objet du contrat, du transfert des risques de pertes ou d'avaries de ce bien. Le droit français, prévoyant la règle du consensualisme, dispose que le contrat de vente est parfait dès que les parties se sont accordées sur la chose et sur le prix⁷⁸⁹. Ainsi, sauf clause expresse, cet accord emporte le transfert de la propriété du bien objet du contrat au profit de l'acquéreur⁷⁹⁰. Toutefois, ce transfert de propriété entraîne également le transfert des risques associés à la chose, même si l'acquéreur n'a pas encore pris possession de la chose qui fait la matière de la convention. Pour déroger à cette règle générale, il est possible de stipuler une clause de transfert des risques au profit de l'acquéreur, qui aura pour effet de retarder le transfert des risques, afin d'éviter que ce dernier ne réceptionne, par exemple, des biens avariés à la suite de leur transport et dont le prix ne saurait être modifié en

⁷⁸³ C. trav., art. L. 8231-1 et s. ; C. trav., art. L. 8211-1 et L. 8271-1-1.

⁷⁸⁴ C. trav., art. L. 8221-1 et s. ; C. trav., art. L. 8211-1 et L. 8271-1-1.

⁷⁸⁵ En droit, une clause est une « disposition particulière d'un acte juridique » (Lexique des termes juridiques, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, 15^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 114, V^o Clause).

⁷⁸⁶ A.-C. MARTIN, La gestion des risques par le contrat, Stratégies juridiques des acteurs économiques, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁸⁷ La rédaction d'une clause stipulant une obligation invite le rédacteur à étudier le droit applicable à l'opération envisagée puis à poser les questions suivantes : « qui ?, à qui ?, quoi ?, quand ?, où ?, comment ?, à défaut que se passe t-il ? » (En ce sens, J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, 4^{ème} éd., Francis Lefebvre, Levallois, 2010, 732 p.)

⁷⁸⁸ V. *supra*, n^o 263.

⁷⁸⁹ C. civ., art. 1583.

⁷⁹⁰ C. civ., art. 1138.

raison du principe de l'intangibilité du contrat⁷⁹¹. Pour éviter cette situation, l'acquéreur doit alors négocier la possibilité de retarder le transfert des risques de la marchandise au jour de la livraison de ces dernières.

351. En pareille hypothèse, le vendeur a également intérêt, d'une part, à prévoir le terme de ce transfert des risques au jour de la mise à disposition de la marchandise auprès de l'acquéreur et, d'autre part, à doubler cette clause de transfert des risques par une clause prévoyant de retarder le transfert de la propriété de la chose vendue. En effet, cette seconde clause relative aux effets du contrat permet au vendeur de rester propriétaire de la chose jusqu'à parfait paiement du prix. Or, lorsque seule une clause de transfert des risques a été stipulée, la jurisprudence et la doctrine ont déjà eu l'occasion de relever qu'en l'absence de clause de transfert de propriété, le transfert de propriété suivait le sort des risques transférés⁷⁹². De même, cette clause aura pour effet de permettre au vendeur de revendiquer la propriété de la chose si son cocontractant était placé sous le régime protecteur du droit des entreprises en difficultés⁷⁹³. Aussi, afin de régler les écueils liés notamment au transport des marchandises vendues, les parties peuvent se référer à la terminologie – Incoterms – élaborée par la Chambre de commerce internationale. Selon l'*International commercial term* retenu, certaines caractéristiques liées essentiellement aux risques, aux frais de transport et d'assurance sont intégrées au contrat de vente⁷⁹⁴.

352. De la même manière, certaines clauses peuvent avoir pour effet de transférer les risques de change ou, à tout le moins, de le réduire. En effet, les clauses d'option de change permettent de stipuler un prix libellé en différentes devises en réservant au créancier ou, plus rarement, au débiteur la faculté d'opter au terme prévu pour le paiement, parmi ces différentes devises, la devise qui sera utilisée pour parfaire le paiement⁷⁹⁵. Si la clause d'option de change a pour effet de transférer totalement le risque de change au profit du créancier ou débiteur de l'obligation de paiement, les clauses de franchise de variation ou de franchise de change permettent respectivement « d'écarter l'influence de fluctuations de faible

⁷⁹¹ C. civ., art. 1134, al. 1.

⁷⁹² Cass. com., 19 juill. 1965, D. 1966. 450, note P. DURAND (J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, *op. cit.*, p. 464, n° 1181).

⁷⁹³ C. com., art. L. 624-16.

⁷⁹⁴ J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, *op. cit.*, p. 462, n° 1175.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 317, n° 738.

ampleur de cours de change intervenues entre le jour de la naissance de l'obligation et celui de son exigibilité (...) [ou] de limiter la prise en compte des fluctuations de change »⁷⁹⁶. Ces dernières clauses permettent donc d'anticiper le risque de change afin d'en limiter les conséquences. Dans le même sens, les clauses d'indexation permettent, dans les contrats à exécution successive, de prémunir l'entreprise créancière de l'obligation de paiement contre risque lié à l'inflation économique. A cet effet, les parties peuvent convenir que le prix initialement fixé dans le contrat sera automatiquement révisé, à des échéances initialement convenues, sur la base d'un indice préalablement déterminé.

353. De surcroît, il est de nombreuses clauses permettant d'anticiper les risques de l'entreprise sans pour autant procéder à un transfert des risques concernés. Par exemple, l'entreprise peut limiter sa responsabilité à travers l'insertion de clauses limitatives et, plus rarement, élusives de responsabilité. Si ces clauses comportent des inconvénients certains⁷⁹⁷ pour le créancier de l'obligation, elle présente également des avantages non négligeables⁷⁹⁸. Si les clauses exonératoires de responsabilité sont généralement prohibées⁷⁹⁹, les clauses limitatives de responsabilité sont valables dès lors qu'aucune faute lourde assimilable au dol ne peut être reprochée au débiteur de l'obligation⁸⁰⁰ ou qu'elles ne « contredis[ent pas] la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »⁸⁰¹. De même, ces clauses peuvent être réputées non écrites si elles « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »⁸⁰².

354. En outre, il est également possible de stipuler au contrat les différents événements redoutés par les parties qui auraient pour effet de leur permettre de ne pas

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 316, n° 738.

⁷⁹⁷ Il est possible de s'interroger sur la teneur d'une obligation s'il est permis au débiteur d'être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de cette obligation. Le principe même des clauses exonératoires de responsabilité est un acquiescement à la négligence des débiteurs.

⁷⁹⁸ La doctrine relève ainsi que « en ne prenant pas certains risques financiers, le débiteur fera payer moins cher le créancier et pourra innover, sans craindre une responsabilité écrasante » (Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, 3^{ème} éd. Defrénois, 2007, p. 534, n° 980).

⁷⁹⁹ Par exemple, V. C. civ., art. 1953 ; C. com., art. L. 133-1 ; *contra* Cass. civ. 1^{ère}, 4 juill. 1967, Bull. civ. I, n° 248 ; JCP G, 1967. II. 15234, note P. CHAUVEAU (Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 535, n° 981).

⁸⁰⁰ C. civ., art. 1150 ; par exemple, V. Cass. com., 10 mars 2009, n°08-15457.

⁸⁰¹ Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, Société Faurecia c/ Société Oracle, Bull. civ. IV, n° 115 ; D. 2010. AJ 1707, obs. X. DELPECH.

⁸⁰² C. comsom., art. 132-1.

exécuter les différentes obligations auxquelles elles se sont engagées et de prévoir l'issue du contrat dans de telles circonstances. En effet, si en principe rien n'interdit de prévoir les cas constitutifs de force majeure, la prévision contractuelle de ces événements n'est pas sans poser de difficulté. En effet, la force majeure est une cause exonératoire de responsabilité définie comme un événement à la fois irrésistible, imprévisible et extérieur⁸⁰³. Toutefois, la doctrine enseigne également que « promettre tout en prévoyant raisonnablement qu'il est possible que survienne telle impossibilité d'exécution, c'est accepter de ne pas invoquer la force majeure »⁸⁰⁴. En dépit de ce dernier constat, la doctrine relève qu'il reste néanmoins préférable de prévoir et d'illustrer ce type d'événement pour exercer une influence sur la qualification des événements de force majeure⁸⁰⁵ et pour aménager les conséquences de ces événements dans le contrat⁸⁰⁶.

355. Enfin, nonobstant les différentes autres clauses susceptibles d'anticiper les risques de l'entreprise⁸⁰⁷, il est à préciser que même si l'inanité de certaines clauses peut être relevée par le juge, il n'en demeure pas moins que leur caractère comminatoire peut suffire à constituer un frein aux actions qui seraient intentées à l'encontre de la partie qui s'en prévaut⁸⁰⁸ car « à coté des effets de droit que peuvent produire les clauses, il ne faut pas négliger les effets de fait qu'elles peuvent avoir »⁸⁰⁹.

⁸⁰³ Cass. ass. plén., 14 avril 2006, Bull. cass. ass. plén., n° 5 ; JCP 2006, p. 98, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; C. civ., art. 1147 et 1148.

⁸⁰⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, *op. cit.*, p. 512, n°s 952 et 953.

⁸⁰⁵ J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, *op. cit.*, p. 402, n° 989.

⁸⁰⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, *op. cit.*, p. 512, n° 952 (dans cette dernière hypothèse, il peut être préférable de ne pas évoquer la notion de force majeure mais simplement d'illustrer les différents événements susceptibles de constituer des causes exonérant le débiteur de la responsabilité liée à l'inexécution de ses obligations).

⁸⁰⁷ Par exemple, pour le risque pays (clause compromissoire, clause attributive de juridiction, clause *electio juris*), pour le risque d'inexécution (clause pénale, clause de séquestre), etc.

⁸⁰⁸ En ce sens, D. DANET, Performance juridique et globale de l'entreprise, La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Management juridique et culture juridique d'entreprise, ss. dir. C. ROQUILLY, ed. Joly, coll. Pratique des affaires, p. 65.

⁸⁰⁹ H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, Les stratégies fondées sur les clauses inutiles, Stratégies juridiques des acteurs économiques, ss. dir. H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON, préf. F. Gentin, p. 400.

Conclusion Chapitre 2

356. Les différentes étapes de la méthodologie de l'audit de risques permettent donc d'identifier, à l'aide de méthodes éprouvées, les différents événements redoutés par l'entreprise. Ces méthodes permettent également de faciliter l'analyse des sources de risques et des conséquences potentielles des événements redoutés afin d'estimer, pour chacun d'entre eux, leur criticité. Toutefois, la criticité des risques, obtenue par le produit de la probabilité d'occurrence des risques et de ses potentielles conséquences, ne permet pas d'obtenir l'importance des risques pour l'entreprise auditée. Aussi, les particularités de cette dernière doivent être prises en compte, afin de déterminer des critères dans l'objectif de les comparer aux risques préalablement estimés. Cette comparaison permet donc de distinguer les risques acceptables et nécessaires pour accroître la valeur de l'entreprise, des risques que l'entreprise ne saurait prendre en l'état au regard notamment de sa capacité financière.

357. Si ces derniers risques sont tout de même indispensables dans le cadre de sa stratégie, l'entreprise dispose de multiples solutions de traitement lui permettant de les réduire ou de les transférer juridiquement. En effet, au delà des solutions d'ingénierie ou de bon sens permettant d'optimiser les processus opérationnels de l'entreprise, le droit est un moyen indispensable pour anticiper les risques de l'entreprise. En effet, qu'il se déploie à travers les procédés tendant à la recherche de conformité juridique ou qu'il soit exploité à travers la multitude d'options permises par le droit des sociétés ou des contrats, le droit est un levier certain de performance de l'entreprise.

358. Enfin, il est à préciser qu'à l'issue de la phase de traitement, l'ensemble des risques identifiés doivent être suivis afin de prendre en compte l'évolution de leur probabilité d'occurrence et de leur gravité. De la même manière, les résultats d'un audit de risques doivent être actualisés afin de prendre en compte les risques émergents dont la probabilité d'occurrence peut croître au fil du temps, comme l'illustre le risque croissant de l'intrusion de *hackers* sur les réseaux informatiques ou celui lié au survol des centrales nucléaires par des drones civils.

Conclusion du Titre II

359. En dépit de l'absence de consensus sur les critères de classement des risques, l'apport de la doctrine économique et juridique est déterminant dans les modalités permettant de classer les risques de l'entreprise au regard des traits communs empruntés à ces dernières. Ces classifications permettent de définir plus précisément les différents risques auxquels est exposée l'entreprise et d'illustrer les différentes sources susceptibles de causer ces événements redoutés. Aussi, ces classifications permettent de mettre en lumière les grandes catégories de risques, afin de servir une méthodologie dont l'objectif est d'identifier l'ensemble des événements redoutés par l'entreprise.

360. En affectant des valeurs liées à l'occurrence et à la gravité des risques, la phase d'analyse des risques permet d'appréhender le poids de chaque menace pesant sur l'entreprise et facilite également, après la comparaison du risque estimé à des critères de risques déterminés par l'entreprise, la mise en lumière des risques devant être traités en priorité afin de sauvegarder et d'accroître la valeur de l'entreprise. De la même manière, la détermination du caractère acceptable des risques, basée notamment sur la tolérance et l'appétence aux risques de l'entreprise, permet également de déterminer, dans la phase de traitement des risques, les différents risques susceptibles d'être transférés sur le marché assurantiel et ceux devant être traités différemment ou, à tout le moins, traités préalablement à l'application de cette dernière modalité de transfert des risques. En effet, le suivi de cette méthodologie a pour objectif premier de distinguer les différents risques de l'entreprise pour mettre en exergue les risques inacceptables pour cette dernière, afin d'opter pour le choix, d'une part, de les accepter ou de les refuser et, d'autre part, de les réduire ou de les transférer afin qu'ils reviennent à des niveaux de risques acceptables pour l'entreprise.

Conclusion de la première partie

361. Les risques d'entreprise se définissent comme tout événement futur, incertain, ou d'un terme indéterminé, pouvant être identifié à l'occasion d'une activité économique, ne dépendant pas nécessairement de la volonté des membres de l'entreprise, et dont les conséquences peuvent être préjudiciables ou constituer une opportunité pour cette dernière. L'adaptation de la définition générale de risques permet ainsi, en dépit de leur hétérogénéité et de leur nombre qu'il est malaisé de déterminer, de prendre en compte les multiples risques susceptibles de se réaliser dans une entreprise. L'appréhension contemporaine de la notion, qui permet notamment de mettre en exergue des moyens permettant de prévenir les événements redoutés par les entreprises, est le résultat du pragmatisme de l'homme et, plus précisément, des différents travaux de la doctrine dans les sciences mathématiques, sociologiques, psychologiques, économiques et enfin juridiques.

362. En droit, la pénétration du concept a conduit progressivement le législateur et la jurisprudence à s'imprégner de la notion de risque pour l'ériger aujourd'hui comme un moyen permettant de justifier l'engagement de la responsabilité des entreprises. Toutefois, si les dispositions pénales d'interprétation strictes laissent peu de marge de manœuvre à la jurisprudence pénale, les notions auxquelles il est fait recours dans la jurisprudence civile ou fiscale ne permettent pas de déterminer précisément les frontières de la liberté de prendre des risques dont l'existence est, par ailleurs, incontestable.

363. La réalisation d'un audit de risques, à travers les différentes étapes de sa méthodologie, constitue pourtant un moyen permettant de réduire les éventuelles condamnations de l'entreprise en identifiant les risques susceptibles d'engager sa responsabilité. A tout le moins, la réalisation d'un tel audit peut permettre de justifier l'accomplissement de diligences liées à la prévention des risques, dont les conséquences préjudiciables sont reprochées à l'entreprise. Enfin, au delà de ce dernier objectif, cette méthodologie de l'audit de risque permet aussi à l'entreprise de disposer d'un véritable avantage concurrentiel, par l'obtention d'une vision globale des différents risques auxquels

elle est exposée et qui peuvent être gérés par de multiples traitements juridiques permettant de les endiguer. De surcroît, l'audit de risques est également un moyen susceptible de faciliter l'exécution des différentes obligations d'information et de gestion préventive des risques à la charge des entreprises.

DEUXIEME PARTIE :

LES OBLIGATIONS DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE

364. Les dispositions législatives et réglementaires relatives aux obligations de prévenir les risques en entreprise sont nombreuses et leur champ d'application peut varier selon les entreprises. En effet, certaines dispositions législatives et réglementaires sont applicables indépendamment du statut ou de la structure sociale de l'entreprise, alors que d'autres sont applicables en raison du statut de l'entreprise ou du fait des opérations réalisées par cette dernière. Plus précisément, de multiples obligations générales relatives à la prévention des risques professionnels concernent l'ensemble des entreprises, dès lors que leurs activités nécessitent l'embauche de travailleurs. De la même manière, le législateur a prévu l'obligation, pour les sociétés commerciales, d'établir des documents dont l'objectif est d'informer, notamment les actionnaires et associés, sur les risques auxquels sont exposées ces sociétés.

365. A l'inverse, l'admission aux négociations des titres d'une société sur les marchés financiers s'inscrit dans le cadre d'une opération de la société et a notamment pour conséquence d'accroître les obligations de gestion préventive relatives aux risques, lesquelles sont d'ailleurs indispensables au bon fonctionnement desdits marchés. De la même manière, exploiter une activité générant des risques particulièrement importants, du fait, par exemple, des substances utilisées dans le cadre du processus de production, peut avoir pour effet de soumettre l'entreprise au régime juridique applicable aux installations classées pour la protection de l'environnement. Ce dernier régime prévoit également de multiples dispositions ayant pour effet de contraindre les entreprises à la gestion préventive de leurs risques, lesquelles sont également essentielles pour prévenir les conséquences potentiellement catastrophiques qu'il est possible d'observer en cas d'accident technologique majeur.

Pour prendre en compte la diversité des risques devant faire l'objet d'une information ou être nécessairement prévenus, le droit français prévoit donc des obligations d'information et de gestion préventive des risques générales (Titre I) et spéciales (Titre II).

TITRE I : LES OBLIGATIONS GENERALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES

366. La tentation de voir le risque dans chaque disposition du Code de commerce est grande (risques d'une augmentation du capital social, risque de révocation du gérant, etc.). A tout le moins, le risque de non conformité juridique est sous-jacent dans chacune des dispositions impératives du législateur. Afin d'éviter un renvoi facile et superfétatoire à l'ensemble de ces normes, le champ d'application de cette étude est circonscrit aux principales obligations de gestion préventive des risques et d'information sur les risques dont sont débitrices les entreprises. Les principales obligations générales de gestion préventive et d'information relatives aux risques se concentrent dans les deux principaux documents que sont le rapport de gestion établi préalablement à l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes (Chapitre 1) et le document unique d'évaluation des risques professionnels (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les risques mentionnés par les documents devant être établis avant l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes

367. De nombreux rapports en droit des sociétés doivent être produits lors des assemblées générales ordinaires annuelles en vue d'informer les actionnaires ou associés sur la manière dont s'est déroulé l'exercice social et sur les perspectives futures de l'entreprise. D'ailleurs, la doctrine incite vivement les sociétés commerciales à établir, hors toute injonction légale, tout document jugé nécessaire pour fournir une information suffisante afin que leurs destinataires puissent voter en toute connaissance de cause à l'occasion de chacune des consultations des actionnaires ou associés de la société⁸¹⁰. En deçà de ces encouragements orientés vers davantage de transparence, les entreprises doivent impérativement communiquer, notamment dans le cadre du rapport de gestion, sur les risques identifiés dans le cadre de leur activité économique (Section 1). D'autres documents, devant accompagner le rapport de gestion lors des assemblées générales annuelles d'approbation des comptes, traitent également, au moins de manière incidente, de la notion de risque dont la carence, comme pour le rapport de gestion, peut être sanctionnée (Section 2).

⁸¹⁰ Rapports des dirigeants à l'AGO dans les sociétés commerciales, Themexpress, Navis, éd. Francis Lefebvre, 2013, n° 2.

Section 1 : Les risques mentionnés par le rapport de gestion et les rapports joints dans les sociétés commerciales

368. Bien que certaines dispositions du Code de commerce relatives au rapport de gestion empruntent indifféremment les notions d'entreprise et de société, les obligations de communiquer sur les risques de l'entreprise sont enjointes aux sociétés et plus particulièrement, dans le cadre de cette étude, aux sociétés commerciales. Si cette étude s'intéresse aux risques présentés dans le rapport de gestion (§ 2), le champ d'application des obligations de communication sur les risques doit être préalablement circonscrit (§ 1).

Paragraphe 1 : Le champ d'application des obligations de communication sur les risques à la charge des sociétés commerciales

369. Bien que la notion d'entreprise renvoie à l'exercice d'une activité économique, le législateur a pris le soin de restreindre le champ d'application de l'obligation d'établir un rapport de gestion, et donc l'obligation de communiquer sur les risques de l'entreprise à travers ce document, aux seules sociétés commerciales (A). De même, si toutes les sociétés commerciales sont en principe tenues d'établir un rapport de gestion à l'issue de chaque exercice social, les particularités de chaque structure sociale nécessitent que soient précisées les personnes responsables et les délais qui leur sont impartis pour établir ce rapport (B).

A) Les sociétés commerciales soumises à l'établissement d'un rapport de gestion

370. Le rapport de gestion est un document de synthèse écrit qui est établi par les personnes ou les organes assurant la direction ou l'administration de la société. Ce document reprend de nombreuses informations afin de rendre compte de la gestion de la société durant l'exercice écoulé auprès de l'organe chargé de délibérer sur les comptes de l'exercice. À cet effet, il doit être intelligible pour que les investisseurs, présumés aguerris en finance mais profanes dans le secteur d'activité de l'entreprise, puissent aisément comprendre l'ensemble

des informations qu'il contient.

371. À la lecture de l'article L. 232-1⁸¹¹ du Code de commerce, en principe, l'ensemble des sociétés commerciales est soumis à l'obligation d'établir un rapport de gestion. Néanmoins, il est des exceptions à ce principe pour éviter que certaines sociétés croulent sous le poids de formalités dénuées d'utilité. Tout d'abord, le législateur ne vise que les sociétés commerciales exonérant ainsi les sociétés civiles⁸¹² de cette obligation. De même, les entreprises exerçant leur activité à titre individuel sont également exemptées de l'établissement de ce rapport. Aussi, en dépit d'une contestation doctrinale minoritaire⁸¹³, les personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique ne sont pas astreintes à l'établissement du rapport de gestion⁸¹⁴. Dans le même sens, les SARL et SAS sont également dispensées d'établir un rapport de gestion lorsque la société est gérée ou présidée par l'associé unique et ne dépasse pas certains seuils fixés par voie réglementaire⁸¹⁵. Ces exceptions sont aisément compréhensibles puisque le rapport de gestion trouve sa raison d'être dans la nécessité d'informer les associés ou actionnaires sur la situation de la société à la fin de chaque exercice. Ainsi, afin d'éviter le développement de « schizophrénies ponctuelles » des dirigeants associés uniques, lors de la clôture de chaque exercice, le législateur considère le dirigeant associé unique comme suffisamment informé des risques

⁸¹¹ L'article L. 232-1 du Code de commerce prévoit que « à la clôture de chaque exercice le conseil d'administration, le directoire ou les gérants dressent l'inventaire, les comptes annuels conformément aux dispositions de la section 2 du chapitre III du titre II du livre Ier et établissent un rapport de gestion écrit. Ils annexent au bilan : (...) II. - Le rapport de gestion expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement ».

⁸¹² Les gérants de sociétés civiles sont soumis, selon l'article 1856 du Code civil, à l'obligation « au moins une fois dans l'année, [de] rendre compte de leur gestion aux associés. Cette reddition de compte doit comporter un rapport écrit d'ensemble sur l'activité au cours de l'année ou de l'exercice écoulé comportant l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles ou des pertes encourues ou prévues ». Si les dirigeants de sociétés civiles doivent, comme leurs homologues dans les sociétés commerciales, rendre compte de leur gestion, cette obligation est néanmoins allégée.

⁸¹³ V. en ce sens, M. TELLER, Rapport de gestion du conseil d'administration, LexisNexis, Jcl. Sociétés, Fasc. 136-50, spéc. n° 7.

⁸¹⁴ Si l'article R. 612-1 du Code de commerce prévoit que les personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique sont, après franchissement de seuils fixés par cet article, tenues d'établir des comptes annuels, rien ne les contraint d'établir un rapport de gestion. En effet, à la lumière de l'article L. 232-1 du Code de commerce, le législateur fait clairement la distinction entre l'obligation de dresser les comptes annuels et celle d'établir un rapport de gestion.

⁸¹⁵ Les sociétés unipersonnelles sont dispensées d'établir un rapport de gestion lorsque, d'une part, la société est gérée par l'associé unique ; et, d'autre part, lorsque cette dernière n'excède pas à la clôture d'un exercice social deux des trois seuils suivants : un total du bilan de un million d'euros, un montant hors taxes du chiffre d'affaires de deux millions d'euros, ou un nombre moyen de salariés n'excédant pas vingt personnes au cours d'un exercice (C. com., art. L 232-1, IV, issu de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 et art. R. 232-1-1 issu du décret 2011-55 du 13 janvier 2011).

auxquels est exposée son entreprise et l'exonère dès lors de cette obligation. À l'inverse, le législateur a pris le soin de désigner les personnes responsables d'établir chaque année le rapport de gestion des sociétés qui y sont soumises.

B) Les personnes ou organes chargés d'établir le rapport de gestion

372. À la clôture de chaque exercice, les gérants⁸¹⁶ de SARL, SCS, SCA et SNC, le président ou les dirigeants désignés par les dispositions statutaires dans les SAS⁸¹⁷ et SASU⁸¹⁸, le conseil d'administration ou le directoire dans les SA⁸¹⁹ et les sociétés européennes⁸²⁰ sont chargés d'établir le rapport de gestion. Lorsque la société est dirigée par plusieurs gérants ou dirigeants, les comptes annuels et le rapport de gestion l'accompagnant doivent être établis par le collège des dirigeants ou gérants⁸²¹. L'établissement du rapport de gestion peut donc constituer un acte collectif des gérants⁸²² et, en l'absence de précision du législateur, la doctrine préconise de mentionner les éventuels désaccords des gérants ou dirigeants dans la réalisation de cette tâche au sein même du rapport en soumettant l'ensemble des propositions respectives des dirigeants à l'organe chargé de délibérer sur les comptes de l'exercice écoulé⁸²³.

373. Si le législateur n'a pas expressément prévu de point de départ du délai pour l'établissement du rapport de gestion, il a prévu l'expiration de ce délai. En effet, destiné aux associés ou actionnaires chargés de délibérer sur les comptes de l'exercice, le rapport de gestion doit être établi et adressé⁸²⁴ ou tenu à la disposition⁸²⁵ des actionnaires ou associés, au moins quinze jours avant la convocation de l'AGO ; l'AGO devant se tenir dans les six mois suivant la clôture de l'exercice⁸²⁶.

⁸¹⁶ C. com., art. L. 232-1 et L. 226-7.

⁸¹⁷ C. com., art. L. 232-1 et L. 227-1.

⁸¹⁸ C. com., art. L. 227-9.

⁸¹⁹ C. com., art. L. 232-1.

⁸²⁰ C. com., art. L. 229-7 et L. 229-8.

⁸²¹ C. com., art. L. 221-7 (SNC et SCS sur renvoi de l'article L. 222-2), L. 223-26 (SARL) et L. 232-1 (visant l'ensemble les sociétés commerciales).

⁸²² En ce sens, Cass. com., 21 mars 1995, Genty c/ SNC Pharmacie d'Aguiléra : RJDA 6/95 n° 724.

⁸²³ Rapports des dirigeants à l'AGO dans les sociétés commerciales, Themexpress, Navis, éd. Francis Lefebvre, Maj. 2013, n° 7.

⁸²⁴ C. com., art. L. 221-7 et R. 221-7 (SNC, SCS) ; C. com., art. L. 223-26 et R. 223-18 (SARL).

⁸²⁵ C. com., art. L. 225-115 et R. 225-69 (SA).

⁸²⁶ C. com., art. L. 225-100, al. 1.

374. Dans les sociétés commerciales soumises à l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes, le rapport de gestion doit également être tenu, au siège social, à la disposition du commissaire aux comptes au moins un mois avant la date de convocation à l'AGOA⁸²⁷. Ainsi, additionné au délai nécessaire pour convoquer les actionnaires à l'assemblée générale annuelle, le rapport de gestion doit être établi au moins quarante cinq jours avant l'AGOA. Le non respect de ce délai est constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité civile ou pénale des dirigeants pour entrave à l'exercice de la mission du commissaire aux comptes⁸²⁸.

Dans les EURL soumises à l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes, les comptes annuels et le rapport de gestion doivent être établis et tenus, au siège social, à la disposition du commissaire aux comptes dans les quatre mois suivant la clôture de l'exercice ou, en cas de dépôt au registre du commerce et des sociétés valant approbation des comptes par l'associé unique seul gérant, dans les cinq mois suivant la clôture de l'exercice⁸²⁹.

375. À la différence des autres structures sociales, la liberté dans la rédaction des statuts des SAS ne rend pas uniforme les délais applicables à ce type de société. En effet, l'obligation de prendre des décisions en assemblée régulièrement convoquée est soumise aux dispositions statutaires. Dès lors, seules les SAS dotées de commissaires aux comptes sont tenues de communiquer « à temps »⁸³⁰ le rapport de gestion au commissaire aux comptes. A l'exception des SASU soumises à l'obligation d'établir un rapport de gestion dans un délai de six mois suivant la clôture de l'exercice⁸³¹, le législateur n'a pas prévu de délais particuliers dans lequel l'assemblée générale, devant disposer du rapport de gestion, doit être appelée à statuer sur les comptes de l'exercice⁸³².

⁸²⁷ C. com., art. L. 232-1, III et R. 232-1, al. 1 ; art. R. 221-6 (SNC), R. 223-28 (SARL).

⁸²⁸ En ce sens, Rép. Valbrun : AN 20 octobre 1976 p. 6838 n° 29456 ; Rép. Bouquerel : Sén. 21 octobre 1976 p. 2859 n° 20439.

⁸²⁹ C. com., art. R. 223-28.

⁸³⁰ Rapports des dirigeants à l'AGOA dans les sociétés commerciales, Themexpress, Navis, éd. Francis Lefebvre, 2013, n° 15.

⁸³¹ C. com., art. L. 227-9, al. 3.

⁸³² Toutefois, l'alinéa 2 de l'article L. 232-13 du Code de commerce prévoit « que la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par décision de justice ». Ainsi, la décision des associés relative à l'éventuelle distribution de dividendes doit intervenir avant ce délai.

376. Dans les SA dotées d'un directoire, le directoire est chargé de l'établissement du rapport dans les trois mois⁸³³ suivant la clôture de l'exercice pour le présenter au conseil de surveillance dont les vérifications et contrôles permettront d'étayer l'exposé de ses observations formulées lors de la tenue de l'assemblée générale des actionnaires⁸³⁴.

À titre de précision, dans les SA à direction moniste, pour lesquelles l'établissement du rapport de gestion est imparti au conseil d'administration, le législateur a expressément exclu la possibilité d'établir les comptes annuels et le rapport l'accompagnant en recourant aux moyens de télécommunication ou de visioconférence généralement admis pour permettre la délibération des administrateurs non physiquement présents lors des délibérations du conseil⁸³⁵.

Ainsi, l'identification des organes chargés de l'établissement du rapport de gestion et la mise en lumière d'une obligation générale applicable aux sociétés commerciales amène à s'interroger sur le fait de savoir si cette obligation recèle la même portée pour chaque société ou si le contenu informatif du rapport de gestion peut être différent d'une société à l'autre.

Paragraphe 2 : Les risques présentés dans le rapport de gestion

377. Modifié à de nombreuses reprises pour satisfaire l'exigence accrue de transparence dans le monde de l'entreprise, l'article L. 225-100 du Code de commerce prévoit la majorité des informations devant être présentées dans le rapport de gestion pour se conformer aux obligations générales d'information sur les risques de l'entreprise. Ainsi, après avoir étudié la genèse de l'article L. 225-100 du Code de commerce (A), le contenu du rapport de gestion en matière de risques sera précisé (B).

A) La genèse de l'article L. 225-100 du Code de commerce

378. A la lumière des dispositions de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, il est possible de percevoir les origines de l'obligation pour les sociétés de

⁸³³ C. com., art. R. 225-55.

⁸³⁴ C. com., art. L. 225-68.

⁸³⁵ C. com., art. L. 225-37, al. 3.

communiquer leurs comptes sociaux et d'établir chaque année un rapport sur leur gestion⁸³⁶. Saluées comme un fondement du capitalisme français en raison de l'introduction de la société anonyme en droit français, les dispositions de la loi de 1867 ont ensuite été reprises au sein de l'article 157 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Axé principalement sur les informations financières des sociétés, le contenu du rapport de gestion s'est graduellement étoffé pendant ce dernier siècle.

Lors de l'introduction de la loi de 1966 et de son décret d'application⁸³⁷, le conseil de d'administration ou le directoire, selon le cas, était simplement tenu « [d'] exposer de manière claire et précise, l'activité de la société et, le cas échéant, de ses filiales au cours du dernier exercice écoulé, les résultats de cette activité, les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir ». Cet exposé s'accompagnait alors d'un tableau récapitulant les résultats des cinq derniers exercices de la société. Initialement réservées aux sociétés de tailles importantes, ces dispositions sont apparues nécessaires pour remédier à l'absence d'informations fiables des sociétés cotées sur les marchés boursiers. A la fin du XXème siècle, au delà des prescriptions du législateur, ces sociétés se sont attachées les services de cabinets spécialisés pour communiquer le mieux possible dans le but d'une meilleure valorisation du cours de leurs actions, pour fidéliser ou diversifier leur actionnariat ou encore pour accroître leur notoriété.

379. Dans un même souci de transparence, dans le dessein d'une parfaite information des investisseurs et dans un désir d'intégrer l'éthique au centre de la sphère des entreprises, le contenu de ce rapport s'est progressivement enrichi d'un nombre important d'informations qui doivent être mises à la disposition des associés ou actionnaires en amont de la tenue de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes.

Tout d'abord, s'il apparaît légitime que ces informations portent sur le dernier exercice comptable de la société, le législateur⁸³⁸ précise que son exhaustivité implique de mentionner toute information portant au delà de la clôture de l'exercice en cas de survenue d'évènements importants entre la date de clôture et l'établissement dudit rapport. Ensuite, de natures diverses, ces informations peuvent, par exemple, concerner les situations susceptibles d'engendrer un conflit d'intérêt entre la société et ses mandataires ou les éventuelles charges

⁸³⁶ Comptabilité et audit, ss. dir. B. PIGE, DSCG n° 4, Nathan, Revue Fiduciaire, Manuels applications et corrigés, 2^{ème} éd., Paris, 2011, p. 108.

⁸³⁷ Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, art. 148.

⁸³⁸ C. com., art. L. 232-2.

considérées comme somptuaires et qui ne sont alors pas déductibles de la base imposable de la société⁸³⁹. Dans le même sens, elles peuvent porter sur les diverses prises de participations ou de contrôle de sociétés par cette dernière, viser les actionnaires prépondérants dans le capital de la société⁸⁴⁰ ou renseigner sur les délais de paiement des fournisseurs⁸⁴¹ afin d'apprécier le taux d'endettement de cette dernière et corrélativement le risque d'un traitement collectif de ses dettes devant les tribunaux.

En raison de l'introduction de notions en droit des sociétés, conformes aux attentes de nos sociétés modernes, telles que l'éthique des affaires ou le gouvernement d'entreprise⁸⁴², le contenu du rapport de gestion s'est empli au delà du caractère financier intimement lié à ces informations jusqu'à devenir, comme le remarque la doctrine, un véritable « fourre-tout »⁸⁴³.

380. En outre, le législateur européen, en reprenant et modifiant quelque peu les textes comptables initiaux⁸⁴⁴, a élaboré une directive comptable unique⁸⁴⁵ dans l'objectif de pouvoir aisément comparer les états comptables et financiers des sociétés. Toutefois, celle-ci n'aura que peu d'incidence sur l'actuel contenu du rapport de gestion. En effet, l'accroissement, ces dernières années, du contenu informatif du rapport prenant en compte « les innovations de la *corporate governance* (...) pourrait expliquer sa relative pérennité dans un contexte de révision des directives comptables européennes »⁸⁴⁶. En ce sens, par une succession de modifications en droit interne, le législateur a enjoint aux entreprises de communiquer sur les aspects sociaux et environnementaux de leur activité, sur leur activité en matière de recherche et développement et, de manière plus générale, sur les risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.

Toutefois, le silence du législateur, au regard de l'absence de décret pris pour l'application de

⁸³⁹ Si le législateur n'a pas expressément prévu la mention dans le rapport de gestion du montant de la réintégration de certaines dépenses non admises totalement à la déduction fiscale, l'article 223 *quinquiès* du CGI prévoit l'obligation de communiquer « à la plus proche assemblée générale des actionnaires sous la responsabilité des commissaires aux comptes » ce que représentent financièrement ces dépenses devant être réintégrées (CGI, art. 39-4, 39-5 et 223 *quinquiès*). En pratique, cette information est communiquée dans le cadre du rapport de gestion (Rapports des dirigeants à l'AGOA dans les sociétés commerciales, préc., n°s 49 et s.

⁸⁴⁰ C. com., art L. 233-13.

⁸⁴¹ C. com., art. L. 441-6-1, al. 1.

⁸⁴² V. *supra*, n° 320 et 321.

⁸⁴³ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, Coll. Manuel, 25^{ème} éd., Paris, 2012, p. 220 et s.

⁸⁴⁴ Quatrième directive 78/660/CEE du 25 juillet 1978 du Conseil ; Septième directive 83/349/CEE du 13 juin 1983 du Conseil.

⁸⁴⁵ PE et Cons. UE, dir. 2013/34/UE, 26 juin 2013, art. 19, 4, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises : JOUE 29 Juin 2013.

⁸⁴⁶ M. TELLER, Rapport de gestion du Conseil d'administration, préc., spéc. n° 4.

certaines de ces dispositions, a semé le doute sur l'uniformisation du contenu du rapport de gestion en matière de risques pour l'ensemble des sociétés commerciales concernées par lesdites dispositions.

B) Le contenu du rapport de gestion en matière de risques

381. Il est une controverse inhérente au contenu du rapport de gestion. Plus précisément, la polémique porte sur le fait de savoir si le contenu dudit rapport est uniformisé pour l'ensemble des sociétés ou si, en raison de critères objectifs, certaines sociétés sont exonérées d'une partie des obligations prévues par l'article L. 225-100 du Code de commerce.

S'il perdure depuis quelques années, le caractère non tranché de ce débat n'est pas anodin, puisqu'il dicte le respect aux obligations d'information sur les risques imparties aux sociétés commerciales. En effet, la controverse liée au contenu du rapport de gestion (1) est inhérente au champ d'application des obligations d'informer sur les principaux risques et incertitudes de la société (3), sur les risques liés aux instruments financiers (4) et sur les risques incidemment visés par l'article L. 225-100 du Code de commerce (2).

1) La controverse liée au contenu du rapport de gestion

382. Si tous les rapports de gestion doivent notamment « expose[r] la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les évènements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement »⁸⁴⁷, certaines sociétés pourraient alléger le contenu de leur rapport de gestion et des rapports devant être joints à ce dernier.

Tout d'abord, en application de l'article L. 227-1 du Code de commerce, les dispositions des articles L. 225-17 à L. 225-126 du Code de commerce, dont fait partie l'article L. 225-100 du même code, ne sont pas applicables aux SAS, qui bénéficient alors d'une grande liberté dans l'établissement de leur rapport de gestion.

⁸⁴⁷ C. com., art L. 232-1 II préc.

383. Ensuite, à la lecture des informations devant être présentées dans le rapport de gestion selon l'article L. 225-100⁸⁴⁸ du Code de commerce, des exceptions prévues à l'article L. 225-100-1⁸⁴⁹ du même code et en raison de l'absence de décret pris pour l'application de ces dernières, la Compagnie nationale des experts comptables indiquait que seules les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé étaient soumises à l'obligation de faire figurer dans le rapport de gestion l'ensemble des dispositions prévues à la lettre de l'article L. 225-100 du Code de commerce⁸⁵⁰.

384. A l'inverse, la doctrine relevait que l'absence de seuils fixés par voie réglementaire ne devait pas conduire l'ensemble des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur les marchés financiers à se soustraire aux obligations prévues par l'article L. 225-100 du Code de commerce⁸⁵¹. Selon cette dernière opinion, seule l'application

⁸⁴⁸ L'article L. 225-100 du Code de commerce dispose que « (...) le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent. Ce rapport comprend une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société et indépendamment des indicateurs clés de performance de nature financière devant être insérés dans le rapport en vertu d'autres dispositions du présent code, l'analyse comporte le cas échéant des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel. Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée. L'analyse mentionnée au troisième alinéa contient, le cas échéant, des renvois aux montants indiqués dans les comptes annuels et des explications supplémentaires y afférentes. Le rapport comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits. Ces indications portent sur les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale de transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture. Elles portent également sur l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie (...) ».

⁸⁴⁹ L'article L. 225-100-1 du Code de commerce prévoit que « les troisième à sixième alinéas de l'article L. 225-100 ne s'appliquent pas aux sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé. Ne sont pas tenues de fournir les informations de nature non financière mentionnées à la dernière phrase du troisième alinéa de l'article L. 225-100 les sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé ».

⁸⁵⁰ Lettre du président de la CNCC du 27 février 2006 : Bull. CNCC mars 2006 p. 151 cité in Rapport des dirigeants à l'AGO des sociétés commerciales, préc., n° 29 ; V. également, G. BARANGER, Sociétés non cotées : les mentions du rapport de C. com., art. L. 225-100, Bull. joly sociétés, 1 mai 2006, n° 5, p. 663 et s.

⁸⁵¹ De surcroît, la doctrine fait remarquer que « cette lecture des textes conduit à supprimer pour toutes les sociétés anonymes dont les instruments financiers ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé

de l'article L. 225-100-1 dudit code serait subordonnée à la publication d'un décret précisant le champ d'application de l'exonération selon la taille des sociétés. Dès lors, l'article L. 225-100 du Code de commerce, se suffisant à lui même, ne serait pas différé ni subordonné à la publication d'un décret. Par conséquent, les sociétés commerciales devraient donc théoriquement mentionner dans leur rapport de gestion l'ensemble des informations énoncées par les alinéas 3 à 6 dudit article. Inversement, la présidence du CNCC argue que les exceptions visées à l'article L. 225-100-1 du Code de commerce excluent expressément les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Par un raisonnement *a contrario*, le CNCC fait alors valoir que les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ne sont pas tenues de fournir les informations énoncées aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce. Ainsi, le législateur prévoit une exception à ce principe dès lors que ces sociétés franchissent les seuils devant être arrêtés par voie réglementaire.

385. Contrairement à l'avis du CNCC, il semble plutôt que l'article L. 225-100 du Code de commerce prévoit, par principe, que toutes les sociétés commerciales sont soumises à l'obligation de mentionner les informations énoncées aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce. Par exception, prévue à l'article L. 225-100-1 du même code, certaines sociétés en sont exonérées dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils fixés par voie réglementaire. En l'absence de texte précisant ces seuils, l'ensemble des sociétés commerciales tenues d'établir un rapport de gestion doit donc mentionner les informations prévues aux alinéas 3 à 6 dudit article lors de l'établissement de leur rapport. Enfin, par une précision expresse du législateur, toutes les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont soumises à l'obligation de mentionner l'ensemble des informations prévues par l'article L. 225-100 du Code de commerce indépendamment des seuils prévus aux dernières phrases des deux alinéas de l'article L. 225-100-1⁸⁵².

En effet, il apparaît logique que les sociétés de petites tailles soient exonérées de cette

l'obligation de faire figurer dans le rapport de gestion « une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires » que prévoyait l'article L. 225-100, al. 3 avant d'être modifié par l'ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004, alors que cette ordonnance n'en envisageait la suppression que pour les plus petites d'entre elles » (Rapports des dirigeants à l'AGOA dans les sociétés commerciales, préc., n° 29).

⁸⁵² En outre, au delà des informations visées par le législateur à l'article L. 225-100 du Code de commerce, les sociétés doivent communiquer de nombreuses informations en matière de gestion des risques dès lors que leurs titres sont admis à la négociation sur les marchés financiers. V. *infra*, n° 538 et s.

obligation. Toutefois, le législateur prend le soin de rappeler que les SARL restent, en application du dernier alinéa de l'article L. 223-26 du Code de commerce, tenues aux obligations mentionnées aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du même code. Or, en 2010, les SARL représentaient 81% des sociétés françaises⁸⁵³.

Enfin, si l'analyse du CNCC devait être retenue, il en résulterait, de manière ubuesque, que les sociétés dont les titres sont admis sur un système multilatéral de négociation au sens de l'article L. 424-1 du Code monétaire et financier, tel Alternext Paris, ne devraient pas être tenues de fournir ces informations⁸⁵⁴. Dès lors, en l'absence de solution concrète, la prudence et le souci de transparence commandent de faire preuve d'exhaustivité en mentionnant, au moins de manière sommaire, l'ensemble des informations prévues, en principe, dans l'attente d'une éventuelle exonération prévue par voie réglementaire. En raison d'une formulation de la norme laissant une latitude importante aux sociétés pour établir leur rapport de gestion, il est nécessaire d'identifier le contenu exact de l'obligation d'information leur incombant.

2) Les risques incidemment visés par l'article L. 225-100 du Code de commerce

386. En l'absence d'indications précises du législateur, le contenu du rapport de gestion est laissé en grande partie à la discrétion des personnes ou organes chargés de l'établir. Le législateur a néanmoins pris le soin de prévoir certaines informations et analyses, appuyées par des indicateurs et ratios, devant figurer audit rapport. Si l'ensemble des informations devant être mentionnées dans le rapport ne renvoie pas directement aux risques de l'entreprise, certaines d'entre elles sont tout de même incidemment liées à la notion.

387. Ainsi, même si le terme « risque » n'est pas expressément visé à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-100 du Code de commerce, le législateur enjoint aux entreprises de présenter « une analyse objective (...) des résultats et de la situation financière de l'entreprise » afin d'apprécier, par la présence « d'indicateurs clés de performance de nature financière », l'état financier de l'entreprise. Bien que le législateur n'énumère pas l'ensemble des indicateurs clés de nature financière devant être mentionnés dans le rapport de gestion, il prend la précaution de préciser que le rapport doit au moins comprendre la situation d'endettement et donc le

⁸⁵³ Source INSEE, Répertoire des entreprises et des établissements.

⁸⁵⁴ V. *infra*, n°s 560 et s. et n°s 586 et s.

risque corollaire d'insolvabilité de l'entreprise. Dans le même sens, ces indicateurs permettent de mettre en exergue le risque de dépendance économique de cette dernière ou son incapacité à s'autofinancer.

388. De plus, renforcée par l'ordonnance du 20 décembre 2004⁸⁵⁵, l'obligation d'information sur les risques des entreprises implique également une « analyse [reprenant] des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel lorsque celle-ci permet une meilleure compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société au titre de l'exercice écoulé ». Le législateur incite donc toutes les sociétés à communiquer sur les risques sociaux et environnementaux, dès lors qu'ils contribuent à expliquer la situation économique de l'entreprise.

Ainsi, sans directement la viser, la notion de risque est pourtant sous-jacente dans les dispositions du législateur. De surcroît, par une formulation des plus générales, le législateur enjoint également aux sociétés de mentionner dans le rapport de gestion « une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ».

3) Les principaux risques et incertitudes devant être mentionnés dans le rapport de gestion

389. À la différence des risques financiers, sociaux ou environnementaux pour lesquels le législateur précise la nécessité de justifier les informations présentées par le recours à des indicateurs de performance, l'obligation de décrire les principaux risques et incertitudes auxquels l'entreprise est confrontée, prévue à l'alinéa 4 de l'article L. 225-100 du Code de commerce, laisse une entière liberté aux personnes chargées d'établir le rapport de gestion.

390. Néanmoins, la liberté laisse place à la contrainte car, en enjoignant aux sociétés de mentionner les principaux risques et incertitudes auxquels celles-ci sont confrontées, le législateur ordonne aux entreprises de procéder à l'analyse préalable de l'ensemble de leurs

⁸⁵⁵ Ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004 portant adaptation de dispositions législatives relatives à la comptabilité des entreprises aux dispositions communautaires dans le domaine de la réglementation comptable, art. 3.

risques. Effectivement, cette dernière analyse devient indispensable afin de mettre en lumière les risques et incertitudes prédominants pour l'entreprise tout en taisant les risques de moindre importance et pouvant être qualifiés de secondaires. L'obligation d'analyser les risques de l'entreprise trouve donc une base légale pour l'ensemble des sociétés soumises à l'établissement d'un rapport de gestion.

391. Ensuite, à la lecture de ces dispositions, le législateur scinde expressément l'objet de l'obligation d'information qui doit porter, d'une part, sur les risques et, d'autre part, sur les incertitudes auxquelles l'entreprise peut avoir à faire face. Comme indiqué préalablement⁸⁵⁶, à la différence des sciences économiques, la science juridique a pourtant contribué à confondre les deux notions. Ainsi, par sa précision, le législateur élude toute redondance et rappelle expressément la distinction *knightienne*, puisque cette obligation porte non seulement sur les risques dont la probabilité est connue mais également sur les risques dénués de caractère prévisible.

Serait-ce à dire que toutes les sociétés françaises aient à communiquer sur les incertitudes inhérentes au prix du blé pour les dix prochaines années ou liées aux tremblements de terre dans des zones de sismicité moyenne ? La réponse dépend résolument du caractère principal ou secondaire de cet événement pour la société et corrélativement de l'appréciation des risques faite par la personne les évaluant ; et, enfin, du degré de sincérité autorisé aux personnes chargées de réaliser le rapport. Dans ce dernier cas, deux intérêts paraissent antagonistes car si l'ensemble des principaux risques et incertitudes de la société doit être présenté pour que les associés ou actionnaires puissent voter en toute connaissance de cause, « les dirigeants doivent veiller à sauvegarder le caractère confidentiel d'informations dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts de la société ou de tiers »⁸⁵⁷.

En revanche, si les risques connus peuvent être mis en avant pour respecter cette obligation légale, l'obligation de mentionner les incertitudes pesant sur l'activité de l'entreprise soulève plus de difficultés. En effet, il est difficilement concevable qu'une entreprise productrice de prothèses mentionne sciemment dans le cadre des informations devant être présentées à l'ensemble de son actionnariat, actuel ou futur, les incertitudes inhérentes à l'innocuité des produits qu'elle fabrique en dépit de leur certification par un

⁸⁵⁶ V. *supra*, n° 112.

⁸⁵⁷ Mémento pratique F. Lefebvre Assemblée Générale 2014-2015, ss. dir. CHARVERIAT et al., Francis Lefebvre, spéc. n° 38600 ; V. également, Y. GUYON, Assemblées d'actionnaires, Rép. Sociétés, Dalloz, 2002, n°s 83 et 87 ; V. également, n° 592 et s.

organisme indépendant. Or, à la lumière de l'affaire des prothèses PIP, cette incertitude a pu s'avérer majeure. Aussi, toutes les sociétés ne peuvent pas avoir recours au service d'actuaire ou d'experts leur permettant d'obtenir la probabilité de leurs risques. Ce dernier constat explique, au moins en partie, la nécessité d'une précision des seuils de déclenchement de l'obligation de mentionner les informations prévues par les alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce.

392. En dépit de cette carence réglementaire, l'obligation liée à cette communication sur les risques de l'entreprise demeure tout de même encadrée à double titre.

En premier lieu, l'information fournie doit être aisément compréhensible pour les créanciers de l'obligation d'information, à savoir les associés ou actionnaires de l'entreprise. Par exemple, cela suppose que les rédacteurs du rapport doivent dénuer de complexité, ou au moins définir, les termes techniques utilisés par les ingénieurs de l'entreprise pour décrire les risques liés à leurs activités.

En second lieu, considéré comme un document support aux comptes annuels devant être approuvés lors de l'assemblée générale ordinaire des associés ou actionnaires, le rapport de gestion a pour objet de servir à une meilleure compréhension des résultats de l'entreprise présentés dans les comptes annuels. Ainsi, l'exposé des menaces présentes lors de l'exercice écoulé et des menaces, présentes ou supposées, susceptibles de compromettre l'atteinte des objectifs futurs fixés par l'entreprise doit être suffisamment détaillé.

Par ailleurs, si l'obligation de communiquer sur les principaux risques de l'entreprise a naturellement pour objectif de mettre en exergue les risques majeurs selon les spécificités de chaque entreprise, le législateur sollicite également que soient précisés, pour l'ensemble des entreprises soumises aux dispositions des alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce ayant recours aux instruments financiers, certains risques financiers spécifiques.

4) Les indications sur les risques liés aux instruments financiers

393. Les finances de la société étant au centre des préoccupations des associés ou actionnaires, il est apparu nécessaire pour le législateur d'exiger des entreprises qu'elles

précisent leur exposition à certains risques financiers⁸⁵⁸. Plus précisément, ces dernières doivent fournir « des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise⁸⁵⁹ lorsque cela apparaît pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et ses pertes ou profits »⁸⁶⁰. Dans le cadre de leur gestion, les sociétés peuvent recourir aux instruments financiers notamment pour se financer sur les marchés financiers, pour prendre des risques dans le cadre de la gestion d'un patrimoine composé de titres financiers, ou encore pour couvrir certains risques⁸⁶¹.

394. Au titre des informations relatives aux risques financiers, le rapport de gestion doit également fournir des indications sur « l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie »⁸⁶². Le droit comptable, à travers les dispositions de l'annexe A de la norme IFRS 7⁸⁶³, permet de déterminer les informations attendues par le législateur dans le cadre du rapport de gestion. En premier lieu, le risque de crédit est défini comme « le risque qu'une partie à un instrument financier manque à une de ses obligations et amène de ce fait l'autre partie à subir une perte financière »⁸⁶⁴. En deuxième lieu, « le risque qu'une entité éprouve des difficultés à honorer des engagements liés à des passifs financiers qui sont à régler par la remise de trésorerie ou d'un autre actif financier »⁸⁶⁵ définit le risque de liquidité. Concernant les risques de prix, ils regroupent les risques liés aux variations des prix de marché autres que le risque de change ou le risque de taux d'intérêt et peuvent inclure, par exemple, des risques tels que le « risque action », le « risque matières premières », ou

⁸⁵⁸ A la lumière de la définition initialement présentée, les risques financiers peuvent être définis comme tous les événements susceptibles de porter atteinte à la rentabilité financière de l'entreprise et à ses modalités de financement. (en ce sens : J. RENARD, *Théorie et pratique de l'audit interne*, coll. références, Eyrolles, Ed. d'Organisation, 7^{ème} éd., 2010, Jouve, p. 157 et s.); *adde*, pour rappel, Sean Cleary et Thierry Malleret définissent les risques financiers comme ceux « mena[çant] la solvabilité, la rentabilité et la trésorerie de l'entreprise, et peuvent découler des mouvements de prix du marché (variation des cours des devises, des taux d'intérêts, des primes d'assurances, des cours des actions, des opérations de couverture, des options et autres produits dérivés), d'un retard de règlements ou d'événements similaires ». S. CLEARY, T. MALLERET, *Risques, Perception Evaluation Gestion*, *op. cit.*, p. 76 ; V. *supra*, n° 220.

⁸⁵⁹ Les différents instruments financiers sont limitativement énumérés au II de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier.

⁸⁶⁰ C. com., art. L. 225-100, al. 6.

⁸⁶¹ V. *supra*, n°s 339 et s.

⁸⁶² C. com., L. 225-100, al. 6.

⁸⁶³ La norme comptable IFRS 7, publiée par l'IASB le 18 août 2005 et adoptée par l'Union européenne le 11 janvier 2006 (Règlement CE n°108/2006, JOUE 27 janv. 2006 mod. par règlement CE n° 1126/2008 du 3 novembre 2008), a pour but de fournir des informations détaillées dans les états financiers qui permettent, grâce à une information intelligible et accessible, aux profanes de la Finance d'apprécier l'importance du recours aux instruments financiers et des risques y afférents dans les entreprises dans lesquelles ces derniers ont investi.

⁸⁶⁴ IFRS 7, Appendix A, trad. *in* Normes d'application obligatoire en 2013, Navis, Ed. Francis Lefebvre, 2014.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

encore le « risque de remboursement anticipé »⁸⁶⁶. Plus précisément, il se définit comme « le risque que la juste valeur⁸⁶⁷ ou les flux de trésorerie futurs d'un instrument financier fluctuent du fait des variations des prix du marché, (autres que celles découlant du risque de taux d'intérêt ou du risque de change), que ces variations soient causées par des facteurs propres à l'instrument en cause ou à son émetteur, ou par des facteurs affectant tous les instruments financiers similaires négociés sur le marché »⁸⁶⁸. Enfin, le risque de trésorerie, qui n'est pas défini dans la norme IFRS 7, peut se définir comme les risques de variation des flux de trésorerie, qu'il est possible de retrouver sous l'appellation plus courante de *cash flow*.

395. Afin de fournir des indications sur les différents risques financiers lorsque cela apparaît pertinent, la société doit procéder à la présentation des instruments financiers auxquels elle a recours. Dans l'objectif d'une présentation optimale des indications relatives aux instruments financiers et aux risques y afférents, l'appendice B de la norme IFRS 7 prévoit de regrouper les instruments financiers dans des classes tenant compte des caractéristiques de ces instruments. Après s'y être attelée, l'entreprise doit dès lors distinguer les instruments évalués au coût amorti de ceux évalués à la juste valeur. De surcroît, cette dernière doit différencier clairement les instruments financiers n'entrant pas dans le champ d'application de la norme IFRS 7, afin de faciliter la lecture des profanes en évitant une énumération inintelligible de la multitude d'instruments financiers utilisés. Aussi, cette information ne saurait être complète, ni refléter la réalité de l'exposition aux risques pris, sans présenter ni décrire les modalités de réduction de ces risques mis en place par la société.

396. Pour parfaire la communication des informations relatives aux risques financiers, les entreprises doivent également donner « des indications portant sur les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers »⁸⁶⁹. A cette fin, lorsque l'entreprise réalise des transactions en faisant usage de la comptabilité de couverture, elle doit mentionner la politique qu'elle adopte et donner des indications sur l'utilisation des

⁸⁶⁶ Le risque de remboursement anticipé est constitué lorsqu'une partie doit supporter une perte sur un instrument financier en raison d'un remboursement anticipé d'une autre partie.

⁸⁶⁷ La notion de juste valeur se définit comme « le montant pour lequel un actif pourrait être échangé, ou un passif éteint, entre parties bien informées, consentantes et agissant dans des conditions de concurrence normale », IAS 32, Règlement CE n° 2237/2004 de la Commission du 29 décembre 2004 modifiant le règlement CE n° 1725/2003 de la Commission du 29 septembre 2003 portant adaptation de certaines normes comptables internationales conformément au Règlement CE n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne l'IAS 32 et l'IFRIC 1.

⁸⁶⁸ IFRS 7, Appendix A, trad. *in* Normes d'application obligatoire en 2013, Navis, Ed. Francis Lefebvre, 2014.

⁸⁶⁹ C. com., L. 225-100, al. 6.

instruments financiers pour couvrir les risques qui y sont liés. Une fois de plus, cette dernière exigence doit être satisfaite uniquement lorsque les informations demandées revêtent un caractère pertinent pour l'évaluation de l'actif, du passif, de la situation financière ou qu'elles sont susceptibles d'expliquer les pertes et profits de l'entreprise⁸⁷⁰. Selon la norme IAS 39⁸⁷¹, la comptabilité de couverture comptabilise les effets de sens inverse entre le résultat des variations de juste valeur de l'instrument de couverture et de l'instrument couvert. Toujours selon cette même norme, un instrument de couverture se définit comme « un dérivé désigné ou (pour une couverture du seul risque de variation des taux de change) un actif ou un passif financier désigné non dérivé dont on s'attend à ce que la juste valeur ou les flux de trésorerie compensent les variations de juste valeur ou de flux de trésorerie d'un élément couvert désigné ». En d'autres termes, il s'agit de conventions ayant pour effet « de réduire le risque de variation de valeur affectant l'élément couvert, qu'il s'agisse d'un actif, d'un passif, d'un engagement existant ou d'une transaction future »⁸⁷² et constituent donc une solution de traitement du risque⁸⁷³. Plus précisément, il existe trois types de relations de couverture : la couverture de juste valeur⁸⁷⁴, la couverture de flux de trésorerie⁸⁷⁵ et la couverture d'un investissement net dans une activité à l'étranger⁸⁷⁶.

397. Si ces définitions et développements permettent d'éclairer quelque peu les personnes chargées de l'établissement du rapport de gestion, elles peuvent néanmoins s'avérer insuffisantes. Ainsi, à défaut de bénéficier de lignes directrices suffisamment claires pour se conformer aux obligations visées aux alinéas 3 et suivants de l'article L. 225-100, il est possible de se référer aux recommandations de l'AMF traitant des obligations d'information sur les facteurs de risques au sein du document de référence auquel peuvent se référer les

⁸⁷⁰ C. com., art. L. 225-100, al. 4 et 6.

⁸⁷¹ Norme IAS 39 § 9 Instruments financiers : comptabilisation et évaluation.

⁸⁷² Encyclopédie de comptabilité, Contrôle de gestion et Audit, ss. dir. B. COLASSE, éd. Economica, 2009, pp. 308-320.

⁸⁷³ V. *supra*, n° 339 et s.

⁸⁷⁴ La couverture de juste valeur concerne la couverture de l'exposition aux variations de la juste valeur d'un actif ou d'un passif comptabilisé ou d'un engagement ferme non comptabilisé, ou encore d'une partie identifiée de cet actif, de ce passif ou de cet engagement ferme qui est attribuable à un risque particulier et qui peut affecter le résultat (Norme IAS 39 Instruments financiers : comptabilisation et évaluation).

⁸⁷⁵ La couverture de flux de trésorerie est « une couverture de l'exposition aux variations de flux de trésorerie qui : (i) est attribuable à un risque particulier associé à un actif ou à un passif comptabilisé (par exemple à tout ou partie des paiements d'intérêt futurs sur une dette à taux variable) ou à une transaction prévue hautement probable ; et (ii) pourrait affecter le résultat (IAS 39 Instruments financiers : comptabilisation et évaluation).

⁸⁷⁶ La couverture d'un investissement net dans une activité à l'étranger répond aux opérations définies dans la norme « IAS 21 Effets des variations des cours des monnaies étrangères », qui a pour objet de présenter la manière permettant d'intégrer des transactions en monnaie étrangère et des activités à l'étranger dans les états financiers d'une entité et de convertir les états financiers dans la monnaie de présentation.

sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers⁸⁷⁷.

Enfin, le rapport de gestion n'est pas le seul document devant être communiqué préalablement à l'assemblée générale ordinaire annuelle qui est susceptible de fournir des indications sur l'exposition aux risques de l'entreprise. Parallèlement à l'établissement de ce dernier, en vue d'assurer une fiabilité de l'information contenue dans le rapport de gestion, le législateur a également prévu l'obligation d'établir des documents qui complètent ou critiquent les informations contenues dans ce rapport et dans les comptes annuels l'accompagnant.

Section 2 : Les autres documents établis préalablement à

l'AGO

398. Le rapport de gestion permet de faire la synthèse de la gestion de la société au cours de l'exercice écoulé mais d'autres documents doivent l'accompagner afin de satisfaire à l'obligation de communiquer sur les risques de cette dernière. Si l'établissement de certains d'entre eux reste assigné aux personnes chargées du rapport de gestion, le législateur n'a pas laissé à ces personnes l'exclusivité de l'information sur les risques de l'entreprise. Ainsi, en prévoyant des sanctions en cas de carence de l'obligation d'établir le rapport de gestion et en disposant la rédaction d'autres documents susceptibles de compléter et de contrôler les informations contenues dans ce rapport, le législateur assure, aux associés ou actionnaires, une plus grande transparence et une fiabilité dans l'information transmise. En effet, les autres documents établis préalablement à l'assemblée générale d'approbation des comptes sont également riches d'information en matière de risques (§ 1) et sont, comme le rapport de gestion, soumis à la critique du fait des contrôles et sanctions liés à la communication sur les risques de la société (§ 2).

⁸⁷⁷ V. *infra*, n° 545 et s.

Paragraphe 1 : Les risques dans les différents documents accompagnant le rapport de gestion

399. Puisqu'il a vocation à accompagner les comptes dont il est sollicité l'approbation lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle, le rapport de gestion entretient un lien certain avec les différents documents composant les comptes annuels. Si le caractère synthétique ne permet pas réellement d'obtenir des informations suffisamment précises dans tous les documents composant les comptes annuels, il en est un - l'annexe comptable (B) - qui permet d'obtenir des indications sur les risques de l'entreprise. De plus, lorsqu'une société établit des comptes consolidés, l'obligation de produire un rapport de gestion est renforcée par l'obligation de joindre un rapport sur la gestion du groupe (A).

A) Le rapport de gestion du groupe

400. En principe, chaque société contrôlant une ou plusieurs sociétés au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce doit établir un rapport de gestion du groupe (1) dont le contenu est précisé par le législateur (2).

1) Présentation du rapport de gestion du groupe

401. Sauf exception⁸⁷⁸, chaque société contrôlant une ou plusieurs sociétés au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce doit établir à l'issue de chaque exercice social, indépendamment des comptes annuels et des rapports qui lui sont joints pour chacune des sociétés du groupe⁸⁷⁹, des comptes consolidés⁸⁸⁰ certifiés par un commissaire aux comptes.

⁸⁷⁸ Le législateur, à travers l'article 58 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, a exempté certains groupes de sociétés qui présentent « tant individuellement que collectivement, un intérêt négligeable par rapport à l'objectif défini à l'article L. 233-21 », à savoir l'objectif d'image fidèle, d'établir un rapport de gestion du groupe.

⁸⁷⁹ La doctrine relève qu'il y a « groupe de société – groupe sociétaire – lorsqu'une société en contrôle une autre ; il y a encore groupe de sociétés – groupe personnel – lorsqu'une personne physique contrôle plusieurs sociétés » (M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 779 et s., spéc. 1530 et s.). Les situations de contrôle d'une société vis-à-vis d'une autre sont prévues par l'article 233-3 du Code de commerce.

Aussi, les organes, chargés de l'établissement du rapport de gestion⁸⁸¹, de la société mère doivent établir un rapport sur la gestion du groupe⁸⁸², également dénommé « rapport consolidé de gestion »⁸⁸³. Le rapport sur la gestion du groupe, tout comme les rapports de gestion de chacune des sociétés entrant dans le périmètre de consolidation, doit être tenu à la disposition du commissaire aux comptes, au siège social de la société consolidante, dans les mêmes délais que pour les rapports de gestion de chaque société⁸⁸⁴. Néanmoins, il est une différence de régime entre les sociétés puisque si les SA, SCA et SE doivent présenter le rapport consolidé de gestion à l'assemblée des actionnaires pour approbation⁸⁸⁵, il en est différemment pour les SARL, SNC ou SAS. Ces dernières se contentent alors de mettre ces documents à disposition des associés ou des actionnaires sans être contraintes d'en solliciter l'approbation lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle⁸⁸⁶. Bien que le régime de la publicité du rapport de gestion du groupe puisse différer selon la structure sociale de l'entreprise, leur contenu est uniformisé.

2) Le contenu du rapport de gestion du groupe

402. De prime abord, au regard des prévisions du législateur relatives au contenu du rapport de gestion du groupe, l'établissement de ce dernier peut paraître redondant en raison de l'établissement des comptes annuels et des rapports de gestion déjà exigés pour chaque société entrant dans le périmètre de consolidation. En effet, à la lecture de l'article L. 225-100-2 du Code de commerce, le législateur s'est cantonné à reprendre, presque à l'identique⁸⁸⁷, les dispositions prévues aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du même code

⁸⁸⁰ Les comptes consolidés sont matérialisés par un bilan (C. com., art. R. 233-3, al. 2), un compte de résultat (C. com., art. R. 233-4) et une annexe (C. com., art. R. 233-14) portant sur l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation (C. com., art. L. 233-20).

⁸⁸¹ V. *supra*, n° 372.

⁸⁸² C. com., art. L. 233-16.

⁸⁸³ C. com., art. L. 225-100-2.

⁸⁸⁴ C. com., art. R. 221-6 ; C. com., art. R. 223-28 et R. 232-1, al. 1.

⁸⁸⁵ C. com., art. L. 225-100.

⁸⁸⁶ C. com., art. L. 221-7 (SNC), L. 223-26 (SARL) et L. 227-1 (SAS) ; en effet, les textes prévus pour ces sociétés prévoient que seuls les comptes annuels, l'inventaire et le rapport de gestion sont soumis à l'approbation de l'assemblée des associés. Les comptes consolidés de gestion, comme le rapport du commissaire aux comptes, sont tenus à la disposition des associés.

⁸⁸⁷ Les seules modifications concernent la substitution du terme « entreprise » au profit de l'expression « société établi[ssant] des comptes consolidés ». D'ailleurs, en recourant à la technique du « copier-coller », le législateur a rendu la lettre de l'article L. 225-100-2 du Code de commerce des plus imprécises. En effet, si la volonté du législateur était d'enjoindre aux sociétés établissant des comptes consolidés d'établir un rapport sur la gestion de l'ensemble des sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation, toutes les dispositions de l'article L. 225-100-2 ne vont pas dans ce sens. En effet, en reprenant à l'identique l'alinéa 6 de l'article L. 225-100 du Code de

concernant les mentions devant figurer dans les rapports de gestion de chaque société qui y est soumise. Toutefois, tout comme les comptes consolidés, le rapport consolidé de gestion l'accompagnant « traduit[t] la réalité économique et financière de l'ensemble. Cela équivaut à reconnaître la personnalité comptable du groupe de sociétés, à consolider les fractures correspondant aux personnalités juridiques distinctes des sociétés membres du groupe »⁸⁸⁸. Ainsi, les sociétés établissant des comptes consolidés doivent, dans le cadre du rapport consolidé de gestion, se conformer à l'ensemble des obligations prévues aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce⁸⁸⁹ à l'échelle de l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation.

403. En pratique, il est toutefois possible d'inclure le rapport de gestion de groupe au sein du rapport de gestion de la société mère⁸⁹⁰. La situation inverse est également possible⁸⁹¹. Ainsi, tout comme « l'analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation » appuyée par des indicateurs de performance, « les principaux risques et incertitudes auxquels l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation est confronté » devront être décrits à l'échelle du groupe. Il en résulte que le contenu informatif du rapport consolidé de gestion pourra nettement différer des rapports de gestion établis par chacune des sociétés entrant dans le périmètre de la consolidation. Ce dernier constat se vérifie particulièrement dans les groupes de sociétés où les sociétés n'exercent pas la même activité. Bien qu'ils constituent une source d'informations sur les risques, l'établissement du rapport de gestion du groupe répond généralement à la nécessité de bénéficier d'informations globales sur les sociétés mères dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers. Toutefois, la concision attendue de tout rapport de gestion additionnée à l'obligation de synthétiser l'ensemble des informations relatives à chacune des sociétés du groupe laisse craindre une information partielle, voire partielle selon les objectifs affichés du

commerce au dernier alinéa de l'article L. 225-100-2 du même code, le législateur enjoint aux sociétés établissant des comptes consolidés qu'elles communiquent à nouveau sur leurs propres instruments financiers et sur les risques y afférant. En effet, ce dernier alinéa prévoit que « le rapport comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits ».

⁸⁸⁸ M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 787 et s., spéc. n°s 1549 et 1550.

⁸⁸⁹ V. *supra*, n° 381 et s.

⁸⁹⁰ C. com., art. L. 233-26.

⁸⁹¹ C. com., art. L. 233-6.

groupe et du « vampirisme »⁸⁹² qu'il faut craindre dans ce type d'opération. Néanmoins, le rapport de gestion du groupe peut fournir de nombreuses indications sur les modalités de fonctionnement de chacune des sociétés du groupe et notamment sur les risques financiers à travers les conventions de trésorerie conclues entre les différentes sociétés du groupe⁸⁹³.

404. Enfin, il ne faut pas omettre que ces rapports ont pour vocation première d'accompagner les comptes annuels afin notamment de développer les informations qui y sont présentées. En effet, les comptes annuels, composés du bilan, du compte de résultat et de l'annexe comptable sont également source d'informations sur les risques. Néanmoins, les deux premiers documents ne font que recenser, à travers des lignes et postes comptables, des informations insuffisamment détaillées pour qu'ils puissent réellement servir l'étude de l'exposition aux risques des entreprises. A l'inverse, l'annexe comptable peut être une véritable source d'information sur les risques de l'entreprise.

B) L'annexe comptable

405. En application de l'article L. 123-12 du Code de commerce, « toute⁸⁹⁴ personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit (...) établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice (...) compren[a]nt le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forme un tout indivisible ». Alors que ces documents peuvent fournir des indications sur la santé financière ou sur les risques des entreprises, ils servent avant tout à déterminer le résultat de l'entreprise afin, d'une part, de faire le point chaque année sur l'activité et la rentabilité de l'entreprise ; et, d'autre part, après avoir procédé à certains retraitements, ils permettent de calculer le montant des impôts dus au titre de l'exercice clos. Les bilan et

⁸⁹² M. COZIAN, A. VIANDER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, op. cit. p. 782 et s., spéc. n° 1536 à 1538.

⁸⁹³ Sur les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, V. A. BIENVENU, Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés, préf. Fl. DEBOISSY, thèse, LexisNexis, coll. Diffusion, 2012, 911 p.

⁸⁹⁴ Afin d'éviter que certaines petites entreprises croulent sous le poids des obligations comptables, le législateur a institué des exonérations à cette obligation comme, par exemple, l'exemption prévue par l'article L. 123-25 du Code de commerce (personnes placées sur option ou de plein droit sous le régime réel simplifié d'imposition). De la même manière, l'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 a exonéré les petites entreprises de l'obligation d'établir une annexe (C. com., art. L. 123-16-1). Au sens de cette dernière disposition, les petites entreprises sont celles qui ne franchissent pas les seuils suivants : le total du bilan est fixé à 4 000 000 euros, le montant net du chiffre d'affaires à 8 000 000 euros et le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice à 50 (C. com., art. D. 123-200).

compte de résultat peuvent ainsi traduire, par le calcul de ratios⁸⁹⁵ ou par l'étude de postes comptables⁸⁹⁶, certains risques de l'entreprise. Toutefois, les informations présentées tant dans le bilan que dans le compte de résultat sont constituées de lignes de calculs qui ne donnent pas suffisamment de détails pour apprécier et évaluer les risques présents dans l'entreprise.

406. A l'inverse, l'annexe vient remédier au caractère sommaire de ces informations puisqu'elle a pour objectif de « compléter[r] et commenter[r] l'information donnée par le bilan et le compte de résultat »⁸⁹⁷. A cet effet, le Code de commerce prévoit, comme pour les bilan et compte de résultat, que l'annexe doit « comprendre autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise »⁸⁹⁸. Au delà de la nécessité de donner une image fidèle de la réalité économique et financière de l'entreprise, les comptes annuels doivent être réguliers et faire preuve de sincérité. Néanmoins, c'est davantage le principe de l'image fidèle⁸⁹⁹, que doivent respecter les comptes annuels, qui intéresse plus particulièrement la présente étude. En effet, le législateur a pris le soin de préciser que « lorsqu'une prescription comptable ne suffit pas à donner une image fidèle [du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise] des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe »⁹⁰⁰.

Sans prétendre à l'exhaustivité, le législateur énumère alors les informations devant figurer dans l'annexe⁹⁰¹. Concernant les risques de la société, il est alors possible de trouver, dans l'annexe comptable des sociétés, de nombreuses informations sur les provisions pratiquées⁹⁰², sur les risques de change⁹⁰³, sur les risques liés à la solidité financière de ces

⁸⁹⁵ Plusieurs ratios permettent d'apprécier les risques financiers d'une entreprise comme, par exemple, ceux liés à sa capacité d'autofinancement, à son taux d'endettement ou encore à sa rentabilité commerciale.

⁸⁹⁶ A titre d'exemple, les provisions peuvent donner des indications sur les risques de l'entreprise. En effet, l'article L. 123-10 du Code de commerce prévoit que « les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence ». A cet effet, les commerçants doivent tenir compte « des risques et des pertes intervenus au cours de l'exercice » et procéder « même en cas d'insuffisance du bénéfice (...) aux amortissements et provisions nécessaires ». Définies par l'IAS 37 les provisions constituent « un passif dont l'échéance ou le montant est incertain » ; par ailleurs, l'article 8 du décret comptable n° 83-1020 du 29 novembre 1983 dispose que « les risques et charges nettement précisés quant à leur objet, que des événements survenus ou en cours rendent probables, entraînent la constitution de provisions ». V. *infra*, n° 434 et s.

⁸⁹⁷ C. com., art. L. 123-13.

⁸⁹⁸ C. com., art. L. 123-15.

⁸⁹⁹ Sur la notion d'image fidèle, V. notamment, Doyen, *Gaz. Pal.* 1984. 1. Doctr. 211 ; MATT. et MIKOL, *RF compt.* Déc. 1986, p. 39 ; STOLOWY, *JCP E* 2000, n° 6, p. 219 ; MEDUS, *Rev. Sociétés* 1993. 509 ; LEDOUBLE, *JCP E* 1995. I. 437.

⁹⁰⁰ C. com., art. L. 123-14, al. 1 et 2.

⁹⁰¹ C. com., art. R. 123-196 à R. 123-198.

⁹⁰² C. com., art. R. 123-196, 2°.

⁹⁰³ C. com., art. R. 123-196, 5°.

dernières⁹⁰⁴, ou encore sur les risques inhérents aux opérations significatives non inscrites au bilan⁹⁰⁵, comme les cautions avalisées, et sur leur impact financier⁹⁰⁶.

407. Enfin, nonobstant l'ensemble des informations expressément visées par le législateur, l'annexe doit également comporter « toutes les informations d'importance significative sur la situation patrimoniale, financière et sur les résultats de l'entreprise »⁹⁰⁷. Cette notion d'importance significative peut alors être perçue comme une extension de la notion de risque. D'ailleurs, le législateur l'a expressément reconnu en précisant que les méthodes utilisées pour constituer les provisions pour risques et les risques de marché⁹⁰⁸ devaient être présentées dans l'annexe au titre des informations d'importance significative⁹⁰⁹. Par ailleurs, un risque majeur pour l'entreprise constitue nécessairement une information d'importance significative qui ne saurait être suffisamment exprimée à travers les seuls lignes et postes des bilan et compte de résultat. L'annexe vient alors remédier à cette carence afin que les comptes annuels puissent être établis dans le respect du principe d'image fidèle. Comme ce dernier principe, l'ensemble des règles comptables et les dispositions régissant l'établissement des rapports de gestion doit être respecté par la société mais surtout par les organes dirigeants qui ont la charge de l'établissement de ces documents. Afin de s'assurer de la bonne réalisation de cette mission le législateur a prévu des « gardes fou » pour que l'ensemble de ces documents puisse être critiqué préalablement à la tenue de l'assemblée générale convoquée afin de les approuver.

Paragraphe 2 : Les contrôles et sanctions

408. Pour que les associés ou actionnaires de la société puissent voter sur la base d'une information des plus objectives, lors de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes, le législateur a prévu de donner à différents acteurs de la société un pouvoir de

⁹⁰⁴ C. com., art. R. 123-196, 7° à 9°.

⁹⁰⁵ Cette dernière information doit être fournie dès lors que « la divulgation de ces risques (...) est nécessaire pour l'appréciation de la situation financière de la société » en application de l'article 1^{er} du décret n° 2009-267 du 9 mars 2009 codifié au dernier alinéa de l'article R. 123-197.

⁹⁰⁶ C. com., art. R. 123-198, 10°.

⁹⁰⁷ C. com., art. R. 123-195.

⁹⁰⁸ V. *infra*, n° 559 et s.

⁹⁰⁹ Décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants ; Recommandation n° 89-01 de la COB relative à l'information à donner par les sociétés cotées sur leur degré d'exposition aux risques de marché (taux, change, action).

contrôle sur le contenu du rapport de gestion (A) et a mis en place des sanctions (B) pour assurer l'effectivité de l'obligation de communication sur les risques de l'entreprise à travers ce document (B).

A) Le contrôle du contenu du rapport de gestion

409. Pour assurer la fiabilité des informations contenues dans les documents qui sont présentés lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle, il est apparu nécessaire de permettre à différents acteurs de la société de pouvoir critiquer la synthèse présentée dans le rapport de gestion. Ainsi, les observations contenues dans le cadre du rapport du commissaire aux comptes (1), au sein des formulations du conseil de surveillance (2) ou du comité d'entreprise (3) peuvent révéler d'éventuelles contradictions concernant les informations initialement présentées. De même, les associés ou actionnaires, à travers les questions écrites préalables à la tenue de l'assemblée générale (4) ou présentées oralement au cours de l'assemblée (5) peuvent obtenir des informations supplémentaires sur les risques de la société afin de voter en toute connaissance de cause.

1) Le rapport du commissaire aux comptes

410. Les commissaires aux comptes ont pour mission première de « certifi[er], en justifiant de leurs appréciations, que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet exercice »⁹¹⁰. De surcroît, les commissaires aux comptes ont également pour mission⁹¹¹ de vérifier « la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration, du directoire ou de tout organe de direction, et dans les documents adressés aux actionnaires ou associés sur la situation financière et les comptes annuels »⁹¹².

Les dispositions du législateur ne laisse pas de doute sur l'étendue de la mission du

⁹¹⁰ C. com., art. L. 823-9.

⁹¹¹ En outre, l'article L. 823-10 du Code de commerce prévoit que les commissaires aux comptes doivent également attester « spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social ».

⁹¹² C. com., art. L. 823-10.

commissaire aux comptes qui a la compétence et l'obligation de relever, dans le cadre d'un rapport, les discordances entre, d'une part, les données présentées dans les comptes annuels qui peuvent être établis de concert entre les dirigeants et leur expert-comptable, et d'autre part, les indications présentées tant dans le rapport de gestion que dans tous les documents destinés aux actionnaires ou associés des sociétés concernées. De la même manière, l'alinéa 2 de l'article L. 823-9 du Code de commerce étend la mission de contrôle du commissaire aux comptes aux comptes consolidés et au rapport de gestion du groupe établis par la société mère. En pareille hypothèse, la société mère doit nommer deux commissaires aux comptes⁹¹³ qui procèdent à l'examen des documents exigés de la société mère, d'une part, en sa qualité de société et, d'autre part, en raison de l'obligation d'établir des comptes consolidés à laquelle elle est tenue.

411. En pratique, la mission de contrôle des commissaires aux comptes concernant les informations relatives aux risques de l'entreprise peut s'avérer compliquée. En effet, certains risques, surtout financiers, peuvent être appréciés différemment par les commissaires aux comptes et faire l'objet d'une mention spéciale dans leur rapport. Aussi, commenter le poids de certains risques de l'entreprise, comme celui des risques technologiques, sans être expert dans ces domaines peut s'avérer malaisé. Dans le même sens, comment les commissaires aux comptes pourraient-ils émettre des réserves sur les niveaux des provisions constituées dans les comptes annuels et critiquer les incertitudes décrites dans le rapport de gestion alors que ces dernières sont par nature difficiles d'appréhension ? En effet, même s'ils sont tenus de réaliser leur mission en respectant les règles du droit comptable en vigueur, les commissaires aux comptes ne peuvent pas toujours réellement prendre en compte la réalité de certains risques de l'entreprise. A l'inverse, cette mission de contrôle apparaît plus aisée lorsqu'elle consiste à relever le défaut d'information, ou l'omission de certaines informations sollicitées par le législateur.

412. Aussi, il est à préciser que la carence des dirigeants constituée par le défaut d'établissement du rapport de gestion est sanctionnée par la possibilité pour tout intéressé de solliciter du juge le prononcé de la nullité de l'assemblée générale appelée à délibérer sur les

⁹¹³ C. com., art. L. 823-2.

comptes de l'exercice⁹¹⁴. Il en est de même lorsque le laconisme du rapport de gestion peut équivaloir à l'absence de rapport⁹¹⁵. Si la demande de nullité est possible en l'absence de rapport, il en est différemment en présence d'omissions, de rapport incomplet. En effet, alors que la communication des différentes informations sur les risques est exigée par le législateur, aucune disposition spéciale ne sanctionne les éventuelles omissions relatives aux informations visées par les alinéas 3 à 6 de l'article L 225-100 du Code de commerce. À la différence d'autres informations dont la carence peut être civilement sanctionnée⁹¹⁶, ces omissions sont simplement constitutives d'irrégularités mentionnées dans le cadre du rapport du commissaire aux comptes⁹¹⁷ en application de l'article L. 823-12 du Code de commerce⁹¹⁸. Toutefois, la jurisprudence a eu l'occasion de relever la possibilité de prononcer la nullité d'une assemblée générale ayant approuvé les comptes sur la base d'un rapport de gestion dès lors que l'omission portait sur un événement important⁹¹⁹. En raisonnant par analogie, une assemblée générale ayant approuvé les comptes de l'exercice sur la foi d'un rapport de gestion ne reprenant pas un des principaux risques de l'entreprise pourrait être frappée de nullité particulièrement si ces irrégularités ont eu une influence sur le sens des votes des résolutions

⁹¹⁴ C. com., art. L. 221-7, al. 2 ; C. com., art L. 223-26, al. 2 et L. 225-121, al. 2 ; toutefois, le juge n'est pas tenu de prononcer la nullité de l'assemblée générale qui reste soumise à son appréciation souveraine (CA Aix-en-Provence 27 mai 1988, 2e ch. civ., Olivier c/ SARL Serapho : BRDA 13/89 p. 12). Outre la demande de nullité de l'assemblée, les associés ou actionnaires peuvent solliciter des dommages et intérêts s'ils justifient d'un préjudice personnel en lien direct avec l'impéritie des personnes responsables de l'absence de communication des différents documents devant leur être transmis (Cass. crim., 11 avril 1996, n° 1875 PF, GELIZE : RJDA 10/96 n° 1213). Enfin, il est à préciser qu'en cas de fraude, les associés ou actionnaires pourront également solliciter la nullité de l'assemblée générale comme le rappelle l'adage *fraus omnia corrumpit* qui signifie la fraude corrompt tout.

⁹¹⁵ Toutefois, les dispositions régissant les nullités sont d'application stricte. Dès lors, il n'est pas possible d'assimiler l'absence de certaines informations du rapport annuel ou des développements particulièrement concis à une absence de rapport. Par exemple, concernant l'omission dans le rapport de gestion des informations relatives à la rémunération et aux mandats et fonctions exercés par les mandataires sociaux, V. Communication Ansa sept.-nov. 2002, n° 3154 ; Communiqué CNCC du 11 octobre 2005 : BCF 11/05 France inf. 7 n° 4 s. p. 22, BRDA 1/06 inf. 5.

⁹¹⁶ Par exemple, l'omission des informations relatives à l'état de la participation des salariés dans le capital social à la clôture de l'exercice peut faire l'objet de sanctions (C. com., art. L 225-102, al. 1).

⁹¹⁷ Au regard de la carence réglementaire relative à l'absence de seuils exonérant certaines entreprises de l'obligation d'information contenue aux alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce, la prudence commande aux commissaires aux comptes de mentionner dans leur rapport l'éventuelle carence du rapport de gestion concernant ces informations pour éluder toute mise en cause de leur responsabilité.

⁹¹⁸ En application du premier alinéa de l'article L. 823-12 du Code de commerce, « les commissaires aux comptes signalent à la plus prochaine assemblée générale ou réunion de l'organe compétent les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission ». Ainsi, les commissaires aux comptes ont l'obligation de signaler l'omission de toute information devant être mentionnée dans le cadre du rapport de gestion en vertu des lois ou règlements. En ce sens, à propos des informations relatives aux rémunérations des mandataires sociaux, Bull. CNCC décembre 2001 p. 672 s. ; dans le même sens, Communiqué CNCC du 11 octobre 2005 : BCF 11/05 France inf. 7 n° 4 s. p. 22, BRDA 1/06 inf. 5 in Rapport des dirigeants à l'AGO dans les sociétés commerciales, préc., n° 74.

⁹¹⁹ CA Paris 17 décembre 1999, 3° ch. C, Mariotti c/ Sté GDS Gestion Développement et Services. En l'espèce, les requérants faisaient valoir l'absence d'information sur les conditions juridiques et financières dans lesquelles était intervenue la cession d'un droit au bail.

proposées lors de l'assemblée générale⁹²⁰.

En dépit de cette apparente clémence, l'analyse des risques de l'entreprise et, plus particulièrement, leur appréciation par les organes chargés d'établir le rapport de gestion et de présenter les comptes annuels n'est pas sans incidence pratique. En effet, si, dans le cadre de son rapport, le commissaire aux comptes venait à décrédibiliser la description des risques et incertitudes mentionnés dans le rapport de gestion, ou que ce dernier mentionnait expressément les irrégularités constituées par l'absence de ces informations, il est fort possible que la réception de ces commentaires auprès de l'actionnariat de l'entreprise ou par les analystes financiers ne soit pas sans effet.

413. Enfin, il est à préciser que le législateur a prévu un devoir d'alerte dans le cadre de la mission du commissaire aux comptes qui doit être accompli dès lors qu'il « relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »⁹²¹. Dans ce cas, le commissaire aux comptes informe la direction de l'entreprise et peut, en cas d'inertie de l'organe dirigeant, saisir le Président du Tribunal de commerce afin de convoquer une assemblée générale des actionnaires pour qu'elle délibère sur les faits relevés. A l'issue de l'assemblée, si le commissaire aux comptes estime que les décisions prises ne sont pas suffisantes pour remédier à la situation, il en informe le Président du Tribunal de commerce qui pourra décider d'un traitement collectif des dettes de l'entreprise. Ainsi, l'indépendance dont sont dépositaires les commissaires aux comptes⁹²² et les responsabilités encourues dans le cadre de leur mission⁹²³ permet un contrôle de la gestion de l'entreprise qui est rapportée au sein des rapports de gestion. Dans le même sens, en complément de la mission de contrôle des commissaires aux comptes, les sociétés anonymes dotées d'un directoire bénéficient également d'un contrôle des informations contenues dans le rapport de gestion à travers les formulations du conseil de surveillance.

⁹²⁰ En ce sens, Cass. com., 15 novembre 1955 : JCP 1956. II. 9089.

⁹²¹ C. com., art. L. 234-1 et L. 234-2.

⁹²² D. PORACCHIA, L. MERLAND, M. LAMOUREUX, Commissaire aux comptes, Rép. Sociétés, ss. dir. V. MAGNIER, Dalloz, 2008, maj. 2014, spéc. n° 111-231.

⁹²³ D. PORACCHIA, L. MERLAND, M. LAMOUREUX, Commissaire aux comptes, *op. cit.*, spéc. n° 424-919.

2) Les formulations du conseil de surveillance

414. Dans les SA ayant opté pour le mode d'administration dualiste, le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire⁹²⁴. La mission de contrôle dévolue au conseil de surveillance lui permet de se faire communiquer tous les documents qu'il estime nécessaires afin d'opérer toutes les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns⁹²⁵. À ce titre, le conseil de surveillance est destinataire, au moins chaque trimestre, d'un rapport du directoire⁹²⁶. Nonobstant les opérations exigeant l'autorisation du conseil de surveillance au sens de l'article L. 225-86 du Code de commerce visant les conventions réglementées, le contrôle de l'opportunité des décisions et prises de risques de la société se matérialise notamment à travers les observations formulées par ce dernier sur le rapport de gestion du directoire⁹²⁷.

415. L'absence de forme ou de contenu imposé par le législateur laisse alors toute latitude au conseil de surveillance pour formuler ses observations sur les comptes annuels et sur le rapport de gestion qui lui sont présentés. Ainsi, ce mécanisme permettant le contrôle de la gestion de la société par le directoire et, *a fortiori*, des informations rendant compte de cette gestion est alors une spécificité liée à l'administration dualiste de ce type de société anonyme. Toutefois, ce ne sont pas les seules formulations susceptibles de critiquer le contenu du rapport de gestion. En effet, les organes dirigeants des autres sociétés, y compris le directoire, doivent communiquer les comptes annuels, le rapport de gestion et, le cas échéant, le rapport sur la gestion du groupe au comité d'entreprise qui peut formuler des observations sur ces documents.

3) Les formulations du comité d'entreprise sur le rapport de gestion

416. Afin que les salariés puissent avoir une influence sur la stratégie, sur la vie politique de leur entreprise et surtout sur leur cadre et leurs conditions de travail, le

⁹²⁴ C. com., art. L. 225-68, al. 1.

⁹²⁵ C. com., art. L. 225-68, al. 3.

⁹²⁶ C. com., art. L. 225-68, al. 4.

⁹²⁷ C. com., art. L. 225-68 al. 6 ; à cet effet, le rapport du directoire doit être communiqué au conseil de surveillance dans les trois mois suivant la clôture de l'exercice social.

législateur⁹²⁸ a rendu obligatoire la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans les entreprises de plus de onze salariés⁹²⁹. Au delà de cinquante salariés, un comité d'entreprise doit être constitué⁹³⁰. Au cours de la vie de l'entreprise, le comité d'entreprise, de son propre chef, ou à la suite de sollicitations émanant de la direction, émet des avis concernant notamment les problématiques relatives à l'emploi, ou concernant les risques liés aux conditions de travail dans l'entreprise⁹³¹. À titre d'exemple, le comité d'entreprise est consulté annuellement « sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise »⁹³². De la même manière, il est « informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail »⁹³³.

417. Outre ces différentes attributions, le comité d'entreprise est également destinataire de l'ensemble des documents, qui sont communiqués annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés ainsi que du rapport du commissaire aux comptes, dans le but de formuler toutes observations sur la situation économique et sociale de l'entreprise. Pour assurer l'effectivité de cette règle, le législateur a confié au comité d'entreprise le pouvoir de convoquer les commissaires aux comptes afin de bénéficier d'informations et d'explications supplémentaires sur ces documents et sur la situation financière de l'entreprise⁹³⁴. Ces observations sont alors transmises à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration, du directoire ou des gérants⁹³⁵.

⁹²⁸ C. trav., art. L. 2312-1.

⁹²⁹ Lorsque l'entreprise compte plus de onze salariés, celle-ci doit alors organiser l'élection des délégués du personnel (C. trav., art. L. 2312-1). Dans certains cas, en l'absence de comité d'entreprise, les attributions économiques qui lui sont initialement dévolues sont confiées aux délégués du personnel (C. trav., art. L. 2313-13). A titre de précision, la mise en place des délégués du personnel n'est obligatoire que si l'effectif d'au moins onze salariés est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes (C. trav., L. 2312-2). En deçà de 11 salariés, l'entreprise peut être contrainte de procéder aux élections des délégués du personnel dès lors que cette dernière est soumise à une convention ou un accord collectif de travail (C. trav., art. L. 2312-4).

⁹³⁰ C. trav., art. L. 2322-1 ; selon l'article L. 2323-1 du Code du travail, « le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ».

⁹³¹ V. *infra*, n° 484.

⁹³² C. trav., art. L. 2323-12.

⁹³³ C. trav., art. L. 2323-13 ; V. *infra*, n° 484.

⁹³⁴ C. trav., art. L. 2323-8.

⁹³⁵ *Ibid.*

418. En pratique, afin de garder une preuve incontestable de la transmission de ces documents au comité d'entreprise, il est d'usage que l'examen des comptes soit inscrit à l'ordre du jour d'une réunion ordinaire du comité⁹³⁶. Les observations formulées par le comité d'entreprise permettent alors un contrôle des informations présentées aux associés ou actionnaires par le biais de la critique énoncée à l'encontre des informations présentes dans les documents qui lui sont transmis. Puisque le comité d'entreprise ne peut s'exprimer régulièrement que dans le cadre de ses réunions en présence de son président, la doctrine⁹³⁷ relève d'autant plus la nécessité de convoquer une réunion dudit comité afin de mettre à l'ordre du jour l'examen des comptes annuels et des documents l'accompagnant.

419. Toutefois, en dépit de la présence de deux membres du comité d'entreprise désignés pour assister aux assemblées générales⁹³⁸, il est possible de s'interroger sur l'incidence des formulations du comité d'entreprise auprès des actionnaires appelés à approuver les comptes de l'exercice au regard notamment du poids que représentent les formulations du comité d'entreprise par rapport aux nombreuses informations contenues dans les différents documents qui leur sont soumis. Toutefois, les formulations et, de manière générale, les travaux diligentés par le comité d'entreprise servent à l'étude des risques professionnels de l'entreprise⁹³⁹ et ne sont pas uniquement destinés à critiquer les informations présentées dans le cadre du rapport de gestion devant être communiqué en vue de l'assemblée générale ordinaire annuelle appelée à approuver les comptes de l'exercice.

4) Les questions écrites des associés et actionnaires en amont de l'assemblée générale annuelle

420. S'il a pu être observé que différents organes de la société sont destinataires d'une information sur les risques de la société, les associés ou actionnaires apparaissent comme les créanciers principaux de cette obligation d'information, à tout le moins les créancier finals de celle-ci. De la même manière, ces informations peuvent servir aux futurs

⁹³⁶ Lamy Comité d'entreprise, ss. dir. M. DENIAU, Lamy, éd en ligne, spéc. n° 402-11.

⁹³⁷ *Ibid.*, spéc. n° 402-25.

⁹³⁸ C. trav., art. L. 2323-67, al. 3.

⁹³⁹ V. *infra*, n° 484.

investisseurs désireux d'intégrer ultérieurement l'actionnariat de l'entreprise.

421. Aussi, les informations contenues dans le rapport de gestion peuvent alors être enrichies par les réponses apportées, selon les cas, par le gérant, le conseil d'administration ou le directoire, aux questions écrites posées par les associés ou actionnaires, lors de l'assemblée générale annuelle. Ainsi, il est prévu, au bénéfice des associés de SARL⁹⁴⁰ et des actionnaires de SA⁹⁴¹, le droit de poser des questions écrites afin d'être mieux informés sur la gestion sociale de l'entreprise et exprimer leur vote en toute connaissance de cause. De la même manière, les réponses apportées, aux questions ainsi posées, peuvent permettre aux membres de l'assemblée de proposer des modifications concernant les résolutions qui leur sont soumises ou en proposer de nouvelles.

422. En pratique, les associés ou actionnaires questionnent le gérant de SARL, le conseil d'administration ou le directoire, selon les modalités d'administration de la SA, qui devront répondre au cours de l'assemblée générale appelée à approuver les comptes de l'exercice. Les dispositions régissant ce droit étant d'ordre public, aucune disposition statutaire ne peut restreindre ou supprimer cette faculté⁹⁴².

423. Concernant le contenu des questions posées en amont de l'assemblée générale, la doctrine⁹⁴³ relève qu'elles doivent *a minima* se rattacher à l'exercice concerné par l'approbation sollicitée. S'agissant du nombre de questions pouvant être posées, le silence du législateur permet de penser qu'il ne fait pas l'objet de limitation, sous réserve d'un exercice abusif de ce droit⁹⁴⁴.

424. Aussi, les réponses formulées lors de la tenue de l'assemblée peuvent être brèves mais ne sauraient être partielles même s'il peut être prévu, pour les compléter, un

⁹⁴⁰ C. com., art. L. 223-26, al. 3.

⁹⁴¹ C. com., art. L. 225-108, al. 3.

⁹⁴² En effet, le droit d'information a un caractère impératif et les statuts ne pourraient donc valablement restreindre l'exercice de ce droit (en ce sens, CA Nancy, 8 déc. 1965, D. 1966.687, RTD com. 1966.957, note R. HOUIN).

⁹⁴³ Actes pratiques mai-juin 2000 p. 9, cité in *Mémento pratique F. Lefebvre Assemblée Générale 2014-2015*, op. cit., spéc. n° 38240.

⁹⁴⁴ Pour un exemple en jurisprudence d'un exercice abusif de ce droit, V. T. com. Paris 11 mai 2004 n° 03-78521, SA Suez c/ Delville : RJDA 11/04 n° 1221 ; à l'inverse, le fait pour un actionnaire, dont le poids dans l'actionnariat de la société n'est pas prépondérant, de poser 29 questions n'est pas constitutif d'un abus (CA Paris 14 février 2006 n° 05-6331, 3e ch. A, Sté Viel et Cie c/ Sté Déminor : RJDA 8-9/06 n° 908).

renvoi au compte rendu de l'assemblée générale⁹⁴⁵. Néanmoins, selon la complexité des questions et le temps imparti pour y répondre, la jurisprudence admet, après avoir recherché si la réponse à la question posée aurait pu avoir une influence sur le vote des résolutions, la possibilité d'y répondre ultérieurement⁹⁴⁶. Comme pour les informations mentionnées dans le rapport de gestion⁹⁴⁷, les personnes chargées de répondre aux questions, posées par les associés ou les actionnaires, devront s'astreindre à « sauvegarder le caractère confidentiel d'informations dont la divulgation pourrait nuire aux intérêts de la société ou de tiers ». Néanmoins, si ces dernières doivent arbitrer entre ces différents impératifs, le législateur n'a pas expressément prévu la possibilité de solliciter l'annulation de l'assemblée en l'absence de réponse aux questions posées⁹⁴⁸.

425. Enfin, dans les SA, ce droit se complète, sans se confondre⁹⁴⁹, avec la possibilité pour un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social de « poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou du directoire portant sur une ou plusieurs opérations de gestion, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle »⁹⁵⁰.

Outre les questions écrites posées préalablement à la tenue de l'assemblée générale, les associés ou actionnaires ont la possibilité de poser des questions orales lors de la tenue de l'assemblée générale.

⁹⁴⁵ En ce sens, Communication Ansa n° 10-067, décembre 2010, cité in *Mémento pratique F. Lefebvre Assemblée Générale 2014-2015*, *op. cit.*, spéc. n° 38515.

⁹⁴⁶ En ce sens, CA Paris 23 avril 1985, 25^e ch. A, Cohen c/ Kaminer : *Rev. jur. com.* 1986 p. 143 note P. LE CANNU ; CA Paris 10 mars 1988, Mabbe c/ SARL Atti International.

⁹⁴⁷ V. *supra*, n° 391.

⁹⁴⁸ CA Paris 23 avril 1985, préc., note P. LE CANNU ; cependant, une controverse doctrinale subsiste à ce sujet et une partie de la doctrine met en avant la possibilité de solliciter l'annulation d'une assemblée générale en l'absence de réponse aux questions posées par écrit (en ce sens, P. LECANNU, note préc. ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz 1972, t I, n° 422D. ; GIBIRILA, *Rép. Sociétés*, Dalloz, *Société à responsabilité limitée*, 2012, n° 535).

⁹⁴⁹ Le droit de poser des questions écrites dans le cadre des assemblées générales doit être différencié du droit reconnu aux associés de SARL et actionnaires de SA de poser deux fois par an des questions écrites aux dirigeants dans le cadre de la procédure d'alerte sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. En effet, prévue aux articles L. 223-36 du Code de commerce pour les SARL et L. 225-232 du même code pour les SA, cette faculté est également une arme pour les associés de SARL et actionnaires de SA qui leur permet de bénéficier d'informations importantes sur les risques majeurs susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise.

⁹⁵⁰ C. com., art. L. 225-231 ; l'exercice de cette faculté constitue généralement la première étape de la procédure d'expertise de gestion préalablement à la saisine du juge aux fins de désignation d'un expert.

5) Les questions orales posées lors de la tenue de l'assemblée

426. Lors de la tenue de l'assemblée générale d'approbation des comptes, les associés ou actionnaires peuvent solliciter des informations complémentaires sur les différents documents et résolutions qui sont soumis à leur approbation⁹⁵¹. A cette fin, ils peuvent poser oralement toute question leur permettant de bénéficier des précisions suffisantes, notamment sur les risques ou leurs modalités de traitement. Comme à l'occasion des résolutions dont il est sollicité l'approbation, les débats qui suivent permettent à chaque actionnaire ou associé de faire part de leurs observations. Les critiques énoncées peuvent alors concerner les informations qui leur sont présentées ou les décisions prises par les dirigeants. Si la critique est permise, les observations formulées ne doivent être ni constitutives de dénigrement⁹⁵², ni diffamatoires⁹⁵³.

427. Aussi, alors que chaque actionnaire ne possède qu'un pouvoir restreint dans le cadre de ces débats, il en est différemment lorsque l'organe délibère de manière collégiale. Effectivement, le pouvoir de l'assemblée n'est pas limité à l'approbation ou au rejet des projets de résolution. Elle peut ainsi modifier et amender ces projets dès lors qu'ils sont inscrits à l'ordre du jour. Aussi, lors de l'assemblée générale annuelle les actionnaires ont le pouvoir de modifier les comptes sociaux qu'ils doivent approuver⁹⁵⁴.

428. Après avoir débattu et soumis au vote les différentes résolutions proposées, l'ensemble des décisions prises par l'assemblée générale est constaté dans un procès verbal⁹⁵⁵ et les résolutions adoptées seront l'objet d'une publication au greffe du Tribunal de commerce compétent. Le procès verbal reprend notamment les documents et rapports soumis à l'assemblée, le texte des résolutions mises aux voix ainsi que les résultats des votes⁹⁵⁶. De

⁹⁵¹ En outre, selon la théorie de l'ordre du jour implicite, toute question pouvant se rattacher à l'ordre du jour ou qui est la conséquence directe d'un sujet inscrit à l'ordre du jour n'abordant pas de problème nouveau peut être posée (CA Paris 17 février 1987, 3^e ch. A, Glomeau c/ Libert ès qual. : BRDA 8/87 p. 20 et, sur pourvoi, Cass. com., 25 avril 1989 : Bull. Joly 1989 p. 531 note M. JEANTIN).

⁹⁵² CA Paris 25 octobre 2002 n° 01/22277, 3e ch. B, Clunet Coste c/ Sté Hôtel privilège II : RJDA 4/03 n° 385.

⁹⁵³ Cass. crim., 27 mai 1975 n° 74-90.058 : Bull. crim. n° 134.

⁹⁵⁴ Rép. Bénard : AN 15 janvier 1972 p. 105 n° 20513 ; Rép. Arnaud : AN 15 janvier 1972 p. 106 n° 20610.

⁹⁵⁵ C. com., art. L. 225-114, al. 2 issu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (pour les SA) ; C. com., art. R. 223-24, al. 1 (pour les SARL).

⁹⁵⁶ C. com., art. R. 225-106, al. 1.

plus, le procès verbal doit également comporter un résumé des débats qui fait état des discussions sur les différents sujets et résolutions inscrits à l'ordre du jour que l'AMF considère comme la partie la plus importante du procès verbal⁹⁵⁷. En effet, ces débats peuvent refléter les controverses liées à la stratégie de l'entreprise et peuvent fournir aux actionnaires non présents aux débats des indications sur les orientations futures de cette dernière.

429. Les questions posées oralement, les réponses, les débats qui s'en suivent ainsi que les éventuels rejets des résolutions ou les modifications de ces dernières approuvées par l'assemblée permettent à l'assemblée d'exercer un certain contrôle sur la gestion et donc sur l'exposition aux risques de l'entreprise. Il en résulte que la bonne exécution de l'obligation d'information est nécessaire pour permettre aux actionnaires, propriétaires de leur entreprise, d'apprécier la bonne conduite des personnes qui la dirigent. Au delà des conséquences liées à l'impéritie des dirigeants et outre les responsabilités civiles qu'il est possible d'engager à l'encontre des personnes chargées d'établir ou de contrôler les comptes annuels et le rapport de gestion, le législateur a prévu l'engagement de poursuites pénales afin d'assurer l'effectivité des obligations qu'il dispose.

B) Les sanctions

430. Le législateur a introduit des sanctions afin de renforcer l'obligation d'établir un rapport de gestion et d'assurer de la fiabilité des informations contenues dans les comptes annuels qu'il accompagne. En effet, le législateur a prévu des sanctions en cas de défaut de rapport de gestion (1) et en cas de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de l'exposition aux risques de l'entreprise (2). De la même manière, bien que disposant

⁹⁵⁷ Ainsi, l'AMF relève que le compte rendu « doit énumérer, sous une formulation synthétique, toutes les informations nouvelles qui, fournies pendant la réunion, ne figuraient pas dans les documents préalablement diffusés auprès des actionnaires. Il doit en outre reprendre *in extenso* l'allocation prononcée par le président. Le résumé de la discussion enregistré au procès-verbal doit contenir la mention de chacune des interventions des actionnaires, éventuellement résumée, et de la réponse qui y a été faite. En outre, « le compte rendu doit constituer un résumé fidèle, exact et objectif. Il ne doit rien omettre d'important de ce qui a été dit au cours de l'assemblée et ne pas chercher à obtenir d'autre résultat que celui d'informer loyalement et clairement. Sa longueur ou sa brièveté ne sont pas uniquement fonction de la durée des débats, mais aussi de l'importance des sujets traités et de la signification des compléments d'information apportés. Une attention toute particulière doit être portée à sa rédaction, de façon que celle-ci ne trahisse pas la teneur des débats et n'induisse pas le lecteur en erreur ». Bull. COB avril 1974 p. 6, position rappelée par l'AMF : Rapport du groupe de travail de l'AMF du 2 juillet 2012 sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées, p. 19 cité *in* Mémento pratique F. Lefebvre Assemblée Générale 2014-2015, *op. cit.*, spéc. n° 74185.

un champ d'application particulièrement restreint, les dispositions du Code de commerce permettent de sanctionner les personnes qui confirment intentionnellement une information erronée dans le cadre des comptes annuels et du rapport de gestion (3).

1) Les sanctions encourues en cas de défaut de rapport de gestion

431. En cas de défaut de rapport de gestion ou de laconisme équivalant à un défaut de rapport, tout intéressé est fondé à solliciter devant les tribunaux la nullité de l'assemblée générale ayant approuvé ou rejeté les comptes de l'exercice⁹⁵⁸. Il en est de même, en cas de défaut de rapport de gestion de groupe⁹⁵⁹, pour les sociétés concernées par l'obligation d'établir des comptes consolidés. Pour renforcer les dispositions relatives au droit de communication des associés ou actionnaires, le législateur a prévu la possibilité d'engager la responsabilité pénale des organes dirigeants en cas d'impéritie de ces derniers. Ainsi, le défaut d'établissement du rapport de gestion expose les personnes qui en sont chargées dans les SA⁹⁶⁰, les SCA⁹⁶¹, ou les SAS⁹⁶² et les SE⁹⁶³ à la condamnation d'une amende maximum de 9000 euros. Si l'absence d'établissement du rapport de gestion est sanctionnée, le fait de ne pas soumettre les comptes annuels et le rapport de gestion à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire annuelle l'est également. Si l'infraction est constatée, les dirigeants des SA et SE ou les gérants de SCA s'exposent à un emprisonnement de 6 mois et à une amende de 9 000 euros⁹⁶⁴. Exemptés de peine d'emprisonnement depuis la loi Warsmann II⁹⁶⁵, les gérants de SARL non diligents ne s'exposent alors qu'à une seule amende de 9 000 euros.

432. Enfin, il est à préciser qu'en cas de carence des dirigeants de l'entreprise, tout associé ou actionnaire peut demander au Président du Tribunal de commerce, statuant en référé, soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de leur

⁹⁵⁸ C. com., art. L. 225-121 ; C. com., art. L. 221-7, al. 2 ; C. com., art. L. 223-26, al. 2 ; C. com., art. L. 225-100, al. 2 ; V. *supra*, n° 412.

⁹⁵⁹ C. com., art. L. 225-121, al. 1 et L. 225-100, al. 2.

⁹⁶⁰ C. com., art. L. 242-8 ; C. com., art. L. 242-30 ; C. com., art. L. 247-9 et L. 248-1.

⁹⁶¹ C. com., art. L. 243-1.

⁹⁶² C. com., art. L. 244-1.

⁹⁶³ C. com., art. L. 244-5.

⁹⁶⁴ C. com., art. L. 242-10 modifié par la loi 2012-387 du 22 mars 2012 ; C. com., art. L. 242-30, L. 248-1, L. 243-1 et L. 244-5.

⁹⁶⁵ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (art. 19) modif. C. com., art. L. 241-5 ; antérieurement, l'article L. 241-5 du Code de commerce prévoyait, outre l'amende maximum de 9 000 euros, un emprisonnement d'une durée de six mois.

communiquer ces documents, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication⁹⁶⁶. Néanmoins, si cette action est ouverte pour remédier à un manquement manifeste de ces derniers, il n'est pas certain que cette procédure puisse être introduite en cas d'omissions constatées dans le rapport de gestion. En d'autres termes, si les associés peuvent obtenir un rapport de gestion de l'entreprise en cas de carence totale des dirigeants, il est difficilement concevable qu'une action en justice tendant à bénéficier des seules informations sur les risques devant être communiquées dans le rapport de gestion puisse prospérer⁹⁶⁷. La légèreté des conséquences liées à la négligence dans l'établissement du rapport de gestion et la rareté des peines d'emprisonnement prononcées en pareille hypothèse dénotent l'absence de caractère comminatoire de ce type de sanction. Ces dernières sanctions ne sont pas les seules à pouvoir être appliquées en cas de présentation des comptes annuels, dont l'annexe comptable fait partie intégrante, ne donnant pas une image fidèle de l'entreprise.

2) Les sanctions encourues en cas de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de l'exposition aux risques de l'entreprise

433. A titre de rappel⁹⁶⁸, de nombreux risques peuvent être décelés à la lumière des comptes annuels de l'entreprise en procédant aux calculs de ratios économiques permettant d'étudier l'exposition de l'entreprise aux risques financiers. Aussi, les comptes annuels et les commentaires présents dans l'annexe comptable peuvent contribuer à l'analyse des risques à travers, par exemple, l'étude des différentes provisions constituées par l'entreprise. Bien qu'il existe une certaine liberté dans l'appréciation des provisions pouvant être constituées, celle-ci n'est que relative puisque l'ensemble des comptes annuels doit, en vertu des dispositions du plan comptable général, respecter les principes de régularité, de sincérité⁹⁶⁹ et d'image fidèle⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ C. com., art. L. 238-1, al. 1.

⁹⁶⁷ Dans le sens d'une interprétation stricte de l'article L. 238-1 du Code de commerce, V. Cass. com., 23 juin 2009 n° 08-14117, Société L'Inédit français c/ Sigalla : RJDA 10/09 n° 863.

⁹⁶⁸ V. *supra*, n° 405.

⁹⁶⁹ L'article 120-2 du PCG prévoit que « la comptabilité est conforme aux règles et procédures en vigueur qui sont appliquées avec sincérité afin de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés ».

⁹⁷⁰ Enoncé à l'alinéa premier de l'article 120-1 du PCG, « la comptabilité est un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture ».

434. Concernant les risques de l'entreprise, le droit comptable ayant adopté le principe de prudence⁹⁷¹ prévoit notamment que « les risques (...) que des événements survenus ou en cours rendent probables, entraînent la constitution de provisions »⁹⁷². Ainsi, par application du principe de prudence, les risques de l'entreprise doivent être présentés dans le respect des normes comptables en vigueur et des principes de sincérité⁹⁷³ et d'image fidèle. Si les principes de régularité et de sincérité sont définis par le législateur, il en est différemment concernant le principe d'image fidèle⁹⁷⁴. Ce principe implique, pour les personnes chargées de présenter les comptes annuels, de faire preuve d'objectivité lors de la présentation ou de la publication des comptes annuels. La méconnaissance de ces principes peut avoir des incidences fiscales non négligeables et des conséquences pénales importantes pour les personnes chargées de présenter et de publier les comptes de l'entreprise.

435. Concernant les conséquences fiscales, le droit fiscal autorise une certaine souplesse pour l'entreprise chargée de comptabiliser les différentes provisions liées aux risques. En effet, cette souplesse se manifeste à travers l'évaluation des risques prévisibles alors que les conséquences financières de ces risques ne sont pas encore déterminées avec certitude. Néanmoins, tout comme la liberté de prendre des risques, la liberté de les comptabiliser n'est pas absolue. L'encadrement de cette liberté se justifie parfaitement puisqu'en comptabilisant une provision l'entreprise peut parfois diminuer son bénéfice imposable et par voie de conséquence minorer temporairement⁹⁷⁵ son impôt, alors que cette

⁹⁷¹ Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence. En effet, le principe de prudence prévu à l'article L. 123-20 du Code de commerce prévoit que « même en cas d'absence ou d'insuffisance du bénéfice, il doit être procédé aux amortissements et provisions nécessaires. Il doit être tenu compte des risques et des pertes intervenus au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes ». Dans le même sens, l'article 313-5 du PCG prévoit que « le résultat tient compte des risques et des pertes qui ont pris naissance au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur même s'ils sont connus entre la date de clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes annuels ».

⁹⁷² C. com., art. R. 123-179.

⁹⁷³ Dans son rapport de 1969, la COB affirmait déjà que « la sincérité résultera de l'évaluation correcte des valeurs comptables, ainsi que d'une appréciation raisonnable des risques et des dépréciations de la part des dirigeants ». Rapport annuel de la COB, 1969, cité in A.-L. BLANDIN et al., *Mémento pratique F. Lefebvre Comptable 2015*, Francis Lefebvre, n° 354.

⁹⁷⁴ La notion d'image fidèle est prévue par la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 ayant transposé la quatrième directive européenne. Empruntée au concept anglo-saxon de « *true and fair value view* », les sanctions fondées sur la notion d'image fidèle ont remplacé le délit de bilan inexact. Cette modification a eu pour conséquence de donner aux nouvelles infractions un champ d'application plus étendu que le précédent délit. En effet, ce dernier ne visait que le bilan à la différence des nouvelles sanctions visant indifféremment l'ensemble des documents composant les comptes annuels.

⁹⁷⁵ Les provisions sont rapportées au résultat lorsque les événements qui ont justifié leur constitution ont cessé d'exister (C. com. art. R. 123-179). En pratique, la reprise d'une provision est assimilée à un produit qui permet, de neutraliser fiscalement une charge qui n'avait pas été réellement subie. Si l'événement ayant motivé la

dernière n'a pas encore subi de charge correspondant à la provision constituée. En d'autres termes, la provision constituée en cas de risque constaté a pour effet de constituer une charge durant un exercice, alors que cette charge n'a pas de contrepartie directe dans la trésorerie de l'entreprise, en anticipant la charge qui pourrait être subie lors de l'exercice suivant. A titre d'exemple, en cas de mise en cause de sa responsabilité, et indépendamment des risques de gain ou de perte du procès⁹⁷⁶, l'entreprise doit constituer une provision pour faire face à l'éventualité de la charge correspondant à sa condamnation⁹⁷⁷.

Si la constitution de provisions est possible pour les risques de l'entreprise - événements probables – la présence d'incertitudes ne saurait donner lieu à une telle pratique. Alors que toutes les provisions peuvent être enregistrées dans la comptabilité de l'entreprise, certaines d'entre elles ne sauraient être admises en déduction de son résultat imposable⁹⁷⁸. Lorsqu'elles sont admises à la déduction du résultat imposable de l'entreprise par le législateur, le montant de la provision pratiquée ne saurait être fixé de manière discrétionnaire. En effet, l'administration fiscale peut contester les provisions constituées dès lors que ces dernières n'ont pas été déterminées avec une précision suffisante⁹⁷⁹.

436. De la même manière, si la constitution de provision est source de sanction, le fait de ne pas constituer de provisions peut être pénalement sanctionné. En méconnaissant le principe de prudence prévoyant la constitution de provisions nécessaires, les dirigeants peuvent être tentés⁹⁸⁰ de ne pas constituer de provisions sans être guidés par « l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques »⁹⁸¹. Cette omission volontaire peut être réalisée afin que les comptes de l'entreprise fassent apparaître un résultat bénéficiaire qui

constitution de la provision s'est réalisé et qu'il a eu pour conséquence une perte pour l'entreprise, cette dernière l'enregistrera comme une charge qui aura pour effet de diminuer le montant de ses bénéfices imposables. A défaut, la reprise de la provision aura pour effet de majorer le résultat imposable de l'entreprise à hauteur de la provision constituée pour l'exercice antérieur.

⁹⁷⁶ L'existence du litige suffit à justifier la constatation d'une provision. L'aléa judiciaire implique que ni le contribuable ni le juge de l'impôt ne puisse contester la nécessité de constituer cette provision en préjugant de l'issue du litige en cours (CE 24 mai 2000 n° 185647 : RJF 7-8/00 n° 901 ; CE 20 nov. 2002 n° 230530 : RJF 2/03 n° 153).

⁹⁷⁷ CE 7 août 2008 n° 287712 : RJF 11/08 n° 1165.

⁹⁷⁸ Pour un exemple, le 5° du 1 de l'article 39 du CGI prévoit que « Les provisions constituées en vue de faire face au risque de change afférent aux prêts soumis, sur option, aux dispositions prévues au quatrième alinéa du 4 de l'article 38 ne sont pas déductibles du résultat imposable ».

⁹⁷⁹ CE 24 juillet 1981 n° 17904 ; dans le même sens, CE, 7e et 9e ss . sect., 26 juillet 1985 n° 45663, .

⁹⁸⁰ Plus précisément, à la différence de certaines infractions pénales, la tentative de présentation ou de publication de comptes ne donnant pas une image fidèle n'est pas punissable (Cass. crim., 11 mai 1995 n° 94-83.197). Néanmoins, par l'altération intentionnelle de la vérité en vue d'établir un fait juridique, le délit de faux peut être constitué en application de l'article 441-1 du Code pénal.

⁹⁸¹ Constitution du 24 juin 1793, art. 101.

autoriserait les associés ou actionnaires de l'entreprise à voter dans le sens d'une distribution de bénéfices⁹⁸². Ainsi, en ne pratiquant pas de provisions, les charges de la société sont minorées et la société initialement déficitaire peut, par cet artifice, faire « apparaître » des bénéfices distribuables.

437. Afin d'éviter ces pratiques et pour assurer le respect des différentes normes et principes comptables en vigueur, le législateur a alors prévu de sanctionner d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros « le fait de publier ou présenter aux actionnaires, (...) des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société »⁹⁸³. De surcroît, depuis l'adoption de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁹⁸⁴, en plus des traditionnelles peines complémentaires que les tribunaux peuvent prononcer⁹⁸⁵, le juge peut ordonner l'interdiction des droits civiques, civils et de famille à l'encontre des dirigeants, de SARL ou de société par actions, reconnus coupables des délits de présentation des comptes sociaux ne donnant pas une image fidèle de la situation financière ou du patrimoine de l'entreprise⁹⁸⁶. L'approche du législateur consistant à responsabiliser les personnes chargées de communiquer sur la situation financière et sur les risques de l'entreprise ne saurait se cantonner aux seules personnes responsables de l'établissement des comptes annuels et s'étend également, dans certaines circonstances précises, aux personnes confirmant intentionnellement une information erronée contenue dans les comptes annuels ou rapports de gestion.

⁹⁸² Pour un exemple en jurisprudence concernant la présentation d'un bilan inexact à la suite de majorations artificielles d'actifs et dont les provisions nécessaires n'ont pas été constituées, V. notamment, Cass. crim., 12 janvier 1981 n° 79-93.455 : Bull. crim. n° 10 ; TGI Paris 11e ch. 17 décembre 1997 n° 9304169023.

⁹⁸³ C. com., art. L. 242-6, 2° (SA pourvue d'un conseil d'administration) ; C. com., art. L. 242-30 (SA pourvue d'un directoire et d'un conseil de surveillance) ; C. com., art. L. 243-1 (SCA) ; C. com., art. L. 244-1 (SAS) ; C. com., art. L. 244-5 (SE).

⁹⁸⁴ Loi du 11 octobre 2013 n° 2013-907 relative à la transparence de la vie publique art. 27, V : JO du 12 octobre p. 16829.

⁹⁸⁵ V. *infra*, n° 439.

⁹⁸⁶ C. com., art. L. 241-3, al. 7 (SARL) ; C. com., art. L. 242-6, al. 6 (sociétés par actions)

3) Les sanctions à l'égard des personnes confirmant intentionnellement une information erronée contenue dans les comptes annuels ou rapports de gestion

438. A la différence des dispositions prévoyant la responsabilité des personnes chargées d'établir et de présenter les comptes annuels et le rapport de gestion, le législateur n'a pas prévu la possibilité de pouvoir engager la responsabilité pénale des personnes susceptibles de confirmer intentionnellement le contenu erroné des informations présentées dans ces premiers documents. S'il existe une disposition permettant d'atteindre cet objectif, force est de constater que le champ d'application de cette dernière est particulièrement restreint, puisqu'il ne concerne que les assemblées générales appelées à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires⁹⁸⁷. En effet, il est une infraction prévue pour sanctionner individuellement les commissaires aux comptes, les administrateurs, les membres du conseil de surveillance, les présidents, les dirigeants ou gérants qui donneraient ou confirmeraient intentionnellement des indications inexacts dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires. Au regard du principe de l'application stricte de la loi pénale, cette disposition ne saurait être invoquée si les informations erronées sur les risques - et confirmées par une des personnes visées par le texte à l'occasion de l'assemblée générale annuelle – n'ont pas d'incidence autrement que sur les votes statuant sur la suppression de ce droit préférentiel.

439. Enfin, il est à préciser qu'au delà des différentes infractions spéciales prévues pour assurer la bonne exécution des obligations d'informations concernant la situation financière et les risques de l'entreprise et des dispositions pénales applicables aux sociétés cotées sur les marchés financiers⁹⁸⁸, les personnes physiques reconnues coupables de ces premières s'exposent à une peine complémentaire non négligeable. A l'occasion de la commission de ces infractions le juge peut prononcer une interdiction « d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de

⁹⁸⁷ L'article L. 242-20 du Code de commerce dispose « [qu'] est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 euros le fait, pour le président, les administrateurs ou les commissaires aux comptes d'une société anonyme, de donner ou confirmer des indications inexacts dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires ».

⁹⁸⁸ V. *infra*, n°s 596 à 600.

l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁹ C. com., art. L. 249-1.

Conclusion du Chapitre 1

440. L'obligation d'établir un rapport de gestion dans les sociétés commerciales implique notamment de décrire les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée. Aussi, cette obligation fournit, au regard de l'analyse des risques nécessaire pour déterminer le caractère principal ou secondaire de ces risques, une base légale à l'obligation de gestion préventive des risques à laquelle sont soumises, sauf exception, l'ensemble des sociétés commerciales. De même, les obligations relatives aux informations sur les risques devant être présentées dans le cadre du rapport de gestion ne visent pas expressément la notion de risque, même si cette notion est sous-jacente dans de nombreuses dispositions du législateur. En outre, les informations sur les risques de la société ne se cantonnent nullement au rapport de gestion et la lecture d'autres documents, présentés dans le même temps, permet d'obtenir de précieuses informations sur les risques de cette dernière. Enfin, le législateur a prévu des modalités de contrôles de ces informations à la charge de certains acteurs ou organes de la société permettant de critiquer les informations présentées dans le rapport de gestion et dans les documents qui ont vocation à l'accompagner. De la même manière, le législateur a mis en place un dispositif répressif destiné à assurer l'effectivité de ces différentes obligations. Toutefois, force est de constater que si l'absence ou le caractère incomplet du rapport de gestion peut être sanctionné, aucun texte spécial ne permet de sanctionner les personnes chargées d'établir le rapport de gestion en cas d'omission des seules informations relatives aux risques dans ledit rapport.

Chapitre 2 : Les risques appréhendés par le document unique d'évaluation des risques professionnels

441. Dans le mouvement tendant à assurer la protection des salariés face aux risques encourus dans le cadre de leur activité au sein de l'entreprise, et afin de renforcer l'obligation de sécurité de résultat incombant à l'employeur vis-à-vis de son personnel, le législateur est intervenu afin d'enjoindre aux entreprises d'évaluer et d'informer sur les risques professionnels inhérents à leur activité. À cette fin, de nombreuses dispositions législatives et réglementaires ont été introduites afin de prendre en compte les multiples et différents risques qu'il est possible d'identifier dans les entreprises.

442. Néanmoins, si les risques peuvent être dissemblables selon le secteur d'activité, selon les matières et procédés utilisés dans le processus de production, ou encore selon le secteur géographique de l'entreprise, ces derniers doivent être intégralement recensés au sein d'un même document – le document unique d'évaluation des risques professionnels - permettant aux différentes parties prenantes de l'entreprise d'être informées sur les risques professionnels générés à l'occasion de l'activité de l'entreprise.

Afin de respecter l'obligation légale d'information inhérente aux risques professionnels de l'entreprise, une évaluation de ces derniers apparaît donc nécessaire (Section 1). Pour ce faire, les personnes chargées de la rédaction du document unique peuvent s'appuyer sur les différents acteurs de la prévention et du contrôle des risques professionnels (Section 2).

Section 1 : L'obligation pour l'entreprise d'évaluer ses risques professionnels

443. Le document unique d'évaluation des risques professionnels (document unique) recense et centralise les risques créés par l'activité de l'entreprise en présentant les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs de l'entreprise. Une fois encore, un parallèle peut être fait avec le rapport de gestion, puisque le document unique ne saurait être une formalité surabondante exigée des entreprises. En effet, il constitue un outil indispensable pour prévenir les risques présents dans l'entreprise et éviter la réalisation de ces derniers, parfois sources de conséquences désastreuses.

444. D'origines diverses, les sources de la prévention des risques professionnels (§ 1) sont un moyen d'encadrer l'action des entreprises, afin de lutter notamment contre la recrudescence des accidents du travail et des maladies professionnelles observée durant les précédentes décennies. Dans l'objectif de diminuer ces accidents, le législateur a fourni quelques pistes méthodologiques qui contribuent à faciliter l'évaluation des risques professionnels (§ 2) par l'employeur.

Paragraphe 1 : Les sources de la prévention des risques professionnels

445. Poursuivant l'objectif de réduire les accidents du travail et les maladies d'origine professionnelle subis par les travailleurs dans le cadre de leur emploi, le législateur a introduit des obligations à destination des employeurs afin de prévenir les risques professionnels (B) générés par l'activité de l'entreprise. Les dispositions du législateur renforcent alors l'obligation de sécurité de résultat découverte par la jurisprudence qui, par son caractère prophylactique, conduit les employeurs à prévenir les risques de dommages aux travailleurs de l'entreprise (A).

A) Le caractère prophylactique de l'obligation de sécurité de résultat prévenant les risques professionnels

446. La découverte par la jurisprudence de l'obligation de sécurité de résultat (2) pesant sur l'employeur, et dont le travailleur est créancier, a permis de protéger les travailleurs ayant subi un dommage à l'occasion de leur activité professionnelle mais dont l'indemnisation restait particulièrement insatisfaisante. Pour apprécier la teneur de cette obligation, encore faut-il pouvoir appréhender la notion de risque professionnel (1).

1) La définition du risque professionnel

447. De manière générale, le risque professionnel peut être défini comme « le risque inhérent à l'exercice d'une profession »⁹⁹⁰. Plus précisément, il est constant de recourir à cette notion dans le cadre de la prévention des risques d'accidents ou de maladies professionnelles subis par les travailleurs à l'occasion de leur travail dans l'entreprise. Ainsi, outre les risques rencontrés dans les entreprises indépendamment de leur domaine d'activité, comme le simple risque de chute d'un travailleur dans les locaux de l'entreprise, les risques professionnels regroupent de nombreuses réalités spécifiques à chaque domaine d'activité. Ainsi, il est possible de subdiviser la notion de risque professionnel par autant d'aléas présents dans une entreprise⁹⁹¹ et susceptibles de concourir à un accident du travail⁹⁹² ou à une maladie

⁹⁹⁰ Lexique des termes juridiques, ss. dir. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, *op. cit.*, spéc. p. 555.

⁹⁹¹ Sans prétendre à l'exhaustivité, le risque professionnel peut apparaître sous la forme des risques biologiques, des risques liés à l'usage de matières cancérogènes, des risques chimiques, des risques d'électrocution, des risques de chute d'une échelle, etc.

⁹⁹² L'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale précise qu'« est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise. ». Quant à la jurisprudence, elle définissait initialement la notion comme « l'action violente et soudaine d'une cause extérieure provoquant, au cours du travail, une lésion de l'organisme humain » (Cass. soc., 20 mars 1952, Bull. jur. UCANSS 52-45 ; Cass. soc., 4 juill. 1952, Bull. jur. UCANSS 16-53). Ensuite, proposant une définition plus souple afin de prendre en compte l'émergence de nouveaux risques professionnels, l'accident du travail se définissait comme « tout fait précis survenu soudainement au cours ou à l'occasion du travail et qui est à l'origine d'une lésion corporelle » (Cass. soc., 24 avr. 1969, Bull. jur. UCANSS 69-42). Enfin, poursuivant cette même tendance à la souplesse pour une meilleure prise en compte de la diversité des nouveaux risques professionnels en abandonnant le critère de la soudaineté, la Haute juridiction civile, dans l'arrêt « Herbaut », définit l'accident du travail comme « un événement ou une série d'événements survenus à une date certaine par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle, quelle que soit la date d'apparition de celle-ci » (Cass. soc., 2 avr. 2003, n° 00-21.768).

professionnelle⁹⁹³.

448. Par ailleurs, la notion de risque professionnel et les mesures prises en vue de le prévenir dépassent le seul cadre de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. En effet, si les évaluations de ces risques et les mesures prises pour les réduire recèlent cet objectif premier, elles peuvent également contribuer à limiter les défaillances dans le processus de production de l'entreprise. De même, assurer de meilleures conditions de travail aux salariés de l'entreprise conduit, dans une grande majorité des cas, à l'accroissement de la productivité des travailleurs de l'entreprise. En effet, réduire les bruits assourdissants des machines, adapter des postes de travail confrontés à de fortes chaleurs inhérentes à certaines industries, diminuer les gestes répétitifs susceptibles d'atténuer les troubles musculo-squelettiques des travailleurs à la chaîne sont autant de mesures susceptibles d'avoir un impact positif sur la santé des travailleurs et sur leur productivité.

449. Toutefois, il faut également noter la relation paradoxale entre l'exigence de sécurité et la productivité des travailleurs. En effet, si un travailleur moins contraint par les facteurs ambiants peut s'avérer plus productif dans les tâches qu'il accomplit, la prise en compte de la pénibilité des tâches qu'il accomplit et des risques qui y sont associés⁹⁹⁴ peuvent aussi avoir pour effet de contrarier les objectifs de productivité initialement attendus de ce dernier. Toutefois et de manière heureuse, les législations contemporaines et les magistrats tendent davantage vers une prise en compte de l'individu perçu comme une force de travail épuisable que le travail ne doit pas épuiser. Il en résulte que de nombreuses législations générales et sectorielles ont éclos ces dernières années afin d'éviter que la santé et la sécurité des travailleurs soient sacrifiées sur l'autel de la productivité. C'est ainsi que préalablement à l'inflation législative observée dans le domaine de la protection des travailleurs, la

⁹⁹³ Contrairement à la notion d'accident du travail, le législateur n'a pas donné de définition générale à la notion de maladie professionnelle. Toutefois, le législateur a précisé, sous forme de tableaux, chaque maladie professionnelle susceptible de donner lieu à une indemnisation en recensant, pour chaque type d'affection, les conditions à remplir afin de bénéficier de ce statut (délai de prise en charge, durée d'exposition au risque et liste d'activités concernées). En cas de maladies non représentées dans les tableaux existants, il existe des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP), composés d'experts médicaux, qui statuent sur le lien de causalité entre la maladie et le travail habituel de la victime et dont l'avis s'impose à la caisse primaire d'assurance maladie.

⁹⁹⁴ Le législateur définit la notion de pénibilité du travail comme l'exposition des travailleurs « à un ou plusieurs facteurs de risques professionnels (...) liés à des contraintes physiques marquées, à un environnement physique agressif ou à certains rythmes de travail susceptibles de laisser des traces durables identifiables et irréversibles sur sa santé (C. trav., art. L. 4121-3-1) ; V. également, la précision des facteurs de risques, mentionnés à l'article L. 4121-3-1, prévue à l'article D. 4121-5 du Code du travail (Décret n° 2011-354 du 30 mars 2011 relatif à la définition des facteurs de risques professionnels).

jurisprudence a érigé la sécurité des travailleurs comme une obligation de résultat dont tout employeur est débiteur.

2) La découverte par la jurisprudence d'une obligation de sécurité de résultat dans le contrat de travail

450. Si la protection des travailleurs français est ancrée dans notre système législatif contemporain, elle n'a pas été aussi effective pour les générations précédentes notamment durant le siècle dernier⁹⁹⁵. Le fait que les dommages subis par les salariés soient aujourd'hui assumés par l'employeur résulte de la contrepartie du transfert des risques économiques nés du contrat de travail au profit de l'employeur. En effet, en raison de « la relative sécurité économique »⁹⁹⁶ que lui confère le contrat de travail « le salarié renonce à la fois à une partie de sa liberté professionnelle, en acceptant de se subordonner à la volonté de son employeur, mais aussi à sa capacité de gains désormais liée non pas directement à sa valeur intrinsèque, mais au temps qu'il consacre à l'exécution de son contrat de travail »⁹⁹⁷. La doctrine relève à cet effet que le transfert du risque économique emporte « aussi transfert des risques physiques [mais également psychologiques] de l'activité de l'entreprise et l'employeur, en louant la force de travail du salarié, devient également responsable de sa sécurité »⁹⁹⁸. Bien que l'obligation de prévention des risques professionnels soit d'introduction tardive, le droit français n'était pas dépourvu de mécanismes tendant à la condamnation de l'employeur à

⁹⁹⁵ V. *supra*, n° 153 et s.

⁹⁹⁶ Ch. RADE, L'entreprise et les risques professionnels : de la responsabilité civile à la responsabilité sociale, éditorial, Riséo, Vol. 1. 2012, pp. 3-6.

⁹⁹⁷ *Ibid.* ; *adde.* En pratique, la valeur intrinsèque des salariés n'est pas nécessairement cantonnée à une seule somme forfaitaire. Comme le relève Christophe Radé, la sécurité économique inhérente au contrat de travail n'est que relative et « différents correctifs sont là pour reconnecter le salarié à la logique de marché ». En effet, le contrat de travail peut prévoir une rémunération additionnelle liée à la productivité individuelle du salarié, ou assise sur les résultats de l'entreprise. De même, la spécificité de certains emplois salariés, à l'instar des commerciaux, implique des contrats de travail stipulant une rémunération aléatoire calculée notamment selon le chiffre d'affaires généré par ce dernier. Néanmoins, en disposant la nécessité de verser le salaire minimum légal, même en présence de rémunérations additionnelles, le législateur confirme le transfert, au moins partiel, du risque économique du salarié à l'employeur. En effet, ce transfert peut ne pas avoir lieu dans certaines relations professionnelles mais son absence implique également l'absence, au moins en théorie, de lien de subordination et donc de contrat de travail (comme, par exemple, les mandats confiés par l'entreprise aux agents commerciaux indépendants). Les dispositions relatives au licenciement pour motif économique rappellent que le salarié peut subir les conséquences liées aux risques économiques de l'entreprise. Néanmoins, le transfert des risques économiques reste total durant le contrat de travail et peut s'avérer partiel, en cas de transfert à la communauté (droit à une indemnisation du travailleur en cas de licenciement pendant la période de chômage) ou par l'intervention de régimes spéciaux d'assurance (Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés) selon la santé économique de l'entreprise lors de la rupture du contrat de travail.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

indemniser les préjudices liés aux dommages corporels subis par les salariés sur le fondement du risque généré par l'activité de l'entreprise et indépendamment de la reconnaissance d'une faute de l'employeur⁹⁹⁹.

451. Par la reconnaissance d'une responsabilité de plein droit de l'employeur dispensant la recherche de faute de ce dernier, la jurisprudence n'a pas eu pour seul objectif de faciliter l'indemnisation des salariés victimes d'accidents du travail. En effet, outre la nécessité de faciliter la réparation¹⁰⁰⁰ des préjudices subis par les salariés, impossible dans le régime commun d'indemnisation issu du « grand deal »¹⁰⁰¹ du 9 avril 1898¹⁰⁰², la

⁹⁹⁹ Pour rappel, à travers l'arrêt « Teffeine » rendu le 16 juin 1896 par la Cour de cassation, la jurisprudence a relevé une responsabilité de plein droit de l'employeur au profit des salariés victimes d'accidents du travail. V. *supra*, n° 158.

¹⁰⁰⁰ En prévoyant limitativement les maladies susceptibles d'être qualifiées de maladies professionnelles, le législateur a contraint les magistrats à faire preuve d'imagination, afin de permettre une indemnisation des travailleurs ne bénéficiant pas des dispositions du Livre IV du Code de la sécurité sociale qui prévoient une prise en charge de ces derniers par la Sécurité sociale. En effet, l'absence d'indemnisation en pareille hypothèse a conduit les travailleurs à agir contre leur employeur sur le fondement du droit commun. Ainsi, afin de faciliter la démonstration de la faute de l'employeur, la Cour de cassation a découvert dans le contrat de travail une obligation de sécurité de résultat dont était débiteur l'employeur. Initialement découverte par la jurisprudence dans les contrats de transport de personnes (Cass. civ., 21 nov. 1911, S. 1912, 1, p. 73, note LYON-CAEN, DP 1913, 1, p. 249, note SARRUT), l'obligation de sécurité de résultat paraît pourtant difficilement conciliable avec l'objet même du contrat de travail, à savoir l'engagement de la force de travail du travailleur en contrepartie d'une rémunération. Pourtant, dès 1994, un mouvement jurisprudentiel a permis aux salariés de bénéficier de cette protection en orientant l'action de ces derniers sur le terrain contractuel (« mais attendu que si, s'agissant d'une affectation qui, en vertu de la législation alors applicable, n'a pu être prise en charge au titre des maladies professionnelles, le salarié, qui attribuait son état de santé aux mauvaises conditions de son travail imposées par l'employeur, était en droit d'agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle, il ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 1384 du Code civil » Cass. soc., 11 oct. 1994, n° 91-40025, Bull. 1994 V n° 269 p. 182, Dr. soc. 1994, p. 974.). Ensuite à travers les arrêts « Amiante » de 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation a clairement affirmé l'existence d'une obligation de sécurité de résultat dont était créancier le salarié à l'égard de son employeur en relevant que « qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.389, Bull. civ. V, n° 127; D. 2002. 2215, note SAINT-JOURS ; *Ibid.* 2696, note PRETOT ; RJS 2002. 565, n° 727 ; Dr. soc. 2002. 676, obs. CHAUMETTE ; Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-18.390 ; Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 00-11.793, Bull. civ. V, n° 81, p. 74). Au delà du rattachement exprès de l'obligation de sécurité au contrat de travail, la portée de ces arrêts se retrouve dans la dispense accordée au travailleur victime de devoir rapporter la preuve d'une faute de l'employeur. Cette solution a été entérinée et étendue aux situations d'accidents du travail par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en visant expressément l'article 1147 du Code civil (Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, Bull. ass. plén. N° 7, D. 2005. 2375, obs. Y. SAINT-JOURS, JCP E 2005, n° 1201, note P. MORVAN). Abandonnant le visa de l'article 1147 dudit code, au profit des seules dispositions du Code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme sa position en relevant que « l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise » (Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, *Bull.* 2006, V, n° 223).

¹⁰⁰¹ J.-J. DUPEYROUX, Un deal en béton ?, Dr. soc. 1998, p. 631, (à l'occasion du colloque consacré au centenaire de la loi du 9 avril 1898), cité in C. RADE, Autorité et responsabilités au sein de l'entreprise, RDLC, juill. août 2008, supp. n° 51, pp. 39-43.

jurisprudence, par le caractère prophylactique inhérent à toute sanction, a également contraint les employeurs à prévenir les risques générés par l'activité de l'entreprise pour éluder l'engagement de leur responsabilité¹⁰⁰³. Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle, le législateur est intervenu afin de contraindre expressément les entreprises à évaluer les risques professionnels générés par l'activité de l'entreprise et à informer les travailleurs à la suite de ces évaluations.

B) L'obligation légale de prévenir les risques professionnels de l'entreprise

452. Pour les travailleurs français, le droit à la sécurité dans les entreprises, et donc l'obligation pour l'employeur de prévenir la réalisation des risques professionnels, est une obligation aux sources diverses (1). Sur le fondement de ces sources, le législateur français, inspiré par le législateur européen, a introduit des principes généraux de prévention des risques professionnels (2) pour encadrer l'action des employeurs dans ce domaine.

1) Une obligation aux sources diverses

453. La protection de la santé des travailleurs en droit français est tout d'abord un principe à valeur constitutionnelle. En effet, partie intégrante du bloc de constitutionalité, l'article 11 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Dans le même sens, l'article 8 dudit préambule prévoit que « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ». Aussi, dès les années 1970, le Conseil constitutionnel a érigé la santé et la sécurité des personnes comme un principe de valeur constitutionnelle¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Loi du 9 avril 1898 concernant la responsabilité dans les accidents du travail.

¹⁰⁰³ Au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation a tiré les conclusions de l'existence d'une obligation de sécurité de résultat autonome en relevant, par exemple, le principe d'une interdiction pour l'employeur « dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés » (V. récemment, Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, Bull. 2008, V, n° 46).

¹⁰⁰⁴ Cons. const. 2 décembre 1976 sur la prévention des accidents du travail (L. HAMON, Dr. soc. 1980.431) ; Cons. const. 18 janvier 1978 sur le contrôle médical (Dr. soc. 1980.431) ; Cons. const. 22 juillet 1980, (concernant les matières nucléaires) Dr. soc., 1980.441, note D. TURPIN.

454. Dans le même sens, les conventions internationales élaborées par l'Organisation des nations unies¹⁰⁰⁵ ou par l'Organisation internationale du travail¹⁰⁰⁶ et ratifiées par la France sont venues conforter la teneur de ce principe. Aussi, le droit européen a été déterminant afin que la généralité de ce principe laisse place à de nombreuses législations destinées à assurer l'effectivité d'un droit à la sécurité des travailleurs par la prévention des risques professionnels. L'introduction de principes généraux de prévention des risques professionnels en droit français se retrouve ainsi à travers une directive européenne¹⁰⁰⁷ transposée dans le droit français par la loi du 31 décembre 1991¹⁰⁰⁸. Par la création d'un chapitre préliminaire au Titre troisième du Livre II du Code du travail, le législateur a introduit des principes généraux de prévention des risques professionnels à la lettre de l'ancien article L. 230-2 du Code du travail.

2) Les principes généraux de la prévention des risques professionnels

455. A la lettre du II de l'ancien article L. 230-2 de l'ancien Code du travail prévu à l'article L. 4121-2 du Code du travail¹⁰⁰⁹, le législateur a précisé les neuf principes généraux sur lesquels doivent se fonder les actions mises en place par l'entreprise afin de prévenir les risques professionnels.

456. Tout d'abord, le législateur enjoint à l'employeur de mettre en place des actions pour prévenir les risques professionnels en « évit[ant] les risques » lorsque cela est

¹⁰⁰⁵ Par exemple, l'article 12 du Pacte International relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ratifié par la France le 4 novembre 1980, prévoit que « les Etats parties au présent acte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Les mesures prises par les Etats en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer : (...) les mesures nécessaires à l'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle » (...) le traitement des maladies (...) professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ».

¹⁰⁰⁶ V. *infra*, n° 506 et s.

¹⁰⁰⁷ Dir. Cons. CEE n° 89/391, 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

¹⁰⁰⁸ Loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le Code du travail et le Code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail

¹⁰⁰⁹ A titre de précision, en raison de l'introduction des risques psychosociaux au sein des risques devant faire l'objet d'une prévention par l'employeur, le 7° de l'article 4121-1 du Code du travail prévoit désormais que l'employeur doit « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1 » du même code.

possible. Néanmoins, indispensable à l'entreprise, le risque pris peut être proportionnel ou, à tout le moins, en lien direct avec les bénéfices escomptés. En effet, certains marchés hautement concurrentiels impliquent la réalisation d'économies d'échelle afin de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Ainsi, l'usage de matériaux moins risqués mais plus onéreux ou le remplacement d'une chaîne de production plus sécurisée pourraient alors compromettre les marges bénéficiaires de l'entreprise. Supprimer le risque coûte cher.

457. Ensuite, puisque le risque zéro n'existe pas dans l'entreprise, les employeurs sont tenus d'évaluer les risques ne pouvant être évités. Dans le même sens, afin de se prémunir contre les risques nécessaires à l'activité de l'entreprise, le législateur met en avant la nécessité d'analyser les facteurs des risques en enjoignant aux entreprises de « combattre les risques à la source ». Il est alors possible de constater que les trois premiers principes de prévention des risques professionnels pourraient être applicables à l'ensemble des risques de l'entreprise.

458. À l'inverse, les six principes généraux suivants concernent plus précisément les risques professionnels. Afin de prévenir la pénibilité de certains emplois, illustrée notamment à travers la satire sociale de Charlie Chaplin¹⁰¹⁰, les actions menées par l'employeur doivent conduire à « adapter le travail à l'homme ». Par ce dernier principe, il est alors fait obligation à l'employeur de décortiquer les processus de production et les équipements auxquels l'entreprise a recours afin de limiter le travail répétitif¹⁰¹¹ dont les conséquences sur la santé des travailleurs ont déjà fait l'objet de plusieurs études¹⁰¹². Les actions de prévention des risques professionnels doivent également tenir compte de l'évolution de la technique, ou encore faire état des bonnes pratiques professionnelles. En effet, le législateur prend le soin de préciser que l'employeur doit alors procéder au remplacement de ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas, ou par ce qui l'est moins.

En outre, il doit « planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et

¹⁰¹⁰ C. Chaplin, *Modern times*, United artists, 1936.

¹⁰¹¹ L'article D. 4121-5 du Code du travail prévoit que « le travail répétitif est caractérisé par la répétition d'un même geste, à une cadence contrainte, imposé ou non par le déplacement automatique d'une pièce ou par la rémunération à la pièce, avec un temps de cycle défini ».

¹⁰¹² V. notamment, *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, Rapport du Collège d'expertise sur le suivi des risques psychosociaux au travail, ss. prés. M. GOLLAC, faisant suite à la demande du Ministre du travail, de l'emploi et de la santé, 2011, 223 p.

l'influence des facteurs ambiants ». Aussi, dans l'objectif de pourvoir à la protection de l'ensemble des travailleurs, le Code du travail prévoit que les actions mises en œuvre par l'employeur doivent privilégier « la protection collective » au détriment de la protection individuelle. Enfin, et nonobstant le fait que le dernier principe énoncé par l'article L. 4121-2 relève davantage du bon sens que de la prévention, l'employeur doit « donner les instructions appropriées aux travailleurs ».

459. Ces différents principes constituent alors le fil d'Ariane que doit suivre l'employeur afin de protéger la santé physique et mentale de ses travailleurs. Néanmoins, prise isolément, l'énumération de ces principes serait insuffisante pour garantir une sécurité juridique permettant d'atteindre l'objectif d'une protection effective des travailleurs¹⁰¹³. Par conséquent, le législateur est venu préciser les méthodes à appliquer afin d'évaluer les risques professionnels en vue de les prévenir.

Paragraphe 2 : Les méthodes à appliquer pour l'évaluation des risques professionnels

460. En raison de la généralité des principes de prévention des risques professionnels prévus par le Code du travail, le législateur est venu préciser les facteurs de risques à analyser (A) tout en proposant des pistes méthodologiques dont le suivi permettrait une meilleure évaluation des risques de l'entreprise (B). Si l'évaluation est une étape cruciale dans la prévention des risques professionnels, leur transcription dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (C) est également essentielle, puisqu'elle permet aux différentes parties prenantes de l'entreprise de s'informer sur les multiples menaces susceptibles de compromettre la santé et la sécurité des travailleurs.

¹⁰¹³ Par exemple, le dernier principe général de prévention prévu à l'article L. 4121-2 du Code du travail (« donner les instructions appropriées aux travailleurs ») est renforcé par l'article L. 4121-4 du même Code disposant que « lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, prend en considération les capacités de l'intéressé à mettre en œuvre les précautions nécessaires pour la santé et la sécurité ».

A) Les facteurs de risques à analyser

461. Afin de respecter les principes énoncés par le Code du travail, l'employeur doit d'abord évaluer les risques présents dans l'entreprise. Pour ce faire, le législateur apporte des précisions sur les méthodes à appliquer afin de garantir une bonne évaluation des risques nécessaire à la protection des travailleurs. Ainsi, « l'employeur, compte tenu des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail »¹⁰¹⁴.

462. Cette énumération permet au législateur de mettre l'accent sur les facteurs de risques devant nécessairement donner lieu à évaluation, mais elle ne saurait prétendre à l'exhaustivité. D'ailleurs, de nombreuses dispositions législatives et réglementaires viennent compléter les facteurs de risques propres à chaque activité¹⁰¹⁵, à certains types de risques¹⁰¹⁶, ou encore aux matières manipulées par les travailleurs¹⁰¹⁷. Les méthodes d'évaluation des risques professionnels puisent leurs sources dans une circulaire de 2002 concernant l'établissement du document unique¹⁰¹⁸. Ainsi, l'évaluation des risques professionnels se

¹⁰¹⁴ C. trav., art. 4121-3, al. 1.

¹⁰¹⁵ Initialement disséminées à travers plusieurs dispositions législatives et surtout réglementaires, le législateur a codifié de nombreuses dispositions dans le nouveau Code du travail. Par exemple, il recense aujourd'hui des dispositions concernant la prévention des risques chimiques (C. trav., art. L. 4411-1 à L. 4412-1 et art. R. 4411-1 à R. 4412-160), des risques biologiques (C. trav., art. L. 4421-1 et art. R. 4421-1 à R. 4427-5), des risques d'exposition aux bruits (C. trav., art. L. 4431-1 et art. R. 4431-1 à R. 4437-4), des risques liés aux vibrations mécaniques (C. trav., art. L. 4441-1 et art. R. 4441-1 à R. 4447-1), des risques d'exposition des travailleurs aux rayonnements ionisants (C. trav., art. R. 4451-1 à R. 4452-31), des risques inhérents aux installations nucléaires (C. trav., art. L. 4521-1 à L. 4526-1) ou encore aux risques liés aux travaux réalisés en milieu hyperbare (C. trav., art. R. 4461-1 à R. 4461-49). De la même manière, le législateur a accru la protection de certains types de travailleurs, comme les mineurs ou les femmes enceintes ou en cours d'allaitement, tantôt en interdisant leur emploi pour des travaux considérés comme dangereux, tantôt en fixant par voie réglementaire les conditions précises permettant le recours à cette main d'œuvre particulière. En effet, en protégeant ces catégories de travailleurs, le législateur prévient l'accroissement des facteurs de certains risques professionnels.

¹⁰¹⁶ A titre d'exemple, V. Décret 2010-1018 du 30 août 2010 portant diverses dispositions relatives à la prévention des risques électriques dans les lieux de travail.

¹⁰¹⁷ Par exemple, au delà des dispositions prévues au Code du travail, des dispositions spéciales prévoient une information liée aux risques inhérents à la présence de la silice cristalline sur la santé des travailleurs (en ce sens, V. Arrêté du 14 janvier 1987 sur l'information des utilisateurs sur la présence de silice libre dans les abrasifs destinés aux opérations de décapage, dessablage ou dépolissage au jet).

¹⁰¹⁸ Circulaire n° 6-2002 DRT du 18 avril 2002 prise pour application du décret n° 2001-1016 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L. 230-2 du Code du travail et modifiant le Code du travail.

définit « comme le fait d’appréhender les risques créés pour la santé et la sécurité des travailleurs, dans tous les aspects liés au travail »¹⁰¹⁹. Le législateur met alors en exergue le fait que l’évaluation ne saurait se réduire à « un relevé brut de données mais constitue un véritable travail d’analyse des modalités d’exposition des salariés à des dangers ou à des facteurs des risques »¹⁰²⁰. En effet, le second alinéa de l’article R. 4121-1 du Code du travail précise que « cette évaluation comporte un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l’entreprise ou de l’établissement ».

B) Les pistes méthodologiques pour évaluer les risques professionnels

463. Par la précision de la notion « d’inventaire des risques » devant être réalisé et transcrite dans le document unique, la circulaire de la Direction du travail relève que « la notion d’inventaire conduit à définir l’évaluation des risques en deux étapes »¹⁰²¹.

En premier lieu, l’évaluation des risques professionnels consiste à identifier les dangers. Au sens de la circulaire, un danger se définit comme « la propriété ou la capacité intrinsèque d’un équipement, d’une substance, d’une méthode de travail, de causer un dommage pour la santé des travailleurs » et correspond donc à la notion générale de source de risques¹⁰²².

En second lieu, le législateur enjoint aux employeurs d’analyser les risques par l’étude des conditions d’exposition des travailleurs à ces dangers. À cette fin, la circulaire précise que la notion d’unité de travail doit être comprise de manière extensive afin de prendre en compte toutes les formes d’organisation du travail¹⁰²³.

Ces dispositions ne sont pas anodines, puisqu’elles commandent aux employeurs de devoir réaliser l’évaluation de l’ensemble des risques pouvant compromettre la santé ou à la sécurité des travailleurs. Il en est de même lorsque le législateur prévoit que « l’employeur, compte tenu des activités de l’établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs » sans prévoir une liste exhaustive des risques devant faire l’objet de cette évaluation. En effet, si le législateur prend le soin de préciser que cette évaluation prend en

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, art. 2.1.2.

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *V. supra*, n° 250.

¹⁰²³ Plus précisément, le « champ [de la notion d’unité de travail] peut s’étendre d’un poste de travail, à plusieurs types de postes occupés par les travailleurs ou à des situations de travail, présentant les mêmes caractéristiques. De même, d’un point de vue géographique, l’unité de travail ne se limite pas forcément à une activité fixe, mais peut aussi bien couvrir des lieux différents (manutention, chantiers, transports, etc.) » *Ibid.*, art. 2.1.2.

compte la nature des activités de l'établissement, l'obligation d'évaluer les risques par l'employeur ne saurait être cantonnée à l'analyse des seuls dangers inhérents au domaine d'activité de l'entreprise. Au contraire, cette évaluation doit porter sur les risques communs à toutes les entreprises et sur les risques spécifiques à l'activité de l'entreprise. A cet effet, cette évaluation doit notamment prendre en compte les équipements et les installations spécifiques de l'entreprise, ou encore l'organisation des postes de travail mise en place dans cette dernière. Par ailleurs, le législateur confirme cette dernière affirmation en précisant que « l'évaluation des risques doit s'entendre de manière globale et exhaustive »¹⁰²⁴.

464. Pour y parvenir, l'employeur pourra alors *a minima* se référer aux différents documents disponibles dans l'entreprise pour procéder à cette évaluation à l'instar de la fiche d'entreprise établie par les services de la médecine du travail¹⁰²⁵, de l'analyse des risques du CHSCT¹⁰²⁶, ou encore des fiches de données de sécurité établies par les fabricants de produits avec lesquels l'entreprise se fournit¹⁰²⁷. Si le législateur enjoint à l'employeur d'évaluer les risques professionnels de l'entreprise et donne quelques pistes à ce dernier pour se conformer à ses prescriptions, il laisse alors toute latitude à l'employeur dans le choix des modalités pour procéder à cet inventaire. Il serait toutefois péremptoire d'affirmer que cette relative liberté soit une opportunité pour les employeurs. Pourtant, si l'absence de précision suffisante concernant les modalités d'évaluation des risques peut constituer un obstacle à une prévention efficace des risques professionnels, il ne faut pas omettre, nonobstant l'engagement possible de la responsabilité civile ou pénale de l'employeur, qu'il serait particulièrement compliqué, voire impossible, d'imposer une méthode universelle face à l'extrême hétérogénéité des situations de travail et des risques présents dans l'entreprise.

Enfin, indépendamment de la méthodologie arrêtée pour évaluer les risques professionnels de l'entreprise, l'employeur doit transcrire l'ensemble des résultats de l'évaluation dans le document unique d'évaluation des risques professionnels.

¹⁰²⁴ Circ. DRT n°6-2002 du 18 avril 2002, BOMES n°10, 5 juin 2002, art. 3.2, a, al 1.

¹⁰²⁵ V. *infra*, n°s 493 à 495

¹⁰²⁶ V. *infra*, n° 485 à 491.

¹⁰²⁷ Circ. DRT n°6-2002 du 18 avril 2002, BOMES n°10, 5 juin 2002, art. 2.1.2.

C) La transcription des résultats de l'évaluation des risques professionnels dans le document unique

465. Après avoir évalué les risques professionnels de l'entreprise selon les modalités arrêtées par l'employeur et aiguillées par la circulaire de la direction du travail, ce dernier doit transcrire les résultats de cette évaluation (2) dans le document unique d'évaluation des risques professionnels (1). Cette évaluation servira ensuite à élaborer un programme d'actions (3).

1) Présentation du document unique d'évaluation des risques professionnels

466. Introduit en droit français en 2001¹⁰²⁸, le document unique d'évaluation des risques professionnels recense l'évaluation de l'ensemble des risques professionnels présents dans une entreprise. En effet, à travers la transcription des résultats des évaluations menées dans le document unique¹⁰²⁹, et des mises à jour impératives¹⁰³⁰ de ce document, l'employeur satisfait l'obligation de « rendre compte avec précision de l'effectivité de sa démarche de prévention »¹⁰³¹.

467. Concernant la forme du document unique, la circulaire ministérielle du 18 avril 2002 précise trois exigences auxquelles doit répondre ce document, dont la forme écrite ou numérique est laissée à la discrétion de l'employeur.

En premier et deuxième lieu, l'établissement du document unique implique de faire preuve de cohérence et de commodité. Ainsi, comme son nom l'indique, ce document doit regrouper, sur un seul support, toutes les données issues de l'analyse des risques professionnels auxquels sont exposés les travailleurs et les résultats de ces différentes

¹⁰²⁸ Décret n° 2001-1016 du 5 novembre 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L. 230-2 du Code du travail et modifiant le Code du travail.

¹⁰²⁹ C. trav., art. R. 4121-1.

¹⁰³⁰ Le Code du travail prévoit que le « le fait de ne pas transcrire ou de ne pas mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques, dans les conditions prévues aux articles R. 4121-1 et R. 4121-2 [du même code], est puni de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe » (C. trav., art. R. 4741-1, al. 1).

¹⁰³¹ Lamy Hygiène et Sécurité, ss. dir. A. DEJEAN DE LA BÂTIE et F. RIGAUD, Lamy, 2014, n° 212-30.

analyses¹⁰³².

En troisième lieu, le document unique doit répondre à une exigence de traçabilité qui implique « un report systématique des résultats de l'évaluation des risques (...), afin que l'ensemble des éléments analysés figure sur un support »¹⁰³³.

468. Par ailleurs, les mises à jour du document unique doivent être réalisées au moins chaque année. Toutefois, en cas d'émergence d'un risque nouveau et important, l'employeur ne saurait épuiser ce délai minimal car cette carence ne manquerait pas d'être soulevée en cas de contrôle de l'inspection du travail ou de contentieux nés à la suite d'un accident du travail en lien direct avec la réalisation dudit risque. Dans le même sens, l'employeur a l'obligation de réaliser cette mise à jour si une décision de l'entreprise conduit à un aménagement important ayant pour effet de modifier les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, ou encore lorsqu'une information nouvelle, concernant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail, est recueillie.

469. Au regard de l'objectif affiché d'informer les différents acteurs impliqués dans la prévention des risques professionnels dans l'entreprise, le législateur précise que le document unique doit être notamment tenu à la disposition notamment des travailleurs, des membres du CHSCT, des délégués du personnel, des agents de l'inspection du travail ainsi que des agents des services de prévention des organismes de Sécurité sociale¹⁰³⁴. Pour s'assurer de l'effectivité de cette obligation d'informer, l'employeur est tenu d'afficher un avis indiquant les modalités d'accès au document unique à une place convenable et aisément accessible dans les lieux de travail¹⁰³⁵.

470. Outre l'obligation de transcrire les résultats de l'évaluation des risques dans le document unique, le législateur a récemment¹⁰³⁶ mis à la charge des entreprises l'obligation de déterminer la proportion de salariés exposés aux facteurs de pénibilité définis en application de l'article L. 4121-3-1 du Code du travail en annexe de ce même document. Comme le contenu du document unique, ces informations doivent également être actualisées

¹⁰³² Circ. DRT n°6-2002 du 18 avril 2002, BOMES n°10, 5 juin 2002, art. 2.1.1.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ C. trav., art. R. 4121-4 ; V. *infra*, n° 496 et s.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, al. 10.

¹⁰³⁶ Décret n° 2011-823 du 7 juillet 2011, relatif à la pénalité pour défaut d'accord ou de plan d'action relatif à la prévention de la pénibilité mentionnée à l'article L. 138-29 du Code de la sécurité sociale.

« chaque fois que nécessaire, et notamment lors de la mise à jour du document unique d'évaluation des risques »¹⁰³⁷. Enfin, à titre de précision, en cohérence avec l'évaluation des risques réalisée puis transcrite dans le document unique, l'employeur doit consigner « dans une fiche [individuelle] les conditions de pénibilité auxquelles le travailleur est exposé, la période au cours de laquelle cette exposition est survenue ainsi que les mesures de prévention mises en œuvre par l'employeur pour faire disparaître ou réduire ces facteurs durant cette période »¹⁰³⁸.

2) Les résultats de l'évaluation des risques

471. Au regard de la liberté laissée à l'employeur dans l'évaluation des risques professionnels et dans la transcription de celle-ci au sein du document unique, l'employeur peut recourir aux techniques usitées dans l'audit de risques pour procéder à la rédaction du document unique. Ainsi, après avoir défini chaque risque professionnel, une échelle de valeur peut alors permettre une meilleure compréhension des évaluations réalisées. En outre, ce procédé répond au souci de cohérence devant être respecté lors de la rédaction du document unique et permet de hiérarchiser les risques devant être traités en priorité. Dès lors, cette méthode nécessite de définir préalablement chaque niveau de l'échelle de valeur relative à la gravité des conséquences des risques étudiés.

472. Par exemple, après avoir réalisé l'inventaire des risques dans une unité de travail, il est possible de classer les risques en prévoyant une échelle de un à cinq. Ainsi, le premier niveau de risque peut correspondre à « des facteurs d'ambiance, des équipements ou produits ne présentant pas de danger pour la sécurité du travailleur ». La gradation de cette échelle implique que le deuxième niveau de risque corresponde à « des facteurs d'ambiance, des équipements ou produits susceptibles de causer des désagréments légers pour la sécurité des travailleurs ». Ce dernier niveau peut ainsi être lié à l'atteinte de seuils de tolérance prévus par des normes professionnelles. Ensuite, le troisième niveau de cette échelle peut alors correspondre à « des facteurs d'ambiance, des équipements ou produits susceptibles d'avoir une influence notable sur la santé ou la sécurité des travailleurs ». Le troisième niveau de risque peut alors se référer aux seuils au delà desquels des normes professionnelles

¹⁰³⁷ CSS, R. 138-32, al. 2.

¹⁰³⁸ C. trav, art. L. 4121-3-1.

proscrivent l'atteinte. Le quatrième niveau pourrait correspondre à « des facteurs d'ambiance, des équipements ou produits susceptibles d'engendrer un accident de travail ou une maladie professionnelle ». Enfin, le niveau le plus élevé correspondrait à « des facteurs d'ambiance, des équipements ou produits susceptibles de provoquer le décès du travailleur ». Ces différents niveaux permettent alors de déterminer les risques inacceptables pour l'entreprise et qui doivent, par conséquent, être traités en priorité.

473. A titre de précision, il est à noter une relation *a priori* paradoxale entre l'obligation de l'employeur d'évaluer exhaustivement les risques professionnels de l'entreprise tout en les consignant, et la responsabilité encourue par ce dernier en cas de réalisation de ces risques. En effet, un employeur diligent exécutera son obligation d'évaluer tous les risques professionnels qu'il identifiera et consignera effectivement les résultats de ces analyses au sein du document unique. Néanmoins, s'il décidait de ne pas traiter ces risques, par choix managérial, ou en raison du coût que cela représente, l'évaluation ainsi réalisée constituerait nécessairement un élément de preuve que pourrait rapporter le travailleur ayant subi un accident du travail ou étant atteint d'une maladie professionnelle. Toutefois, cette relation prend tout son sens à travers la volonté du législateur de responsabiliser l'employeur, débiteur d'une obligation de sécurité de résultat, dans la prévention de la santé et la sécurité de ses travailleurs. Cette relative liberté dans l'évaluation des risques se retrouve également, à la suite de cette évaluation, dans la mise en œuvre des actions de prévention ainsi que des méthodes de travail et de production qui permettent de garantir un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs¹⁰³⁹.

3) L'élaboration du programme d'actions à la suite de l'évaluation des risques

474. Aux termes de l'article L. 4121-1 du Code du travail, « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Ainsi, l'employeur ne peut pas se contenter de transférer le risque, par exemple, par la seule souscription de contrats d'assurance mais il doit mettre en place de véritables mesures à même de réduire ou supprimer les défaillances dans les processus pouvant avoir des conséquences sur la santé et la sécurité des travailleurs. Ainsi, ces actions, prises

¹⁰³⁹ C. trav., art. L. 4121-3, al. 2.

conformément aux principes généraux de prévention¹⁰⁴⁰, peuvent se matérialiser à travers l'élaboration de consignes de sécurité, la formation du personnel¹⁰⁴¹, la réalisation de travaux, l'aménagement des locaux ou encore le changement des outils de production.

475. D'ailleurs, l'application de certaines de ces mesures procèdent de la loi. Pour illustration, le Code du travail dispose qu'une formation à la sécurité, qui comprend *a minima* les conditions de circulation dans l'entreprise, les conditions d'exécution du travail et la conduite à tenir en cas d'accident¹⁰⁴², doit être dispensée dès l'embauche du travailleur et chaque fois que cela est nécessaire¹⁰⁴³. Cette formation à la sécurité est d'ailleurs renforcée lorsque les bénéficiaires de cette formation disposent de statuts précaires¹⁰⁴⁴ et occupent des postes à risques¹⁰⁴⁵. Afin d'assurer l'effectivité de cette obligation de formation, la jurisprudence présume la faute inexcusable prévue par le Code de la sécurité sociale dès lors que ces derniers travailleurs n'ont pas bénéficié de formation à la sécurité et qu'ils subissent un accident du travail¹⁰⁴⁶. De la même manière, les actions à mettre en œuvre à la suite de l'évaluation des risques professionnels impliquent, conformément au cinquième principe général de prévention¹⁰⁴⁷, que l'employeur doit s'informer sur l'évolution de la technique et l'avancée des connaissances scientifiques qui pourraient contribuer à une meilleure prévention des risques professionnels.

476. Dans les entreprises de plus de cinquante salariés, le document unique doit également contribuer à l'élaboration du programme annuel de prévention des risques

¹⁰⁴⁰ V. *supra*, n°s 455 et s.

¹⁰⁴¹ A titre de précision, la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 a introduit le compte personnel de prévention de la pénibilité. Ce compte personnel, dont les modalités doivent être arrêtées par décret, permet au salarié exposé à un ou plusieurs facteurs de risques d'accumuler des points afin notamment de bénéficier de formations pour accéder à des postes moins exposés ou encore de financer le complément de rémunération et les cotisations sociales en cas de passage à temps partiel.

¹⁰⁴² C. trav., art. 4141-3.

¹⁰⁴³ C. trav., art. 4141-2.

¹⁰⁴⁴ C. trav., art. L. 4142-2 (salariés en contrat à durée déterminée); C. trav., art. L. 4154-2 (stagiaires en entreprise).

¹⁰⁴⁵ Après avis de la médecine du travail et du CHSCT, l'employeur dresse une liste des postes présentant des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs est établie par l'employeur (C. trav., art. L. 4154-2).

¹⁰⁴⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 18 novembre 2010, n° 09-71318 ; en effet, l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit que « lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire (...) » ; V. CSS, art. L. 452-2 et s.

¹⁰⁴⁷ V. *supra*, n° 458.

professionnels et servir à la rédaction du rapport écrit l'accompagnant¹⁰⁴⁸. Ce programme détaille l'ensemble des mesures à prendre au cours de l'année à venir pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs salariés. Il précise alors, pour chaque mesure, les conditions d'exécution et l'estimation de son coût¹⁰⁴⁹. Au moins une fois par an, il est présenté au CHSCT ou, à défaut, aux délégués du personnel.

477. En raison du nombre et de l'hétérogénéité des risques présents dans l'entreprise, particulièrement dans les entreprises de taille importante, une évaluation complète des risques et le choix des actions à même de les endiguer ne peuvent être réalisés uniquement par l'employeur. En effet, en raison des conséquences potentielles sur la santé des travailleurs, de la spécificité de certains postes de travail ou de l'utilisation de certaines substances dangereuses, l'évaluation des risques professionnels nécessite une approche pluridisciplinaire. Pour bénéficier d'une évaluation effective des risques professionnels, l'employeur peut alors s'appuyer sur les différents acteurs qui contribuent à la prévention de ces risques.

Section 2 : Les acteurs de la prévention et du contrôle des risques professionnels

478. En raison de la complexité inhérente à l'évaluation des risques professionnels, le législateur a désigné de nombreux acteurs sur lesquels l'employeur peut s'appuyer dans sa démarche de prévention des risques professionnels (§ 1). Toutefois, s'il prévoit de faciliter l'exécution des obligations incombant à l'employeur à ce titre, le législateur a également attribué à certains organismes le pouvoir de contrôler et de sanctionner les entreprises qui ne se conforment pas aux obligations dont elles ont la charge pour protéger la santé et la sécurité de leurs travailleurs (§ 2).

¹⁰⁴⁸ Chaque année, l'employeur doit établir un rapport annuel écrit qu'il présente au CHSCT. Ce rapport fait le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement et des actions menées au cours de l'année écoulée (C. trav., art. 4612-16, 1°).

¹⁰⁴⁹ C. trav., art. 4612-16, 2°.

Paragraphe 1 : Les parties prenantes de la prévention des risques professionnels

479. Outre le fait que la participation des différents acteurs internes de l'entreprise permet d'instaurer une culture générale de prévention des risques dans l'entreprise, faire appel à ces derniers pour évaluer les risques auxquels ils sont exposés au quotidien procède du bon sens (A). Néanmoins, en raison notamment du manque d'objectivité, des heuristiques dont peuvent faire état les membres d'une même organisation¹⁰⁵⁰, et des compétences pluridisciplinaires qu'exige l'évaluation des risques professionnels, le recours à des services extérieurs est parfois nécessaire pour une évaluation optimale des risques professionnels (B).

A) Les acteurs internes à l'entreprise

480. En première ligne face aux risques professionnels, les travailleurs de l'entreprise (1) sont les mieux à même d'identifier les aléas que compte leur quotidien. Néanmoins, si chaque travailleur pris isolément permet d'identifier les risques auxquels il est confronté, les organismes chargés de le représenter, comme le comité d'entreprise (2), ou spécialisé dans la prévention de sa santé et de sa sécurité comme le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (3), permettent d'enrichir l'analyse des risques professionnels de l'entreprise.

1) Les travailleurs de l'entreprise

481. Tout d'abord, au regard des facteurs de risques professionnels, qui, mieux que les travailleurs de l'entreprise, peut identifier les risques auxquels ils sont exposés ? Interrogés individuellement, ou à travers les instances les représentant, les travailleurs peuvent, au regard de la connaissance de leur corps de métier, « apport[er] une contribution indispensable »¹⁰⁵¹ à cette évaluation. De la même manière, le législateur précise que « la pertinence de l'évaluation des risques repose en grande partie sur la prise en compte des situations concrètes

¹⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 212.

¹⁰⁵¹ Circ. DRT n°6-2002 du 18 avril 2002, BOMES n°10, 5 juin 2002, art. 3.1, c.

de travail dit travail réel »¹⁰⁵². En effet, l'évaluation des risques doit aller au delà des consignes de sécurité et des procédures standardisées destinées aux travailleurs afin de prendre en compte la réalité de l'activité exercée par ces derniers. Il en résulte que l'évaluation des risques doit prendre en compte les objectifs assignés par l'employeur aux travailleurs, identifier les aléas qui peuvent contraindre ces derniers à s'éloigner du suivi des procédures standardisées et surtout étudier les risques générés par ces aléas sur leur santé et leur sécurité. D'ailleurs, afin de s'assurer de la participation des travailleurs à la prévention des risques, le législateur a prévu que l'employeur doit désigner un ou plusieurs salariés compétents pour s'occuper des activités de protection et de prévention des risques professionnels de l'entreprise¹⁰⁵³.

482. Les travailleurs ont également des droits et des obligations en lien direct avec la prévention des risques professionnels. En effet, le travailleur a le droit d'alerter l'employeur de toute situation de travail qui représenterait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Il en est de même lorsqu'il constate une défectuosité dans les systèmes qui lui ont été confiés pour assurer sa protection¹⁰⁵⁴. Aussi, le travailleur peut exercer un droit de retrait¹⁰⁵⁵, consistant à cesser la tâche qui lui a été confiée, sans que cet acte, entrant en contrariété avec les directives de l'employeur, soit qualifié de fait fautif. Plus précisément, l'article 4131-1 du Code du travail dispose que le travailleur est en droit d'alerter l'employeur et de se retirer de toute « situation dont il a un motif raisonnable qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les système de protection »¹⁰⁵⁶. Il en résulte que l'appréciation des juges du fond¹⁰⁵⁷ sur la légitimité de l'exercice de ces droits par le travailleur porte non pas sur la réelle dangerosité de la situation, mais se concentre sur la croyance du travailleur dans l'imminence du danger¹⁰⁵⁸. Par ailleurs, le licenciement fondé sur le retrait d'un salarié, dont la légitimité de l'exercice de ce droit a

¹⁰⁵² *Ibid.*, art. 3.2, b, al. 1.

¹⁰⁵³ C. trav., art. L. 4644-1, al. 1.

¹⁰⁵⁴ C. trav., art. L. 4131-1, al. 1 ; en outre, le législateur a récemment étendu les motifs permettant aux travailleurs ou aux membres du CHSCT d'exercer le droit d'alerte, puisque ces derniers peuvent désormais l'exercer dès lors que « les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement » (C. trav., art. L. 4133-1 introduit par la loi du 16 mars 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte et précisé par le décret n° 2014-324 du 11 mars 2004 relatif à l'exercice du droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement dans l'entreprise).

¹⁰⁵⁵ C. trav., art. L. 4131-1, al. 2.

¹⁰⁵⁶ C. trav., art. L. 4131-1 al. 1.

¹⁰⁵⁷ Cass. soc., 19 mai 2010, n° 09-40.353.

¹⁰⁵⁸ Cass. soc., 23 mars 2005, n° 03-42.412 ; CE, 9 octobre 1987, n° 69829, Rec. Lebon.

été reconnu *a posteriori* par le juge, peut être frappé de nullité¹⁰⁵⁹.

Si le législateur a institué un droit d'alerte au profit du salarié, la nature de ce droit est équivoque. En effet, la jurisprudence est plus encline à reconnaître une obligation d'alerter l'employeur plutôt que de considérer que l'exercice de ce droit est laissé à la discrétion du travailleur¹⁰⁶⁰. Cette adhésion « forcée » des travailleurs apparaît néanmoins des plus heureuses car elle contraint le salarié à alerter l'employeur non pas sur le seul risque identifié à l'occasion de son propre travail mais l'oblige à une information nécessaire à la protection de l'ensemble des salariés qui travailleront sur le même poste de travail et qui pourrait y être exposé sans l'avoir identifié. D'ailleurs, le droit communautaire prévoit aussi cette collaboration nécessaire des travailleurs dans la prévention des risques professionnels en disposant qu' « il incombe à chaque travailleur de prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celle des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur »¹⁰⁶¹.

483. Enfin, le Code du travail prévoit également la possibilité, pour l'employeur, de réquisitionner les salariés afin de prévenir les risques professionnels ou, à tout le moins, afin de prévenir l'accroissement des conséquences de tels risques. Initialement prévu par le droit communautaire¹⁰⁶², le recours au droit de réquisition est encadré par les dispositions du règlement intérieur qui doit prévoir les conditions « dans lesquelles les salariés peuvent être

¹⁰⁵⁹ Cass. soc., 28 janvier 2009, n° 07-44.556, Bull. 2009, V, n° 24.

¹⁰⁶⁰ La chambre sociale de la Cour de cassation a tranché en 2009 la nature du droit d'alerte en relevant l'obligation faite au salarié qui « devait, même s'il n'est pas tenu de le faire par écrit, signaler immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé » (Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-41.935). Vingt ans auparavant, une réponse à une question parlementaire ainsi qu'une circulaire ministérielle allaient dans le sens du caractère obligatoire de l'exercice du droit d'alerte du travailleur (JO AN Q. 2 sept. 1982, p. 5083 ; Circ. min., 25 mars 1993).

¹⁰⁶¹ Directive CEE n° 89/391 du 12 juin 1989 du Conseil, art. 131.

¹⁰⁶² Transposé par la loi du 31 décembre 1991, l'article 13 f de la directive cadre de 1989 dispose l'obligation pour le salarié de « concourir, conformément aux pratiques nationales, avec l'employeur et/ou les travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, aussi longtemps que nécessaire, pour permettre à l'employeur d'assurer que le milieu et les conditions de travail sont sûrs et sans risques pour la sécurité et la santé à l'intérieur de leur champ d'activité ». Aujourd'hui repris à l'article L. 1321-1 du Code du travail, le droit de réquisition, qui doit être prévu dans le règlement intérieur fixe « les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ». La transposition de cette disposition en droit français a donné lieu à de vifs débats dans l'hémicycle. Les partisans de la protection des salariés souhaitaient d'ailleurs encadrer cette le droit de réquisition par voie réglementaire par crainte d'un usage abusif de ce droit (JO Sénat CR 9 déc. 1991, p. 5136) et de peur d'une dilution des responsabilités concernant la santé et la sécurité des travailleurs entre salariés et employeurs (ce qui a donné lieu à la substitution des mots « concourir » prévu par le droit européen et le mot « participer » présent dans la version finale adoptée en droit français).

appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices des salariés de la sécurité et de la santé dès lors qu'elles apparaissent compromises »¹⁰⁶³. Le droit de réquisition permet ainsi à l'employeur de mobiliser les salariés à la réalisation de tâches qui ne rentrent pas dans leurs missions habituelles afin de prévenir un risque¹⁰⁶⁴, ou afin de rétablir les conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des travailleurs. Cible principale des risques professionnels, il apparaît donc légitime que chaque salarié pose une pierre à l'édifice de sa propre protection. Toutefois, comme « l'union fait la force », et que la protection de la santé et de la sécurité des salariés est une priorité du législateur, la prévention des risques est également prévue de manière collective.

2) Le comité d'entreprise

484. Dans les entreprises disposant d'un comité d'entreprise¹⁰⁶⁵, le législateur a expressément prévu que le comité soit notamment¹⁰⁶⁶ « informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération. A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur dans les domaines mentionnés au premier alinéa et formule des propositions »¹⁰⁶⁷. En outre, précisant l'objet du comité d'entreprise, le législateur prévoit que ledit comité « formule, à son initiative, et examine, à la demande de l'employeur, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés »¹⁰⁶⁸. En précisant l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise sur les risques professionnels, le législateur a mis en avant la synergie

¹⁰⁶³ C. trav., art. 1321-1, al. 1.

¹⁰⁶⁴ En pratique, il est fait recours au droit de réquisition afin de réaliser des travaux de toutes natures nécessaires à sécuriser les locaux ou le matériel de l'entreprise qui peuvent être menacés par les éléments naturels (intempéries, cyclones, etc.). Néanmoins, l'usage du droit de réquisition par l'employeur peut se heurter à certains droits dévolus aux salariés comme le droit de grève (en ce sens, Cass. soc., 15 déc. 2009, n°08-43603).

¹⁰⁶⁵ V. *supra*, n° 416.

¹⁰⁶⁶ Au titre des attributions économiques du comité d'entreprise, ce dernier « est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation (...) de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter (...) la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle » (C. trav. art. 2323-6.). De la même manière, le comité est consulté annuellement sur les orientations stratégiques de l'entreprise et leurs conséquences l'organisation du travail, ainsi que sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise (C. trav. art. 2323-12). Il est également « informé et consulté, préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi (...) ou les conditions de travail » (C. trav., art. 2323-13).

¹⁰⁶⁷ C. trav., art. 2323-27.

¹⁰⁶⁸ C. trav., art. 2323-1, al. 2.

nécessaire entre les différents acteurs de l'entreprise permettant de parvenir à une évaluation efficace des risques professionnels. Cette synergie est également perceptible entre le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), puisque le CHSCT fournit au comité d'entreprise les avis sur lesquels le comité d'entreprise fonde et formule des propositions à l'employeur¹⁰⁶⁹. De même, ce dernier peut confier au CHSCT le soin de réaliser des études entrant dans son champ de compétence¹⁰⁷⁰. Spécialement créé à cet effet, le législateur a ainsi dévolu au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail la mission principale de contribuer à la prévention des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

3) Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

485. Les premiers comités de sécurité¹⁰⁷¹, obligatoires dans les entreprises industrielles de plus de 500 salariés et dans les entreprises de travaux publics de plus de 100 salariés, ont laissé place au CHSCT dès 1947¹⁰⁷². Rendu obligatoire dans les entreprises¹⁰⁷³ de

¹⁰⁶⁹ C. trav., art. L. 2323-27, al. 2.

¹⁰⁷⁰ C. trav., art. L. 2323-28.

¹⁰⁷¹ Décret du 4 août 1941, relatif à l'institution des comités de sécurité dans les établissements industriels et commerciaux visés à l'article 65 du Code du travail (livre II). Afin de réaliser leur mission et notamment défendre leurs intérêts en étant en justice, la jurisprudence a doté les CHSCT de la personnalité morale (Cass. soc., 17 avril 1991, n^{os} 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770, 89-17.993, Bull. 1991, V, n^o 206).

¹⁰⁷² Décret du 1^{er} août 1947, portant règlement d'administration publique en ce qui concerne l'institution de comités d'hygiène et de sécurité dans les établissements soumis aux dispositions du chapitre I^{er} du titre II du livre II du Code du travail. De surcroît, une commission spécialisée du comité d'entreprise – la commission d'amélioration des conditions de travail (CACT) – est rendue obligatoire dans les établissements industriels de plus de 50 salariés et dans les autres entreprises de plus de 300 salariés. (Loi n^o 73-1195 du 27 décembre 1973, relative à l'amélioration des conditions de travail). Cette dernière avait pour objectif de trouver des solutions afin d'améliorer l'organisation du travail des salariés. La loi n^o 82-1097 du 23 décembre 1982 modifiée, relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, a fusionné ces deux organes (CACT et CHS) en un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

¹⁰⁷³ Plus précisément, la constitution d'un CHSCT est rendue obligatoire dans les établissements dont le nombre de salariés est supérieur à 50 (sur la notion fonctionnelle d'établissement V. notamment, J. SAVATIER, Dr. soc., avr. 2003, p. 452 s.). Ainsi, sur la foi d'une réponse parlementaire, une entreprise qui employait plus de 50 salariés ventilés à travers plusieurs établissements, qui n'atteignait pas ce seuil, pouvait être exonérée de la mise en place d'un CHSCT (Rapp. AN n^o 873, 1982, p. 17). Néanmoins, la Cour de cassation a récemment rendu un arrêt semant le doute sur cette pratique en affirmant que « tout salarié employé par une entreprise dont l'effectif est au moins égal à cinquante salariés doit relever d'un CHSCT » (Cass. soc., 19 févr. 2014, n^o 13-12.207P). En dépit de cette dernière jurisprudence, une partie de la doctrine relève tout de même que la portée de cet arrêt serait relative en raison des faits particuliers de l'espèce (l'entreprise comptait un millier de salariés et ne disposait que d'un seul comité d'entreprise et non d'un comité central et de comités d'établissements) et surtout du fait que l'entreprise pouvait être considérée « comme une entreprise mono établissement ». Lamy Hygiène et sécurité, *op. cit.*, Bull. 200, mars 2014.

plus de 50 salariés¹⁰⁷⁴, le CHSCT a pour missions principales de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et à la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail¹⁰⁷⁵. Ainsi, le CHSCT, qui doit aussi veiller à l'observation des prescriptions légales propres à ses compétences, est un acteur majeur de la prévention des risques professionnels dans l'entreprise. À cet effet, le CHSCT « procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail. Il procède également à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposées les femmes enceintes [et, depuis l'introduction des risques socioprofessionnels dans le champ des risques professionnels, à] l'analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité »¹⁰⁷⁶.

486. Concernant l'étendue de ces analyses, la jurisprudence rappelle que l'analyse du CHSCT implique une vision globale des problèmes dès leur origine et doit porter sur l'ensemble des risques¹⁰⁷⁷. Par ailleurs, la notion de conditions de travail, dont l'appréhension est nécessaire afin de circonscrire le champ de l'analyse du CHSCT, se réfère à un ensemble d'items répertoriés au sein de l'accord-cadre en date du 17 mars 1975, modifié en 1984 et 1989 et étendu par arrêté ministériel du 12 janvier 1996¹⁰⁷⁸. A ce titre, doivent, par exemple, être analysés les risques découlant de l'organisation matérielle du travail, ou ceux liés à l'environnement physique du travail comme la température, l'éclairage, l'aération, le bruit, la poussière ou encore les vibrations constituant l'environnement des travailleurs et susceptibles de générer des accidents si les risques sont insuffisamment prévenus.

487. De plus, l'analyse du CHSCT est d'une importance capitale, puisqu'elle fonde en grande partie le programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail élaboré par l'employeur et qui sera ensuite présenté

¹⁰⁷⁴ C. trav., art. L. 4611-1, al. 1. Dans les établissements comptant moins de 50 salariés, les missions du CHSCT et les moyens qui lui sont confiés pour les réaliser sont dévolus aux délégués du personnel (C. trav., art. L. 4611-2). Néanmoins, le législateur a permis aux inspecteurs du travail de pouvoir imposer la constitution d'un CHSCT dans les établissements comptant moins de 50 salariés « lorsque cette mesure est nécessaire, notamment en raison de la nature des travaux, de l'agencement ou de l'équipement des locaux » (C. trav., art. L. 4611-4, al. 1), ou dans la branche des activités du bâtiment et des travaux publics « lorsque cette mesure est nécessaire en raison du danger particulier de l'activité ou de l'importance des risques constatés » (C. trav., art. L. 4611-5, al. 2).

¹⁰⁷⁵ C. trav., art. 4612-1, al. 1 et 2.

¹⁰⁷⁶ C. trav., art. L. 4612-2.

¹⁰⁷⁷ Cass. soc. 19 déc. 1990 : RJS 1991. 106, n° 191.

¹⁰⁷⁸ Accord-cadre du 17 mars 1975, modifié en 1984 et 1989 et étendu par arrêté ministériel du 12 janvier 1996, art. 27.

au CHSCT¹⁰⁷⁹.

488. Une fois de plus, la collaboration étroite entre les différents organes de l'entreprise est nécessaire dans le cadre de la prévention des risques professionnels de l'entreprise. D'ailleurs, la collaboration entre l'employeur et le CHSCT est également perceptible à d'autres niveaux. En effet, outre le fait que le CHSCT est présidé par l'employeur¹⁰⁸⁰, la mission d'évaluation des risques du CHSCT implique, pour ce dernier, le droit de solliciter de l'employeur que lui soient transmises « toutes les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions, ainsi que les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections »¹⁰⁸¹.

489. Ainsi, la possibilité de diligenter des enquêtes et des inspections investit le CHSCT d'une mission de contrôle et d'identification des risques à la source. A ce titre, le CHSCT doit procéder, à intervalles réguliers¹⁰⁸² qui peuvent croître s'il l'estime nécessaire¹⁰⁸³, à des inspections de l'établissement. Ces inspections ont pour objectif de s'assurer, d'une part, du respect des obligations en matière d'hygiène et de sécurité prévues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et, d'autre part, du suivi des consignes et des bonnes pratiques nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs¹⁰⁸⁴. De même, ces inspections et enquêtes¹⁰⁸⁵ peuvent faciliter la phase d'identification des risques, puisque le CHSCT peut rechercher sur le terrain les différents facteurs de risques susceptibles d'avoir des conséquences sur la santé ou sur la sécurité des

¹⁰⁷⁹ C. trav., art. L. 4612-16 ; C. trav., art. R. 4612-8.

¹⁰⁸⁰ C. trav., art. L. 4614-1.

¹⁰⁸¹ C. trav., art. L. 4614-9, al. 1 ; aussi, doivent être communiqués au CHSCT, les « attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail » (C. trav., art. L. 4711-1) et « les observations et mises en demeure notifiées par l'inspection du travail en matière de santé et de sécurité, de médecine du travail et de prévention des risques » (C. trav., art. L. 4711-2). D'ailleurs, l'ensemble de ces informations peuvent être réunies « dans un registre unique dès lors que cette mesure est de nature à faciliter la conservation et la consultation de ces informations » (C. trav., art. 4323-25).

¹⁰⁸² L'article 4612-4 du Code du travail prévoit que « la fréquence de ces inspections est au moins égale à celle des réunions ordinaires du comité », qui se réunit au moins tous les trois mois (C. trav., art. L. 4614-7).

¹⁰⁸³ CE 12 juin 1995 n° 150584, n° 150585, n° 155007.

¹⁰⁸⁴ Par exemple, du fait de la mission d'inspection qui lui est dévolue, le CHSCT doit s'assurer du bon entretien des machines ou s'assurer du bon usage des outils ou dispositifs de protection des travailleurs (C. trav., art. L. 4612-4)

¹⁰⁸⁵ C. trav., art. L. 4612-5.

travailleurs¹⁰⁸⁶. Les résultats de ces contrôles permettent alors d'identifier les risques ou de parfaire les mécanismes préventifs des risques d'ores et déjà identifiés mais non suffisamment traités pour une protection accrue des travailleurs.

490. De surcroît, contribuant à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement, le CHSCT peut proposer toute initiative qu'il juge utile. L'employeur reste alors maître de la décision d'investir des fonds dans les actions préventives proposées par ce dernier mais son refus doit être motivé¹⁰⁸⁷. Aussi, il est un rapport proportionnel entre les moyens investis dans le CHSCT et l'importance des risques générés par l'activité de l'entreprise. En effet, dans les établissements à hauts risques et dans certains secteurs d'activité comme l'industrie nucléaire, le législateur est intervenu afin de renforcer les missions et les moyens des CHSCT¹⁰⁸⁸.

491. Enfin, le CHSCT est également consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail¹⁰⁸⁹. En pareille hypothèse ou en cas de risque grave constaté dans l'établissement, le CHSCT peut

¹⁰⁸⁶ Pour illustration, le CHSCT peut procéder à des relevés des taux d'empoussièrement, à des études de bruits, ou encore à l'analyse des températures et des cadences de travail auxquelles sont exposés les travailleurs. Toutefois, c'est à l'employeur que ces obligations incombent (par exemple, en matière de mesure des niveaux de bruits, V. C. trav., art. R. 4433-1).

¹⁰⁸⁷ En effet, outre le fait que le crédit d'heures accordé aux membres du CHSCT n'est pas illimité, le CHSCT ne dispose d'aucun budget. L'accord de l'employeur est donc indispensable pour mettre en place les initiatives proposées par le CHSCT. Toutefois, bien que restant à la discrétion de l'employeur, si l'initiative proposée par le CHSCT est refusée, les travailleurs ayant subi les conséquences d'un risque identifié mais non traité ne manqueront pas de l'évoquer, à l'occasion d'un conflit prud'homal, afin d'étayer les manquements de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat. Enfin, en cas de refus non motivé, l'employeur s'expose à une condamnation pénale fondée sur le délit d'entrave.

¹⁰⁸⁸ Par exemple, dans les établissements à haut risque et dans les installations nucléaires de base (INB), les missions et les moyens d'action du CHSCT ont été étendus par une loi du 30 juillet 2003 et son décret d'application n° 2006-686 du 19 mai 2006. Ainsi, dans un établissement classé Seveso, le CHSCT peut faire appel à l'expert en risques technologiques mentionné à l'article L. 4523-5 du Code du travail en cas de danger grave en rapport avec l'installation classée (C. trav., art. R. 4523-3).

¹⁰⁸⁹ Plus précisément, l'article L. 4612-8 du Code du travail prévoit que le CHSCT « est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail ». Bien que le nombre de salariés concernés est évidemment un critère mis en avant par la jurisprudence pour justifier la notion « d'aménagement important » ou de « transformation importante », c'est surtout l'étendue des conséquences de nature à modifier les conditions sur la santé et la sécurité des travailleurs qui guide l'application de cette qualification (Cass. soc., 10 févr. 2010 : RDT 2010. 380, obs. VERICEL ; JS Lamy 2010, n° 275-6, obs. TOURREIL ; Sem. soc. Lamy 2010, n° 1438, p. 8 ; pour un exemple en jurisprudence d'aménagements considérés comme importants, V. Cass. soc., 30 juin 2010 : Dalloz actualité, 20 juill. 2010, obs. INES ; D. 2010. Actu. 1796 ; RDT 2011. 323, obs. VERICEL ; RJS 2010. 699, n° 775 ; Dr. soc. 2010. 1006, obs. Pécaut-Rivolier ; JS Lamy 2010, n° 284-6, obs. GUILLOT-BOUHOURS et ASSER ; JCP S 2010. 1458, obs. COTTIN (en l'espèce, un projet de regroupement de sites concernant un nombre significatif de salariés et impactant leur mobilité ainsi que leurs attributions).

faire appel aux compétences d'une personne de l'établissement¹⁰⁹⁰ mais également à un expert agréé afin de bénéficier d'une analyse extérieure sur les risques pouvant être générés par ces modifications et sur les moyens permettant de les prévenir.

Si l'employeur peut s'appuyer sur différents acteurs internes à l'entreprise pour prévenir les risques professionnels, l'employeur peut également solliciter des acteurs externes à cette dernière.

B) Les acteurs externes à l'entreprise

492. Afin de faciliter l'analyse des risques professionnels impartie à l'employeur, le législateur a créé de nombreux organismes chargés d'étudier les différents risques qu'il est possible d'identifier à l'occasion d'une activité professionnelle. Ainsi, outre les services de la santé au travail (1) et les études et conseils dispensés par les caisses de sécurité sociale et d'assurance retraite et de santé au travail (2), l'employeur peut également s'appuyer sur divers organismes compétents en matière de santé et de sécurité au travail (3).

1) Les services de santé au travail

493. Introduits en 1946¹⁰⁹¹, les services de santé au travail¹⁰⁹² sont un acteur majeur de la prévention des risques professionnels. Ces services, dont l'organisation incombe à l'employeur¹⁰⁹³, ont pour mission « exclusive d'éviter toute altération de la santé des

¹⁰⁹⁰ C. trav., art. L. 4612-8-1.

¹⁰⁹¹ Loi n° 46-2195 du 11 octobre 1946, relative à l'organisation des services médicaux du travail et codifiée aujourd'hui aux articles L. 4621-1 et suivants du Code du travail.

¹⁰⁹² La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a modifié le nom des « services de la médecine du travail » en les baptisant « services de la santé au travail » pour englober les nouvelles missions de ces derniers concernant la promotion du bien être au travail par la prise en considération des risques psychosociaux.

¹⁰⁹³ L'employeur est chargé de la mise en place des services de santé dans l'entreprise (C. trav., art. L. 4622-1). L'article D. 4622-1 du Code du travail définit deux modes d'organisation des services de santé au travail. Le premier mode, dénommé service de santé au travail autonome, permet la mise en place d'un service d'entreprise en regroupant plusieurs établissements constituant une unité économique et sociale (sur la notion d'UES, V. notamment : BLANC-JOUVAN, Dr. soc. 2005. 68. ; BOUBLI, JS Lamy 2004, n° 150-1 ; DESPAX, RJS 1990. 435 ; Glais, Gaz. Pal. 1987. 1. Doctr. 309 ; GRANGE, CREDOZ-ROSIER, JCP S 2012. 1268 (la reconnaissance de l'UES: des interrogations après la loi du 20 août 2008). Depuis 2012, il peut regrouper l'ensemble des entreprises comprises dans un groupe au sens de l'article L. 2331-1 du Code du travail. Le second mode d'organisation permet la mise en place d'un service interentreprises. Dans le cadre de son obligation d'organisation des services de santé au travail, l'employeur est tenu d'établir un rapport annuel sur l'organisation, le fonctionnement et la gestion financière du service (C. trav., art. D. 4622-54). Ce document met notamment en avant certaines données médicales qui peuvent apporter des informations sur des éventuels

travailleurs du fait de leur travail »¹⁰⁹⁴. Les membres de ces services sont composés d'une équipe pluridisciplinaire de santé au travail comprenant, outre le personnel médical, des intervenants en prévention des risques professionnels¹⁰⁹⁵. Les missions des services de santé au travail sont souvent perçues comme axées principalement sur le suivi médical ou l'aptitude au travail des salariés¹⁰⁹⁶. Toutefois, l'approche de ces derniers dans la prévention des risques dans l'entreprise est bien plus importante à plusieurs égards.

494. En premier lieu, l'employeur peut bénéficier de conseils afin notamment d'éviter ou de diminuer les risques professionnels et améliorer les conditions de travail de son personnel¹⁰⁹⁷. Aussi, lorsque l'entreprise ne dispose pas de personnel disposant des compétences requises, le législateur a expressément prévu la possibilité pour l'employeur de solliciter les intervenants en prévention des risques professionnels appartenant au service de santé au travail afin d'organiser les activités de protection et de prévention des risques professionnels. Introduite en 2003¹⁰⁹⁸ pour se conformer au droit communautaire¹⁰⁹⁹, la pluridisciplinarité est indispensable dans le domaine de l'évaluation des risques¹¹⁰⁰. Les intervenants en prévention des risques professionnels¹¹⁰¹ (IPRP), présents dans le service de santé au travail auquel adhère l'entreprise, ou dûment enregistrés auprès des DIRECCTE¹¹⁰², de l'OPPBTP¹¹⁰³, ou de l'ANACT¹¹⁰⁴, peuvent collaborer à l'évaluation des risques professionnels de l'entreprise et faciliter les évaluations et leur transcription dans le document unique. De même, les multiples professions¹¹⁰⁵ représentées à travers ces intervenants sont un

changements concernant la santé des salariés pris dans leur ensemble (par exemple, un changement dans le nombre ou le type d'examen prescrits par le médecin du travail). Ce rapport est présenté par l'employeur ou, en cas de service de santé interentreprises, par le directeur du service soit au comité d'entreprise, soit au comité interentreprises ou à la commission de contrôle et au conseil d'administration. De même, un exemplaire de ce rapport doit être transmis au directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi chargé du contrôle du service (C. trav., art. D. 4622-54).

¹⁰⁹⁴ C. trav., art. L. 4622-2, al. 1.

¹⁰⁹⁵ C. trav., art. L. 4622-8.

¹⁰⁹⁶ C. trav., art. L. 4622-2, 3°.

¹⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 4622-2, 2°.

¹⁰⁹⁸ Loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. 193, II ; Décret n° 2003-546 du 24 juin 2003 ; Arrêté du 24 décembre 2003, du Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, relatif à la mise en œuvre de l'obligation de pluridisciplinarité dans les services de santé au travail ; Circ. DRT n° 2004-01 du 13 janvier 2004 relative à la mise en œuvre de la pluridisciplinarité dans les services de santé au travail.

¹⁰⁹⁹ Dir. Cons. n° 89/391/CEE du 12 juin 1989.

¹¹⁰⁰ V. notamment, *supra*, n° 36.

¹¹⁰¹ C. trav., art. L. 4644-1.

¹¹⁰² V. *infra*, n° 507 et s.

¹¹⁰³ V. *infra*, n° 502.

¹¹⁰⁴ V. *infra*, n° 501.

¹¹⁰⁵ Les intervenants en prévention des risques professionnels comptent de nombreuses professions (psychologue, ergonome, toxicologue, ingénieurs de différents corps de métiers, etc.).

atout indéniable dans l'optimisation de l'analyse des risques et des moyens à mettre en œuvre afin de les prévenir.

495. En second lieu, les services de santé au travail « participent au suivi et contribuent à la traçabilité des expositions professionnelles et à la veille sanitaire »¹¹⁰⁶. Ainsi, les études des différents risques professionnels et les conseils qui lui sont prodigués permettent alors à l'employeur de bénéficier d'une analyse technique dans le domaine médical qui lui est généralement étranger.

Outre les services de la santé au travail, la caisse nationale d'assurance maladie et les caisses d'assurance retraite peuvent également contribuer à la prévention des risques professionnels dans l'entreprise.

2) Les caisses de sécurité sociale et d'assurance retraite et de santé au travail

496. Afin de renforcer la prévention des risques professionnels dans les entreprises, le législateur a associé certains organismes chargés de missions de service public dont les politiques de prévention sont définies par les ministères chargés du travail et de la sécurité sociale¹¹⁰⁷. Ainsi, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM), et les Caisses d'assurance retraite et de santé au travail (CARSAT – ex CRAM) sont devenues des « partenaires » des entreprises soucieuses de mettre en place une prévention efficace contre les risques professionnels générés par leur activité.

497. Au plan national, concernant la prévention des risques, la CNAM a pour rôle de réaliser des études et d'impulser les politiques de prévention arrêtées par l'Etat. À ce titre, elle est notamment chargée de définir et de mettre en œuvre les mesures de prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles¹¹⁰⁸ et de promouvoir une action de prévention, d'éducation et d'information de nature à améliorer l'état de santé de ses ressortissants et de coordonner les actions menées à cet effet par les caisses d'assurance retraite et de la santé au travail et les caisses primaires d'assurance maladie¹¹⁰⁹. Réalisant ces

¹¹⁰⁶ C. trav., art. L. 4622-2, 4°.

¹¹⁰⁷ CSS, art. R. 421-1.

¹¹⁰⁸ CSS, art. L. 221-1, 2°.

¹¹⁰⁹ CSS, art. L. 221-1, 3°.

attributions par l'intermédiaire de sa Commission des accidents du travail et des maladies professionnelles, assistée de neuf comités techniques nationaux constitués par domaines d'activités¹¹¹⁰, la CNAM réalise des études sur les risques liés à chaque profession afin de mettre en exergue les moyens de s'en prémunir¹¹¹¹. Pour y parvenir, les comités techniques nationaux disposent d'ingénieurs conseils pouvant diligenter des enquêtes et des analyses techniques dans de nombreuses disciplines. De même, les comités techniques peuvent solliciter les services de l'inspection du travail¹¹¹² et de l'inspection médicale du travail afin d'obtenir des données qui serviront à la réalisation de ces études.

498. De même, assurant leurs missions sous l'égide de la CNAM, les CARSAT interviennent au plan régional directement auprès des entreprises afin notamment¹¹¹³ de recueillir tous les renseignements permettant d'établir les statistiques des accidents du travail et des maladies professionnelles. Dans le cadre de leurs missions, les CARSAT, composées également de différents comités techniques, collectent ainsi toutes les données relatives aux risques professionnels et notamment les causes et les circonstances dans lesquelles ils sont survenus, leurs fréquences, ou encore leurs effets. L'ensemble des renseignements obtenus est ensuite transmis à la CNAM. Sur la foi des résultats des études réalisées, les comités techniques nationaux élaborent des textes, établis sous la forme de recommandations ou de fiches techniques diffusées par les CARSAT et l'INRS¹¹¹⁴, à destination des professions concernées. L'employeur dispose dès lors non seulement des pratiques à suivre et des dispositifs à mettre en place afin de prévenir les risques ainsi identifiés mais également d'une documentation lui permettant de faciliter l'évaluation des risques professionnels présents dans les entreprises exerçant dans le même domaine d'activité.

Les CNAM et les CARSAT ne sont pas les seuls organismes réalisant des études sur lesquels les employeurs peuvent s'appuyer pour évaluer leurs risques professionnels. En effet,

¹¹¹⁰ CSS, art. R. 421-7.

¹¹¹¹ CSS, art. L. 422-1, al. 4.

¹¹¹² V. *infra*, n° 505.

¹¹¹³ Outre le rôle de collecte et d'analyse de données des entreprises, les CARSAT participent à la prévention des risques à travers les multiples pouvoirs qui lui sont dévolus par le législateur. Par exemple, les CARSAT peuvent fournir des subventions à des entreprises éligibles aux programmes de prévention définis par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CSS, art. L. 422-5). De même, les CARSAT peuvent inviter tout employeur à prendre toutes mesures justifiées de prévention (CSS, art. L. 422-4, al. 1, 1°), ou imposer à une entreprise des cotisations supplémentaires d'accidents du travail en présence de risques majeurs insuffisamment prévenus au regard des recommandations établies par la CNAM (CSS, art. L. 422-4, al. 3 ; L. 242-7, al. 1 ; Arr. 9 déc. 2010, JO 15 déc. ; Circ. DSS/SD2C n° 2011-17, 18 janvier 2011).

¹¹¹⁴ Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles.

en raison du caractère primordial que constitue la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'Etat a institué divers organismes compétents pour collaborer avec les employeurs dans le cadre de la prévention de la santé et de la sécurité des travailleurs.

3) Les différents organismes compétents en matière de sécurité et de santé au travail

499. Afin de bénéficier du plus grand nombre d'études et d'analyses portant sur les conditions de travail, il existe de nombreux organismes chargés d'étudier les risques professionnels dans les différents secteurs d'activité des entreprises¹¹¹⁵.

500. En premier lieu, au titre des plus connus, l'INRS¹¹¹⁶, réalise des études destinées à mettre en exergue les risques liés à chaque activité professionnelle et les différents moyens de les prévenir. Si ces études peuvent être utiles à toute entreprise soucieuse de prévenir ses risques professionnels¹¹¹⁷, celles-ci peuvent également influencer les positions du législateur dans le cadre de l'introduction de nouvelles normes de sécurité. En outre, l'INRS peut assister et former les membres des entreprises afin de leur apporter un soutien permettant une meilleure prévention des risques auxquels ces dernières sont confrontées.

¹¹¹⁵ A la lecture du site internet édité par le Ministère du travail, il est possible de dénombrer dix organismes chargés d'étudier les risques professionnels dans différents secteurs d'activité à l'instar de l'ANSES, l'INVS, l'IRSN, l'IRIS-ST, le COCT et les CRPRP, l'Eurogip, etc. (site internet du Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de la cohésion sociale, « Les organismes de la prévention en France, 10 avril 2014, url : <http://www.travailler-mieux.gouv.fr/Les-organismes-de-la-prevention-en.html>).

¹¹¹⁶ Créé en 1948, l'Institut national de recherche et de sécurité pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles (INRS) est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 placée sous le contrôle du Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de la cohésion sociale.

¹¹¹⁷ Dans le cadre de sa mission d'information, l'INRS publie diverses revues et lettres d'information destinées à informer ses lecteurs des différentes avancées dans le domaine de la prévention (nouvelles dispositions applicables, informations techniques, juridiques, médicales). V. notamment, Travail et Sécurité (revue mensuelle) ; Références en santé au travail (trimestriel) ; Hygiène et sécurité du travail (revue scientifique et technique trimestrielle) ; Réalité prévention (lettre d'information bimestrielle à destination des employeurs). Par ailleurs, l'INRS a mis en ligne une base de donnée bibliographique et différentes recherches réalisées sur les risques professionnels pouvant servir à tout employeur désireux d'affiner l'évaluation de ses risques professionnels.

501. En deuxième lieu, le législateur a dévolu à l'ANACT¹¹¹⁸ la mission de contribuer au développement de recherches et d'expériences en matière d'amélioration des conditions de travail, d'assurer la diffusion des résultats de ces études ainsi que d'appuyer les démarches des entreprises en matière d'évaluation et de prévention des risques professionnels¹¹¹⁹. À ce titre, l'ANACT peut donc être sollicitée par les entreprises pour contribuer à la prévention de leurs risques. Cette collaboration peut se concrétiser, par exemple, par la réalisation de formation des membres de l'entreprise ou encore par la fourniture de nouveaux procédés et méthodes destinées à évaluer les risques dans le dessein de les réduire, voire de les supprimer. De même, l'ANACT dispose d'un fonds destiné à subventionner certaines entreprises¹¹²⁰ ou organismes représentatifs d'une branche professionnelle qui s'attellent à la conception et à la mise en place de mesures contribuant à l'amélioration des conditions de santé et de sécurité des travailleurs.

502. En troisième lieu, il est des organismes dévolus à la prévention des risques professionnels propres à une branche d'activité définie en raison des risques particuliers que présentent certains domaines d'activité. Ces dernières ont notamment pour mission « de promouvoir la formation à la sécurité, de déterminer les causes techniques des risques professionnels, ou encore de susciter les initiatives professionnelles en matière de prévention »¹¹²¹.

Par exemple, l'OPPBTP¹¹²² est l'organisme de prévention de la branche professionnelle du bâtiment et des travaux publics, qui regroupe, sur injonction du législateur¹¹²³, l'ensemble des entreprises relevant des caisses de congés payés des professions relevant de ce secteur d'activité. L'OPPBTP a alors pour mission « de contribuer à la promotion de la prévention

¹¹¹⁸ L'agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT) est un établissement public à caractère administratif, qui s'appuie sur 25 associations régionales (ARACT), placé sous la tutelle du Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle, et de la cohésion sociale (C. trav., art R. 4642-3). Les ARACT prennent en compte les problématiques spécifiques liées au secteur dans lesquels elles sont implantées (tailles des entreprises, corps de métiers prépondérants, politiques mises en place par les élus locaux).

¹¹¹⁹ C. trav., art. L. 4642-1.

¹¹²⁰ Sont éligibles aux subventions publiques de l'ANACT, « les entreprises et établissements dont l'effectif est inférieur à 250 salariés, plusieurs entreprises regroupées sur un territoire, par secteur ou en interprofessionnel, pour traiter de manière collective, une action d'amélioration des conditions de travail, les organisations professionnelles ou interprofessionnelles de branches nationales ou leur représentation régionale ou locale » (ANACT, site internet, 10 avril 2014, url : <http://www.anact.fr/web/services/FACT>).

¹¹²¹ C. trav., art. R. 4643-1.

¹¹²² La gestion financière de l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics est soumise au contrôle du Ministre chargé du travail (C. trav., art. R. 4643-42).

¹¹²³ C. trav., art. R. 4643-4 ; Décret n° 2007-1284 du 28 août 2007.

des accidents du travail et des maladies professionnelles (...) dans les entreprises adhérentes »¹¹²⁴. Outre la mission de veille en matière de risques professionnels qui lui est impartie, l'OPPBTP analyse les causes des risques professionnels, réalise des études en lien avec ses compétences et surtout peut exercer des actions d'information et de conseil en matière de prévention directement auprès des entreprises¹¹²⁵. Ainsi, les données issues de la veille de l'OPPBTP permettent aux employeurs de bénéficier d'informations sur les risques émergents dans leur activité. De la même manière, les résultats des analyses des risques, les études menées par l'OPPBTP et les conseils prodigués sont également un atout dans le cadre de l'évaluation des risques professionnels et des moyens à mettre en œuvre pour les prévenir.

Dans le même sens, l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire¹¹²⁶ (IRSN) a notamment pour mission de prévenir les accidents majeurs dans les installations nucléaires, de contribuer à la sûreté des usines, laboratoires ou encore des activités de transport de déchets. Ainsi, outre les différentes études qu'il publie dans ces domaines, l'IRSN peut assister les entreprises dans la maîtrise de leurs risques professionnels. En effet, les industriels ou établissements de santé peuvent solliciter les compétences de l'IRSN, afin d'obtenir des analyses des risques à travers des modélisations plus techniques des ces derniers. A titre de précision, certains ordres, certains regroupements professionnels, ou encore certains centres de gestion agréés peuvent également mettre à la disposition de leurs adhérents des informations leur permettant d'affiner l'évaluation de leurs risques et d'obtenir des informations sur les dispositifs les plus adéquats visant à les prévenir.

Au delà de l'organisation de la prévention des risques et afin de s'assurer de la conformité des entreprises aux différentes réglementations en vigueur, le législateur a mis en place des organismes et des services de contrôle de la prévention des risques professionnels intervenant dans les entreprises.

¹¹²⁴ C. trav., art. R. 4643-2.

¹¹²⁵ C. trav., art. R. 4643-3, 1° à 3 et 6°.

¹¹²⁶ Créé par l'article 5 la loi n° 2001-398 du 9 mai 2001, l'IRSN est un établissement public à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle conjointe du Ministère de l'Ecologie, du Ministère du Redressement productif, du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, du Ministère de la Défense et du ministère des Affaires sociales et de la Santé.

Paragraphe 2 : Les organismes de contrôle de la prévention des risques

503. Le législateur a confié aux services de l'inspection du travail la mission de contrôler les entreprises afin de surveiller la bonne application des différentes règles relatives à la prévention des risques professionnels dans les entreprises (A). En raison de l'ampleur de la mission de l'Inspection du travail, le législateur a également pris le soin de prévoir une collaboration de certains organismes dans le contrôle de la prévention des risques professionnels (B) afin de faciliter l'identification des manquements des entreprises aux lois et règlements régissant la santé et la sécurité des travailleurs.

A) Le contrôle de la prévention des risques professionnels par les services de l'inspection du travail

504. En principe, les contrôles de la conformité des entreprises aux dispositions relatives à la prévention des risques professionnels sont dévolus aux services de l'inspection du travail (1). Ces derniers disposent alors de pouvoirs de contrôles étendus (2) qui peuvent entraîner de lourdes sanctions pour l'entreprise en cas de manquement constaté aux règles d'hygiène et de sécurité (3).

1) Les services de l'inspection du travail

505. Préalablement à leur abolition, les corporations, qui étaient le mode usuel du regroupement de nombreuses professions, étaient chargées de contrôler l'activité des entreprises. Leur suppression par la loi Le Chapelier a donc naturellement conduit au retrait de cette attribution et à la naissance de l'inspection du travail régie par l'Etat¹¹²⁷. Néanmoins, l'inefficacité des notables non rémunérés qui étaient désignés par l'Etat pour inspecter les entreprises a conduit à réformer le système en place. Ainsi, naquit, par la loi du 19 mai 1874¹¹²⁸, l'inspection du travail d'Etat composée de quinze inspecteurs divisionnaires dont le nombre s'avéra rapidement insuffisant et les missions limitées de fait par les pouvoirs

¹¹²⁷ Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines et ateliers.

¹¹²⁸ Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employées dans l'industrie, art. 16 et s.

locaux¹¹²⁹. Il fallut donc attendre la loi du 2 novembre 1892¹¹³⁰ afin que l'inspection du travail soit directement rattachée à une administration centrale, le Ministère du Commerce et de l'Industrie, jusqu'à la création en 1906 du premier Ministère du travail. Certains services chargés de l'inspection du travail dans les domaines de l'agriculture, des transports ou des mines restaient placés sous l'autorité des ministères compétents dans ces domaines. À la suite de la révision générale des politiques publiques, dont l'objectif était de diminuer les dépenses publiques à travers le regroupement de certains services administratifs, l'ensemble des services d'inspection du travail a été placé sous l'autorité du seul Ministère du Travail¹¹³¹.

506. Au niveau central, la Direction générale du travail¹¹³² (DGT) et le Conseil national de l'inspection du travail¹¹³³ (CNIT) ont pour missions principales et respectives d'intervenir dans le processus d'élaboration des nouvelles réglementations et d'assurer aux inspecteurs et contrôleurs du travail les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à leurs missions. En effet, les inspecteurs du travail bénéficient d'un statut particulier¹¹³⁴ leur garantissant une indépendance nécessaire afin d'assurer la stabilité de leur emploi à la suite « d'un changement de gouvernement »¹¹³⁵ et d'éviter de manière générale « toute influence extérieure indue »¹¹³⁶.

507. Au niveau régional, nées en 2010 de la fusion de plusieurs organismes¹¹³⁷, les Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) sont des services déconcentrés de l'Etat communs à plusieurs

¹¹²⁹ Lamy Hygiène et Sécurité, ss. dir. A. DEJEAN DE LA BÂTIE, F. RIGAUD, Lamy, 2014, n° 320-1 et s.

¹¹³⁰ Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants des filles et des femmes dans les établissements industriels.

¹¹³¹ Décrets n° 2008-1503 et n° 2008-1510 du 30 décembre 2008 ; Arrêté du 30 décembre 2008 ; ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2009, « les missions d'inspection du travail sont exercées par les inspecteurs et contrôleurs du travail placés sous l'autorité du Ministre chargé du travail » (C. trav., art. R. 8111-2.)

¹¹³² Décret n° 2006-1033 du 22 août 2006 relatif à la création de la direction générale du travail au ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement.

¹¹³³ Décret n° 83-135 du 24 février 2003 portant création d'un Conseil national de l'inspection du travail ; Décret n° 2007-279 du 2 mars 2007 instituant un Conseil national de l'inspection du travail ; C. trav., art. D. 8121-1 et s.

¹¹³⁴ Décret n° 2003-776 du 20 août 2003 mod. par décret n° 97-364 du 18 avril 1997 ; Conv. OIT 1947, n° 81 et n° 82, sur l'inspection du travail ; Conv. OIT 1969, n° 129, sur l'inspection du travail en agriculture ; V. également, CE, 9 oct. 1996, n° 167.511, Dr. soc. févr. 1997, p. 207, note X. PRETOT et Cons. const. 17 janv. 2008, n° 2007-561 (la décision du Conseil constitutionnel reconnaît le principe de l'indépendance des inspecteurs du travail comme faisant partie intégrante des principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution).

¹¹³⁵ Conv. OIT 1947, n° 81, art. 6.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

ministères¹¹³⁸. S'agissant de leurs missions de contrôle de la prévention des risques professionnels dans l'entreprise, les DIRECCTE sont notamment chargées de la politique du travail et des actions d'inspection de la législation du travail¹¹³⁹. À ce titre, elles veillent au respect des préconisations du législateur en matière de prévention des risques professionnels et constatent, le cas échéant, les manquements des entreprises dans ce domaine.

Afin de se conformer à l'exigence de technicité indispensable dans les entreprises spécialisées, les DIRECCTE peuvent s'appuyer sur des équipes techniques et scientifiques compétentes dans de très nombreux domaines¹¹⁴⁰. De même, comme les médecins inspecteurs du travail¹¹⁴¹, des ingénieurs de prévention¹¹⁴² et des techniciens régionaux de prévention¹¹⁴³ peuvent collaborer avec les DIRECCTE en présence de problématiques de terrain nécessitant une technicité particulière et qui n'entrent pas dans les compétences des divers membres de l'inspection du travail. Ces derniers sont alors chargés de répondre aux questions techniques, méthodologiques ou juridiques¹¹⁴⁴ qui peuvent se poser dans le cadre de l'exercice des missions dévolues aux DIRECCTE. Afin notamment de vérifier la conformité des entreprises aux obligations leur incombant en matière de santé et de sécurité des travailleurs, le législateur a alors confié à l'inspection du travail un pouvoir de contrôle particulièrement étendu.

¹¹³⁸ L'alinéa premier de l'article 1^{er} du décret n° 2009-1377 dispose que les DIRECCTE sont des services déconcentrés communs au Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville.

¹¹³⁹ Décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, al. 1, 1°.

¹¹⁴⁰ Circ. DRT/CTI/MASD n° 2005-07 du 23 juin 2005, BO n° 2006/01, 30 janv. 2006.

¹¹⁴¹ L'inspection médicale du travail, qui regroupe des médecins inspecteurs du travail, est placée sous l'autorité d'un chef du service de l'inspection médicale du travail au niveau national (Décret n° 94-1166 du 28 décembre 1994, art. 5, relatif à l'organisation des services déconcentrés du Ministère du Travail). La collaboration entre ces deux services est expressément prévue (C. trav., art. L. 8123-1 à L. 8123-3, R. 8123-1 à R. 8123-7 ; Circ. DRT n° 1996-6 du 17 avr. 1996, BO n° 1996/10, 5 juin 1996. ; Instr. DGT du 2 août 2010 relative à l'inspection médicale du travail et au positionnement des médecins inspecteurs régionaux au sein des Direccte).

¹¹⁴² C. trav., art. L. 8123-4.

¹¹⁴³ C. rur., art. R. 751-162 ; Décret n° 2010-815 du 13 juillet 2010 relatif au contrôle de la protection sociale agricole.

¹¹⁴⁴ Note MICAPCOR/DRT du 7 août 2002 ; Instr. DRT du 12 sept. 2002.

2) Les pouvoirs de contrôle de l'inspection du travail

508. Les missions et modalités d'intervention de l'inspection du travail sont définies par le droit national¹¹⁴⁵ et international¹¹⁴⁶. Tout d'abord, la mission principale de l'inspection du travail consiste à contrôler le respect de l'ensemble des dispositions impératives prévues par le droit du travail. Afin que les entreprises puissent se conformer à l'ensemble de ces dispositions, les services de l'inspection au travail peuvent également être amenés à fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs¹¹⁴⁷ mais dont la valeur juridique se cantonne à celle d'un simple avis¹¹⁴⁸.

509. Découlant de l'indépendance dont ils jouissent dans le cadre de leurs missions, les inspecteurs du travail disposent d'une liberté d'appréciation dans les actions à mener lorsqu'ils constatent un manquement à la législation du travail¹¹⁴⁹. Néanmoins, cette liberté n'est que relative car elle leur permet uniquement de choisir une ou plusieurs des différentes actions à mener en présence d'un manquement constaté. En effet, cette liberté ne saurait aboutir à l'inaction totale à la suite du constat d'une infraction¹¹⁵⁰ en raison de l'obligation de diligence normale à laquelle est astreinte toute personne ayant la qualité de fonctionnaire¹¹⁵¹.

510. Concernant son obligation principale de contrôle, l'inspection du travail est compétente pour constater tout manquement à législation du travail¹¹⁵² indépendamment du fait que le manquement soit constitutif d'une infraction pénale. De même, l'inspection du travail est compétente pour contrôler le respect des dispositions prévues dans d'autres codes légaux¹¹⁵³ et dans des dispositions non codifiées, comme les accords de branches¹¹⁵⁴ ou

¹¹⁴⁵ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 ; Décrets n°s 2008-243 et 2008-244 du 7 mars 2008 ; C. trav., art. L. 8112-1 s. et R. 8111-1 s.

¹¹⁴⁶ Conv. OIT n° 81 du 11 juillet 1947, entrée en vigueur le 07 avr. 1950, concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce.

¹¹⁴⁷ Conv. OIT 1947, n° 81, art. 3-1, b.

¹¹⁴⁸ Rép. min., JO Sénat, 9 mai 1978, p. 751.

¹¹⁴⁹ Conv. OIT n° 81, art. 17 ; Conv. OIT n° 129, art. 22 ; MICAPCOR, notes de la Mission, n° 42, mai 2001, doc. 1-515.

¹¹⁵⁰ CE 3 oct. 1997, req. n° 161520, Mme Gaillard-Bans, Lebon 332.

¹¹⁵¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 28.

¹¹⁵² Conv. OIT n° 81, art. 3-1 ; Décret n° 2003-770 du 20 août 2003, art. 3 ; Décret n° 97-364 du 18 avril 1997 ; C. trav., art. L. 8112-1.

¹¹⁵³ En effet, de nombreuses dispositions concernant le travail se retrouvent au sein du Code de l'action sociale et des familles, du Code de commerce, du Code de l'éducation, du Code minier, du Code de procédure pénale, du

certaines dispositions européennes et de droit international. Cette mission de contrôle du respect des lois et règlements en vigueur participe alors à la prévention des risques professionnels dans l'entreprise.

511. Concernant, plus précisément, la mission de contrôle liée aux obligations de prévention des risques professionnels, celle-ci est réalisée en se référant aux principes généraux de prévention auxquels sont astreints les employeurs¹¹⁵⁵. À cet effet, les inspecteurs du travail disposent de pouvoirs d'investigation et de modalités d'action étendus¹¹⁵⁶ dont l'énumération justifierait à elle seule un sujet d'étude. Pour illustration, les inspecteurs du travail peuvent « pénétrer librement sans avertissement préalable à toute heure du jour et de la nuit »¹¹⁵⁷ dans les locaux de l'entreprise. De même, ils peuvent « procéder à tous examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer du respect de la réglementation en vigueur »¹¹⁵⁸. A ce titre, ils peuvent requérir tous documents dont la tenue est prescrite par la législation relative aux conditions de travail et donc bénéficiers, par exemple, des résultats de l'évaluation des risques transcrite dans le document unique.

512. Dans la majeure partie des cas, les contrôles de l'inspection du travail se concluent par de simples observations. Néanmoins, lorsque cela se justifie, les inspecteurs du travail peuvent mettre en demeure l'entreprise de prendre des mesures afin de supprimer ou réduire les risques identifiés et insuffisamment prévenus. Ainsi, ils peuvent notamment « provoquer des mesures destinées à éliminer les défauts constatés dans une installation, un aménagement ou des méthodes de travail qu'ils peuvent avoir un motif raisonnable de considérer comme une menace à la santé ou à la sécurité des travailleurs »¹¹⁵⁹. De la même manière, ils peuvent, par exemple, enjoindre à l'employeur de procéder, à ses frais, à des contrôles techniques afin de vérifier la conformité de l'état des installations et

Code rural et de la pêche maritime, du Code de la sécurité sociale, du Code du sport, du Code de l'environnement, du Code de l'urbanisme et du Code des transports (C. trav., art. L. 8112-1 ; Circ. N° 2008-05 du 8 avril 2008 ; et, par exemple, par renvoi, C. transp., art. L. 3315-1, L. 5548-1, L. 5548-2 et L. 5641-1. ; C. rur., art. L. 713-19 *in* Inspection du travail, Répertoire de droit du travail, ss. dir. J.-D. COMBEXELLE et A. LAVAURE, Dalloz, 2013, spéc. n° 122.

¹¹⁵⁴ Loi n° 82-957 du 13 nov. 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^{ème} Loi Auroux).

¹¹⁵⁵ V. TIANO, Les inspecteurs du travail aux prises avec l'évaluation des risques, Travail et Emploi, n° 96, oct. 2003, cité *in* Inspection du travail, Répertoire de droit du travail, *op. cit.*, spéc. n° 158.

¹¹⁵⁶ V. notamment, Conv. OIT n° 81, art. 12-1 à 14.

¹¹⁵⁷ Conv. OIT n° 81, art. 12-1, a.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 12-1, c.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, art. 13-1.

équipements par un organisme accrédité ou agréé¹¹⁶⁰. De surcroît, ils s'assurent du bon fonctionnement du CHSCT et peuvent même imposer la mise en place d'un CHSCT dans les établissements de moins de cinquante salariés, lorsque cela se justifie en raison de la nature des travaux ou de l'équipement des locaux¹¹⁶¹. Aussi, les inspecteurs du travail sont informés en cas de risque professionnel réalisé – c'est à dire en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle – et diligentent une enquête quasi systématique afin d'en déterminer les circonstances et de mettre en exergue les éventuels manquements de l'employeur ayant conduit à la réalisation du risque¹¹⁶².

513. Par ailleurs, les inspecteurs du travail peuvent constater les infractions par procès verbal¹¹⁶³ ou par voie de signalement au Procureur de la République lorsqu'un délit est constaté¹¹⁶⁴. Dans le cadre de la liberté d'appréciation des moyens auxquels ils peuvent avoir recours à l'occasion de leur mission de contrôle, les inspecteurs du travail peuvent mettre en demeure l'employeur, sans nécessairement dresser de procès verbal, en accordant un délai à ce dernier afin qu'il puisse résorber la situation¹¹⁶⁵. De même, en cas de constat d'une situation de danger grave ou imminent pour la sécurité ou la santé des travailleurs « sur un chantier du bâtiment et de travaux publics », les inspecteurs du travail peuvent, en outre, décider l'arrêt temporaire des travaux de l'activité¹¹⁶⁶ dont le non respect par l'employeur constitue une infraction pénale¹¹⁶⁷. De surcroît, indépendamment de l'activité exercée par l'entreprise, l'inspection du travail peut saisir le Juge des référés du Tribunal de grande instance territorialement compétent afin de faire cesser tout risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique des travailleurs¹¹⁶⁸. Les injonctions émanant des DIRECCTE et de leurs agents sont des décisions administratives soumises aux conditions de fond, de forme et aux voies de recours propres aux actes administratifs¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁰ C. trav., art. L. 4722-1 et s. ; R. 4722-1 et s.

¹¹⁶¹ C. trav., art. L. 4611-4 et L. 4611-5 ; Circ. n° 93-15 du 25 mars 1993, BOMT n° 93/10, n° 416.

¹¹⁶² Conv. OIT n° 81, art. 14 ; CSS, art. L. 441-2.

¹¹⁶³ C. trav., art. L. 4721-5.

¹¹⁶⁴ V. *infra*, n° 516.

¹¹⁶⁵ C. trav., art. R. 4721-5. ; Décret n° 47-1619 du 23 août 1947, art. 17 ; Décret n° 49-1499 du 16 novembre 1949.

¹¹⁶⁶ C. trav., art. L. 4731-1 et s.

¹¹⁶⁷ C. trav., art. L. 4741-3.

¹¹⁶⁸ C. trav., art. L. 4732-1.

¹¹⁶⁹ Ainsi, les mises en demeure de l'inspection du travail constituent des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 29 juin 1983, req. n° 36688, Min. Travail c/ ACEF, Dr. soc. 1984. 462) ; néanmoins, par exemple, en cas de contestation de la réalité ou de l'imminence du danger, l'employeur peut saisir le Président du Tribunal de grande instance qui statue en référé (C. trav., art. L. 4723-2 ; C. trav., art. R. 4723-6).

514. Enfin, il est à préciser que l'employeur ne saurait faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail sous peine de se rendre auteur du délit prévu par l'article L. 8114-1 du Code du travail¹¹⁷⁰. Bien que la jurisprudence exige que soit démontrée une volonté délibérée de faire obstacle au contrôle de l'inspecteur du travail¹¹⁷¹, le refus réitéré de fournir des documents dont la présentation est obligatoire a permis, par exemple, de démontrer l'entrave aux investigations de l'agent de contrôle¹¹⁷². De même, l'employeur ne saurait avoir un comportement violent ni tenir des propos injurieux à l'égard d'un inspecteur du travail sous peine d'être poursuivi¹¹⁷³ sur le fondement du délit constitué par des menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique¹¹⁷⁴, du délit d'outrage à agent¹¹⁷⁵ ou de rébellion¹¹⁷⁶. Si les services de l'inspection du travail peuvent directement sanctionner les employeurs négligents, ces sanctions ne sont pas les seules auxquelles s'exposent les employeurs méconnaissant les règles protectrices de la santé et de la sécurité des travailleurs.

¹¹⁷⁰ L'article 8114-1 du Code du travail dispose que « le fait de faire obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ».

¹¹⁷¹ Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-85.408, Inédit.

¹¹⁷² En ce sens, Cass. crim., 29 janv. 1985 ; Crim 8 oct. 1985, Bull. crim. n° 300 ; Cass. crim., 26 sept. 2000, n° 00-80034, Inédit ; *contra*. Cass. crim., 17 mars 1992, n° 90-86492, Bull. crim. n° 116 ; Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85226, Bull. crim. n° 32.

¹¹⁷³ L'article 8114-2 du Code du travail prévoit que « les dispositions des articles L. 433-3, L. 433-5 et L. 433-6 du Code pénal qui prévoient et répriment respectivement les actes de violences, d'outrages et de résistance contre les officiers de police judiciaire sont applicables à ceux qui se rendent coupables de faits de même nature à l'égard des inspecteurs du travail et des contrôleurs du travail ».

¹¹⁷⁴ L'alinéa premier de l'article L. 433-3 du Code pénal dispose qu'« est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférée à l'encontre d'une personne (...) de l'inspection du travail (...) dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ».

¹¹⁷⁵ L'alinéa premier de l'article L. 433-5 du Code pénal prévoit que « constituent un outrage puni de 7 500 euros d'amende les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie ».

¹¹⁷⁶ L'article L. 433-6 du Code pénal dispose que « constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ». Ce délit peut être puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ou, lorsqu'il est commis en réunion, de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (C. pén., art. L. 433-7).

3) Les sanctions encourues en cas de manquements aux règles d'hygiène et de sécurité

515. Au delà des dommages et intérêts pouvant être réclamés par les salariés devant les juridictions prud'homales, en raison des manquements de l'employeur aux obligations lui incombant afin d'assurer la protection de la santé et de la sécurité de ses travailleurs, le législateur a prévu un dispositif répressif tendant à assurer l'effectivité des dispositions qu'il prévoit en pareille matière.

Tout d'abord, il est à préciser que les personnes physiques susceptibles d'être poursuivies pénalement au titre des infractions aux règles régissant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs sont différentes selon que l'infraction reprochée est une infraction de droit commun applicable à la santé et à la sécurité ou qu'elle concerne une infraction spécifique à la santé et à la sécurité des travailleurs. En effet, si tout agent peut être poursuivi en cas d'infraction de droit commun applicable à la santé et à la sécurité, seul l'employeur ou son préposé bénéficiant d'une délégation de pouvoir sont susceptibles de répondre des infractions spécifiques à la santé et à la sécurité¹¹⁷⁷.

Par ailleurs, l'article 121-2 du Code pénal précise deux critères cumulatifs devant être respectés afin de poursuivre les personnes morales. En effet, les infractions relatives à la santé et la sécurité sont imputables à l'entreprise dès lors que ces infractions ont été commises pour son compte et par un de ses organes ou représentants¹¹⁷⁸. En outre, le Code pénal prévoit la possibilité de poursuivre concomitamment les personnes physiques et morales au titre d'une même infraction¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁷ C. trav., art. L. 4741-1.

¹¹⁷⁸ Bien que le législateur met en avant deux critères cumulatifs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a relevé que l'identification de l'organe ou du représentant n'était pas d'une absolue nécessité (Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-80.560, Bull. crim. n° 325, RSC 1999. 336, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; Cass. crim., 3 janv. 2006, n° 05-81.876). En effet, la haute juridiction présume l'identification de l'organe ou du représentant en recherchant la personne bénéficiant de l'infraction. Par une formulation répétée au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation présume que l'infraction a été commise par les organes ou les représentants de l'entreprise dès lors qu'elle a été commise pour son compte (« dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants » Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255, Bull. crim. n° 188, D. 2007. 617, note J.-Ch. SAINT-PAU, JCP 2006. II. 10199, RSC 2006. 825, note Y. MAYAUD, RPDP 2007. 161, note J.-Y. CHEVALLIER, RPDP 2007. 407, note B. DE LAMY, Sem. soc. Lamy 2006, n° 1281, p. 7, obs. A. COEURET ; 26 juin 2007, Dr. pénal 2007. Comm. 137, note M. VERON ; Cass. crim., 28 janv. 2009, n° 07-81.674) ; V. infra, n° 182.

¹¹⁷⁹ Selon l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal, « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ».

516. Concernant les sanctions encourues, l'alinéa premier de l'article L. 4741-1 du Code du travail prévoit le délit de non respect des règles d'hygiène et de sécurité qui vient sanctionner les manquements aux nombreuses dispositions relatives à la prévention des risques professionnels prévues par le Code du travail¹¹⁸⁰. Plus précisément, il est prévu une peine d'amende maximale de 3 750 euros à l'encontre de l'employeur ou de son délégataire ayant méconnu, par sa faute personnelle, les dispositions relatives à la prévention de la santé et de la sécurité des travailleurs. En cas de récidive, l'amende encourue peut être portée à 9 000 euros. Si le montant de cette amende n'est que relativement dissuasif, l'alinéa 2 du même article précise que l'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés de l'entreprise concernés par la ou les infractions relevées dans le procès-verbal¹¹⁸¹. Ces dispositions prévoient donc des « délits-obstacle » car les poursuites pénales peuvent être diligentées en raison de la seule méconnaissance des règles de sécurité indépendamment de la réalisation d'un dommage. Si un acte négatif peut caractériser l'infraction, un acte positif est également susceptible de déclencher des poursuites sur ce fondement¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ Les dispositions visées par l'article L. 4741-1 du Code du travail sont prévues dans le même code au sein du Livre Ier (Dispositions générales), et, plus particulièrement, sont visés le Titre Ier (Champ et disposition d'application), le Titre III (Droits d'alerte et de retrait), et le Titre IV (Information et formation des travailleurs). Les manquements au Titre V (Dispositions particulières à certaines catégories de travailleurs) peuvent être pénalement sanctionnés dès lors qu'ils concernent les dispositions du Chapitre III (Jeunes travailleurs) et de la Section II (Travaux interdits) du Chapitre IV (Salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée et salariés temporaires). Ensuite, l'article L. 4741-1 du Code du travail vise également les dispositions présentes au Livre II (Dispositions applicables aux lieux de travail) et, plus particulièrement celles prévues par le Titre Ier (Obligations du maître de l'ouvrage pour la conception des lieux de travail) et le Titre II (Obligations de l'employeur pour l'utilisation des lieux de travail), dont la sanction est prévue à l'article L. 4744-1 du Code du travail. En outre, l'intégralité des dispositions du Livre III (Équipements de travail et moyens de protection) et du Livre IV (Prévention de certains risques d'exposition) permettent également des poursuites pénales sur le fondement de l'article 4741-1 du Code du travail. Au sein du Livre V (Prévention des risques liés à certaines activités ou opérations), sont visées les dispositions du Titre Ier (Travaux réalisés dans un établissement par une entreprise extérieure), celles prévues au Chapitre III (Prescriptions techniques applicables avant l'exécution des travaux) et au Chapitre IV (Prescriptions techniques de protection durant l'exécution des travaux) du Titre III (Bâtiment et génie civil) et les dispositions présentes au Titre IV (Autres activités et opérations). Enfin, l'article L. 4741-1 du Code du travail vise également le Chapitre II (Demandes de vérifications, d'analyses et de mesures) du Livre VII (Contrôle) ainsi que l'ensemble des décrets pris pour l'application de ces dispositions législatives.

¹¹⁸¹ La Cour de cassation est venue préciser que le nombre de salariés à prendre en considération, en pareille hypothèse, est déterminé par le nombre de salariés concernés par l'infraction, indépendamment du fait qu'ils aient été victimes de blessures. Il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas. (Cass. crim., 21 oct. 1975, Bull. crim. n° 222, D. 1976. 375, note J. SAVATIER).

¹¹⁸² Par exemple, la fourniture au travailleur d'un dispositif de protection individuelle non conforme aux dispositions du législateur (Cass. crim., 16 sept. 1997, n° 96-82.618, Bull. crim. n° 299) ou la suppression d'un dispositif de protection individuelle nécessaire à la sécurité du travailleur (Cass. crim., 13 juin 2001, n° 00-85.130) suffisent à constituer le délit prévu à l'article L. 4741-1 du Code du travail. De même, le fait de ne pas réaliser de formations à la sécurité nécessaires à la protection des travailleurs caractérise l'infraction (Cass. crim. 4 janv. 1984, n° 82-94.320, Bull. crim. n° 5 ; Cass. crim., 2 mai 1989, n° 88-83.387 ; Cass. crim., 11 juin 1996, Dr. ouvrier 1996. 503, note M. RICHEVAUX ; Cass. crim., 16 sept. 1997, n° 96-82.618, Bull. crim. n° 299 ; Cass. crim., 13 juin 2001, n° 00-85.130 ; Cass. crim., 27 nov. 2001, n° 00-86.968 ; Cass. crim., 22 juin 2004, n° 03-85.272 ; Cass. crim., 22 nov. 2005, n° 05-80.282 ; Cass. crim., 6 déc. 2005, n° 05-82.815). De manière évidente, le fait de ne pas mettre en place les mesures de sécurité prévues par le législateur et indispensables à la

En outre, tous les procès-verbaux dressés par l'inspection du travail ou par les fonctionnaires assimilés¹¹⁸³ sont ensuite transmis au Procureur de la République qui pourra décider de l'opportunité des poursuites en cas de constat de faits délictuels¹¹⁸⁴. Pour une parfaite information de l'employeur, l'agent de contrôle informe la personne visée au procès-verbal des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues.

517. À titre de peine complémentaire, l'employeur peut être contraint de procéder à l'affichage du jugement, pendant une période déterminée¹¹⁸⁵ ne pouvant excéder deux mois¹¹⁸⁶, aux portes de l'établissement de la personne condamnée. Dans le même sens, le juge peut ordonner l'insertion, intégrale ou par extraits, du jugement de condamnation dans les journaux désignés par la juridiction de jugement au frais de la personne condamnée sans que les frais engendrés par cette peine n'excèdent le montant de l'amende encourue¹¹⁸⁷.

De plus, en cas de poursuite d'un préposé de l'entreprise en raison d'une infraction visée à l'article L. 4741-1 du Code du travail et si cette infraction a eu pour conséquence le décès ou les blessures d'un travailleur au sens des articles 221-6 et suivants du Code pénal, ou en cas de blessures ou maladies n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnelle supérieure à trois mois, le juge peut, « compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur si celui-ci a été cité à l'audience »¹¹⁸⁸.

protection des travailleurs caractérise aussi le délit prévu à l'article 4741-1 du Code du travail (Cass. crim. 28 mai 1991, n° 90-83.957, Bull. crim. n° 226 ; Cass. crim., 7 déc. 1993, n° 93-81.120, Bull. crim. n° 375 ; Cass. crim., 19 mars 1996, n° 94-84.854 ; Cass. crim., 11 juin 1996, n° 95-85.884, Dr. ouvrier 1996. 503, note M. RICHEVAUX ; Cass. crim., 12 juin 1996, n° 94-85.598, Bull. crim. n° 251 ; Cass. crim., 28 janv. 1997, n° 95-85.895 ; Cass. crim., 10 mars 1998, n° 96-83.049, Bull. crim. n° 94, Dr. pénal, 1998. Comm. 193, note J.-H. ROBERT, RSC 1998. 764, obs. B. BOULOC, RTD com. 1998. 959, obs. B. BOULOC, TPS 1998. Comm. 193, obs. P.-Y. VERKINDT ; 30 juin 1998, n° 97-84.263, Bull. crim. n° 210 ; 17 janv. 2006, n° 05-81.254 ; 9 janv. 2007, n° 06-80.198, Dr. ouvrier 2007. 441, note M. Richevaux) *in* M. SEGONDS, Santé et sécurité au travail, Répertoire de droit du travail, ss. dir. A. LYON-CAEN, Dalloz, sept. 2009, maj mars 2012, n° 80 et s.

¹¹⁸³ V. *infra*, n° 524.

¹¹⁸⁴ C. trav., art. L. 8113-7.

¹¹⁸⁵ Cass. crim., 26 nov. 1985, n° 84-95.209, Bull. crim. n° 377 ; 16 févr. 1993, n° 92-82.416.

¹¹⁸⁶ Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255, Bull. crim. n° 188, Dr. ouvrier 2006. 602, note M. RICHEVAUX.

¹¹⁸⁷ C. trav., art. L. 4741-5, al. 1.

¹¹⁸⁸ C. trav., art. L. 4741-2 ; *adde*. Constituant une exception au principe de personnalité des peines, selon lequel seule la personne déclarée pénalement responsable est tenue de supporter la charge de la peine prononcée, ce texte a fait l'objet de vives controverses entre les partisans d'une responsabilité civile pour le fait pénal d'autrui (en ce sens, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 1982, éd. Cujas, p. 873, n° 1127 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 21^e éd., 2009, Dalloz, p. 310, n° 352 ; Y. MONNET, *Aspects pénaux de la loi du 6 décembre 1976*, Dr. soc. 1977. 71, spéc. p. 79 ; J.-Y. LASSALLE, *La responsabilité civile du fait pénal d'autrui*, RSC 1993. 19, spéc. p. 32), ceux prenant acte d'une institution légale originale (Y. REINHARD, *L'acte du salarié et la responsabilité du chef d'entreprise* : thèse, Lyon III,

De la même manière, en cas de manquement à certaines dispositions du Code du travail¹¹⁸⁹, le juge peut imposer à l'employeur une peine complémentaire obligatoire¹¹⁹⁰ consistant à réaliser des travaux de sécurité et de salubrité, imposés par les dispositions enfreintes, dans un délai n'excédant pas dix mois. De surcroît, en cas de récidive, le Tribunal peut prononcer contre l'auteur de l'infraction l'interdiction d'exercer, pendant une durée maximale de cinq ans, certaines fonctions qu'elle énumère soit dans l'entreprise, soit dans une ou plusieurs catégories d'entreprises qu'elle définit. En outre, plusieurs dispositions du Code pénal¹¹⁹¹ peuvent servir de fondement pour poursuivre une personne ayant méconnu ses obligations particulières de prudence et de sécurité en cas de simple exposition au risque¹¹⁹², ou en cas de risque réalisé¹¹⁹³.

518. Même en cas de relaxe de la personne physique poursuivie notamment sur le fondement de l'article 221-6¹¹⁹⁴ du Code pénal, lorsqu'un accident du travail survient dans une entreprise où ont été relevés des manquements graves ou répétés aux règles de santé et sécurité au travail, le juge peut enjoindre à l'entreprise de prendre toutes mesures pour rétablir des conditions normales de santé et sécurité au travail¹¹⁹⁵. À cet effet, le juge ordonne à l'entreprise de présenter, dans des délais fixés par la juridiction, un plan de réalisation de ces mesures, accompagné de l'avis motivé du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité ou, à défaut, des délégués du personnel¹¹⁹⁶.

Après avis du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, le juge adopte le plan proposé par l'entreprise. À défaut, l'entreprise

1974, n^{os} 63 et s. ; B.-H. DUMORTIER, L'attribution de la responsabilité en droit pénal des affaires : thèse, Lille II, 1977, p. 67) et enfin ceux relevant la consécration, par le législateur, d'un régime de responsabilité mixte (J. LARGUIER, RSC 1984. 59) in M. SEGONDS, Santé et sécurité au travail, Répertoire de droit du travail, *op. cit.*, spéc. n^o 83 à 90.

¹¹⁸⁹ C. trav., art L. 4221-1 ; C. trav., Livre III ; C. trav., art L. 4411-7 ; C. trav., L. 4525-1 et L. 4721-4.

¹¹⁹⁰ C. trav., art. L. 4741-4.

¹¹⁹¹ En cas de concours de qualification entre les dispositions du Code du travail et du Code pénal, la résolution du concours peut être résolu, selon les circonstances des faits dont il est fait grief, soit par l'adage *specialia generalibus derogant* (Rappr. Crim. 30 juin 1987, Bull. crim. n^o 275), soit par l'application de la qualification la plus grave (M. SEGONDS, Santé et sécurité au travail, Répertoire de droit du travail, *op. cit.*, n^o 124 à 129).

¹¹⁹² V. *supra*, n^o 183 à 186.

¹¹⁹³ V. notamment, C. pén., art. 221-6, al. 2.

¹¹⁹⁴ L'article 221-6 du Code pénal prévoit que « le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

¹¹⁹⁵ C. trav., art. 4741-11, al. 1.

¹¹⁹⁶ C. trav., art. 4741-11, al. 2.

peut être condamnée à exécuter, pendant une période qui ne peut excéder cinq ans, un plan de nature à faire disparaître les manquements dont il fait grief¹¹⁹⁷. Afin de s'assurer de l'effectivité de cette injonction, l'exécution des mesures prescrites est assurée par l'inspection du travail qui peut saisir le Juge des référés afin d'ordonner la fermeture totale ou partielle de l'établissement pendant le temps nécessaire pour assurer cette exécution.

Au regard de l'ampleur de la mission dévolue à l'inspection du travail, le législateur a du prévoir la collaboration de certains organismes afin de procéder aux contrôles de l'exécution des obligations liées à la prévention des risques professionnels.

B) La collaboration de certains organismes dans le contrôle de la prévention des risques professionnels

519. Afin de faciliter l'identification des manquements des entreprises en matière de santé et sécurité des travailleurs, le législateur a doté certains organismes de pouvoirs de contrôle des obligations de prévention des risques professionnels dans le cadre d'une collaboration avec l'inspection du travail (1). Aussi, pour des raisons historiques ou liées à la spécificité de certains secteurs d'activité et des risques qu'ils engendraient, le législateur a mis en concurrence les Ministères du travail et ceux de l'environnement ou des transports afin de contrôler les entreprises dans leurs champs de compétences respectifs (2). Enfin, le contrôle des risques professionnels est également réalisé de manière chronique aux frais de l'entreprise par des organismes de droit privé accrédités ou agréés par l'Etat (3).

1) Les organismes chargés de collaborer avec l'inspection du travail

520. En raison de la spécificité de certains domaines d'activité, de leur poids dans l'économie et des compétences techniques nécessaires aux contrôles de certains risques professionnels, le législateur a prévu une collaboration de certains organismes à la mission de contrôle des risques professionnels initialement dévolue à l'inspection du travail.

521. Ainsi, du fait de l'importance des risques professionnels présents dans le secteur du bâtiment et des travaux publics et du nombre de travailleurs actifs dans ce

¹¹⁹⁷ C. trav., art. 4741-11, al. 3.

domaine, le législateur a doté l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP) du pouvoir de contrôler ses adhérents¹¹⁹⁸. Ainsi, les délégués de sécurité de l'OPPBTP bénéficient d'un droit de visite dans les établissements et les chantiers des entreprises du bâtiment et peuvent solliciter, de l'employeur, que leur soient remis les « attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail »¹¹⁹⁹. De même, l'OPPBTP peut diligenter des enquêtes techniques afin de déterminer les causes d'un accident du travail ou de maladies professionnelles dans les entreprises ne disposant pas de CHSCT et peuvent participer aux enquêtes sur proposition de l'employeur ou du CHSCT. De même, les délégués de sécurité sont compétents pour informer l'inspection du travail des manquements répétés ou des infractions graves qu'ils constatent aux dispositions légales en matière de santé et sécurité au travail¹²⁰⁰.

Les pouvoirs de contrôle de l'OPPBTP apparaissent donc plus restreints par rapport aux pouvoirs dévolus à l'inspection du travail. En effet, il ne s'agit nullement d'une compétence exclusive mais plutôt d'une collaboration destinée à faciliter l'identification des manquements dans une branche d'activité importante, tant en termes de risques qu'au regard du nombre d'entreprises et de travailleurs dans ce domaine.

522. De la même manière, le législateur a mis en place une collaboration entre les services de l'inspection du travail et de l'Autorité de sûreté nucléaire¹²⁰¹ (ASN). Cette dernière a pour mission principale d'assurer, au nom de l'État, le contrôle de la sûreté nucléaire et de la radioprotection des travailleurs concurremment avec l'inspection du travail¹²⁰². Ainsi, la Direction générale du travail (DGT) assure la coordination entre les inspecteurs du travail et les inspecteurs de la radioprotection pour contrôler les risques professionnels liés aux rayonnements ionisants. La DGT et l'ASN collaborent également au niveau central en élaborant des conventions et circulaires conjointes ayant pour objet de délimiter leurs missions respectives et prévoyant notamment les modalités d'échanges

¹¹⁹⁸ Décret n° 2007-1284 du 28 août 2007 modifiant le décret n° 85-682 du 4 juillet 1985 relatif à l'organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics ; C. trav., art. R. 4643-5 ; C. trav., art. D. 3141-12.

¹¹⁹⁹ C. trav., art. L. 4711-1.

¹²⁰⁰ C. trav., art. 4643-30, al. 3 ; Circ. DGT n° 2009-03 du 12 déc. 2009.

¹²⁰¹ Introduite par la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (loi TSN), l'ASN est une autorité administrative indépendante qui participe au contrôle de la sûreté des installations nucléaires et de la radioprotection (C. environ., art. L. 592-1).

¹²⁰² C. trav., art. L. 4451-1 et R. 4451-1 s.

d'informations entre ces deux organismes.

523. Dans le même sens, le législateur a prévu une coopération étroite entre l'inspection du travail et l'inspection des installations classées¹²⁰³. Par exemple, l'inspection du travail peut donner son avis dans le cadre d'une procédure d'autorisation d'une installation classée¹²⁰⁴ et peut participer à certaines instances dans les installations classées pour la protection de l'environnement soumises au régime de l'autorisation¹²⁰⁵.

Au delà d'une simple collaboration, le contrôle des risques professionnels dans certains domaines d'activité a été confié aux ministères compétents dans leurs domaines respectifs.

2) Le contrôle des risques professionnels dans des secteurs d'activité spécifiques

524. Les problématiques spécifiques de certains secteurs d'activités ont conduit le législateur à intervenir très tôt afin d'apporter une protection particulière aux personnes travaillant dans ces domaines. Par exemple, les risques naturels et technologiques inhérents à l'industrie minière ont nécessité une intervention législative précoce destinée à confier aux ingénieurs des mines un contrôle indispensable à la protection des ouvriers¹²⁰⁶. Cette spécificité de l'industrie des mines et des carrières se retrouve également dans quelques autres domaines. Ainsi, par dérogation au principe de la compétence générale de l'inspection du travail, le Code du travail confie aux « fonctionnaires de contrôles assimilés », dépendant d'un ministère différent de celui du travail, les mêmes attributions dévolues aux inspecteurs du travail¹²⁰⁷.

525. Ainsi, leurs missions restent placées sous l'autorité du Ministère du travail mais les fonctionnaires habilités à contrôler les risques professionnels dans ces domaines restent rattachées à leur propre Ministère. Par exemple, dans le secteur des mines et des

¹²⁰³ Instr. Conj. DRT/DDPR des 14 déc. 2001 et 14 avr. 2006, BOMT n° 2007/12 ; Circ. DRT n° 2001-5 du 15 nov. 2001.

¹²⁰⁴ Décret n° 2006-55 du 17 janv. 2006 relatif à la prévention des risques technologiques et à la sécurité du personnel et modifiant le Code du travail, art. 2.

¹²⁰⁵ C. environ., art. L. 512-2 et s ; sur la notion d'installation classée, V. *infra*, n°s 640 à 642.

¹²⁰⁶ Loi Impériale du 21 avril 1810 concernant les mines, les minières et les carrières, art. 47.

¹²⁰⁷ L'article L. 8112-3 du Code du travail prévoit que « lorsque des dispositions légales le prévoient, les attributions des inspecteurs du travail peuvent être exercées par des fonctionnaires de contrôle assimilés ».

carrières, les ingénieurs des mines¹²⁰⁸ sont exclusivement rattachés au Ministère en charge des mines, à savoir le Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, mais restent soumis à l'autorité du Ministère du travail¹²⁰⁹. De même, seuls les ingénieurs ou techniciens habilités par l'Autorité de sûreté nucléaire peuvent exercer les missions confiées à l'inspection du travail, sans pour autant bénéficier de la même formation¹²¹⁰, dans les centrales de production d'électricité comprenant une ou plusieurs installations nucléaires de base au sens du III de l'article 28 de la loi du 13 juin 2006¹²¹¹. Ainsi, ce sont notamment¹²¹² les Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement¹²¹³ (DREAL), qui deviennent compétentes pour contrôler les manquements en matière de prévention des risques professionnels dans ces domaines.

526. Si certaines dispositions du législateur prévoient directement les personnes investies des attributions de l'inspection du travail¹²¹⁴, dans les industries électriques et gazières, seul le critère « du contrôle technique » permet d'apprécier l'autorité administrative disposant des attributions initialement dévolues à l'inspection du travail. Défini par une circulaire conjointe des Ministères du travail et de l'industrie¹²¹⁵, ce critère permet le transfert de l'ensemble des attributions initialement dévolues à l'inspection du travail¹²¹⁶ au profit des fonctionnaires chargés du contrôle technique sur certains ouvrages de production, de transport ou de distribution d'énergie¹²¹⁷. Prévus par l'article R. 8111-10 du Code du travail, le législateur énumère alors deux types d'ouvrage, les aménagements hydroélectriques concédés,

¹²⁰⁸ Le statut des ingénieurs des mines est prévu à la lettre du décret n° 2009-63 du 16 janvier 2009 portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines.

¹²⁰⁹ C. trav., art. R. 8111-8 ; il est à préciser que les missions de l'inspection du travail des carrières situées sur le domaine de l'Etat mis à la disposition du ministère de la Défense sont attribuées à des agents habilités par ce dernier ministère (C. trav., art. R. 8111-9).

¹²¹⁰ Avis CES, n° 7, 24 janv. 1996, L'inspection du travail, JO rapport CES, session de 1996, n° 7, in Lamy Hygiène et Sécurité, ss. dir. A. DEJEAN DE LA BÂTIE et F. RIGAUD, 2014, *op. cit.*, spéc. n° 322-1.

¹²¹¹ Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire, art. 28, III.

¹²¹² Quelques compétences demeurent partagées en matière de prévention des risques avec les directions départementales des territoires (et de la mer) (DDT(M)).

¹²¹³ Décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement. La DREAL est issue du regroupement des Directions régionales de l'environnement (DIREN), des Directions régionales de l'équipement (DRE) et des Directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement (DRIRE) dont elles reprennent quasiment l'ensemble des missions qui étaient attribuées initialement à ces services.

¹²¹⁴ Par exemple, pour le secteur des mines et des carrières, V. C. trav., art. L. 4111-4 ; C. min., art. L. 180-1.

¹²¹⁵ Circ. DAGEMO/MICAPCOR n° 2005-07 et DRT/MASD-DGEMP/DIDEME n° 2005-200 du 23 novembre 2005, relative à l'inspection du travail dans les industries électriques et gazières, BO Trav. 2006, n° 2006/1

¹²¹⁶ C. trav., art. L. 8112-3.

¹²¹⁷ Loi du 15 février 1941, relative à l'organisation de la production du transport et de la distribution du gaz ; loi du 30 avril 1941, relative à l'organisation du secrétariat d'Etat à la production industrielle ; Loi du 9 mai 1944, relatives à l'organisation du Secrétariat d'Etat à la production industrielle.

y compris les téléphériques de service qui leur sont associés, et les ouvrages de transport d'électricité dont le contrôle est assuré par les fonctionnaires désignés par la DREAL.

Par un raisonnement *a contrario*, l'ensemble des autres entreprises exerçant dans ces domaines restent alors soumises aux contrôles réalisés, par principe, par l'inspection du travail. Néanmoins, le législateur a prévu la possibilité de laisser à la DIRECCTE certaines attributions, afin d'éviter que des ingénieurs spécialisés dans des domaines de hautes technologies aient à assurer les missions liées aux relations professionnelles dans ces entreprises. Aussi, le législateur a également pris le soin de prévoir les modalités de collaboration entre les DIRECCTE et les DREAL afin d'anticiper les problèmes de communication entre les deux organismes et simplifier les rapports entre l'Administration et ses usagers¹²¹⁸.

527. Ainsi, les missions de l'inspection du travail, au titre desquelles figure la vérification de la conformité de l'entreprise aux dispositions relatives à la prévention des risques professionnels, sont aujourd'hui assurées par les services de l'État. Néanmoins, l'État ne saurait se substituer entièrement à l'obligation de contrôle des risques dans les entreprises, dont l'exécution est particulièrement chronophage et onéreuse dans certains secteurs d'activité nécessitant des contrôles chroniques des installations. Ainsi, il est des organismes accrédités ou agréés par l'État auxquels il est fait recours afin de contrôler les installations des entreprises et dont l'intervention est indispensable lorsque l'absence de contrôle peut avoir pour conséquence le retrait d'une autorisation d'exercer l'activité de l'entreprise.

3) Les organismes de contrôles accrédités ou agréés

528. Toute industrie connaît la nécessité, ou l'obligation, de faire contrôler ses installations par un tiers indépendant. Le législateur a confié à certains organismes le soin de contrôler les installations et équipements des entreprises afin notamment de mesurer l'exposition des différents risques professionnels sur la santé et la sécurité des travailleurs, comme l'éclairage, l'aération et l'assainissement, l'électricité, ou encore les agents dangereux impliquant des limites d'exposition.

Plus précisément, en France, le Comité français d'accréditation (COFRAC) est chargé

¹²¹⁸ Circ. DAGEMO/MICAPCOR n° 2005-07 et DRT/MASD-DGEMP/DIDEME n° 2005-200 du 23 novembre 2005.

d'accréditer des entreprises qui réalisent les contrôles et vérifications au sein des entreprises dans leur domaine de compétence. A l'inverse, les agréments sont délivrés directement par les Ministères compétents. Il est à préciser que, au fil du temps, les organismes agréés disparaissent au profit des organismes accrédités. Par exemple, en matière de radioprotection¹²¹⁹, les mesures de contrôle ne sont plus assurées par des organismes agréés mais sont désormais réalisées directement par l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire¹²²⁰ ou par des organismes accrédités par le COFRAC et agréés¹²²¹ par l'Autorité de sûreté nucléaire.

529. Si ces contrôles peuvent être diligentés par un employeur soucieux de bénéficier d'un contrôle réalisé par une personne extérieure à l'entreprise et indépendante, le recours aux organismes accrédités ou agréés est parfois obligatoire lorsque, à l'occasion d'un contrôle, les personnes chargées de l'inspection du travail enjoignent à l'entreprise de procéder, à ses frais, au contrôle technique de ses équipements¹²²². Le refus de l'employeur de réaliser ces contrôles est un comportement délictuel¹²²³. De même, certaines entreprises sont soumises à un contrôle périodique de leur installation dont la non réalisation, ou l'issue du contrôle, peut entraîner un retrait d'agrément et donc la cessation de l'activité de l'entreprise. Enfin, lorsque l'entreprise a pris l'engagement de respecter des normes professionnelles¹²²⁴, qui peuvent prévoir des règles relatives aux produits, en lien avec la sécurité des personnes ou de l'environnement, les manquements constatés peuvent avoir pour effet un refus ou un retrait

¹²¹⁹ C. trav., art. R. 4451-64 ; Arrêté du 21 juin 2013 relatif aux conditions de délivrance du certificat et de l'agrément pour les organismes en charge de la surveillance individuelle de l'exposition des travailleurs aux rayonnements ionisants.

¹²²⁰ L'IRSN est un établissement public à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle conjointe du Ministère de l'Ecologie, du développement durable et de l'énergie, du Ministère du Redressement productif, du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, du Ministère de la Défense et du Ministère des Affaires sociales et de la santé.

¹²²¹ L'agrément de l'Autorité de la sûreté nucléaire est différent de l'agrément ministériel qui se décompose en quatre catégories (de A à D).

¹²²² C. trav., art. L. 4722-1 ; C. trav., art. R. 4722-1 ; C. trav., art. R. 4722-3 ; C. trav., art. R. 4722-5 ; C. trav., R. 4722-6 ; C. trav., art. R. 4722-16 et R. 4722-18 ; C. trav., art. R. 4722-12 ; C. trav., art. R. 4722-14 ; C. trav., art. R. 4722-20 et R. 4722-21.

¹²²³ C. trav., art. L. 4741-1, 6°.

¹²²⁴ Le droit communautaire définit la notion de norme comme la « spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire » (Dir. Cons. CEE n° 83/189, 28 mars 1983, modifiée par Dir. Comm. CEE n° 88/182, 22 mars 1988, instaurant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques). Dans le même sens, *l'International organisation for standardization* définit la norme comme étant une « spécification technique ou un document accessible au public, établis en coopération et en accord avec toutes les parties intéressées fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté dans son ensemble et approuvé par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international ».

de la certification de la part de l'organisme agréé.

Conclusion du Chapitre 2

530. Le droit du travail prévoit de très nombreuses obligations pour que les entreprises préviennent rigoureusement les risques inhérents à leur activité et susceptibles de porter atteinte à la santé et à la sécurité des travailleurs. Dans le cadre de la prévention de ces risques professionnels, les entreprises sont tenues d'identifier, d'analyser et d'évaluer ces risques afin de les transcrire au sein d'un document unique destiné notamment à être consulté par les travailleurs de l'entreprise. À la suite de cette transcription, l'employeur est tenu de mettre en place les actions nécessaires afin d'endiguer les risques professionnels identifiés. Aussi, l'obligation d'évaluer et de prévenir les risques professionnels peut-elle, au regard des pistes méthodologiques préconisées par le législateur, être satisfaite en suivant méthodiquement les différentes étapes d'un audit de risques.

531. Par ailleurs, pour assurer l'effectivité de ces obligations, le législateur a institué, d'une part, de nombreux organismes pouvant collaborer avec les employeurs dans la démarche visant à prévenir les risques professionnels et, d'autre part, un arsenal répressif pour sanctionner les manquements constatés à l'occasion de l'exercice des pouvoirs étendus de l'inspection du travail et des fonctionnaires ou organismes désignés à cet effet. Si le risque zéro n'existe pas non plus dans la catégorie des risques professionnels, le niveau de ces risques doit pourtant tendre vers ce chiffre. En effet, en reconnaissant l'existence d'une obligation de sécurité de résultat dans le contrat de travail, la Cour de cassation affirme clairement que l'employeur est tenu à toutes les conséquences pour la santé et la sécurité des travailleurs des risques générés par l'activité de l'entreprise. S'il est possible de relever que la Cour de cassation a voulu faciliter la démonstration du lien de causalité entre le risque pris par l'entreprise et les préjudices subis par ses travailleurs, cet arrêt et les différentes obligations inhérentes à la prévention des risques professionnels sont également un moyen d'affirmer que les employeurs disposent aujourd'hui des connaissances scientifiques et d'une aide étatique suffisantes pour satisfaire une obligation générale de prévenir les préjudices susceptibles d'être causés aux travailleurs de l'entreprise.

532. Toutefois, l'employeur n'est pas le seul acteur dans l'entreprise concerné par la gestion des risques professionnels. En effet, le législateur a prévu le concours de différents

organes de l'entreprise ou des travailleurs tenus, selon la jurisprudence, d'alerter l'employeur à en cas de risque constaté ou désignés, sur injonction du législateur, comme les référents de la prévention des risques de l'entreprise. S'il n'est pas seul pour exécuter les différentes obligations de gestion préventive des risques professionnels, il est néanmoins le responsable de la parfaite exécution de ces obligations. Ainsi, il résulte de l'analyse des obligations générales de gestion des risques professionnels de l'entreprise que, si la santé et la sécurité des travailleurs n'a pas de prix, elle a pour autant un coût humain et financier considérable.

Conclusion du Titre I

533. Si l'entreprise, à travers les actes de ses dirigeants, est libre de prendre des risques, cette liberté est encadrée par une injonction légale de mûrir cette décision liée à la prise de risques. En effet, les obligations d'identifier, de prévenir, d'informer et de communiquer sur les risques constituent des limites à la prise de risques du fait des nombreuses sanctions prévues en cas de manquements. Toutefois, dans la grande majorité des cas, ces limites sont nécessaires car elles permettent à l'entreprise, d'une part, de se prémunir contre le désir d'accroître déraisonnablement sa valeur en prenant des risques manifestement excessifs et, d'autre part, de protéger ses travailleurs dont l'intégrité corporelle pourrait être sacrifiée sur l'autel des économies réalisées par une protection insuffisante.

534. Dans le cadre des documents devant être communiqués préalablement à l'assemblée générale d'approbation des comptes, les obligations d'information relatives aux risques permettent ainsi de fournir aux associés et aux actionnaires de nombreux renseignements concernant l'exposition aux risques des sociétés dans lesquelles ils ont investi. Toutefois, l'accroissement significatif de ces obligations d'information, constaté par la doctrine, ne suffit pas à protéger pleinement les associés et actionnaires. En effet, cette dernière affirmation est justifiée, d'une part, en raison de l'absence de garanties de l'objectivité et de l'exhaustivité de l'information fournie dans le rapport de gestion et, d'autre part, de l'absence de sanctions spécifiques en cas d'omission d'évènements significatifs pouvant compromettre l'atteinte des résultats escomptés par l'entreprise et donc de l'accroissement de la valeur des parts ou des actions escompté par les associés ou les actionnaires des sociétés commerciales. A l'inverse, en raison des conséquences dramatiques qu'il est possible d'observer lors de la réalisation de risques professionnels, les obligations d'identifier, d'évaluer et de prévenir les risques en droit du travail sont plus coercitives que celles prévues dans le cadre de la gestion de l'entreprise et la lourde responsabilité assignée à l'employeur tenu à la sécurité de ses travailleurs rappelle l'importance de s'y conformer. S'il est malaisé de comparer la défaillance d'une entreprise à l'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur, il existe néanmoins un rapport entre les sanctions appliquées en cas d'inobservation des obligations de prévenir les risques professionnels et celles liées au défaut

d'informations relatives à la gestion de l'entreprise. Même si l'inexécution des obligations de gestion et de prévention des risques dans le cadre de la gestion d'une entreprise peut avoir pour conséquence probable la diminution de la valeur de cette dernière, voire sa disparition et la mise au chômage concomitante de l'ensemble de ses salariés, l'éventualité du décès d'un travailleur, sociologiquement inacceptable, explique aisément la raison d'être des obligations de gestion des risques renforcées dans le cadre du droit du travail. En effet, s'il existe un rapport proportionnel entre l'importance des risques et les obligations de les prévenir et si l'énumération des multiples obligations, d'identifier, d'analyser, d'évaluer, de prévenir ou d'informer relatives aux risques peut paraître abondante, elles ne constituent que les obligations générales de gestion des risques et sont complétées, selon les cas, par de nombreuses obligations spéciales.

TITRE II : LES OBLIGATIONS SPECIALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES

535. Si l'obligation de prévenir les risques s'applique à l'ensemble des entreprises de droit français, cette obligation se renforce pour certaines d'entre elles pour de multiples raisons. En effet, deux régimes juridiques applicables aux entreprises selon des critères déterminés méritent une attention particulière au regard des nombreuses règles relatives à la gestion des risques qu'ils prévoient.

536. En premier lieu, la nécessaire transparence, gage de confiance dans le fonctionnement des marchés financiers, a conduit le législateur à étoffer les obligations de prévention et de communication sur les risques à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (Chapitre 1).

537. En second lieu, l'importance des risques générés par une activité est également prise en compte par le législateur qui accroît les obligations de prévenir les risques pour les exploitants d'une installation classée pour la protection de l'environnement (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les obligations à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé

538. Le constat de l'accroissement des obligations au cours de ces dernières années, en matière d'information sur les risques dans le cadre du rapport de gestion, est incomplet. En effet, ce constat mérite d'être complété par l'observation de l'ensemble des obligations additionnelles relatives à l'analyse et à la communication sur les risques, dans le cadre de ce rapport, à la charge des sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé (Section 1).

539. Dans le même sens, la soumission de ces sociétés au règlement général de l'Autorité des marchés financiers accroît d'autant plus les obligations de gestion préventive et d'information sur les risques incombant aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (Section 2).

Section 1 : Les obligations relatives à l'analyse et à la communication sur les risques de l'entreprise dans le cadre du rapport de gestion

540. La confiance dans le marché est indispensable à son bon fonctionnement. Pour instaurer cette confiance, le législateur exige que l'ensemble des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers soit tenu de fournir des informations additionnelles sur les principaux risques de l'entreprise (§ 1). Par ailleurs, l'admission des titres d'une société sur les marchés financiers génère d'autres risques, les risques de marché (§ 2), qui doivent également être prévenus par l'entreprise et régulièrement communiqués.

Paragraphe 1 : Les informations additionnelles exigées par le législateur

541. Dès lors que les titres d'une société sont admis aux négociations sur un marché réglementé, celle-ci devient débitrice d'une obligation d'information renforcée (A) qui se justifie par la nécessaire transparence dans la gestion de ce type de sociétés qui ouvrent leur capital social au public. Afin de permettre à ces sociétés de se conformer à ces obligations et pour que l'ensemble des sociétés concernées communique une information des plus harmonisées, l'Autorité des marchés financiers préconise des méthodes pour évaluer les risques de ces sociétés (B).

A) Une obligation d'information renforcée à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé

542. S'il n'est aucune controverse quant à l'application expresse de l'ensemble des dispositions de l'article L. 225-100 du Code de commerce aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé (1), le Code de commerce ne fournit pas de méthodes pour faciliter l'exécution de cette obligation. Il est donc nécessaire de se référer aux recommandations du régulateur des marchés financiers relatives à l'établissement du

document de référence, dont les liens ténus avec le rapport de gestion sont prévus par le législateur (2), afin d'obtenir les informations et les méthodes nécessaires pour se conformer à l'obligation d'information relative aux risques des sociétés cotées sur un marché réglementé.

1) L'application expresse de l'article L. 225-100¹²²⁵ aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé

543. A titre liminaire, la controverse inhérente à l'application des alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce ne saurait être ravivée¹²²⁶, lorsqu'elle a trait aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé¹²²⁷. En effet, en raison d'une précision expresse du législateur¹²²⁸, ces dernières y sont incontestablement soumises. Ainsi, ces sociétés sont tenues de mentionner l'ensemble des informations prévues par cet article. Par conséquent, elles sont tenues d'analyser l'ensemble de leurs risques, pour apprécier leur caractère principal ou secondaire, en vue de satisfaire notamment aux obligations d'information dans le cadre du rapport de gestion devant être établi préalablement à la convocation de l'assemblée générale d'approbation des comptes¹²²⁹. Aussi, seules les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou qui ont sollicité une admission de leurs titres sur un tel marché, sont concernées par l'établissement d'un document de référence. Afin d'éviter des répétitions entre les rubriques du document de référence et les informations sur les risques devant être présentées dans le cadre du rapport de gestion, le législateur a prévu des liens étroits entre ces deux derniers jusqu'à pouvoir substituer ce premier au profit du second.

2) Les liens ténus entre le rapport de gestion et le document de référence

544. Toute société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé peut établir annuellement un document de référence¹²³⁰. Ce document de synthèse a pour objet de présenter « l'organisation, l'activité, la situation financière, les résultats et les

¹²²⁵ C. com., art. L. 225-100 et art. L. 225-100-1.

¹²²⁶ V. *supra*, n° 382 et s.

¹²²⁷ V. *supra*, n° 385.

¹²²⁸ C. com., art. L. 225-100-1.

¹²²⁹ V. *supra*, n° 377 et s.

¹²³⁰ AMF, régl. gén., art. 212-13.

perspectives de la société. [II] constitue un outil de communication en donnant aux analystes financiers, aux investisseurs institutionnels ou aux actionnaires individuels toutes les informations nécessaires pour fonder leur jugement sur l'activité, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur. Il contient l'ensemble des informations juridiques, économiques, financières et comptables concourant à une présentation exhaustive d'une société pour un exercice donné »¹²³¹. Le document de référence, tout comme le rapport de gestion auquel il est intimement lié en raison de répétitions, de renvois possibles ou encore de substitution entre les deux documents¹²³², comporte une section relative aux risques auxquels l'entreprise est confrontée. En effet, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a expressément prévu, à condition de fournir un tableau de concordance entre les rubriques du document de référence et les rubriques correspondantes du rapport de gestion, que le document de référence pouvait prendre la forme du rapport annuel destiné aux actionnaires. A cet effet, l'AMF a également émis des recommandations afin de faciliter le bon accomplissement de cet exercice¹²³³.

B) Les méthodes préconisées par l'AMF pour évaluer les risques

545. Afin de prendre en compte la diversité des risques présents dans les entreprises, l'AMF, à travers ses recommandations, permet aux sociétés de pouvoir bénéficier d'une meilleure description des risques communs à l'ensemble des sociétés (2) et des risques spécifiques à chaque société (1) concernée.

1) Les risques spécifiques à chaque société

546. Tout d'abord, se fondant sur la rubrique 4 de l'annexe I du Règlement européen CE n° 809/2004 de la Commission européenne du 29 avril 2004, l'AMF incite les sociétés à

¹²³¹ AMF, Sociétés cotées & opérations financières, Document de référence, 3 mai 2013.

¹²³² L'article 212-13 I du règlement général de l'AMF prévoit que « tout émetteur dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation organisé au sens de l'article 524-1 peut établir, chaque année, dans les conditions fixées par une instruction de l'AMF, un document de référence. Ce document de référence peut prendre la forme du rapport annuel destiné aux actionnaires. Un tableau de concordance entre les rubriques qui figurent dans l'instruction mentionnée au premier alinéa et les rubriques correspondantes du rapport annuel doit être présenté ».

¹²³³ Position - Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, Guide d'élaboration des documents de référence, maj. le 17 décembre 2013, 69 p.

« mettre en évidence, dans une section intitulée « facteurs de risque », les facteurs de risque propres à l'émetteur ou à son secteur d'activité. En prévoyant l'obligation de communiquer « sur les principaux risques que les émetteurs sont susceptibles de rencontrer », tout en listant les principaux risques récurrents dans les sociétés, l'AMF prend le soin de préciser que « ces risques ne s'appliquent donc pas à toutes les sociétés »¹²³⁴. Au delà de cette énumération, l'AMF fournit des pistes méthodologiques permettant de faciliter la présentation des différents risques, selon les spécificités de l'entreprise, « susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'activité, la situation financière ou les perspectives de la société »¹²³⁵. Cette dernière formulation n'est alors pas sans rappeler celle prévue à l'article L. 225-100 du Code de commerce¹²³⁶ qui dispose l'insertion de mentions uniquement lorsque cela est « pertinent »¹²³⁷ ou « nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société »¹²³⁸.

547. Ainsi, après avoir rappelé aux personnes chargées d'établir le document de référence d'éviter « les développements trop généraux et standardisés (...) [insusceptibles de] refléter la réalité et surtout les spécificités des risques auxquels l'émetteur est confronté », l'AMF préconise une présentation claire en deux parties et précise les risques considérés comme significatifs. À la suite d'une présentation des liens existants entre l'activité déployée par l'entreprise et le risque identifié par cette dernière, la seconde partie détaille la gestion et le suivi de ces différents risques.

548. De la même manière, il est possible de se référer à la norme IFRS 7¹²³⁹, relative à la présentation de l'information financière, pour décrire l'ensemble des risques de l'entreprise. En effet, cette réglementation comptable prévoit une présentation des risques découlant des instruments financiers en scindant les aspects quantitatifs et qualitatifs des risques. Si les informations quantitatives sont nécessairement liées aux risques considérés et aux modalités de mesure de ces derniers, les dispositions relatives aux informations

¹²³⁴ Position - Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, maj. le 17 décembre 2013, 69 p.

¹²³⁵ Position - Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, Applicable au 17 décembre 2013, p. 24 et s.

¹²³⁶ V. *supra*, n° 383.

¹²³⁷ C. com., art. L. 225-100, al. 4.

¹²³⁸ C. com., art. L. 225-100, al. 3.

¹²³⁹ Règlement CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil.

qualitatives peuvent être utilisées pour l'ensemble des risques de l'entreprise. Ainsi, sur le plan qualitatif, la norme comptable prévoit de mentionner pour chaque type de risque les expositions au risque considéré et ses modalités de survenance. De la même manière, les objectifs, la politique et les procédures de gestion du risque, ainsi que les méthodes utilisées pour mesurer celui-ci, doivent être indiqués. Ensuite, afin de pouvoir comparer l'exposition aux risques de l'entreprise par rapport à la période précédente, le droit comptable prévoit une mention des variations de ces informations à l'aune du pénultième exercice clos de l'entreprise.

549. Si les recommandations de l'AMF permettent initialement de faciliter la rédaction du document de référence, elles peuvent aussi aiguiller la personne chargée de l'établissement du rapport de gestion pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur les marchés financiers¹²⁴⁰. Néanmoins, force est de constater que ces recommandations vont au delà des prescriptions du législateur qui ne sollicite, à la lettre de l'article L. 225-100 du Code de commerce, qu'une description des principaux risques et incertitudes sans nécessairement développer les moyens d'y remédier. Toutefois, en se remémorant l'objectif assigné à cette obligation, une communication reprenant la gestion des principaux risques de l'entreprise ne peut être que louée, puisqu'elle permet d'apaiser les craintes des associés ou actionnaires de la société qui seraient mieux informés sur la manière dont sont gérés les risques pouvant compromettre la rentabilité de leur investissement.

550. Aussi, se référant aux préconisations de l'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), l'AMF recommande aux entreprises d'user du principe de matérialité permettant une présentation pertinente des risques pour leur destinataire. En effet, sur le fondement de ce dernier principe, l'AMF incite les entreprises à communiquer sur les facteurs de risques selon le critère de « l'importance relative »¹²⁴¹ en incitant ces dernières à « fournir une information qui soit utile pour les besoins des prises de décisions économiques des

¹²⁴⁰ V. *supra*, n° 397.

¹²⁴¹ L'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*), comité privé réunissant les principaux acteurs de l'information financière, publiait une lettre de commentaires en date du 27 mars 2012 concernant le principe d'importance relative. Dans sa missive, l'EFRAG relève que ce dernier principe se révèle comme une composante du principe de « pertinence de l'information financière, mettant en évidence la nécessité pour les états financiers de fournir une information qui soit utile pour les besoins de prises de décisions économiques des utilisateurs ». EFRAG, ESMA Consultation Paper – *Considerations of materiality in financial reporting*, lettre du 27 mars 2012 à l'attention de l'ESMA).

utilisateurs »¹²⁴². Une fois les risques ainsi hiérarchisés, l'AMF suggère une présentation réalisée « notamment sous forme de tableaux ou, à défaut, sous une autre forme que l'émetteur jugera plus adaptée ». L'AMF indique également que la présentation des risques relève d'une information précise et concise des impacts financiers des risques. L'objectif affiché de l'AMF est alors d'éviter une « information abondante » au profit d'une information qui permettrait « aux lecteurs d'apprécier les conséquences financières des risques encourus par les émetteurs »¹²⁴³.

551. Les recommandations de l'AMF ne sont donc pas particulièrement contraignantes concernant la présentation des risques spécifiques des entreprises mais complètent quelque peu, pour les personnes chargées de l'établissement du rapport de gestion, les dispositions lacunaires de l'article L. 225-100 du Code de commerce. Par ailleurs, l'AMF a également pris le soin de donner davantage de détails sur les principaux risques qu'il est fréquent de retrouver dans toutes les entreprises facilitant ainsi leur identification en vue de les gérer.

2) Les risques communs à chaque société

552. Tout d'abord, il est à préciser que les recommandations de l'AMF¹²⁴⁴ s'appuient sur des données empiriques collectées à partir des bonnes pratiques identifiées dans les documents de référence des émetteurs. Ainsi, après avoir souligné le caractère non

¹²⁴² *Ibid.*

¹²⁴³ Position - Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, m.à.j. le 17 décembre 2013, p. 25.

¹²⁴⁴ Les recommandations de l'AMF peuvent également s'inspirer de recommandations émanant d'autres organismes du monde de l'entreprise. Par exemple, la recommandation n° 37 de l'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), sur laquelle se fondent les recommandations de l'AMF relatives aux risques financiers, incite les sociétés à mentionner la présence des éventuelles clauses dénommées *covenants* pouvant être présentes dans certains contrats souscrits par l'entreprise auprès d'un établissement financier. Le *covenant* se définit comme une « clause insérée dans un contrat de crédit (de toute durée) conclu entre une banque et une entreprise, qui oblige cette dernière à respecter certaines règles. Il existe deux grands types de *covenants* ». La première catégorie de *covenants* contraint la société à respecter des ratios financiers au moment de la clôture annuelle de ses comptes. Pour la banque, inclure ces ratios dans le contrat de prêt lui permet d'avoir les moyens de vérifier que l'entreprise qui emprunte continuera, pendant toute la durée du crédit, d'avoir une structure financière et une rentabilité qui lui permettront de rembourser ses échéances. La deuxième catégorie de *covenants* crée une obligation d'information à l'encontre des dirigeants de l'entreprise au profit du prêteur de deniers qui prend alors connaissance des modifications de la structure juridique, de l'actionnariat de la société ou encore de ses nouveaux projets stratégiques (N. MOURLOT, « Déjouez les *covenants* bancaires », L'Express éd. en ligne, 23 déc. 2009, url : http://lentreprise.lexpress.fr/relation-banque-entreprise/dejouez-les-pieges-des-covenants-bancaires_22152.html#1BF1u4WFzw117pGz.99).

exhaustif des indications qu'elle recommande de mentionner, l'AMF met en exergue les informations les plus pertinentes devant être fournies sur les risques juridiques, les risques industriels et commerciaux, les risques de crédit et/ou de contrepartie, les risques opérationnels, les risques de liquidité, les risques de taux, les risques de change, les risques sur actions et autres instruments financiers, ou encore les risques liés aux matières premières¹²⁴⁵.

553. Par exemple, concernant les risques industriels et commerciaux, l'AMF recommande aux sociétés de mentionner « les lois ou règlements auxquels [l'entreprise] est soumise dans les principaux pays où [celle-ci] exerce son activité » ainsi que « les chartes, codes éthiques et certifications volontaires auxquels [cette dernière] a choisi de se soumettre »¹²⁴⁶. De la même manière, l'entreprise est invitée à décrire « succincte[ment] la politique de gestion des risques concernés » qui peut se matérialiser, par exemple, par un traitement interne, par le mécanisme de l'assurance ou encore à l'aide des traitements suggérés dans des revues externes spécialisées. Les sociétés sont également incitées à fournir des informations sur l'évaluation de l'impact du risque en précisant, d'une part, la manière dont cette évaluation a été effectuée – analyse externe et/ou interne – et, d'autre part, le lien avec les éléments provisionnés dans les comptes de la société¹²⁴⁷. A défaut de s'être astreinte à une telle évaluation, l'entreprise est invitée à le mentionner.

554. À la lumière de ce dernier exemple et à la mesure des recommandations de l'AMF, il est possible de se questionner sur la teneur exacte de l'obligation d'information des entreprises en application de l'article L. 225-100 du Code de commerce. En effet, si le législateur évoque l'obligation de réaliser « une description des principaux risques et incertitudes » au profit des actionnaires ou associés de l'entreprise, celle-ci n'aurait de sens que si les créanciers de cette obligation pouvaient mesurer l'exposition réelle de l'entreprise face à ses risques. Pour ce faire, il leur serait nécessaire d'avoir accès aux moyens auxquels l'entreprise a recours pour gérer les risques préalablement décrits. Néanmoins, si le législateur

¹²⁴⁵ Pour une présentation complète de l'ensemble des informations à fournir sur les risques les plus récurrents dans les entreprises, V. Position - Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, m.aj. le 17 décembre 2013, p. 26 et s.

¹²⁴⁶ Recommandation DOC-2009-16, Recommandation de l'AMF du 29 octobre 2009 sur les facteurs de risque, m.aj. le 17 décembre 2013, p. 27.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

avait souhaité une présentation plus exhaustive de ces informations, pourquoi ne l'aurait-il pas expressément indiqué ?

D'ailleurs, ce dernier le précise expressément pour les risques liés aux instruments financiers en enjoignant aux entreprises de communiquer sur les modalités de couverture y afférentes. Dans le même sens, en sollicitant dans le cadre du rapport de gestion certaines informations adossées à des indicateurs de performance, le législateur ordonne clairement aux entreprises de fournir des éléments nécessaires à l'information des associés ou actionnaires, corroborant dès lors une obligation de communication sur les risques atténuée au profit des entreprises dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Toutefois, et nonobstant la divergence de sources de ces obligations pouvant atténuer ces critiques, le bon sens des personnes chargées de l'établissement du rapport de gestion commanderait d'aller au delà des informations sollicitées par le législateur. En effet, une présentation des risques significatifs pour l'entreprise qui fait fi des méthodes auxquelles elle a recours pour les réduire ou les supprimer ne peut résolument servir à sa valorisation et peut avoir pour conséquence une fuite des membres de son actionnariat, actuels ou futurs. A l'inverse, l'obligation d'information est tout simplement renforcée pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé en raison des conséquences immédiates qu'il est possible d'observer sur la cotation des titres des entreprises qui en ont la charge.

555. Effectivement, l'obligation faite aux entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé est directement liée aux variations de leurs cotations sur les marchés. Chaque rapport, chaque communiqué, chaque avertissement sur les résultats de la société sont scrutés par les analystes financiers et les agences de notations et auront une influence sur le cours des titres de l'émetteur. Ainsi, l'obligation d'information en pareille hypothèse constitue un des piliers des marchés financiers puisqu'elle permet l'ajustement des cotations afin de refléter, auprès notamment des milliards d'investisseurs potentiels, la valeur de l'entreprise. Par ailleurs, cette dernière distinction relative à la teneur de l'obligation d'information sur les risques des sociétés est corroborée par la différence de régime de contrôle et de sanctions selon que les titres de la société soient admis ou non sur un tel marché¹²⁴⁸. Enfin, toutes les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur les

¹²⁴⁸ V. *infra*, n°s 596 à 600.

marchés financiers n'offrent pas leurs titres sur un marché réglementé. En effet, les titres des sociétés peuvent également être admis aux négociations sur des marchés n'ayant pas cette qualité. En dépit de cette dernière distinction, l'opération constituée par l'admission de titres sur un marché financier génère de nombreux risques pour la société émettrice et, par conséquent, ces dernières sont tenues de fournir des informations additionnelles sur les risques qui en découlent.

Paragraphe 2 : Les risques sur les marchés financiers

556. Bien que la confrontation de l'offre et de la demande soit une donnée importante dans la fixation continue du cours des titres financiers émis par les sociétés, les informations communiquées par ces dernières ou toute information significative inhérente aux sociétés cotées sont également indispensables pour réajuster le cours des titres sur les marchés. Ainsi, nonobstant les multiples informations qui ne sont pas directement liées aux risques de l'entreprise¹²⁴⁹ et celles inhérentes à la notion devant être fournies par l'ensemble des sociétés soumises à l'établissement du rapport de gestion¹²⁵⁰, les sociétés cotées sur les marchés financiers sont tenues à des obligations qui diffèrent selon le marché sur lequel les titres de ces sociétés sont admis aux négociations.

557. Certaines obligations d'information sont néanmoins communes aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers (A) indépendamment du marché sur lequel leurs titres sont admis aux négociations. A l'inverse, d'autres obligations sont uniquement applicables aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ou en raison de franchissement de seuils prévus par le législateur, à l'instar des informations en matière sociale et environnementale (B).

¹²⁴⁹ V. notamment, Rapports des dirigeants à l'AGOA dans les sociétés commerciales, Themexpress, éd. en ligne Navis, Francis Lefebvre, Mâj. 2013, spéc. n° 66 et s. ; V. supra, n°s 386 et s.

¹²⁵⁰ V. supra, n°s 389 et s.

A) Les obligations communes aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers

558. Une fois autorisée à offrir ses titres aux négociations sur les marchés financiers, la société doit faire face à de nouveaux risques. Il est à préciser que les marchés réglementés ne sont plus les seules plateformes de négociation de titres financiers et l'obligation de communiquer sur les risques liés aux titres financiers (2), qu'il est possible de retrouver sous le vocable de risque de marché (1), s'applique indifféremment aux multiples plateformes de transaction sur les marchés financiers. Tantôt plurielle ou tantôt présentée au singulier, la notion de risque de marché est une notion composite car elle recouvre plusieurs risques distincts. Aussi, les différents risques composant les risques de marchés (3) doivent être appréhendés.

1) Les risques de marché

559. Tout d'abord, il est à rappeler que toutes les plateformes de transaction de titres financiers ne sauraient recevoir la qualification de marché réglementé au sens notamment¹²⁵¹ de l'article L. 421-1 du Code monétaire et financier. En effet, au delà des traditionnels marchés réglementés, des systèmes multilatéraux de négociation¹²⁵² permettent aux sociétés de pouvoir se financer, autrement que par le biais des traditionnels marchés réglementés et autres prêteurs de deniers, en offrant aux investisseurs la possibilité d'acquérir les titres émis par ces sociétés. La réglementation des différents marchés financiers diffère alors, en raison des règles propres adoptées par les entreprises de marché ou par les prestataires de services d'investissements¹²⁵³ qui les gèrent, mais également du fait des préconisations de l'AMF

¹²⁵¹ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil ; pour une présentation des marchés financiers contemporains, V. notamment, J.-P. VALETTE, Régulation des marchés financiers, éd. Ellipses, 2013, pp. 108-114.

¹²⁵² Un système multilatéral de négociation est une plateforme de négociation qui « assure la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, de manière à conclure des transactions sur ces instruments » (C. monét. fin., Art. L. 424-1).

¹²⁵³ Plus précisément, seules les entreprises de marché peuvent gérer un marché réglementé. Au regard des règles adoptées par l'entreprise de marché, la « reconnaissance de la qualité de marché réglementé » peut être attribuée

tenant parfois compte de la valeur et de l'importance des titres émis sur les marchés¹²⁵⁴.

560. Comme sa dénomination peut le suggérer, le marché réglementé dispose d'un cadre normatif et de dispositifs de contrôle plus contraignants que ceux initialement prévus pour les systèmes multilatéraux de négociation¹²⁵⁵. Néanmoins, certaines obligations d'information concernant les risques de l'entreprise leur sont communes. Ainsi, que leurs titres soient admis sur un système multilatéral de négociation ou sur un marché réglementé, ces sociétés doivent fournir des informations sur leur degré d'exposition aux risques de marché¹²⁵⁶ dans le cadre du document de référence, du rapport de gestion ou de l'annexe des comptes annuels pour laquelle il est rappelé le contenu riche d'informations en matière des risques de l'entreprise¹²⁵⁷.

561. Bien que cette dernière obligation puisse paraître redondante par rapport à l'obligation d'information prévue à l'alinéa 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce relatif au rapport de gestion¹²⁵⁸, ces deux obligations entretiennent des liens ténus sans néanmoins se confondre. En effet, dans le cadre de cette dernière obligation, le Code de commerce enjoint aux sociétés de fournir des indications sur l'utilisation des instruments financiers et sur les modalités de gestion des risques financiers qui y sont liés. Par ailleurs, la création du lien de droit, entre les créanciers de cette obligation d'information et le débiteur de cette obligation, est conditionnée par le caractère pertinent de cette information pour l'évaluation de l'actif, du passif, de la situation financière et des pertes ou profits de l'entreprise.

par Arrêté du Ministre en charge de l'économie, sur proposition de l'AMF (C. monét. fin., art. L. 421-2). A l'inverse, les systèmes multilatéraux de négociation peuvent être gérés par une entreprise de marché ou un prestataire de service d'investissement (C. monét. fin., art. L. 424-1).

¹²⁵⁴ V. en ce sens, le Guide d'élaboration des documents de référence à destination des sociétés dont la capitalisation boursière est supérieure à un milliard d'euros, m.à.j. par l'AMF le 20 décembre 2010 et le Guide d'élaboration du document de référence spécifique aux valeurs moyennes et petites (VaMPs), m.à.j. par l'AMF le 10 décembre 2009. La multitude de règles particulières prévues par chaque entreprise de marché ou chaque prestataire de services d'investissement pour régir leur marché financier respectif, incite à s'exonérer de leur présentation et à se concentrer davantage sur les règles applicables aux marchés réglementés.

¹²⁵⁵ Néanmoins, la doctrine relève la nécessité de bénéficier d'un cadre normatif plus important pour les systèmes multilatéraux de négociation afin notamment de diminuer la volatilité des prix des matières premières sur les marchés dérivés (en ce sens, V. Th. BONNEAU, La réforme de la MIF dans les projets de textes du 20 oct. 2011 : RTDF n° 1, 2012, cité in B. DONDERO, Droit des marchés financiers, JCP E, n° 6, 9 Février 2012, 1111).

¹²⁵⁶ Rec. COB n° 89-01, Bull. n° 221, janvier 1989, p. 3 s.

¹²⁵⁷ V. *supra*, n°s 405 à 407.

¹²⁵⁸ V. *supra*, n°s 393 à 397.

562. De manière différente, l'obligation d'information concernant les risques de marché prévue par les dispositions du régulateur des marchés financiers est axée non seulement sur les risques liés à l'utilisation des instruments financiers par la société mais également et surtout sur les risques liés aux instruments financiers émis par la société débitrice de l'obligation d'information. Concernant cette dernière obligation, le critère déclenchant le lien de droit est relatif au caractère significatif de l'intervention de la société sur les marchés et non sur la pertinence de l'information au regard notamment de l'évaluation de l'actif ou du passif ou encore de la situation financière de l'entreprise. Néanmoins, la recommandation de l'AMF ne définit pas le critère de « l'intervention significative » sur les marchés. Ainsi, l'appréciation du champ d'application de ces obligations est en partie laissée aux sociétés. En effet, la décision de s'y soumettre doit alors être guidée par le principe de matérialité s'appliquant à la présentation des principales informations financières de la société¹²⁵⁹.

563. Il est alors aisé de comprendre les raisons qui ont conduit le législateur à prévoir une obligation d'information renforcée sur les risques liés aux instruments financiers pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers. En effet, nonobstant les risques générés par l'admission de leurs titres, ces dernières intègrent quasi systématiquement dans leurs stratégies commerciales et financières une intervention sur les marchés financiers en lien direct avec les activités des différentes sociétés du groupe. Ces sociétés disposent ainsi de directions financières qui réalisent de véritables opérations de *trading* pour leur propre compte. En ce sens, il est fréquent que des sociétés se prémunissent contre le cours d'une matière première nécessaire à leur activité en recourant à des instruments financiers permettant la couverture de ces risques. Au regard des multiples interventions sur ces marchés, il apparaît alors cohérent que les sociétés cotées aient à communiquer sur les risques qui y sont liés. A cet effet, afin d'éviter une communication sur l'intervention des sociétés axée sur les seuls instruments financiers, l'AMF a recours à la notion plus extensive de risques de marché et fournit des informations permettant aux sociétés de se conformer à ses exigences.

¹²⁵⁹ V. *supra*, n° 550.

2) L'obligation de communiquer sur les risques de marché

564. Les informations sur les risques de marché doivent être ventilées à travers le rapport de gestion, l'annexe comptable et le document de référence. Néanmoins, pour éviter une information redondante au sein de ces différents documents, le législateur a prévu la possibilité de réaliser des renvois entre le document de référence et le rapport de gestion¹²⁶⁰. Plus précisément, le rapport de gestion ou le document de référence dans la rubrique « facteurs de risques » doit décrire la stratégie financière de l'entreprise en indiquant les motivations qui l'ont conduite à intervenir sur tel ou tel marché et avec tel ou tel type d'instrument. De même, ces sociétés doivent mentionner les procédures de fixation et de contrôle des limites d'exposition aux risques et préciser la sensibilité de l'entreprise à chaque risque de marché en indiquant les modalités et les hypothèses de calcul des indicateurs de sensibilité retenus. L'analyse de sensibilité des différents risques de marché permet alors d'apprécier l'influence de ces risques sur le résultat et les capitaux propres de la société. Afin d'assurer une lisibilité de cette information considérée comme importante pour leur destinataire, le régulateur boursier a pris le soin de préciser que cette information « d'ordre plus pratique que technique (...) [doit] figurer en bonne place dans le rapport de gestion »¹²⁶¹. De la même manière, les comptes annuels, à travers l'annexe, doivent notamment présenter les différentes méthodes retenues pour l'évaluation de ces risques ainsi que l'incidence de ces produits sur les résultats de la société. Concernant le contenu de cette information, les recommandations du régulateur boursier permettent de déterminer le périmètre que recouvre la notion de risque de marché afin d'apprécier l'étendue de l'obligation d'information à laquelle sont astreintes les sociétés cotées sur les marchés financiers.

3) Les différents risques composant les risques de marché

565. Selon les recommandations de l'AMF¹²⁶², la notion de risques de marché est une notion composite puisqu'elle recouvre les risques de taux, les risques de change et « les

¹²⁶⁰ V. *supra*, n° 544.

¹²⁶¹ La position des régulateurs : quels moyens pour quelle gestion ?, Interv. de P. FLEURIOT (ex Directeur Général de la COB), 30 juin 1994, Bull. COB n° 283, septembre 1994, p. 21.

¹²⁶² Position - recommandation AMF n°2009-16, préc., p. 30 et s.

risques sur actions et autres instruments financiers ».

566. En premier lieu, le risque de taux¹²⁶³ est inhérent aux instruments financiers portant intérêts comptabilisés au bilan et à certains instruments financiers non comptabilisés au bilan comme, par exemple, certains engagements de prêt¹²⁶⁴. Ce risque peut se matérialiser par l'augmentation de la charge d'intérêts consécutive à une hausse des taux pour les dettes à taux variable ou par le risque de juste valeur pour les dettes à taux fixe. Pour rappel¹²⁶⁵, la notion de juste valeur se définit comme « le montant pour lequel un actif pourrait être échangé, ou un passif éteint, entre parties bien informées, consentantes et agissant dans des conditions de concurrence normale »¹²⁶⁶. Afin de se conformer aux paragraphes 33 et 34 de la norme IFRS 7, les recommandations de l'AMF préconisent de présenter les informations relatives aux risques de taux en indiquant, tout d'abord, le poids de la dette en taux fixe, en taux variable ou encore, par exemple, en taux variable capé puis de mentionner les modalités de gestion du risque de taux¹²⁶⁷. Le risque de taux d'intérêt constitue, au même titre que le risque de change, un des facteurs du risque influant sur le coût de l'endettement financier de l'entreprise.

¹²⁶³ Plus précisément, le risque de taux est défini par la norme IFRS 7 comme « le risque que la juste valeur ou les flux de trésorerie futurs d'un instrument financier fluctuent en raison des variations des taux d'intérêts du marché » (Rég. CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, IFRS 7, App. A).

¹²⁶⁴ Rég. CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, IFRS 7, § B22.

¹²⁶⁵ V. *supra*, n° 394.

¹²⁶⁶ Rég. CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, IAS 32, § 11.

¹²⁶⁷ En dépit de ces recommandations, les praticiens relèvent que les sociétés communiquent davantage sur la part à taux variable de l'endettement financier. De plus, ces dernières ont tendance à éluder les développements et précisent directement leur endettement financier net après couverture. Afin d'apprécier la sensibilité de la société aux risques de taux d'intérêt, la pratique relève qu'une grande majorité des sociétés étudiées recourt à l'indice de sensibilité lié à l'effet d'une translation parallèle de la courbe des taux d'intérêt ou des courbes en présence de multiples devises. Si l'appréciation du taux linéaire à appliquer reste soumis à l'appréciation de la société, une tendance se dégage en faveur d'une translation linéaire de 1%. (Etude *Risk advisory*, Communication sur la sensibilité aux risques de marché, Panorama des pratiques actuelles, Cabinet DELOITTE, oct. 2011, p. 2).

567. Ainsi, en deuxième lieu, le risque de change¹²⁶⁸ qu'il soit « opérationnel »¹²⁶⁹, « financier »¹²⁷⁰ ou lié aux investissements dans des filiales étrangères¹²⁷¹ est supporté par les sociétés réalisant une ou plusieurs opérations impliquant une entrée ou une sortie de devises en cours d'exercice ou au cours des exercices futurs. En d'autres termes, le risque de change existe en raison de l'impossibilité d'apprécier *a priori* la variation du cours des devises et, par conséquent, à l'impossibilité d'apprécier la contrepartie future de ses flux en devises dans la monnaie de référence de la société¹²⁷². A l'instar de la présentation exigée pour les risques de taux, les risques de change doivent être présentés de manière distincte et l'information correspondante doit faire notamment¹²⁷³ état des modalités de couverture de ces derniers afin de mettre en exergue l'exposition initiale et résiduelle de ces risques.

568. En dernier lieu, les sociétés doivent présenter les risques sur actions et autres « instruments financiers »¹²⁷⁴ qui recensent l'ensemble des risques de fluctuation de la « valeur » des instruments financiers, qu'ils soient inhérents aux opérations de la société émettrice ou qu'ils concernent des facteurs affectant l'ensemble des instruments financiers analogues qui sont négociés sur le marché¹²⁷⁵. Pour présenter ce type de risque, l'AMF

¹²⁶⁸ Le risque de change est défini comme « le risque que la juste valeur ou les flux de trésorerie futurs d'un instrument financier fluctuent en raison des variations des cours des monnaies étrangères » (Règl. CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, IFRS 7, App. A.)

¹²⁶⁹ Le risque de change « opérationnel » « correspond aux variations de change qui affectent les transactions enregistrées en résultat opérationnel (flux de chiffre d'affaires, de coût des ventes, etc.) » in Position - recommandation AMF n° 2009-16 Guide d'élaboration des documents de référence, 2.6.2.

¹²⁷⁰ Le risque de change « financier » est directement lié « aux passifs financiers (ou actifs financiers) en devises dont les variations de change affectent le résultat financier » in Position - recommandation AMF n° 2009-16 Guide d'élaboration des documents de référence, 2.6.2.

¹²⁷¹ Le risque de change lié aux investissements réalisés dans des filiales étrangères se matérialise lors de la conversion des comptes de la filiale dans la devise de présentation de l'entité consolidante (impact en capitaux propres) in Position - recommandation AMF n°2009-16 Guide d'élaboration des documents de référence, 2.6.2.

¹²⁷² Position - recommandation AMF n°2009-16 Guide d'élaboration des documents de référence, 2.6.2.

¹²⁷³ A titre de précision, les résultats de l'analyse de sensibilité des risques de change peuvent être différents en raison des multiples indicateurs de sensibilité auxquels l'entreprise peut avoir recours (*Value at risk, cash flow at risk*). Toutefois, la pratique remarque qu'une préférence est donnée à l'analyse de sensibilité à une variation du pourcentage des cours de change fixé de manière arbitraire par la société mais dont le taux de 10% est généralement admis par la pratique (Étude *Risk advisory*, Communication sur la sensibilité aux risques de marché, préc., p. 5).

¹²⁷⁴ Initialement, l'annexe de la recommandation de la COB du 21 janvier 1989 recourait à l'expression « autres valeurs mobilières donnant accès directement ou indirectement au capital ». Afin de s'adapter à la variété des titres et des contrats financiers présents sur les marchés financiers, les recommandations de l'AMF recourent aujourd'hui à l'expression plus extensive « [d'] instruments financiers » (en ce sens, Position - recommandation AMF n°2009-16 Guide d'élaboration des documents de référence).

¹²⁷⁵ Il existe une différence de terminologie entre les dispositions de l'AMF et les prévisions du droit comptable. En effet, la norme IFRS 7 définit le risque de marché comme « le risque que la juste valeur ou les flux de

recommande tout d'abord de mentionner la manière dont ces investissements et placements sont réalisés et encadrés en présentant les différentes décisions ayant eu pour effet de recourir à ces instruments financiers. De même, les performances des différents instruments financiers auxquels l'entreprise a recours ainsi que les modalités de *reporting* et de suivi de ces derniers doivent être mentionnées.

569. Ensuite, la société doit indiquer le lien existant avec les opérations à terme liées à ces investissements et placements en précisant notamment la potentielle couverture de ces instruments ou encore les éventuels engagements d'achat ou de vente de titres. En dernier lieu, la société doit détailler l'organisation du dispositif de suivi des risques en mentionnant les limites fixées et les contrôles opérés sur ces différents instruments financiers.

570. Afin de procéder à l'analyse de sensibilité de ces risques exigée par le droit comptable, deux indices de sensibilité sont particulièrement retenus par les sociétés. Le premier indice, dont le calcul est assez aisé, représente la sensibilité à une évolution, exprimée en pourcentage, du cours ou de la valeur d'un instrument financier. Le second indice de sensibilité généralement retenu, la *Value at Risk*¹²⁷⁶ (VaR), est particulièrement utilisé par les institutions financières et les *traders* afin de mesurer leur exposition à d'éventuelles pertes

trésorerie futurs d'un instrument financier fluctuent en raison des variations des prix du marché. Le risque de marché inclut trois types de risque : le risque de taux d'intérêt, le risque de change et d'autres risques de prix ». Ainsi, les risques de change et de taux sont communs aux deux définitions mais, à la différence des prévisions de l'AMF, la norme IFRS 7 prévoit une troisième catégorie intitulée les « autres risques de prix ». Ces derniers sont alors définis par la norme comptable comme le « risque que la juste valeur ou les flux de trésorerie futurs d'un instrument financier fluctuent du fait des variations des prix du marché (autres que celles découlant du risque de taux d'intérêt ou du risque de change), que ces variations soient causées par des facteurs propres à l'instrument en cause ou à son émetteur, ou par des facteurs affectant tous les instruments financiers similaires négociés sur le marché » (Règl. CE N° 1126/2008 du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, IFRS 7, App. A., V° Risque de marché, V° Autres risques de prix). L'AMF prévoit une troisième catégorie de risques intitulée « risques sur actions et autres instruments financiers » qui doit recenser des informations « sur les investissements réalisés en actions et dans d'autres instruments financiers ». En outre, l'AMF relève dans sa recommandation relative à l'élaboration du document de référence que des informations inhérentes aux risques liés aux matières premières peuvent être jugées pertinentes pour les destinataires de l'information financière. En dépit d'une terminologie différente, la dernière catégorie de risques prévue par les recommandations de l'AMF ou par les dispositions du droit comptable recense les mêmes types de risques. De surcroît, si l'AMF suggère une présentation sur les risques liés aux matières premières comme une catégorie autonome, et excepté si l'intervention de la société sur les marchés des matières premières est particulièrement significative pour justifier une présentation distincte, ces risques peuvent être présentés dans le cadre de cette troisième catégorie de risques.

¹²⁷⁶ La *Value at Risk*, ou en français, la valeur à risque, peut désigner soit la méthode popularisée par la banque JP Morgan en 1994 et devenue un outil logiciel utilisé par les institutions financières, soit l'indice de sensibilité que l'outil a pour objet de calculer.

financières¹²⁷⁷. Ainsi, dans le cadre de l'analyse des risques sur actions et autres instruments financiers, la VaR a pour objet de quantifier la perte potentielle maximale sur la valeur d'un instrument financier ou d'un portefeuille d'instruments financiers en prenant en compte les différents facteurs de risques identifiés, en y incluant une période probable de détention et un intervalle de confiance¹²⁷⁸ donné. Le calcul de cet indicateur nécessite alors de modéliser l'instrument financier et donc de concevoir différentes hypothèses en affectant une probabilité aux différentes évolutions de l'instrument financier ou du portefeuille.

571. Si les sociétés cotées sur les marchés financiers doivent fournir une information sur les risques que ces négociations de titres génèrent, ces informations ne sont pas les seules qui s'additionnent aux informations devant être fournies par l'ensemble des sociétés soumises à l'établissement d'un rapport de gestion. Ainsi, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et les entreprises de taille importante sont également tenues de fournir des informations additionnelles, car il existe une relation proportionnelle entre l'importance d'une société, en terme de personnel, de nombre de transactions, de montants des dettes, et l'importance des risques associés à ces activités. Ainsi, dans le cadre de leur rapport de gestion, ces sociétés doivent communiquer sur des informations relatives à la prise en compte des conséquences de leurs activités sur l'environnement et sur leur personnel.

B) Les informations en matière sociale et environnementale

572. Les conséquences sociales et environnementales de l'activité des entreprises sont une préoccupation grandissante dans nos sociétés contemporaines et sujette à de nombreux débats. Ces préoccupations ont trouvé un écho favorable auprès du législateur qui contraint désormais certaines sociétés à communiquer sur des informations de nature extra financières ou, plus généralement, sur la responsabilité sociale et environnementale des sociétés (1). Plus précisément, ces informations doivent être communiquées chaque année

¹²⁷⁷ S. CLEARY, T. MALLERET, Risques, Perception Evaluation Gestion, *op. cit.*, p. 100.

¹²⁷⁸ En statistiques, l'intervalle de confiance permet de définir la marge d'erreur d'une moyenne ou d'un pourcentage. Par exemple, si la *value at risk* d'un portefeuille à un horizon d'un mois est de 1 000 000 euros avec un intervalle de confiance de 90%, cela signifie que sur les trente prochains jours, il existe 90% de chances que le portefeuille ne se dévalue pas de plus de 100 000 € de sa valeur. En d'autres termes, le risque de perdre davantage que le montant estimé de VaR est de 10%.

dans le cadre du rapport de gestion (2).

1) Information extra financière et RSE

573. Dans le cadre de l'analyse devant être réalisée dans le cadre du rapport de gestion ayant pour objectif de mettre en lumière l'évolution des affaires, les résultats ou encore la situation financière de l'entreprise¹²⁷⁹, le législateur enjoint aux sociétés concernées d'étayer cette présentation à l'aide d'indicateurs clés de performance de nature financière mais également de nature extra financière ayant trait à l'activité spécifique de la société¹²⁸⁰.

Devant l'imprécision de la formule légale prévoyant l'obligation d'enrichir cette analyse à l'aide d'indicateurs de performance de nature « non financière », le législateur prend tout de même le soin de préciser que ces informations portent sur des questions d'ordre environnemental et de personnel. Le législateur précise également que la mention d'indicateurs clés de performance de nature non financière n'a nullement pour objectif de faire état d'informations qui ne sauraient servir à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société. Le champ d'application définitif de cette dernière obligation demeure, comme l'ensemble des alinéas 3 à 6 de l'article L. 225-100 du Code de commerce, subordonné à la publication d'un décret d'application devant préciser les seuils au delà desquels ces informations sont exigées des sociétés¹²⁸¹. En dépit de cette carence déjà observée¹²⁸², il est au moins certain que les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent se conformer à cette obligation. Pour ces dernières, l'obligation d'inclure des indicateurs clés de performance de nature non financière relative aux questions d'environnement et de personnel peut alors apparaître comme les prémices d'une obligation d'information plus exhaustive.

574. En effet, depuis l'introduction en droit français de la loi sur les nouvelles régulations économiques¹²⁸³, les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé

¹²⁷⁹ V. *supra*, n° 385 et s.

¹²⁸⁰ V. *supra*, n° 388.

¹²⁸¹ C. com., art. L. 225-100-1.

¹²⁸² V. *supra*, n° 383.

¹²⁸³ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, art. 116 (sur la loi NRE, V. notamment : A. LIENARD, Sociétés cotées : informations sociales et environnementales : D. 2002, chron. p. 874 ; C. LAGARENNE et L. TOURJANSKY-CABART, L'environnement dans la loi nouvelles régulations économiques : implications pour les entreprises : Revue d'économie financière 2002, p. 149 ; F. LABROUSSE, L'obligation de transparence dans le domaine de

doivent fournir des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité¹²⁸⁴. Cette obligation d'information, qu'il est possible de retrouver sous le vocable « responsabilité sociale et environnementale » ou « responsabilité sociale des entreprises » (RSE) se définit comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes »¹²⁸⁵. Cette pratique n'est toutefois pas une nouveauté pour les entreprises qui avaient à cœur de véhiculer une politique générale protectrice de l'environnement et de ses travailleurs afin de servir leur image de marque. Néanmoins, l'intervention du législateur a permis de généraliser et surtout d'encadrer cette pratique, afin que les créanciers de cette obligation puissent bénéficier d'une information au contenu uniformisé, en permettant dès lors d'effectuer des comparaisons entre les données des différentes entreprises qui y sont soumises.

2) Les informations sur la RSE devant être communiquées dans le cadre du rapport de gestion

575. Lors de l'introduction de la RSE en droit français, le législateur, réservant cette obligation aux seules sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, avait subordonné le contenu de cette obligation à la publication d'un décret d'application devant prévoir une liste d'informations devant être présentées à cet effet. Ensuite, puisque les questions d'environnement et de personnel ne sont pas réservées exclusivement aux seules sociétés cotées sur un marché réglementé, le législateur a souhaité étendre cette obligation aux autres entreprises françaises¹²⁸⁶. Néanmoins, afin d'éviter un

l'environnement : Banque magazine n° 633, janvier 2002, p. 52 C.-H. de PARDIEU et P. SAVIN, L'évolution réglementaire de l'information des actionnaires dans le domaine de l'environnement et son impact sur le gouvernement d'entreprise : BDEI 4/2001, p. 2 in F.-G. TREBULLE, Le risque, clef du développement durable des sociétés, Rev. Sociétés., n° 8-9, août 2010, étude 13).

¹²⁸⁴ C. com., art. L 225-102-1, al. 5 s. mod. par les lois n° 2010-788 du 12 juillet 2010, n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, n°2011-672 du 16 juin 2011 et n° 2012-387 du 22 mars 2012, sur renvoi, pour les SCA, de l'article L 226-1 al. 2 et, pour les SE, de l'article L 229-8 ; V. P. LE CANNU, B. DONDERO, RTDF n° 3-2010, p. 120 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, RTD com. 2010, p. 740.

¹²⁸⁵ Régl. EMAS 761/2001 du 19 mars 2001, visant à promouvoir une amélioration continue des résultats environnementaux de toutes les organisations européennes, ainsi qu'une information du public et des parties intéressées ; Communiqué CE, mars 2006 ; Dir. 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

¹²⁸⁶ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 53 ; loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite loi « Grenelle II » ; V. notamment, G. J,

formalisme excessif pour les petites entreprises, pour lesquelles le coût financier en amont de la délivrance de l'information reste important, le législateur a renvoyé à un décret d'application le soin de prévoir les seuils permettant aux sociétés non cotées d'être exonérées de cette obligation¹²⁸⁷. Précisé par décret du 20 février 2002¹²⁸⁸, codifié en 2007¹²⁸⁹, puis modifié par décret du 24 avril 2012¹²⁹⁰, le contenu de l'obligation d'information en matière de RSE s'est progressivement étoffé.

576. Aujourd'hui prévue aux articles R. 225-104 et suivants du Code de commerce, l'obligation pour les entreprises de communiquer sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité implique pour la société de fournir de nombreuses informations dans le cadre de son rapport de gestion¹²⁹¹. Au titre des informations devant être communiquées par cette dernière, certaines d'entre elles concernent directement les risques de l'entreprise et les moyens de s'en prémunir. Dans le cadre de cette obligation, les risques sont alors appréhendés au regard de l'événement dont la réalisation est éventuelle et qui nécessite des moyens de prévention mais également eu égard aux conséquences des risques qui se sont réalisés.

MARTIN, « Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés* 2011, n° 2, fév. 2011, p. 75 et s.

¹²⁸⁷ L'article R. 225-104 du Code de commerce prévoit que « les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice sont déterminés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article R. 123-200 ». Le législateur précise également que ces seuils ont évolué dans le temps puisque « conformément [à l'article 2 du] décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, les dispositions du premier alinéa dans leur rédaction issue de l'article 1er du présent décret sont applicables aux exercices ouverts après le 31 décembre 2013. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice ». A titre de précision, les alinéas 4 à 6 de l'article R. 123-200 du Code de commerce précisent que « le total du bilan est égal à la somme des montants nets des éléments d'actif. Le montant net du chiffre d'affaires est égal au montant des ventes de produits et services liés à l'activité courante, diminué des réductions sur ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée et des taxes assimilées. Le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est égal à la moyenne arithmétique des effectifs à la fin de chaque trimestre de l'année civile, ou de l'exercice comptable lorsque celui-ci ne coïncide pas avec l'année civile, liés à l'entreprise par un contrat de travail à durée indéterminée ».

¹²⁸⁸ Décret n° 2002-221 du 20 février 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

¹²⁸⁹ Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du Code de commerce, art. 3.

¹²⁹⁰ Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

¹²⁹¹ C. com., art. R. 225-105-1.

577. En premier lieu, concernant les informations relatives aux préoccupations sociales, les sociétés doivent, par exemple, faire état des conditions de santé et de sécurité au travail, des formations réalisées par le personnel ou encore mentionner le bilan des accords signés avec les organisations syndicales ou les représentants du personnel en matière de santé et de sécurité au travail¹²⁹². Bien que cette obligation soit déjà prescrite dans le cadre de l'établissement du document unique d'évaluation des risques professionnels¹²⁹³, la bonne exécution de cette dernière obligation peut servir pour fournir cette information mais ne saurait suffire en l'état pour se conformer aux exigences du Code de commerce, puisque les créanciers de l'obligation d'information ne sont tout simplement pas les mêmes. En effet, si différentes parties prenantes de l'entreprise sont destinataires des informations contenues dans le document unique¹²⁹⁴, ils ne sauraient se confondre avec les actionnaires qui sont les principaux créanciers de l'obligation d'information dans le cadre du rapport de gestion. Outre ces dernières informations, les sociétés cotées sur un marché réglementé doivent également indiquer le taux d'absentéisme dans l'entreprise ou encore présenter les maladies professionnelles contractées par leurs travailleurs et faire état des accidents du travail qui se sont produits en précisant notamment leur fréquence et leur gravité¹²⁹⁵. A la lumière de cette énumération non exhaustive, de multiples informations sur la présence de risques sociaux permettent d'enrichir l'analyse générale des risques de l'entreprise dans le cadre du rapport de gestion.

578. En second lieu, concernant les informations relatives aux préoccupations environnementales, la société doit tout d'abord indiquer sa politique générale en matière environnementale et préciser, à cet effet, l'organisation mise en place pour prendre en compte les questions environnementales et, le cas échéant, les démarches d'évaluation ou de certification en matière d'environnement. De même, elle doit faire état des actions de formation et d'information des salariés menées en matière de protection de l'environnement ou encore préciser les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et des pollutions. Ensuite, des informations sur la manière dont elle organise la gestion des déchets et de la pollution doivent être indiquées dans le rapport. Ces informations doivent alors

¹²⁹² C. com., art. R. 225-105-1, I, 1^o, d.

¹²⁹³ V. *supra*, n^o 466 et s.

¹²⁹⁴ V. *supra*, n^o 469.

¹²⁹⁵ C. com., art. 225-105-1, II

préciser les mesures de prévention, de réduction ou de réparation de rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement. Aussi, les mesures de prévention de recyclage et d'élimination des déchets, ainsi que la prise en compte des nuisances sonores et de toute autre forme de pollution spécifique à une activité, font l'objet d'une information. L'entreprise doit également communiquer sur les mesures prises pour préserver ou développer la biodiversité ou encore sur les informations relatives aux engagements sociétaux en faveur du développement durable, en précisant l'impact territorial, économique et social de l'activité de la société sur les populations riveraines ou locales¹²⁹⁶. Ainsi, outre la présentation des risques environnementaux présents dans l'entreprise, les destinataires de cette information pourront obtenir une information sur les moyens de prévention de ces risques afin d'apprécier la réelle exposition de l'entreprise aux risques environnementaux auxquels cette dernière est confrontée. De surcroît, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent également indiquer, dans le cadre de leur politique générale en matière environnementale, « le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sous réserve que cette information ne soit pas de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours »¹²⁹⁷.

579. Dans le même sens, ces dernières sont tenues de mentionner les mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs¹²⁹⁸, afin de rassurer les actionnaires sur l'innocuité des produits de la société pour ses clients. Aussi, cette dernière doit également indiquer les actions engagées pour prévenir les faits de corruption¹²⁹⁹. Afin de permettre aux sociétés de se conformer à l'ensemble des exigences du législateur et pour d'obtenir une information plus uniformisée de ces dernières, l'AMF a publié un rapport, sous la forme d'une recommandation, afin de parfaire la manière de communiquer sur ces informations¹³⁰⁰.

580. Par ailleurs, afin de tendre vers davantage de transparence et de loyauté dans l'exécution de l'obligation d'information, le législateur précise l'obligation pour l'entreprise de mentionner les informations exigées du législateur mais non présentées dans le rapport,

¹²⁹⁶ Décret n° 2012-527 du 24 avril 2012 ; V. également, C. MALECKI, « L'article 12 de la loi Warsmann II ou le reporting extra financier « extra » allégé ! », Bull. Joly 2012. 411.

¹²⁹⁷ C. com., art. R. 225-105-1, I, 2°, a.

¹²⁹⁸ C. com., art. 225-105-1, II, 2°, d.

¹²⁹⁹ C. com., art. 225-105-1, II, 2°, d.

¹³⁰⁰ Recommandation AMF n° 2013-18, Rapport de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale, 5 nov. 2013, 59 p.

selon que ces informations ne peuvent être produites ou selon que leur présentation est dénuée de pertinence dans le cadre de l'analyse prévue dans le rapport de gestion. Sur le fondement de cette dernière obligation, l'entreprise doit alors fournir toute information utile permettant aux destinataires de l'information de comprendre les raisons de telle ou telle omission. Cette dernière modalité n'est pas une nouveauté en droit des sociétés et se retrouve ainsi dans le cadre de la référence aux codes de gouvernement d'entreprise par les sociétés soumises au concept du « *comply or explain* »¹³⁰¹. Aussi, il est à préciser que lorsque la société établit des comptes consolidés, ces informations doivent également être « consolidées » et donc porter sur la société concernée ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-2 du Code de commerce.

581. Concernant le contrôle de ces informations, les commissaires aux comptes procèdent aux vérifications de la concordance de ces dernières avec les comptes annuels et les comptes consolidés. En outre, afin de s'assurer de l'effectivité des dispositions régissant la RSE et du fait des compétences particulières nécessitées par ces matières, le législateur a prévu l'obligation pour les sociétés de procéder à la vérification des informations fournies, en application de l'article L. 225-102-1 et suivants du Code de commerce, par un organisme tiers indépendant¹³⁰². Ce dernier organisme, qui est soumis aux mêmes règles d'indépendance que celles prévues pour les commissaires aux comptes de la société¹³⁰³, doit alors attester de la présence des informations requises et émettre un avis sur la sincérité des informations figurant dans le rapport de gestion et sur les explications relatives, le cas échéant, à l'absence de certaines informations. Cette vérification donne alors lieu à un avis qui est communiqué à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport de gestion¹³⁰⁴. Il est néanmoins à préciser que si l'obligation de vérifier les informations en matière de RSE est exigée des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé depuis l'exercice clos au 31 décembre 2011, les autres sociétés qui y sont soumises doivent s'y conformer pour l'exercice qui se clora au 31 décembre 2016¹³⁰⁵. Néanmoins, en l'état

¹³⁰¹ V. *supra*, n° 321.

¹³⁰² C. com., art. L. 225-102-1, al. 7.

¹³⁰³ C. com., art. R. 225-105-2.

¹³⁰⁴ C. com., art. L. 225-102-1.

¹³⁰⁵ Toutefois, l'alinéa 9 de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit que l'attestation relative à la présence dans le rapport de gestion de toutes les informations requises est exigée dès le premier exercice au titre duquel les sociétés seront soumises à l'obligation de produire les informations sociales et environnementales.

actuel du droit, aucune disposition spéciale ne vient sanctionner le non respect de cette obligation d'information, sauf à considérer le caractère incomplet du rapport de gestion comme équivalent à un défaut de rapport susceptible d'entraîner la nullité d'une délibération lorsque les omissions constatées concernent une information essentielle pour l'adoption d'une résolution¹³⁰⁶.

582. Pour illustrer l'attrait grandissant de nos sociétés contemporaines pour ce type d'informations, il est possible de relever la création en 1997 de l'Arese première agence de notation du risque social et environnemental en France¹³⁰⁷. Devenue l'Agence Vigeo en 2002, cette dernière est concurrencée la même année par l'agence CoreRatings, filiale d'un groupe financier déjà leader dans le domaine de la notation financière, la société Fitch ratings, et par de nombreuses autres agences depuis ces dernières années¹³⁰⁸. Enfin, nonobstant les différentes informations sur les risques devant être communiquées dans le cadre du rapport de gestion ou du document de référence, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont aussi astreintes à une obligation d'information continue périodique et permanente.

Section 2 : Les obligations incombant aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé

583. Les sociétés dont les titres sont admis sur les marchés financiers et, plus particulièrement, sur un marché réglementé, sont soumises à des obligations d'information, concernant les risques auxquels elles sont exposées, bien plus importantes que les sociétés non cotées. Pour contraindre d'autant plus les sociétés à exécuter les obligations d'information essentielles au fonctionnement des marchés financiers, le législateur a prévu un véritable arsenal repressif (§ 1). De la même manière, afin de renforcer la prévention des risques, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé

¹³⁰⁶ V. *supra*, n° 412.

¹³⁰⁷ E. ALBEROLA, S. GIAMPORCARO-SAUNIERE, Les agences d'analyse et de notation extra-financière : « quels services pour quels investisseurs ? », *L'investissement socialement responsable, Revue d'économie financière*, N° 85, 2006, pp. 171-189.

¹³⁰⁸ La notation extra-financière, Dossier « Notation = évaluation ? », *Cahier de l'évaluation*, N°6, juillet 2012, Vol. 3, 128 p.

doivent disposer de procédures de contrôle interne et de gestion des risques (§ 2).

Paragraphe 1 : Les obligations d'information et les sanctions sur les marchés financiers

584. Pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les obligations d'analyse et d'information relatives aux risques ne sont nullement cantonnées aux seuls rapport de gestion et document de référence. En effet, pour assurer la transparence des marchés, ces sociétés sont astreintes à des obligations d'information périodique et permanente (A). Ces obligations s'appliquent également aux informations sensibles de l'entreprise et leur inexécution peut être sanctionnée (B).

A) Les obligations d'information périodique et permanente

585. Du fait des nombreux événements susceptibles de se produire au cours d'un exercice social et pouvant avoir un impact sur la valeur de l'entreprise, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont soumises à des obligations d'information périodiques (1) et permanentes (2).

1) L'obligation d'information périodique

586. Afin de bénéficier de cotations des titres les plus représentatives possibles de la valeur des sociétés et du fait d'une réglementation accrue sur les marchés réglementés, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un tel marché sont tenues à une obligation d'information durant toute la période couvrant l'exercice social. Même si la notion de risque n'est pas toujours expressément mentionnée par le législateur, elle reste sous-jacente particulièrement dans les informations concernant la situation financière de l'entreprise. Cette information dite « information réglementée »¹³⁰⁹ concerne, sauf exception¹³¹⁰, les sociétés

¹³⁰⁹ AMF, Règl. gén., art. 221-1.

dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé¹³¹¹.

587. Ainsi, ces dernières sont tenues d'établir, dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice, des comptes annuels¹³¹², des comptes consolidés le cas échéant, un rapport de gestion accompagné d'une déclaration des personnes physiques qui assument la responsabilité de l'ensemble de ces documents, ainsi que des rapports des commissaires aux comptes ou des contrôleurs légaux ou statutaires sur les comptes précités¹³¹³. De même, elles doivent publier et déposer auprès de l'Autorité des marchés financiers un rapport financier semestriel dans les deux mois qui suivent la fin du premier semestre de leur exercice¹³¹⁴. Le rapport financier semestriel comporte ainsi des comptes condensés¹³¹⁵ pour le premier semestre écoulé qui sont vérifiés par les commissaires aux comptes. Aussi, elles sont astreintes à une obligation d'information financière trimestrielle, dans les quarante cinq jours suivant la fin des premiers et troisième trimestres de l'exercice, qui porte notamment sur le chiffre d'affaires réalisé pendant ces périodes¹³¹⁶. Il est à préciser qu'après l'adoption en 2013 de la directive dite « Directive transparence », devant être transposée en droit interne au plus tard le 27 novembre 2015, le délai de publication des rapports financiers trimestriels sera

¹³¹⁰ Concernant les sociétés dont les titres sont admis sur un système multilatéral de négociation, la notion d'information réglementée renvoie à quelques documents et informations initialement prévus pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (AMF, Règl. gén., art. 221-1, al. 2). Plus précisément, l'obligation d'information continue porte sur le descriptif des programmes de rachat mentionné à l'article 241-2 du règlement général de l'AMF, sur le communiqué précisant les modalités de mise à disposition d'un prospectus mentionné à l'article 212-27 du même règlement, ainsi que sur la notion d'information privilégiée publiée en application de l'article 223-2 du règlement général de l'AMF (V. *infra*, n° 588). Outre les informations et documents devant être communiqués par les sociétés dont les titres sont admis sur un système multilatéral de négociation, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont tenus de communiquer le rapport financier annuel mentionné à l'article 222-3 du règlement général de l'AMF, le rapport financier semestriel mentionné à l'article 222-4 du même règlement, l'information financière trimestrielle mentionnée au IV de l'article L. 451-1-2 du Code monétaire et financier, les rapports mentionnés à l'article 222-9 du règlement général de l'AMF sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil d'administration ou de surveillance et les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par les émetteurs, le communiqué relatif aux honoraires des contrôleurs légaux des comptes mentionnés à l'article 222-8 du règlement général de l'AMF, l'information relative au nombre total de droits de vote et au nombre d'actions composant le capital social mentionnée à l'article 223-16 du même règlement.

¹³¹¹ AMF, Règl. gén., art. 221-1, 1°.

¹³¹² De même, si l'obligation d'information est renforcée pour ces sociétés, les formalités qui y sont liées le sont également. Par exemple, chaque année, ces sociétés doivent publier au bulletin des annonces légales obligatoires (BALO) les comptes annuels approuvés par l'assemblée générale des actionnaires, la décision d'affectation des résultats et les comptes consolidés, dans les quarante cinq jours suivant la tenue de l'assemblée générale ordinaire (C. com., art. R. 232-11).

¹³¹³ C. monét. fin., art. L. 451-1-2, I.

¹³¹⁴ C. monét. fin., art. L. 451-1-2, III.

¹³¹⁵ Les comptes condensés comportent au moins un bilan, un compte de résultat, un tableau indiquant les variations des capitaux propres, un tableau des flux de trésorerie et une annexe (AMF, Règl. gén., art. 222-5).

¹³¹⁶ C. monét. fin., art. L. 451-1-2, IV

prolongé d'un mois. Toutefois, les établissements de taille intermédiaire et les petites et moyennes entreprises pour lesquelles l'information trimestrielle constitue « une charge financière disproportionnée » pourront en être exonérés.

Enfin et concernant plus particulièrement les risques de l'entreprise, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers sont soumises à une obligation d'information continue dès lors que ces informations sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur le cours des titres¹³¹⁷.

2) L'obligation d'information permanente

588. L'obligation de communiquer de manière continue sur les informations d'importance significative est un impératif dont le fondement se retrouve dans les principes du droit des marchés financiers. En effet, cette obligation d'information continue est une application des principes de transparence, d'intégrité du marché et d'égalité dans l'information¹³¹⁸. Au delà des différents documents et informations devant être communiqués en application des articles 222-1 et suivants du règlement général de l'AMF et dont le contenu est subordonné au marché sur lequel les titres sont admis aux négociations¹³¹⁹, toutes les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers sont tenues, dès que possible, de porter à la connaissance du public toute information privilégiée. Ces informations font alors l'objet d'un communiqué diffusé par voie électronique par l'émetteur lui-même, ou par l'intermédiaire d'un diffuseur professionnel¹³²⁰, et par voie de presse écrite¹³²¹.

589. Précisée à l'article 621-1 du règlement général de l'AMF, la notion d'information privilégiée est définie comme « une information précise qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui si elle était rendue publique, serait

¹³¹⁷ Par exemple, V. AMF, Commission des sanctions, Déc. 10 mai 2007, SAN-2007-17.

¹³¹⁸ Remise en cause des concepts du droit des sociétés par les techniques de financement : dissociation entre la qualité d'actionnaire et le risque financier : (*empty voting* et *hidden ownership*), ss. dir. F. LEPLAT, préc., spéc. p. 101-104.

¹³¹⁹ V. *supra*, n° 586.

¹³²⁰ AMF, Règl. gén., art. 221-3 et art. 221-4.

¹³²¹ AMF, Règl. gén., art. 221-4, IV.

susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers qui leur sont liés »¹³²². Dans le même sens, les dispositions de l'AMF définissent le caractère précis que revêt l'information privilégiée et permettent alors de confirmer la nécessité pour la société de communiquer notamment sur tous les risques auxquels est exposée la société dès lors que ces derniers peuvent avoir une incidence sur le cours des instruments financiers de la société émettrice.

En effet, le règlement général de l'AMF prévoit qu'une « information est réputée précise si elle fait mention d'un ensemble de circonstances ou d'un événement qui s'est produit ou qui est susceptible de se produire et s'il est possible d'en tirer une conclusion quant à l'effet possible de ces circonstances ou de cet événement sur le cours des instruments financiers concernés ou des instruments financiers qui leur sont liés ».

590. A la différence des incertitudes dénuées de probabilités, les risques sont des événements probabilisables tant au regard de leur réalisation que de leurs conséquences et doivent donc, selon les résultats de leur évaluation, faire l'objet d'une communication. De même, il est possible de percevoir dans la définition de la notion d'information privilégiée retenue par l'AMF, que la présence probable ou certaine de plusieurs facteurs de risques, à travers l'expression « ensemble de circonstances » est un des critères déclencheurs de l'obligation pour l'entreprise de communiquer sur ces derniers. Force est alors de constater que les fortes probabilités affectées aux différents risques identifiés dicteront la nécessité pour les sociétés de communiquer sur ces informations privilégiées¹³²³. En effet, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers ne peuvent résolument communiquer sur un risque de faible probabilité et dont les conséquences ne sont pas négligeables, puisque la réception de cette information peut avoir des incidences importantes sur la valeur des titres émis. Cette dernière remarque permet alors de relever les intérêts antagonistes entre les créanciers et les débiteurs de ces obligations de communication sur les risques.

¹³²² AMF, Règl. gén., art. 621-1, al. 1

¹³²³ En ce sens, la commission des sanctions de l'AMF n'a pas sanctionné un émetteur n'ayant pas communiqué sur un « projet très hypothétique » concernant l'acquisition de deux tiers du capital d'une société (AMF, Comm. des sanctions, 27 avril 2006, SAN-13-2006).

B) L'obligation continue de communiquer sur les risques sensibles de l'entreprise et les sanctions

591. L'obligation de communiquer sur les risques peut aussi s'appliquer à des informations sensibles de l'entreprise (1). Néanmoins, il est des cas où les sociétés ou leurs membres ne se conforment pas à cette obligation. En pareille hypothèse, le législateur a prévu un dispositif répressif original pour assurer l'intégrité des marchés financiers et l'égalité d'information des investisseurs (2).

1) L'obligation de communiquer sur les informations sensibles de l'entreprise

592. Si l'obligation de communiquer de manière continue permet d'assurer la transparence sur les marchés et permet aux investisseurs de bénéficier d'une parfaite information, la sensibilité de certaines informations en lien notamment avec les stratégies adoptées par l'entreprise inviterait pourtant à s'exonérer de toute publicité. D'ailleurs, cette problématique est abordée par le régulateur boursier puisque ce dernier a pris le soin de prévoir, sous certaines réserves¹³²⁴, la possibilité de différer, sous la responsabilité de la société émettrice, la publication d'une information privilégiée afin de ne pas porter atteinte aux intérêts légitimes de l'entreprise¹³²⁵. Toutefois, si le législateur a atténué l'obligation de

¹³²⁴ En cas de rétention d'une information privilégiée par la société émettrice, le législateur a pris le soin de préciser que cette dernière doit alors assurer la confidentialité de cette information et *a minima* mettre « en place des dispositions efficaces pour empêcher l'accès à cette information aux personnes autres que celles qui en ont besoin pour exercer leurs fonctions au sein de l'émetteur (...), en prenant les mesures nécessaires pour veiller à ce que toute personne ayant accès à cette information connaisse les obligations légales et réglementaires liées à cet accès et soit avertie des sanctions prévues en cas d'utilisation ou de diffusion indue de cette information (...), [ou encore] mettre en place les dispositions nécessaires permettant une publication immédiate de cette information dans le cas où il n'aurait pas été en mesure d'assurer sa confidentialité » (AMF, Règl. gén., art. 233-2, II, 1° à 3°).

¹³²⁵ En effet, le II de l'article 223-2 du règlement général de l'AMF dispose que « l'émetteur peut, sous sa propre responsabilité, différer la publication d'une information privilégiée afin de ne pas porter atteinte à ses intérêts légitimes, sous réserve que cette omission ne risque pas d'induire le public en erreur et que l'émetteur soit en mesure d'assurer la confidentialité de ladite information en contrôlant l'accès à cette dernière ». De même, en présence d'une notion non expressément définie et sujette à controverse, le législateur a énuméré plusieurs situations susceptibles d'illustrer les hypothèses dans lesquelles l'entreprise pourrait se soustraire à l'obligation de communiquer une information privilégiée qui pourrait compromettre ses intérêts légitimes. Ainsi, « les intérêts légitimes (...) peuvent notamment concerner (...) [des] négociations en cours ou éléments connexes, lorsque le fait de les rendre publics risquerait d'affecter l'issue ou le cours normal de ces négociations. En particulier, en cas de danger grave et imminent menaçant la viabilité financière de l'émetteur, mais n'entrant pas dans le champ des dispositions mentionnées au livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises, la divulgation d'informations au public peut être différée pendant une période limitée si elle risque de nuire gravement aux intérêts des actionnaires existants ou potentiels en compromettant la conclusion de

célérité à laquelle est astreinte cette dernière en pareille hypothèse, il n'a nullement prévu la possibilité de taire certaines informations lorsqu'elles revêtent un caractère sensible.

593. Par ailleurs, cet antagonisme se retrouve chaque fois qu'une entreprise, dont les titres sont admis ou non sur les marchés financiers, doit communiquer sur ses propres risques. En effet, il est légitime que des intérêts supérieurs guident une application rigoureuse des dispositions législatives et réglementaires du droit du travail dans toutes les entreprises pour protéger la partie « faible » du contrat liant l'employeur et son salarié. En revanche, l'absence de sanction expresse et l'inexistence de dispositifs spécifiques permettant d'enjoindre une communication sur les principaux risques de l'entreprise dans le cadre du rapport de gestion des sociétés non cotées¹³²⁶ permet d'affirmer que seules les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers se retrouvent réellement face à cette problématique. En effet, la méconnaissance de l'obligation de communiquer pour ces dernières et pour leurs représentants légaux a des conséquences bien plus importantes que pour leurs homologues dont les titres ne sont pas cotés sur les marchés financiers.

594. Aussi, le législateur a confié à l'AMF la mission de vérifier la bonne exécution des obligations d'information dont sont débitrices les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. A ce titre, le régulateur boursier vérifie les publications réalisées par ces dernières et peut notamment exiger des émetteurs, des personnes qui les contrôlent ou qui sont contrôlées par ces dernières ou encore des commissaires aux comptes qu'ils fournissent tous documents et informations que l'AMF juge utiles¹³²⁷. Dans le même sens, à travers le pouvoir d'injonction dont elle est dépositaire, l'AMF peut ordonner aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé « de procéder à des publications rectificatives ou complémentaires dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés »¹³²⁸. A défaut de déférer à cette injonction, l'AMF peut procéder elle-même à ces publications.

négociations particulières visant à assurer le redressement financier à long terme de l'émetteur. [De la même manière, constitue une situation pouvant justifier la rétention provisoire d'une information privilégiée, les] décisions prises ou contrats passés par l'organe de direction d'un émetteur, qui nécessitent l'approbation d'un autre organe de l'émetteur pour devenir effectifs, lorsque la structure dudit émetteur requiert une séparation entre les deux organes, si la publication de ces informations avant leur approbation, combinée à l'annonce simultanée que cette approbation doit encore être donnée, est de nature à fausser leur correcte appréciation par le public ».

¹³²⁶ V. *supra*, n° 412.

¹³²⁷ C. monét. fin., L. 621-18, al 1 et 2.

¹³²⁸ C. monét. fin., L. 621-18, al 3 et 4.

595. En outre, l'omission délibérée d'une communication d'une information privilégiée ou la communication intentionnelle d'une information erronée susceptible d'avoir une incidence sur le cours d'un instrument financier sont des comportements qui peuvent donner lieu à une sanction administrative rendue par la Commission des sanctions de l'AMF mais également conduire au déclenchement de poursuites pénales. Plus précisément, dans le cadre de l'obligation de communiquer sur les informations privilégiées, les violations du règlement général de l'AMF se matérialisent à travers l'inexécution des obligations d'abstention auxquelles sont astreintes les sociétés ; ou, parce que les sociétés ne déjeunent pas mais se contentent de payer l'addition¹³²⁹, pour les représentants ou préposés de ces sociétés. Ainsi, peut être sanctionnée en raison d'un manquement d'initié ou de manipulation du cours d'un instrument financier¹³³⁰, toute personne ayant méconnu les diverses obligations de ne pas faire prévues dans les dispositions du livre VI du règlement général de l'AMF. De même, indépendamment de la fluctuation des cours qui pourrait être constatée, la simple diffusion d'une fausse information est susceptible d'être sanctionnée tant par la Commission des sanctions du régulateur boursier que par le droit pénal, relevant ainsi une spécificité procédurale des infractions sur les marchés financiers.

¹³²⁹ L'expression célèbre « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale » de Gaston Jèze à laquelle Jean-Claude Soyer répondit « moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition » reste une démonstration de la création d'un régime juridique au profit d'une fiction constituée par la notion de personne morale (M. CAUZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 97, spéc. n° 171).

¹³³⁰ Défini à l'article 631-1 du règlement général de l'AMF, le délit de manipulation de cours peut être constitué par « le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres (...) qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le cours d'instruments financiers ou ; qui fixent, par l'action d'une ou de plusieurs personnes agissant de manière concertée, le cours d'un ou plusieurs instruments financiers à un niveau anormal ou artificiel, à moins que la personne ayant effectué les opérations ou émis les ordres établisse la légitimité des raisons de ces opérations ou de ces ordres et leur conformité aux pratiques de marché admises sur le marché réglementé concerné » (AMF, Règl. gén., art. 631-1, 1°). Le délit est également constitué par « le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres qui recourent à des procédés donnant une image fictive de l'état du marché ou à toute autre forme de tromperie ou d'artifice. En particulier, constituent des manipulations de cours (...) le fait, pour une personne ou pour plusieurs personnes agissant de manière concertée, de s'assurer une position dominante sur le marché d'un instrument financier, avec pour effet la fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou des prix de vente ou la création d'autres conditions de transaction inéquitables [ou encore] le fait d'émettre au moment de l'ouverture ou de la clôture ou, le cas échéant lors du fixage, des ordres d'achat ou de vente d'instruments financiers du marché ayant pour objet d'entraver l'établissement du prix sur ce marché ou pour effet d'induire en erreur les investisseurs agissant sur la base des cours concernés » (AMF, Règl. gén., art. 631-1, 2°). Afin d'apprécier la matérialité de l'infraction, l'AMF a prévu une liste d'éléments à prendre en compte afin d'apprécier le lien de causalité entre les informations erronées qui ont été communiquées et la variation des cours consécutive à cette communication (AMF, Règl. gén., art. 631-2).

2) Un dispositif répressif original pour assurer l'intégrité des marchés financiers et l'égalité d'information des investisseurs

596. La spécificité de la commission d'une infraction sur les marchés financiers repose notamment sur la dualité de juridictions compétentes pour sanctionner les manquements des sociétés. En effet, outre les juridictions pénales qui ont une compétence de principe pour poursuivre les diverses infractions au droit boursier, l'AMF¹³³¹ dispose de compétences lui permettant de sanctionner les manquements aux dispositions de son règlement général. Avant la loi du 1^{er} août 2003, il existait un système de cumul de sanction, administrative et disciplinaire, qui pouvait être prononcé par l'ancêtre de l'AMF, la Commission des opérations de bourse et par le Conseil des marchés financiers, dont l'institution a aujourd'hui disparu au profit de la première¹³³². De même, les délits d'initié, de manipulation des cours ou la diffusion d'une fausse information pouvaient donner lieu à une double répression, par le juge administratif et par le juge judiciaire. Le Conseil constitutionnel validait ce principe dès lors que le montant total des amendes prononcées n'excédait pas le montant le plus élevé de l'une d'entre elles¹³³³. Bien que la loi de sécurité financière n'ait pas mis fin à l'éventualité d'un tel cumul, le législateur a néanmoins rationalisé les procédures en prévoyant des obligations de communication entre l'AMF et le Procureur du Tribunal de

¹³³¹ La loi du 1^{er} août 2003, dite de sécurité financière, a confié à l'AMF un pouvoir réglementaire délégué lui permettant d'établir les règles nécessaires à la régulation des marchés financiers (C. monét. fin., art. L. 621-6-1). Dans le même sens et de manière originale dans un Etat prônant le principe de la séparation des pouvoirs, l'AMF dispose d'un pouvoir de contrôle et d'enquête, d'un pouvoir d'injonction mais également d'un pouvoir de sanction disciplinaire et administratif (C. monét. fin., art. L. 621-9, I ; art. L. 621-14, I à II ; art. L. 621-15). Néanmoins et de manière plus précise, l'AMF ne saurait être le seul juge des règles et recommandations qu'elle édicte puisqu'elles sont susceptibles d'être critiquées devant le juge administratif (C. monét. fin., art. L. 621-30). De même, les décisions individuelles infligées par le régulateur boursier à l'encontre des professionnels au sens du II de l'article L. 621-9 sont susceptible de recours devant le Conseil d'Etat. Enfin, le juge judiciaire reste compétent concernant les recours exercés contre les décisions individuelles prises à l'encontre des non professionnels (C. monét. fin., art. L. 621-30). De la même manière, afin d'atténuer la dernière critique énoncée, le législateur a prévu une séparation des différents organes de l'AMF afin de respecter les exigences processuelles d'impartialité applicable à toute juridiction. (par exemple, V. C. monét. fin., art. L. 621-2-IV, al. 5).

¹³³² J.-P. VALETTE, Régulation des marchés financiers, *op. cit.*, pp. 211-225.

¹³³³ Cons. const. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989 ; Cons. const. n° 97-395 DC, 30 déc. 1997 ; *contra*, dans une décision rendue un an auparavant, le Conseil constitutionnel a pourtant relevé qu'une « sanction administrative de nature pécuniaire [rendue par l'Autorité de régulation des télécommunications] ne peut se cumuler avec une sanction pénale » (Cons. const. n° 96-378 DC, 23 juillet 1996 ; B. MATTHIEU, M. VERPEAUX, La loi de réglementation des télécommunications, *Réc. p.* 107). Aussi, l'article L. 621-16 du Code monétaire et financier dispose que « lorsque la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ».

grande instance de Paris¹³³⁴, afin de limiter les entorses au principe *non bis in idem*¹³³⁵. Il en résulte, par exemple, que les sanctions prononcées par les juridictions pénales sur le fondement du délit d'initié sont toujours susceptibles de s'ajouter aux sanctions administratives prononcées par l'AMF.

En effet, afin de sécuriser les investissements et la valeur des titres des sociétés sur les marchés financiers, le législateur prohibe les opérations réalisées en exploitant des informations non publiques et lutte contre les évolutions de cours de titres causées par la diffusion de fausses informations. Au regard de la nécessité d'encadrer de tels comportements sur les marchés financiers¹³³⁶ de l'Union européenne, les sanctions relatives à ces comportements ont fait l'objet d'une harmonisation¹³³⁷. Outre l'explication logique d'éviter de rompre l'égalité d'information entre les différents investisseurs sur les marchés, une approche par les risques permet également de comprendre les motivations qui ont poussé le législateur à sanctionner de tels comportements.

¹³³⁴ C. proc. pén., art. 40, al. 2.

¹³³⁵ Les tribunaux français valident cette double sanction en fondant leur raisonnement sur le fait que le principe *non bis in idem*, garanti par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne s'applique pas aux sanctions administratives prononcées par l'AMF (en ce sens : Cons. const. n° 89-25 DC, 28 juill. 1989, Rec. Cons. const., p. 71 ; CA Paris, 16 mars 1994, JCP 1994. II. 22321, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299, Bull. crim. n° 98, JCP E 2001. 30, note J.-J. DAIGRE ; CEDH 30 juillet 1998, aff. Oliveira c/ Suisse, Rec. 1998-V ; rappr. CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/18, aff. Grande Stevens et a. c/ Italie, bull. Joly bourse, note J. CHACORNAC, p. 209). D'ailleurs, la directive « Abus de marché » harmonisant les sanctions des opérations d'initié à l'échelon européen anticipait déjà cette problématique en prévoyant expressément, pour les états membres, la possibilité de cumuler les sanctions pénales prévues par le droit interne des Etats membres aux sanctions prononcées par le régulateur boursier (Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, art. 14).

¹³³⁶ Si les sanctions encourues au titre des opérations d'initiés sont applicables aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, elles le sont également à tout système multilatéral de négociation qui « se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations » (C. monét. fin., art. L. 621-15).

¹³³⁷ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (Abus de marché) ; Décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'Autorité des marchés financiers mod. par décret n° 2005-131 du 14 février 2005 modifiant le décret n° 2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'Autorité des marchés financiers abr. par décret n° 2005-1007 du 2 août 2005 relatif à la partie réglementaire Code monétaire et financier ; Directive 2003/124/CE du 22 décembre 2003 de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché ; Directive 2003/125/CE du 22 décembre 2003 de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la présentation équitable des recommandations d'investissement et la mention des conflits d'intérêts. Préalablement à l'intervention du législateur européen, le droit français était doté dès 1967 d'un dispositif répressif permettant de sanctionner les atteintes à la transparence des marchés (V. ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse).

597. En premier lieu, concernant les opérations d'initié, le législateur vient sanctionner les pratiques sur les marchés financiers ayant pour effet de supprimer ou d'atténuer fortement l'aléa inhérent aux risques qui sont omniprésents sur les marchés. Tout comme « l'aléa chasse la lésion »¹³³⁸ dans les relations contractuelles, selon l'expression attribuée à Pothier, l'opération d'initié chasse, ou diminue sensiblement, l'aléa inhérent au risque lié à la fluctuation négative ou positive d'un instrument financier. L'AMF et le droit pénal viennent alors sanctionner toute opération sur les marchés financiers réalisée grâce à la connaissance privilégiée des résultats fortement probables d'une prise de risque. La répression de ce comportement a donc pour objectif d'assurer une égalité d'information entre les différents opérateurs et de pérenniser la confiance des investisseurs dans les marchés sur lesquels ils investissent¹³³⁹.

Précisé à l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier, le délit d'initié ne se confond pas pleinement avec le manquement d'initié susceptible de donner lieu aux sanctions de l'AMF en raison de la violation de son règlement général. En effet, le règlement général de l'AMF prévoit des obligations d'abstention à l'égard de toute personne disposant d'une information privilégiée. Toutefois, si les délits et manquements d'initiés prévoient des obligations de ne pas faire, de s'abstenir d'agir ou de communiquer sur la foi d'une information privilégiée, les auteurs de l'infraction¹³⁴⁰, la notion d'information privilégiée¹³⁴¹,

¹³³⁸ J. CARBONNIER, obs. RTD civ., 1946.324 ; crit. : G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », RTD civ., 1979.13-9, cité in Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, *op. cit.*, p. 207.

¹³³⁹ En ce sens, V. M.-E. GOUNOT, Essai d'application de l'analyse économique du droit à la réglementation boursière des opérations d'initiés, RSC 2000, p. 335 et s.

¹³⁴⁰ Les auteurs du délit d'initié sont limitativement énumérés dans les dispositions du Code monétaire et financier (C. monét. fin., art. L. 465-1). Outre les initiés primaires ou par nature (V. en ce sens, W. JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, 5^e éd., Dalloz, cité in M. GIACOPELLI, N. CATELAN, Délit et manquement d'initiés, Rép. de Droit pénal et de procédure pénale, ss. dir. Y. MAYAUD, Dalloz, 2009, maj. janv. 2012, n° 7 et s.), sont également concernés les initiés secondaires - de seconde main ou de fait - et les initiés tertiaires (V. en ce sens, F. STASIAK, Droit pénal des affaires, 2005, LGDJ, p. 250 et s., cité in M. GIACOPELLI, N. CATELAN, Délit et manquement d'initiés, *op. cit.*, n° 7 et s.). Plus précisément, les initiés primaires se retrouvent visés par renvoi à l'article L. 225-109 du Code de commerce. Ce groupe d'initié est alors constitué par « le président, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques ou morales exerçant dans cette société les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions ». Une présomption simple de la qualité d'initié pèse alors sur ces personnes en raison des fonctions qu'elles exercent au sein de la société et qui leur permettraient d'exploiter des informations privilégiées pour réaliser des opérations en connaissance de cause (Cass. crim., 15 mars 1993, n° 92-82.263, Bull. crim. n° 113, D. 1993. 610, note DUCOULOX-FAVARD). Le deuxième cercle d'initié, également visé au premier alinéa de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier, rassemble toute personne disposant d'informations privilégiées à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leur fonction. Ainsi, nul besoin que l'auteur de l'infraction soit employé par la société pour pouvoir le poursuivre au titre du délit d'initié (à titre d'exemple, V. respectivement les jurisprudences rendues à l'encontre d'un cadre d'une banque, d'un avocat et même d'un architecte : TGI Paris,

13 janv. 1978, Bull. COB, févr. 1978, n° 101 ; CA Paris, 27 déc. 1970, Gaz. Pal. 1991. 1. 157 ; TGI Paris, 15 oct. 1976, JCP 1977. I. 18543, note TUNC). Enfin, le troisième cercle de personnes susceptibles de recevoir la qualification d'initié, repris au troisième alinéa de l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier, est constitué de « toute personne (...) possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou de ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé (...) [qui réalise, tente de réaliser ou permet] de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance ». A l'inverse, les dispositions du règlement général de l'AMF prévoyant le manquement d'initié ne reprennent pas les distinctions du Code monétaire et financier et visent indifféremment « toute personne physique ou morale ou toute entité » (AMF, Règl. gén., art. 611-1, 1°). En dépit des similarités observées entre les champ *rationae materiae* des délits et manquements d'initié, il existe néanmoins une différence non négligeable dans l'identification des auteurs de ces comportements. En premier lieu, à la différence du droit pénal prévoyant la possibilité, pour les personnes morales, d'être exonérées de toute responsabilité lorsque l'infraction n'est pas commise « pour leur compte » (Cass. crim., n° 97-81273, 7 juillet 1998, bull. crim. 1998 N° 216 p. 626), l'AMF nie cette possibilité dès lors que les faits sont commis par un préposé de la société dans le cadre de ses fonctions. Ainsi, ni le fait que les organes dirigeants aient eu connaissance des manquements, ni le fait qu'ils n'aient pas pris au préalable les dispositions appropriées pour en prévenir la survenance n'ont d'incidence sur l'engagement de la responsabilité de l'employeur (AMF, Comm. des sanctions, 7 juin 2007, Vivendi et al.). En second lieu, la présence dans les dispositions du règlement général de l'AMF du terme « entité », comme un auteur susceptible de recevoir la qualité d'initié, permet à l'AMF de pouvoir poursuivre les associations non déclarées (Loi 1^{er} juill. 1905, art. 2 et 5), les sociétés en participation (C. civ., art. 1871 et 1873), les sociétés créées de fait, les groupes de sociétés ainsi que les sociétés absorbantes dans le cadre de l'absorption d'une société dont il est reproché le manquement d'initié (en ce sens, M. GIACOPELLI, N. CATELAN, « Délit et manquement d'initiés », Rép. de Droit pénal et de procédure pénale, *op. cit.*, n° 66).

¹³⁴¹ Pour caractériser le délit d'initié, encore faut-il pouvoir apprécier le caractère privilégié de l'information. Non définis par le législateur, les contours de la notion d'information privilégiée ont été progressivement esquissés par la jurisprudence. Ainsi, l'information privilégiée doit être précise (CA Paris, 30 mars 1977, JCP 1978. II. 18789, note A. TUNC ; CA Paris, 26 mai 1977, JCP 1978. II. 18789, note A. TUNC, D. 1978. 379, note J. COSSON ; CA Paris, 28 janv. 1985, D. 1985. 357, note J.-P. MARCHI, Gaz. Pal. 1985. 1. 287, note DUCOULOUX FAVARD ; CA Paris, 26 oct. 1999, Bull. Joly Bourse 2000. 153, note RONTCHEVSKY) sans toutefois être certaine (Cass. com., 5 oct. 1999, n° 97-17.090, Bull. civ. IV, n° 157, D. 1999. 55, obs. V. A.-R., Rev. Sociétés 1999. 850, note ROBINEAU, RSC 2000. 635, note RIFFAULT, RTD com. 2000. 141, note RONTCHEVSKY). Dans un arrêt rendu le 14 juin 2006, la chambre criminelle de la Cour de cassation synthétise d'ailleurs les différents critères permettant de qualifier l'information privilégiée en relevant « une information précise, confidentielle et de nature à influencer sur le cours des valeurs » (Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-82.453, Bull. crim. n° 178, Dr. sociétés 2006, comm. 132, note R. SALOMON, AJ pénal 2006. 364, obs. ROYER, D. 2007. Pan. 2418, notes LE BARS et THOMASSET-PIERRE, Rev. sociétés 2007. 125, obs. BOULOC). De même, la doctrine relève que le privilège de l'information doit également avoir déterminé la réalisation des opérations dont il est fait grief (en ce sens, M. CAUZIAN, A. VIANDIER, Fl. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 523 et s. spéc. n° 1028). Néanmoins, il est à préciser, puisque nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence constante (Cass. civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 03-14.717), que les contours de l'information dégagés par la jurisprudence sont susceptibles d'être modifiés. A l'inverse, le règlement général de l'AMF énonce expressément les caractères de l'information privilégiée qui restent en filigrane les mêmes que ceux retenus par les tribunaux français (AMF, Règl. gén., art. 621-1 ; *adde.*, si le caractère confidentiel de l'information privilégiée n'est pas expressément mentionné dans le règlement général de l'AMF, il se déduit néanmoins du fait des critères de sensibilité de l'information et de l'absence de publicité de cette dernière). Il est toutefois possible de percevoir quelques disparités de rédaction entre les enseignements de la Cour de cassation et les dispositions du règlement général de l'AMF. En effet, les dispositions pénales prévues par le Code monétaire et financier, d'interprétation stricte, rappellent que l'information doit porter soit « sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou de ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article L. 421-1, soit sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé ou pour lesquels une demande d'admission sur un tel marché a été présentée, ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations ou négociés sur un système multilatéral de négociation, admis aux négociations sur un tel marché ou pour lesquels une demande d'admission à la négociation sur un tel marché a été présentée ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier ou d'un actif visé au II de l'article L. 421-1 admis sur un marché réglementé » (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 1). Le contenu de l'information privilégiée prévu par le règlement général de l'AMF peut être perçu

la nécessité de démontrer le caractère intentionnel de l'infraction en droit pénal¹³⁴² ou encore les peines encourues¹³⁴³ pour ces infractions sont autant de distinctions qu'il est possible

comme plus extensif, puisqu'il vise notamment « un ensemble de circonstances ou d'un événement qui s'est produit ou qui est susceptible de se produire et s'il est possible d'en tirer une conclusion quant à l'effet possible de ces circonstances ou de cet événement sur le cours des instruments financiers concernés ou des instruments financiers qui leur sont liés » (AMF, Règl. gén., art. 621-1). De même, l'article suivant relève que cette information peut également concerner, lorsqu'elle a trait aux instruments dérivés sur produits de base et aux contrats commerciaux, « un ou plusieurs de ces instruments financiers dérivés ou ces contrats commerciaux et que les utilisateurs des marchés sur lesquels ces instruments financiers dérivés ou ces contrats commerciaux sont négociés s'attendraient à recevoir conformément aux pratiques de marché admises sur ces marchés, lorsque cette information (...) est périodiquement mise à la disposition de leurs utilisateurs ou [qu'elle] est rendue publique en application de la loi, des règlements ou des règles de marché, de contrats ou d'usages propres au marché du produit de base sous-jacent ou au marché d'instruments « financiers » dérivés sur produits de base concernés (AMF, Règl. gén., art. 621-2). Aussi, la doctrine relève que la matérialité du manquement et du délit d'initiés est caractérisée dès lors que l'information est utilisée ou communiquée à un tiers (M. GIACOPELLI, N. CATELAN, « Délit et manquement d'initiés », *op. cit.*, n°18). Cette dernière pratique, qu'il est possible de retrouver sous la dénomination d'infraction de « diner en ville » est également réprimée par le délit d'initié qui prohibe le fait pour « toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée (...) de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions » (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 2). Si ces dernières similitudes permettent de rapprocher les deux sanctions, il est à préciser que le règlement général de l'AMF prévoit que le manquement d'initié est également constitué par la simple recommandation « à une autre personne d'acquérir ou de céder, ou de faire acquérir ou céder par une autre personne, sur la base d'une information privilégiée, les instruments financiers auxquels se rapportent cette information ou les instruments financiers auxquels ces instruments sont liés ». Bien que le droit interne ne prévoit pas expressément cette dernière modalité comme susceptible de matérialiser le délit d'initié, il n'en demeure pas moins que les tribunaux pourront toujours poursuivre l'initié ayant recommandé l'acquisition ou la cession de titres soit en présumant que l'information privilégiée a été communiquée dans le même temps que la recommandation d'acquérir ou de céder des instruments financiers, soit en relevant que la simple recommandation d'acquérir ou de céder promptement les instruments en cause suffit à rassembler les critères de précision, de confidentialité et celui de l'influence de l'information sur le cours des valeurs ou, enfin, soit en considérant que cette recommandation permet « de réaliser (...) par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations » (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 1).

¹³⁴² Concernant le manquement d'initié, une présomption simple – bien que dans la pratique celle-ci soit quasi irréfutable – de violation du règlement général de l'AMF pèse sur l'auteur à qui le manquement est reproché. En effet, cette violation est caractérisée par « le simple rapprochement chronologique entre la détention de l'information et son exploitation » sur le marché financier pendant la période où cette information est inconnue du public. (AMF, Comm. des sanctions, 6 déc. 2007, 2008-04, BOUTIN ; V. également, Cass. com., 8 février 2011, n°10-10965. Affaire « Marionnaud » ; CJUE 23 déc. 2009, Spector Poto Group NV, Chris Van Raemdonck c/ CBFA, aff. C-45/08, RSC 2010. Chron. 156, obs. STASIAK). Concernant le délit d'initié, il est à préciser qu'il existe une présomption simple de connaissance de l'information privilégiée pesant sur le premier cercle d'initié qui s'explique aisément du fait des fonctions exercées par ces membres (TGI Paris, 30 mars 1979, JCP 1980. I. 19 306, note A. TUNC). Néanmoins, les règles protectrices de la procédure pénale permettent à la personne poursuivie au titre du délit d'initié de bénéficier des différentes garanties liées aux droits de la défense (présomption d'innocence, assistance d'un avocat, examen de la légalité des mesures ordonnées dans le cadre du dossier pénal, etc.).

¹³⁴³ Les auteurs d'un délit d'initié sont sanctionnés différemment selon le cercle d'initié auquel ils appartiennent. Ainsi, les initiés des deux premiers cercles encourtent une peine de « deux ans d'emprisonnement et une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit » (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 1). Ces derniers encourtent la même amende et une année d'emprisonnement de moins en cas de simple communication d'une information privilégiée à un tiers en dehors du cadre normal de leur profession ou de leur fonction (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 2). Si les membres du dernier cercle d'initiés encourtent les mêmes amendes que celles prévues pour les initiés des premiers cercles, la peine d'emprisonnement prévue est également diminuée d'une année. De plus, l'amende maximale encourue en cas de profit inférieur à cette amende, ou en cas d'absence de profit, est similaire à celle pouvant être prononcée en cas de simple communication de l'information, soit une amende de 150 000 euros (C. monét. fin., art. L. 465-1, al. 3).

d'observer entre le délit et le manquement d'initiés.

598. En deuxième lieu, le comportement consistant à manipuler le cours des instruments financiers, ou celui caractérisé par la diffusion d'informations fausses ou trompeuses sont également prohibés tant par le règlement général de l'AMF que par le droit pénal des affaires. L'objectif du législateur tend également à réprimer toute action ayant pour objet de provoquer intentionnellement la fluctuation du cours d'un instrument à la hausse ou à la baisse. Ainsi, en réalisant des opérations dans l'intention de manipuler le cours des instruments ou en diffusant de fausses informations, les auteurs de ces comportements faussent délibérément les différents aléas du risque de fluctuation « normale » des titres sur lesquels se basent tout investisseur¹³⁴⁴. En d'autres termes, ces comportements ont pour effet de tromper les calculs d'investissements du fait de la prise en compte de données non pertinentes, puisqu'elles sont générées artificiellement par leur auteur du fait des fausses informations diffusées. La diffusion d'une information, dont le contenu fait état d'une minoration d'un risque ou de plusieurs facteurs de risques inhérents à l'activité d'une société cotée sur un marché financier, peut avoir pour effet de tromper les personnes qui investissent sur la foi de fausses informations diffusées et qui peuvent observer le montant de leur investissement fortement diminuer une fois que le forfait est révélé.

599. Concernant le délit de manipulation de cours, le Code monétaire et financier interdit à « toute personne d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché

Concernant le manquement d'initié, si l'amende peut également être portée au décuple du profit réalisé, l'amende maximale encourue est portée, depuis la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, à 100 millions d'euros. Outre les lourdes amendes encourues, les professionnels des marchés (prestataires de services d'investissements, entreprises de marché, membres des marchés réglementés, analystes financiers, etc.) ainsi que les personnes physiques exerçant pour leur compte encourent également diverses sanctions s'échelonnant du blâme ou de l'avertissement au retrait temporaire ou définitif d'exercer leur activité (C. monét. fin., art. L. 621-15, III). Si la réalisation de profits n'est pas nécessairement prise en compte pour caractériser l'infraction, elle reste une donnée nécessaire à la fixation de l'amende prononcée. Cette dernière affirmation a fait l'objet d'une confirmation récente par le législateur qui prohibe et condamne selon les mêmes peines, depuis la loi du 26 juillet 2013, la tentative de délit d'initié (Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, art. 20). Dans le même sens, le manquement d'initié est aussi caractérisé par la simple tentative de cession ou d'acquisition d'instruments financiers réalisée en disposant d'informations privilégiées (Arrêté du 30 décembre 2005 mod. AMF, Règl. gén., art. 622-5, al. 1).

¹³⁴⁴ Dans le même sens, la doctrine relève que « l'aléa inhérent [aux marchés financiers] ne saurait, en effet, se justifier que dans la mesure où tous les acteurs sont placés sur un pied d'égalité » (M. GIACOPELLI, N. CATELAN, *Délit et manquement d'initiés*, *op. cit.*, spéc. n° 48).

réglementé ou d'un système multilatéral de négociation en induisant autrui en erreur »¹³⁴⁵. Sans reprendre la définition du législateur, le règlement général de l'AMF propose une définition plus étayée du manquement à son règlement général¹³⁴⁶ et donne quelques éléments pris en compte pour caractériser l'infraction¹³⁴⁷. Dans le même sens, la doctrine fournit plusieurs exemples permettant de percevoir les comportements répréhensibles sur le fondement du délit de manipulation de cours, comme le fait d'acquérir massivement des titres avant la clôture des marchés afin de faire artificiellement grimper le cours d'un titre¹³⁴⁸. Cette dernière relève également la difficulté rencontrée pour condamner les auteurs de cette infraction au regard de la subtilité des pratiques des opérateurs pour arriver à leur fin¹³⁴⁹, comme le *trading* haute fréquence qui commence à être encadré par le législateur¹³⁵⁰,

600. Concernant la diffusion intentionnelle d'une fausse information, le législateur considère le délit caractérisé par le « fait, pour toute personne, de répandre ou de tenter de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou de ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé (...) ou sur un système multilatéral de

¹³⁴⁵ C. monét. fin., art. L. 465-2, mod. par loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010.

¹³⁴⁶ Selon le règlement général de l'AMF, « constitue une manipulation de cours : 1° Le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres : a) Qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses sur l'offre, la demande ou le cours d'instruments financiers ou ; b) Qui fixent, par l'action d'une ou de plusieurs personnes agissant de manière concertée, le cours d'un ou plusieurs instruments financiers à un niveau anormal ou artificiel, à moins que la personne ayant effectué les opérations ou émis les ordres établisse la légitimité des raisons de ces opérations ou de ces ordres et leur conformité aux pratiques de marché admises sur le marché réglementé concerné ; 2° Le fait d'effectuer des opérations ou d'émettre des ordres qui recourent à des procédés donnant une image fictive de l'état du marché ou à toute autre forme de tromperie ou d'artifice. En particulier, constituent des manipulations de cours : a) Le fait, pour une personne ou pour plusieurs personnes agissant de manière concertée, de s'assurer une position dominante sur le marché d'un instrument financier, avec pour effet la fixation directe ou indirecte des prix d'achat ou des prix de vente ou la création d'autres conditions de transaction inéquitables ; b) Le fait d'émettre au moment de l'ouverture ou de la clôture ou, le cas échéant lors du fixation, des ordres d'achat ou de vente d'instruments financiers du marché ayant pour objet d'entraver l'établissement du prix sur ce marché ou pour effet d'induire en erreur les investisseurs agissant sur la base des cours concernés » (AMF, Règl. gén., art. 631-1).

¹³⁴⁷ AMF, Règl. gén., art. 631-2 et s.

¹³⁴⁸ M. CAUZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 525, spéc n° 1031 ; *adde*, la doctrine ajoute néanmoins que le dernier élément matériel, caractérisé par le fait que la manœuvre doit avoir été réalisée « en induisant autrui en erreur », est particulièrement difficile à démontrer (M. GIACOPELLI, N. CATELAN, Délit et manquement d'initiés, Répertoire de Droit pénal et de procédure pénale, *op. cit.*, spéc. n° 45).

¹³⁴⁹ M. CAUZIAN, A. VIANDIER, FI. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 525, spéc n° 1031.

¹³⁵⁰ V. Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, chap. 3, art. 17 à 19.

négociation (...)»¹³⁵¹. Dans le même sens, le règlement général de l'AMF reprend la définition dégagée par le Code monétaire et financier, bien que la formule légale ne soit pas reprise à l'identique¹³⁵². Nonobstant l'élément intentionnel qu'il n'est pas nécessaire de démontrer en cas de manquement¹³⁵³, il est néanmoins une différence qu'il est possible d'observer entre les dispositions du règlement général de l'AMF et les prévisions du législateur. En effet, le législateur a récemment étendu le périmètre du délit de diffusion de fausse information à tout « contrat commercial relatif à des marchandises et lié à un ou plusieurs des instruments (...) de nature à agir sur les cours desdits instruments (...) »¹³⁵⁴. En d'autres termes, toute personne ayant diffusé de fausses informations sur les conventions réalisées par une société et portant sur l'acquisition ou la cession de marchandises liées à des instruments financiers, comme les matières premières par exemple, est susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Enfin, il est à préciser que, devant les juridictions pénales, les sanctions de ces derniers délits sont identiques à celles prononcées à l'encontre du premier cercle d'initiés en cas de condamnation pour délit d'initié¹³⁵⁵. Dans le même sens, lorsque ces manquements sont constitutifs d'une violation du règlement général de l'AMF, les sanctions encourues sont également les mêmes que celles pouvant être prononcées par le régulateur boursier en cas d'opération d'initié¹³⁵⁶. Enfin, pour parfaire la communication relative à la gestion des risques des sociétés cotées, le législateur a enjoint aux sociétés cotées sur un marché réglementé de fournir des informations sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place dans ces sociétés.

Paragraphe 2 : Les procédures du contrôle interne et de gestion des risques

601. Comme la prévention des risques professionnels l'a précédemment illustrée¹³⁵⁷, la gestion des risques de l'entreprise est l'affaire de tous les acteurs de cette dernière. Pour les

¹³⁵¹ C. monét. fin., art. L. 465-2, al. 2 ; *adde.*, le caractère faux ou trompeur de l'information s'apprécie à la date à laquelle celle-ci est donnée (AMF, Comm. des sanctions, 31 mars 2011, Sté Groupe X, Rev. Sociétés 2011, p. 453, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 695).

¹³⁵² AMF, Règl. gén., art. 632-1.

¹³⁵³ Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-14.968, Bull. civ. IV, n° 111, RJDA 2010, n° 1082, RLDA 2010/52, n° 2995, JCP E 2010, n° 1729.

¹³⁵⁴ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, art. 13, mod. C. monét. fin., art. L. 621-9.

¹³⁵⁵ V. *supra*, n° 598.

¹³⁵⁶ V. *supra*, n° 598.

¹³⁵⁷ V. *supra*, n°s 481 et s.

sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers, le poids économique de ces sociétés, le nombre de salariés ou les multiples partenaires commerciaux qui pourraient subir les conséquences d'une mauvaise gestion des risques de ces dernières impliquent que les obligations de communiquer et de prévenir leurs risques soient renforcées.

602. Dans le même sens, afin d'assurer une certaine transparence dans la gestion des sociétés, tant les obligations d'information concernant les risques que les obligations de les maîtriser ont cru au fil du temps. Ainsi, si la loi NRE¹³⁵⁸ introduisait les prémices de l'obligation de communiquer sur les informations en matière de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, que la loi LSF¹³⁵⁹ invitait les dirigeants à communiquer, dans le rapport de gestion, sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société, que l'ordonnance du 24 décembre 2004¹³⁶⁰ introduisait l'obligation d'étayer l'analyse présentée dans ce rapport en recourant à des indicateurs clés de performance financière, le législateur est de nouveau intervenu en 2008 en sollicitant des entreprises qu'elles communiquent sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques (A) mises en place par l'entreprise. La même année¹³⁶¹, le législateur a enjoint aux sociétés cotées sur un marché réglementé d'instaurer un comité d'audit (B).

A) Les procédures du contrôle interne et de gestion des risques

603. Afin que les entreprises fournissent des informations relatives aux procédures de contrôle interne et de gestion des risques, le législateur a expressément prévu les organes chargés de rendre compte de ces procédures (1). Aussi, la définition des missions dévolues dans le cadre des procédures de contrôle interne et de gestion des risques (2) permet d'introduire les attentes du législateur concernant le contenu du rapport sur les procédures du contrôle interne et de gestion des risques (3) des sociétés cotées.

¹³⁵⁸ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, JO 16 mai 2001.

¹³⁵⁹ Loi n° 2003-706 du 1er août 2003, de sécurité financière, JO 2 août 2003.

¹³⁶⁰ Ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004, art. 3, JO 22 déc. 2004.

¹³⁶¹ L'ordonnance du 8 décembre 2008 a transposé la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, dite 8^{ème} directive, sur le contrôle légal des comptes et a été prise sur le fondement de l'article 32 de la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire des sociétés.

1) Les organes chargés de rendre compte des procédures du contrôle interne et de gestion des risques

604. L'obligation pour les sociétés de communiquer sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques n'est pas une réelle nouveauté pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, puisque différentes organisations patronales le préconisaient déjà depuis plusieurs années¹³⁶². Lors de cette consécration en droit français, cette obligation visait indifféremment l'ensemble « des sociétés faisant appel public à l'épargne » avant que l'ordonnance du 22 janvier 2009¹³⁶³ ne restreigne son champ d'application aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Plus précisément, le législateur enjoint au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de rendre compte, dans le cadre d'un rapport joint au rapport de gestion, « des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles qui ont trait à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés »¹³⁶⁴. Dès lors, cette information vient s'ajouter aux indications sur les « objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers »¹³⁶⁵ devant être fournies dans le rapport de gestion¹³⁶⁶.

605. D'ailleurs, il n'est nullement étonnant que les présidents de ces organes aient la responsabilité de rendre compte de ces procédures puisque, dans les sociétés anonymes, les conseils d'administration et de surveillance sont les organes désignés par le législateur pour procéder à tous les contrôles qu'ils jugent opportuns¹³⁶⁷. Aussi, bien que l'obligation d'établir le rapport sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques soit directement à la charge des présidents de ces organes, la loi du 3 juillet 2008 exige que le rapport soit

¹³⁶² J.-P. VALUET, Conformité à la loi, conformité aux codes. Les mérites de la prévention, JCP. E. n° 30, 26 juill. 2012, 1471, n° 15.

¹³⁶³ Pour se conformer à la directive 2006/46/CE du 14 juin 2006, l'ordonnance du 22 janvier 2009 a du prendre en compte l'insertion de l'article 46 bis dans la directive 78/660 sur les comptes annuels.

¹³⁶⁴ C. com., art. L. 225-37 (SA dotée d'un conseil d'administration) ; L. 225-68 (SA dotée d'un conseil de surveillance) ; L. 226-10-1 (Sociétés en commandite par actions) ; AMF, Règl. gén., art. 222-9.

¹³⁶⁵ C. com., art. L. 225-100, al. 6.

¹³⁶⁶ V. *supra*, n° 396.

¹³⁶⁷ C. com., art. L. 225-35 (SA dotée d'un conseil d'administration) ; C. com., art. L. 225-68 (SA dotée d'un conseil de surveillance).

approuvé, selon les cas, par le conseil d'administration ou de surveillance¹³⁶⁸ et qu'il soit rendu public¹³⁶⁹. Selon la doctrine¹³⁷⁰, en raison de la jonction prévue entre ce rapport et le rapport de gestion, la publicité peut être réalisée en même temps que celle procédée pour ce dernier. Cette affirmation est confirmée par un renvoi du Code monétaire et financier¹³⁷¹ au règlement général de l'AMF¹³⁷² qui prévoit que le jour du dépôt du rapport de gestion au greffe du Tribunal de commerce constitue la date limite pour réaliser la publicité exigée. Il est à préciser, comme le rappelle justement l'Association nationale des sociétés par actions, que si ces derniers organes ont la charge de rendre compte du contrôle de ces procédures à travers ce rapport joint au rapport de gestion, la mise en place des procédures et les moyens mis en œuvre pour les faire fonctionner restent assignés à la direction générale de la société¹³⁷³.

606. Pour la direction générale, il est alors de nombreuses modalités pour réaliser les missions de contrôle interne et de gestion des risques dans l'entreprise. Assigner ces missions à l'ensemble des collaborateurs, créer un service dédié à cette fonction ou encore garder ce rôle au sein de la direction générale, avec néanmoins l'écueil lié au fait d'être à la fois « juge » et « partie », sont autant de possibilités pour exécuter les missions du contrôle interne et de gestion des risques. Toutefois, le choix des collaborateurs dédiés à cette mission doit être dicté par les compétences de ces derniers eu égard aux missions dévolues dans le cadre des procédures de contrôle interne et de gestion des risques.

2) Les missions dévolues dans le cadre des procédures contrôle interne et de gestion des risques

607. Insuffler une véritable culture de la conformité et de la prévention au sein des sociétés françaises risque de prendre du temps pour que ces dernières communiquent à ce

¹³⁶⁸ Il est à préciser que le Code de commerce prévoit que s'il est des hypothèses dans lesquelles le conseil de surveillance peut délibérer en prenant en compte, pour le calcul du quorum et de la majorité, des membres réputés présents car participant à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, cette modalité est expressément proscrite par le législateur lors de l'établissement du rapport sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques ou des observations à formuler à l'encontre du rapport de gestion réalisé par le directoire (C. com., art. L. 225-82).

¹³⁶⁹ C. com., art. L. 225-37, dernier al. ; C. com., art. L. 225-68, dernier al. et L. 226-10-1, al.2.

¹³⁷⁰ J.-P. VALUET, Conformité à la loi, conformité aux codes. Les mérites de la prévention, préc., n° 24.

¹³⁷¹ C. monét. fin., art. L. 621-18-3.

¹³⁷² AMF, Règl. gén., art. 222-9, al. 1.

¹³⁷³ Communication Ansa, comité juridique n° 3267 du 5 novembre 2003.

propos, non seulement pour satisfaire aux exigences du législateur mais également pour mettre en avant les véritables efforts consentis pour pérenniser les activités de la société en prévenant les risques susceptibles de compromettre l'atteinte de ses objectifs. En effet, alors que la mise en place de ces procédures a pour objectif premier une meilleure gestion des risques identifiés, l'AMF remarquait en 2009, dans son rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne que, dans le cadre d'une étude réalisée par cette dernière, près d'un tiers des sociétés sondées n'établissait toujours pas de lien entre la détection des risques et les procédures de gestion de ces risques¹³⁷⁴.

608. Pour déterminer le contenu de l'information devant être présenté dans le cadre du rapport joint au rapport de gestion, encore faut-il définir les termes formulés par le législateur. Appliquées aux contrôle interne et à la gestion des risques, l'AMF relève que les procédures doivent impliquer « une organisation qui définit les rôles et responsabilités des acteurs, établit les procédures et les normes claires et cohérentes du dispositif, formalise les objectifs du dispositif en cohérence avec la culture de la société, le langage commun utilisé, la démarche d'identification, d'analyse et de traitement des risques, et le cas échéant, les limites que la société détermine et permet la diffusion en interne d'informations relatives aux risques »¹³⁷⁵.

Comme l'enseigne la doctrine¹³⁷⁶, le champ d'étude du contrôle interne est extrêmement varié et peut porter sur les comptes de l'entreprise, sur les rémunérations, sur les stratégies d'investissement, sur les fraudes, sur les couvertures insuffisantes, sur les dysfonctionnements ou encore sur la non conformité juridique. Le contrôle interne a donc vocation à déceler les risques financiers, les risques de non conformité juridique ou encore les risques opérationnels¹³⁷⁷ mais ne saurait véritablement prendre en compte la stratégie globale de la société, la détermination de ses objectifs, ou encore les décisions de gestion¹³⁷⁸.

¹³⁷⁴ Rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, 9 déc. 2009, 84 p., spéc. p. 5 et s. et p. 55 et s.

¹³⁷⁵ AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, ss. prés. O. POUPART-LAFARGE, 22 juillet 2010, 36 p. ; spéc. p. 7.

¹³⁷⁶ I. URBAIN-PARLEANI, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, *Rev. Sociétés*, 2003, p. 779 et s.

¹³⁷⁷ AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, préc., spéc. p. 8.

¹³⁷⁸ Pour nuancer ce constat, l'article 9 des statuts de l'Institut d'audit interne définit le contrôle interne de manière plus extensive comme le « processus mis en œuvre par les dirigeants et le personnel d'une organisation, à quelque niveau que ce soit, destiné à leur donner en permanence une assurance raisonnable que les opérations sont réalisées, sécurisées, optimisées et permettent ainsi à l'organisation d'atteindre ses objectifs de base, de

De manière complémentaire, la gestion des risques peut s'appuyer sur le contrôle interne pour identifier les principaux risques recensés par ce dernier mais dispose d'un champ d'étude plus important car sa raison d'être est de gérer les risques identifiés à travers les phases d'évaluation mais également de traiter les risques détectés. Elle s'intègre alors pleinement dans la stratégie de l'entreprise et dans le processus décisionnel. Bien qu'il soit malaisé d'appréhender toutes les interactions existant entre la gestion des risques et le contrôle interne, il est souvent déduit que le contrôle interne fait partie intégrante de la gestion des risques¹³⁷⁹. En effet, selon l'AMF, la gestion des risques « vise à être globale et doit couvrir l'ensemble des activités, processus et actifs de la société (...) [et] comprend un ensemble de moyens, de comportements, de procédures et d'actions adaptés aux caractéristiques de chaque société qui permet aux dirigeants de maintenir les risques à un niveau acceptable pour la société ». Ces dernières définitions permettent de préciser les fonctions assignées au contrôle interne et à la gestion des risques et d'appréhender davantage le contenu devant être présenté dans le cadre du rapport joint au rapport de gestion.

3) Le contenu du rapport sur les procédures du contrôle interne et de gestion des risques

609. Tout d'abord, il est à préciser que le rapport prévu aux articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce ne comporte pas uniquement des informations sur les procédures du contrôle interne et de gestion des risques. En effet, ces dernières sont complétées par diverses informations qui ont pour objectif d'informer les actionnaires sur les modalités de fonctionnement des conseils d'administration et de surveillance. Par exemple, il comprend des informations sur la composition des conseils d'administration ou de surveillance, sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux de ces organes ou encore, plus récemment, sur l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein.

performance, de rentabilité, et de protection du patrimoine - que les informations financières sont fiables - que les lois, les réglementations et les directives de l'organisation sont respectées » (Art. 9, statuts IFACI).

¹³⁷⁹ Plus précisément, après avoir relevé que la gestion des risques pourrait constituer « un préalable nécessaire à un bon contrôle interne », Jacques Renard relève qu'une partie de la doctrine en déduit que « le contrôle interne est inclus dans la gestion globale des risques » (J. Renard, *Théorie et pratique de l'audit interne*, *op. cit.*, p. 150).

610. Concernant plus particulièrement le contenu lié aux procédures de contrôle interne et de gestion des risques, il est possible de se référer notamment¹³⁸⁰ au cadre de référence publié en 2007¹³⁸¹ par l'AMF et modifié en 2010¹³⁸² qui recense des recommandations de bonnes pratiques relatives notamment aux méthodes d'évaluation à adopter pour le contrôle interne comptable et financier ainsi que pour la maîtrise des risques qui y est associée. D'ailleurs, dans son rapport publié en 2008 sur le contrôle interne, l'AMF relevait qu'une grande majorité des sociétés avait adopté ce référentiel tout en concluant que la présentation des informations pouvait diverger d'une société à l'autre¹³⁸³.

611. Le rapport doit alors rendre compte des procédures mises en place et qui peuvent, selon l'AMF, être scindées en trois parties. Ainsi, il est sollicité des sociétés qu'elles communiquent sur les moyens mis en œuvre pour identifier¹³⁸⁴, analyser¹³⁸⁵ et traiter¹³⁸⁶ le risque. Bien que l'AMF prenne le soin d'indiquer que les préconisations énoncées dans son cadre de référence n'ont pas vocation à s'imposer aux sociétés et constituent davantage un cadre permettant de s'inspirer de bonnes pratiques pour bénéficier de procédures efficaces et d'une présentation optimale de ces dernières¹³⁸⁷, il n'en demeure pas moins que les étapes qu'elle recommande pour l'organisation de ces procédures sont similaires aux méthodes préconisées pour la gestion des risques, comme a pu l'illustrer la méthodologie de l'audit de

¹³⁸⁰ V. également, Normalisation française, ISO 31000, Management du risque, principes et lignes directrices, 2010, COSO II, Le management des risques COSO II ; FERMA : Cadre de référence de la gestion des risques.

¹³⁸¹ Un « référentiel » ou « cadre de référence » de contrôle interne, élaboré dès avril 2005 à l'initiative de l'AMF, a été rendu public par une recommandation de l'AMF du 22 janvier 2007.

¹³⁸² AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, préc., 36 p.

¹³⁸³ C. AMADIEU-LE-CLAIRE, Extension du rapport du président sur les procédures de contrôle interne au dispositif de gestion des risques : publication par l'AMF en juin dernier d'un cadre de référence actualisé, Rev. Dr. banc. et fin. n° 6, nov. 2010, prat. 6.

¹³⁸⁴ L'AMF définit la phase d'identification des risques comme « une étape permettant de recenser et de centraliser les principaux risques, menaçant l'atteinte des objectifs. Un risque représente une menace ou une opportunité manquée. Il se caractérise par un événement, une ou plusieurs sources et une ou plusieurs conséquences. L'identification des risques s'inscrit dans une démarche continue » (AMF, Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, préc., p. 7).

¹³⁸⁵ L'analyse des risques est une « étape consistant à examiner les conséquences potentielles des principaux risques (conséquences qui peuvent être notamment financières, humaines, juridiques, ou de réputation) et à apprécier leur possible occurrence. Cette démarche est continue » (*Ibid.*, p. 7).

¹³⁸⁶ Le traitement des risques est une « étape permettant de choisir le(s) plan(s) d'action le(s) plus adapté(s) à la société. Pour maintenir les risques dans les limites acceptables, plusieurs mesures peuvent être envisagées : la réduction, le transfert, la suppression ou l'acceptation d'un risque. Le choix de traitement s'effectue notamment en arbitrant entre les opportunités à saisir et le coût des mesures de traitement du risque, prenant en compte leurs effets possibles sur l'occurrence et/ou les conséquences du risque (*Ibid.*, p. 7).

¹³⁸⁷ *Ibid.*, p. 5.

risques¹³⁸⁸.

612. Par ailleurs, si le législateur met l'accent sur la nécessité d'indiquer les procédures relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et consolidés, l'usage de l'adverbe « notamment » permet de conclure dans le sens de l'insuffisance de ces seules informations¹³⁸⁹ pour que l'entreprise soit en conformité avec les exigences du législateur¹³⁹⁰. Le rapport joint au rapport de gestion doit donc décrire les différentes procédures mises en place pour contrôler et gérer non seulement les risques financiers et liés à l'élaboration de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux mais également les risques extra financiers inhérents à l'ensemble des activités de la société¹³⁹¹. Par exemple, l'indication des acteurs du contrôle interne, l'existence d'un service d'audit interne, les différentes parties prenantes de la prévention des risques de manière générale, l'adoption d'une charte d'audit, ou encore les modalités de *reporting* des risques identifiés sont autant d'informations devant être indiquées pour décrire les procédures de contrôle interne et de gestion des risques. Aussi, de manière plus pragmatique, la description de ces procédures peut simplement consister à énumérer les pratiques de l'entreprise à l'instar du nombre de contresignatures sur un document engageant la société, de l'indication des modalités des négociations contractuelles nécessitant, par exemple, la transmission de toutes conventions significatives à la direction juridique ou au conseil

¹³⁸⁸ V. supra, n°s 241 et s.

¹³⁸⁹ Dans le même sens, V. Rép. LENOIR : AN 11 janvier 2005, p. 372, n° 37779 ; Rép. FOUCHÉ : Sén. 29 juillet 2004, p. 1734, n° 12375.

¹³⁹⁰ L'AMF relevait en 2008 et 2011 que les informations relatives à l'élaboration de l'information comptable et financière étaient présentées par quasiment toutes les sociétés comprises dans l'échantillon retenu mais que seules 40% d'entre elles fournissaient une information jugée satisfaisante par le régulateur des marchés financiers. Étaient ainsi notamment décrites les informations relatives à l'architecture comptable, à la mise en place d'un système de suivi, au rôle de la direction financière, aux procédures d'élaboration et de consolidation des comptes, au *reporting* des risques identifiés, au suivi des engagements hors bilan ou encore au suivi des actifs (Rapport 2008 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, 27 novembre 2008, p. 31 ; AMF, Etude relative aux rapports des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques pour l'exercice 2011, p. 1 et s. ; Recommandation AMF n° 2011-17, Rapport 2011 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants, 13 décembre 2011, p. 97 et s.)

¹³⁹¹ A la lecture des résultats obtenus à partir des pratiques de 76 sociétés comprises dans l'échantillon retenu dans le cadre de la recommandation de l'AMF, il peut être observé que lorsqu'elles communiquent sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques n'ayant pas trait à l'élaboration de l'information comptable et financière, la majorité d'entre elles oriente les informations fournies sur les risques liés à la stratégie de l'entreprise ou à son modèle économique. D'ailleurs, ces sociétés indiquent réorienter ces procédures, notamment celles liées au *reporting* des risques, en cas de changement dans la stratégie de l'entreprise. Cette dernière pratique louée et recommandée par le gendarme boursier permet alors de fournir des indications sur les risques significatifs que les sociétés rencontrent dans leur domaine d'activité (Etude relative aux rapports des présidents sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques pour l'exercice 2011, p. 11 et 12).

habituel de la société ou encore des procédés de sécurisation des transmissions électroniques mises en place.

613. Dans une recommandation datée du 17 décembre 2003, l'AFEP et le MEDEF proposaient une présentation structurée de l'ensemble des informations relatives à ces procédures afin de faciliter la tâche des personnes chargées de les présenter¹³⁹². Il peut être remarqué que la mission des présidents des conseils d'administration ou de surveillance n'implique pas de porter de jugement sur les procédures mises en place mais se cantonne simplement à la description des procédures mises en place dans l'entreprise¹³⁹³.

614. Enfin, il est également à préciser que le contenu de ce rapport est soumis au contrôle des commissaires aux comptes. En effet, ces derniers formulent, dans un rapport joint au rapport spécial réalisé sur le rapport de gestion¹³⁹⁴, des observations et portent à la connaissance du comité d'audit¹³⁹⁵ « les faiblesses significatives du contrôle interne¹³⁹⁶, relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière¹³⁹⁷. De même, ils attestent de la présence des différentes informations devant être contenues dans le rapport en application des articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce¹³⁹⁸.

Dans le même sens, animé par une volonté d'inculquer et de véhiculer une véritable

¹³⁹² V. également, Communication ANSA, comité juridique, n° 3267 du 5 novembre 2003.

¹³⁹³ Dans le même sens, V. Communication du MEDEF et de l'AFEP du 17 décembre 2003.

¹³⁹⁴ V. *supra*, n° 410.

¹³⁹⁵ V. *infra*, n° 615 et s.

¹³⁹⁶ L'AMF relevait également que les émetteurs devaient communiquer au marché sur les faiblesses, les défaillances ou les insuffisances du contrôle interne ainsi révélées (Rapport final sur le comité d'audit, ss. prés. O. POUPART-LAFARGE, AMF, 22 juillet 2010, p. 20). D'ailleurs, en cas de faiblesses relevées par le commissaire aux comptes et portées à la connaissance du comité d'audit, le comité doit informer le conseil et s'assurer que ces informations soient mentionnées dans le rapport du président sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques. Cette obligation peut donc être considérée comme une exception puisque le rapport du président n'est pas censé émettre des jugements sur la qualité des procédures mises en place mais se cantonner à une description de ces procédures. Afin d'orienter le conseil et les commissaires aux comptes dans l'appréciation de la notion de faiblesse significative, le groupe de travail présidé par Olivier Poupert-Lafarge relevait qu'une faiblesse significative pouvait se définir comme « une faiblesse ou un ensemble de faiblesses relatives au contrôle interne lié à l'information comptable et financière. Elle est suffisamment importante pour mériter l'attention des personnes responsables de l'information comptable et financière [il s'agit du comité d'audit, du conseil mais aussi de la direction générale] sans pour autant être nécessairement qualifiée de déficience majeure ». Ainsi, ce groupe de travail admet une graduation dans la faiblesse du contrôle interne et définit la notion de déficience majeure comme « une faiblesse significative ou un ensemble de faiblesses significatives relatives au contrôle interne lié à l'information comptable et financière qui est tel qu'il puisse conduire à une anomalie significative, dans l'information comptable et financière, dont la connaissance par le marché est susceptible d'avoir une incidence sensible sur le cours des instruments financiers émis par la société » (Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 21).

¹³⁹⁷ C. com., art. L. 225-235.

¹³⁹⁸ C. com., art. A. 823-29.

culture de la prévention au sein des entreprises françaises, le législateur a récemment institué un acteur aujourd'hui incontournable dans le suivi de l'efficacité des procédures de contrôle interne et de gestion des risques : le comité d'audit.

B) Le comité d'audit

615. Le législateur a récemment introduit l'obligation d'instaurer un comité d'audit dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Du fait du rôle dévolu au comité d'audit (1), le législateur a pris le soin d'exiger des compétences particulières de ses membres (2).

1) Le rôle du comité d'audit

616. Répondant au souci de transposer l'article 41 de la 8^{ème} directive¹³⁹⁹, le législateur a introduit en droit français l'obligation d'instituer, dans toute¹⁴⁰⁰ « entité d'intérêt public »¹⁴⁰¹, un comité d'audit. Si l'inflation législative reste souvent décriée en droit des sociétés¹⁴⁰², cette nouvelle obligation n'a pas provoqué de contraintes excessives pour les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, puisque, lors de l'introduction du comité d'audit en droit français par l'article 32 de la loi du 3 juillet 2008 et par l'ordonnance

¹³⁹⁹ Directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, Audit légal, dite 8ème directive.

¹⁴⁰⁰ Il est à préciser que des exceptions à l'obligation d'instaurer un comité d'audit sont prévues à l'article L. 823-20 du Code de commerce. Par exemple, les sociétés dites « Vamps » (Valeur moyennes et petites cotées en bourse) peuvent être exonérées de l'institution d'un comité dès lors qu'elles justifient qu'un autre organe, comme le conseil d'administration ou de surveillance, remplit les fonctions du comité spécialisé. En pareille hypothèse, si aucun comité d'audit ne siège, le conseil se réunit en formation de comité d'audit ce qui est nullement étonnant puisque le comité d'audit n'est qu'une émanation du conseil. Les sociétés dites Vamps sont des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les compartiments B et C d'Euronext (Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 21, spéc. note 27).

¹⁴⁰¹ Au sens de la 8ème directive, la notion d'entité d'intérêt public est définie comme « les entités régies par le droit d'un État membre dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre (...), les établissements de crédit (...) et les entreprises d'assurance (...). Les États membres peuvent également désigner d'autres entités comme entités d'intérêt public, par exemple celles qui sont significatives en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés (Directive 2006/43/CE Audit légal, dite 8ème directive, 17 mai 2006, art. 1, § 13).

¹⁴⁰² V. notamment, J.-J. DAIGRE, Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Aspects de droit des sociétés, JCP E, 2001, p. 1013 ; Cl. CHAMPAUD, Naissance d'une nouvelle catégorie juridique ou « le big-bang » du droit des sociétés. Les SEL ou sociétés d'exercice libéral. L'inflation du nombre des « formes sociales » de structures sociétaires, RTD Com. 1990, p. 391.

du 8 décembre 2008¹⁴⁰³, 72% d'entre elles disposaient déjà d'un tel comité¹⁴⁰⁴. La transposition de la directive européenne, par l'article 14 de l'ordonnance du 8 décembre 2008, a néanmoins substitué la dénomination de « comité d'audit » en recourant au terme plus générique de « comité spécialisé » et qui est parfois même dénommé « comité des comptes »¹⁴⁰⁵. Toutefois, cette divergence de terminologie n'a pas de conséquence pratique et les missions du comité spécialisé correspondent aux trois fonctions prévues initialement par le droit européen.

617. Ainsi, le comité est chargé du suivi du processus d'élaboration de l'information comptable et financière¹⁴⁰⁶ et du suivi¹⁴⁰⁷ de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Il est également en charge du suivi du contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés par les commissaires aux comptes, ainsi que du suivi et, par une précision du droit communautaire¹⁴⁰⁸, de l'examen de l'indépendance des commissaires aux comptes¹⁴⁰⁹. Il en résulte, à l'énumération des fonctions du comité d'audit,

¹⁴⁰³ Ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 et relative aux commissaires aux comptes.

¹⁴⁰⁴ « Rôle de l'Administrateur dans la maîtrise des risques », IFA, AMRAE en coll. avec PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés, 2009, p. 11 ; dans le même sens, V. par O. DUFOUR, Comités d'audit : vraie ou fausse révolution, Option Finance, n° 1012, 19 janv. 2009 ; à l'inverse, la doctrine relève que les missions confiées au comité d'audit et les responsabilités encourues par les membres de ce dernier sont bien plus exigeantes que celles des comités *ad hoc* créés en application de l'alinéa 2 de l'article R. 225-29 du Code de commerce (en ce sens : Ph. MERLE, Les nouvelles responsabilités du comité d'audit : Bull. Joly 2009, p. 216).

¹⁴⁰⁵ Ph. MERLE, Les nouvelles responsabilités du comité d'audit : préc., p. 216 ; C. GANAY D'INDY, L. ENGEL, Bull. Joly Soc., 01 juillet 2003 n° 7, p. 723.

¹⁴⁰⁶ La notion d'information comptable et financière recouvre « les informations comptables et financières tant historiques (informations périodiques), que prévisionnelles ou d'autres informations financières issues d'un processus d'élaboration structuré. Les informations prévisionnelles sont des prévisions de résultats publiées par les entreprises ou utilisées pour des évaluations comptables » (Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 8) Afin d'assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière, le comité d'audit est destinataire notamment du programme général de travail mis en œuvre par les commissaires aux comptes, des différents sondages auxquels ils ont procédé, des modifications aux comptes devant être arrêtés ou aux autres documents comptables ou, encore, des irrégularités et des inexactitudes éventuellement découvertes dans le cadre de la mission desdits commissaires aux comptes (C. com., art. L. 823-16, al. 1).

¹⁴⁰⁷ Dans le rapport final sur le comité d'audit réalisé par le groupe de travail présidé par Olivier Poupart-Lafarge, l'AMF définit différents termes afin de permettre aux débiteurs de l'obligation d'instituer un comité spécialisé et aux membres de ce comité d'appréhender leurs fonctions et leurs responsabilités. Ainsi, la notion de « suivi » est définie par ce groupe de travail comme « une surveillance active des domaines qui relèvent de la compétence du comité d'audit. Le suivi n'implique pas une action en continu du comité d'audit, mais doit lui permettre d'intervenir à tout moment jugé nécessaire ou opportun » (Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 8).

¹⁴⁰⁸ Directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, art. 41, 2, d.

¹⁴⁰⁹ Afin d'assurer le suivi et l'examen de l'indépendance des contrôleurs légaux, chaque année, les commissaires aux comptes communiquent au comité d'audit une déclaration d'indépendance et « une actualisation des informations (...) détaillant les prestations fournies par les membres du réseau auquel les

que ce dernier est un protagoniste incontournable dans le suivi des missions du contrôle interne et de la gestion des risques des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

618. Plus précisément, dans le cadre du suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, le comité d'audit veille tout d'abord à leur existence et à « leur déploiement et s'assure que les faiblesses identifiées donnent lieu à des actions correctrices »¹⁴¹⁰. Cette mission ne permet toutefois pas au comité d'intervenir dans la mise en œuvre de ces systèmes dont la mission reste dévolue à la direction générale. Le comité d'audit réalise ainsi sa mission sur la base des informations qui lui sont communiquées et peut solliciter des informations pour réaliser sa mission¹⁴¹¹. Cette interprétation se justifie par la nature du comité d'audit qui n'est qu'une émanation des conseils d'administration ou de surveillance dotés du pouvoir de se faire communiquer tous documents que ces organes estiment nécessaires pour procéder aux contrôles et aux vérifications qu'ils jugent opportuns. *A minima*, le comité d'audit doit pouvoir prendre connaissance des résultats des travaux du contrôle interne, de l'ensemble des informations comptables et financières et bénéficier de toute information relative aux procédures de gestion des risques mises en place dans la société.

619. Une fois de plus, il est à noter que le législateur recourt à l'adverbe « notamment » afin d'indiquer le caractère non exhaustif des missions qui sont expressément dévolues à ce comité. Ainsi, le conseil d'administration ou de surveillance peut confier au comité d'audit toute autre mission qu'il juge opportune¹⁴¹². Par exemple, en 2008, l'AMF relevait que le comité d'audit participait à l'élaboration du rapport du Président dans près de 42% des sociétés étudiées¹⁴¹³. De même, certaines sociétés confient à leur comité d'audit la mission d'examiner les opérations d'envergure qu'elles projettent de réaliser¹⁴¹⁴. En pratique,

commissaires aux comptes sont affiliés ainsi que les prestations accomplies au titre des diligences directement liées à la mission » (C. com., art. L. 823-16, al. 2, a et b).

¹⁴¹⁰ Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 10.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 9.

¹⁴¹³ Rapport 2008 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, 27 novembre 2008, p. 23.

¹⁴¹⁴ Dans le même sens, le groupe pétrolier français Total confie diverses missions à ses comités d'audit, qui sont chargés de la mise en place et du suivi d'un code d'éthique financière ou encore de la mise en place de procédures d'alerte au profit des salariés et actionnaires de l'ensemble des sociétés du groupe Total (<http://www.total.com/fr/groupe/gouvernance/conseil-d-administration/comite-audit>).

le comité d'audit s'attelle aux fonctions qui lui sont dévolues par la loi ou confiées par le conseil d'administration ou de surveillance afin de préparer les décisions prises ultérieurement par ces derniers. Toutefois, le conseil ne saurait se décharger de ses responsabilités sur le comité puisque, même si le législateur est intervenu pour supprimer¹⁴¹⁵ la responsabilité « exclusive et collective » des membres du conseil engagée du fait du comité spécialisé, la loi du 22 octobre 2010 conserve la mention du placement du comité « sous la responsabilité, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance »¹⁴¹⁶. La modification de l'article L. 823-19 du Code de commerce permet alors de lever une ambiguïté née de la précédente rédaction qui laissait supposer une responsabilité du seul organe collégial en raison des actes commis par le comité. D'ailleurs, préalablement à cette modification, la doctrine¹⁴¹⁷ et le groupe de travail missionné par l'AMF¹⁴¹⁸ avaient déjà relevé que la qualité d'administrateur des membres du comité d'audit implique une responsabilité pour les fautes commises dans le cadre de leur mission au sein du conseil mais également au sein du comité en application des articles L. 225-251 et suivants du Code de commerce. En effet, ce régime de responsabilité, loin d'aboutir à une responsabilité collective du fait d'autrui, permet toujours de rechercher non seulement une responsabilité solidaire des membres du conseil mais aussi une responsabilité individuelle lorsqu'une faute peut leur être imputée individuellement, fût-elle commise à l'occasion d'une mission du comité d'audit.

620. Dès lors, les conseils d'administration ou de surveillance peuvent confier au comité d'audit des missions entrant dans le cadre des fonctions leur incombant sans pour autant que ce transfert ait pour effet de déresponsabiliser les administrateurs¹⁴¹⁹. Ainsi, les craintes de voir s'installer la pratique américaine qui promeut l'autonomie des comités par rapport au conseil d'administration, qui ne saurait répondre ni aux exigences du droit français des sociétés prônant la responsabilité collégiale du conseil ni aux attentes des actionnaires, devraient être apaisées¹⁴²⁰. Au delà de ce débat, les interactions entre le comité et le conseil

¹⁴¹⁵ A titre de précision, si la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 a effectivement supprimé la référence à la responsabilité « exclusive et collective » des membres du conseil d'administration ou de surveillance qui serait engagée du fait du comité en application de l'article L. 823-19 du Code de commerce, le législateur a involontairement omis de supprimer ces mêmes termes à l'article L. 823-16 du même code.

¹⁴¹⁶ C. com., art. L. 823-19, al. 1.

¹⁴¹⁷ Ph. MERLE, Les nouvelles responsabilités du comité d'audit : Bull. July 2009, p. 216 ; P. LE CANNU, B. DONDERO, La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008 : RTDF n° 1/2 - 2009, p. 187.

¹⁴¹⁸ AMF, Rapport final sur le comité d'audit, préc., p. 13-14.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁴²⁰ Concernant les inquiétudes exprimées, V. Comité Émetteurs-Actionnaires Individuels (CEAI) de

restent très nombreuses. Ainsi, pour justifier de ses missions le comité doit régulièrement rendre compte de ses diligences à l'organe collégial chargé, selon les cas, de l'administration ou de la surveillance de la société. Aussi, en cas de difficulté particulière, le comité est tenu d'informer ces organes sans délai.

621. Même si le comité d'audit n'est pas tenu de rendre compte directement des résultats de ses missions à l'assemblée générale des actionnaires, ladite assemblée obtient néanmoins une synthèse de ses travaux à la lecture du rapport du président du conseil d'administration joint au rapport de gestion. Le comité d'audit joue donc un véritable rôle de conseil auprès de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance. D'ailleurs, au regard de la technicité que de telles fonctions commandent, le législateur a exigé que certaines personnes siégeant au comité d'audit disposent de compétences particulières dans les matières liées aux compétences qui lui sont assignées.

2) Les compétences particulières exigées des membres du comité d'audit

622. En application de l'article L. 823-19 du Code de commerce, les membres du comité d'audit sont nommés par le conseil d'administration ou de surveillance parmi ses propres membres et hormis les membres qui exercent des fonctions au sein de la direction de la société¹⁴²¹. Bien que l'absence de précision du législateur français sur le nombre des membres du comité d'audit laisse toute latitude aux conseils pour prévoir sa composition, la Commission européenne recommandait en 2005¹⁴²² un minimum de trois personnes pour assurer les missions qui lui sont dévolues. Pour les sociétés disposant d'un conseil d'administration ou de surveillance de plus petite taille, la désignation de deux membres peut suffire pour se conformer aux recommandations du droit européen¹⁴²³.

l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA), séance du 14 octobre 2009, cité in J.-P. VALUET, Conformité à la loi, conformité aux codes. Les mérites de la prévention, préc. n° 44 ; de même, la pratique britannique consistant à présenter distinctement à l'assemblée le rapport du comité d'audit (*The Smith Guidance*) et le rapport de gestion du conseil d'administration (*Combined code*) est également condamnée par l'ANSA afin de préserver la responsabilité collégiale des administrateurs et des membres du conseil de surveillance (*Ibid.*).

¹⁴²¹ C. com., art. L. 823-19.

¹⁴²² Recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005, concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, Annexe 1, art. 1.1.1.

¹⁴²³ *Ibid.*

623. Le législateur a tout de même prévu, peut-être influencé par la loi *Sarbanes-Oxley* du droit américain¹⁴²⁴, qu'au moins un des membres du comité d'audit dispose de compétences particulières en matière financière ou comptable et soit indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par le conseil d'administration ou de surveillance. Toutefois, bien que l'intention du législateur soit louable, ni le droit interne, ni le droit européen¹⁴²⁵ ne définit ce critère d'éligibilité. Il est néanmoins possible de déduire, de la rédaction de l'article L. 823-19 du Code commerce, qu'une seule compétence, dans les matières comptables ou financières, soit suffisante pour se conformer aux exigences dudit article. Concernant l'indépendance exigée de ce membre disposant de compétences particulières, le silence du législateur incite l'AMF à se référer aux codes de gouvernement d'entreprise qui énumèrent les critères permettant à un membre de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de justifier de son indépendance¹⁴²⁶. Il est néanmoins regrettable que le membre compétent en matière comptable ou financière ne le soit pas dans les deux matières. Dans le même sens, le fait qu'il ne soit pas contraint à une obligation de formation pour exercer ces fonctions ou qu'il ne soit pas désigné d'office comme le président du comité spécialisé sont autant de critiques susceptibles d'être adressées à l'encontre du législateur. En dépit de ces dernières remarques, cette exigence de compétence permet tout de même d'assurer le suivi des différentes missions dévolues au comité mais également, au regard de l'indépendance attendue de ce membre, d'attester de l'objectivité de l'information transmise au conseil concernant notamment les procédures de contrôle interne et de gestion des risques.

¹⁴²⁴ P.-H. CONAC, L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France, Rev. Sociétés 2003, p. 835.

¹⁴²⁵ Directive n° 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78 / 660 / CEE et 83 / 349 / CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84 / 253 / CEE du Conseil.

¹⁴²⁶ Par exemple, le code Middlenext publié en décembre 2009, relève que l'indépendance se caractérise « par l'absence de relation financière, contractuelle ou familiale significative susceptible d'altérer l'indépendance du jugement » et énumère cinq critères qui permettent de justifier cette indépendance. Par exemple, le fait de ne pas être salarié ou mandataire social de la société ou d'une société du groupe pendant les trois dernières années, le fait de ne pas être actionnaire de référence de la société, ou auditeur de celle-ci sont les critères qui justifient, selon ce code de gouvernance, l'indépendance d'un membre du comité spécialisé. De même, le code Afep-Medef relève notamment qu'un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement (...) [et donc] dépourvu de lien d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci » (AMF, Rapport final sur le comité d'audit, préc., Annexe 2, p. 25).

Conclusion du Chapitre 1

624. Indépendamment du secteur d'activité de la société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché financier, le législateur prévoit expressément de nombreuses obligations d'identification, d'analyse et de communication, particulièrement renforcées, sur les risques générés par l'activité de la société mais également sur les risques générés par les négociations de leurs titres sur les marchés financiers. Si certaines de ces obligations sont communes à l'ensemble des sociétés cotées sur les marchés financiers, celles-ci sont d'autant plus contraignantes pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

625. L'ensemble des sociétés cotées sur les marchés financiers sont ainsi soumises à une obligation d'information périodique et permanente qui peut, au regard du cadre de référence de l'Autorité des marchés financiers, être exécutée par le suivi des différentes étapes de la méthodologie de l'audit de risques. Toutefois, au regard de l'obligation d'information permanente dont sont débitrices les sociétés cotées, cette démarche de gestion des risques nécessite d'être intégrée dans l'organisation générale de l'entreprise. D'ailleurs, cette intégration des méthodes de gestion des risques ne constitue nullement une nouveauté pour les sociétés cotées sur un marché réglementé au regard, d'une part, de l'obligation récente d'instaurer un comité d'audit et, d'autre part, des procédures de contrôle interne et de gestion des risques que ces sociétés sont présumées avoir mises en place, eu égard à l'obligation de rendre compte de ces procédures dans le cadre du rapport établi par le président du conseil d'administration ou de surveillance.

626. Aussi, cette obligation d'information permanente implique, à la lumière des critères dégagés par le règlement général de l'AMF et par la jurisprudence, de devoir communiquer sur les risques de la société dès lors que ces événements redoutés disposent d'une forte probabilité de réalisation et qu'ils sont susceptibles d'avoir une influence sur le cours des instruments financiers émis par ces sociétés. L'évaluation des risques de ces sociétés doit alors être menée rigoureusement pour déterminer les risques devant être communiqués à ce titre.

627. Enfin, l'arsenal répressif mis en place par l'Autorité des marchés financiers est également particulièrement dissuasif. En effet, il permet de contraindre l'ensemble des sociétés cotées à se conformer aux obligations dont les manquements sont susceptibles d'être sanctionnés et ainsi d'assurer la transparence, l'intégrité et la confiance indispensables au bon fonctionnement des marchés financiers. De la même manière, une prévention spécifique s'est avérée indispensable pour encadrer les entreprises qui présentent, en raison notamment de l'activité exercée par l'entreprise ou du fait des équipements et des substances utilisés, des risques importants pour les travailleurs de l'entreprise, pour les populations voisines du site d'implantation de cette dernière ou pour l'environnement.

Chapitre 2 : Les obligations à la charge des sociétés exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement

628. Outre les multiples informations en matière de risques sollicitées de l'ensemble des entreprises et celles devant être communiquées pour assurer l'intégrité des marchés financiers, il est également des obligations à la charge des sociétés inhérentes aux risques liés à l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement. Si ces obligations s'appliquent à l'ensemble des entreprises exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement, l'importance des risques d'une activité, qui se reflète notamment à travers la classification des installations, influence le nombre et la teneur des obligations de prévention des risques. Dès lors, si les risques liés à l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement (Section 1) ont pour effet d'accroître les obligations de gestion préventives des risques, ces dernières sont d'autant plus renforcées pour les installations soumises au régime de l'autorisation (Section 2).

Section 1 : Les risques liés à l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement

629. Les entreprises sont soumises à la législation des installations classées en raison de l'importance des risques générés par leur activité et en vue d'en prévenir les conséquences potentielles pour les travailleurs de l'entreprise, pour les populations voisines de l'installation et pour l'environnement. Dans une ère industrielle naissante, le législateur a dû intervenir pour encadrer l'activité des industriels et les amener progressivement à prévenir les risques générés par leurs installations. Face aux puissants lobbys des industriels, cet encadrement est le résultat de compromis qui expliquent notamment les différentes étapes de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement (§ 1). Aussi, la législation des installations classées est fondée sur la notion de risque et sur l'appréhension de leur importance pour déterminer l'ensemble des obligations qui leur sont applicables et les soumettre aux régimes juridiques qu'elle prévoit à travers la classification des installations classées (§ 2).

Paragraphe 1 : Les étapes de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement

630. L'émergence d'un droit des installations classées (A) est apparue une nécessité dès l'avènement de l'ère industrielle pour encadrer les accidents récurrents et prévenir les nuisances subies par le voisinage des manufactures du XIX^{ème} siècle. Le droit des ICPE s'est alors progressivement développé et une réorientation majeure du législateur, axée sur la prévention des risques, a donné lieu au droit contemporain des installations classées (B).

A) L'émergence du droit des installations classées

631. Les prémices de la législation sur les installations classées se retrouvent au XIX^{ème} siècle lors de l'adoption du décret impérial du 15 octobre 1810 relatif aux

manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre et incommode. Toutefois, la naissance du droit des installations classées est quelque peu postérieure à l'avènement de l'ère industrielle. Les différentes activités industrielles étaient alors encadrées par une réglementation décentralisée dont la compétence en matière de salubrité publique, au profit des différents parlements, avait pour conséquence une réglementation dissemblable sur l'ensemble du territoire de l'Empire¹⁴²⁷. L'intervention du législateur était devenue indispensable du fait de la nécessité d'arbitrer entre la liberté d'entreprendre des industriels et la protection des droits des habitants vivant à proximité de ces usines. Plus précisément, ce « compromis entre le développement industriel légitime et la santé du voisinage »¹⁴²⁸ était rendu nécessaire du fait de l'état d'incertitude juridique pesant sur le secteur industriel, synonyme de progrès technique et générateur d'emplois, qui était en proie à de nombreuses plaintes inhérentes aux dommages causés aux populations avoisinantes et qui menaçaient la pérennité de leur activité.

632. Si la surveillance des installations a été confiée à l'Etat, une partie de la doctrine¹⁴²⁹ relève tout de même le caractère déséquilibré du compromis au profit des industriels qui « y gagn[ère]nt un titre légal à prendre des risques et à polluer, doublé d'une limitation de leur responsabilité »¹⁴³⁰. Au delà de cette controverse, le décret impérial de 1810 a néanmoins permis de poser les jalons d'une véritable réglementation visant à encadrer les conséquences de l'activité des industriels sur leur voisinage. Les bénéfices de cette réglementation se retrouvent alors à travers la reconnaissance d'une libre exploitation des établissements d'ores et déjà existants et qui a permis de mettre fin à l'insécurité juridique faisant craindre la fermeture de certains sites industriels. De même, cette législation prévoyait aussi la mise en place d'un régime d'autorisation préfectorale nécessitant la constitution d'un dossier comprenant une enquête réalisée sous la responsabilité du futur exploitant et d'une enquête préalable diligentée par le maire, ainsi que la création d'une nomenclature liées à l'activité des différents établissements et permettant d'appliquer un régime juridique

¹⁴²⁷ D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement – Classement, régimes juridiques et contentieux des ICPE, LexisNexis, coll. Litec Professionnels, 2007, 625 p., spéc. p. 4.

¹⁴²⁸ M. PRIEUR, Droit de l'environnement, Dalloz, 5^{ème} éd., 2004, p. 487, n° 689, cité in D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 5, n° 15.

¹⁴²⁹ V. notamment, P. LASCOUMES, L'éco-pouvoir, éd. La Découverte, coll. « Textes à l'appui », série Ecologie et société, Paris, 1994, p. 122 ; M. BAUD, Le voisin protecteur de l'environnement : Rev. Jur. Env. 1981, p. 205, cité in D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 5, n° 15.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 6, n° 16.

différencié selon leur degré de nuisance ou de dangerosité. Aussi, le décret loi de 1810 a confié aux conseils de préfecture la compétence de connaître des recours des tiers diligents contre les autorisations accordées aux exploitants.

633. Ensuite, en 1917, le législateur permît notamment¹⁴³¹ aux établissements les moins générateurs de risques de se soustraire au régime nécessitant l'autorisation administrative d'exploiter grâce à l'introduction du régime déclaratif au profit des installations les moins dangereuses et incommodes¹⁴³². Bien que l'intervention du législateur fut saluée par les industriels, les critiques énoncées contre le maintien d'une lourde procédure indispensable pour prononcer la fermeture d'une installation a conduit à l'adoption de la loi du 20 avril 1932¹⁴³³. L'apport essentiel de cette intervention législative se situe au niveau des pouvoirs de sanctions administratives permettant au Préfet d'enjoindre aux industriels de se conformer aux lois et de respecter les dispositions qu'il avait initialement prévues. Loin d'être anodine, cette intervention du législateur peut être perçue comme les prémices du droit contemporain des installations classées.

B) Le droit contemporain des installations classées

634. Après le décret du 20 mai 1953¹⁴³⁴, qui eut pour unique objet une refonte de la nomenclature des installations, la loi du 19 juillet 1976 opère notamment¹⁴³⁵ une réorientation majeure de la philosophie du droit des établissements du secteur industriel en consacrant « la vocation préventive pour la protection de l'environnement de la vieille police des établissements dangereux » et actant le nouvel intitulé de ces établissements : « les installations classées pour la protection de l'environnement » (ICPE). Dans le même temps, le législateur a introduit l'obligation de réaliser, dans le cadre du dossier de demande d'autorisation d'exploiter, une étude d'impact dont le contenu est précisé par le décret

¹⁴³¹ Pour les autres apports de la loi du 19 décembre 1917, V. notamment : D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, op.cit., p. 7, spéc. n° 19.

¹⁴³² Loi du 19 décembre 1917, art. 3 § 3, art. 4 § 4, art. 17.

¹⁴³³ Loi du 20 avril 1932 tendant à la suppression des fumées industrielles.

¹⁴³⁴ Décret n° 53-578 du 20 mai 1953 relatif à la nomenclature des établissements classés comme dangereux, insalubres ou incommodes.

¹⁴³⁵ De même, la loi du 19 juillet 1976 a supprimé la troisième classe des établissements dangereux et laisse subsister le régime déclaratif et celui de l'autorisation.

d'application du 21 septembre 1977¹⁴³⁶ et qui est imposée aux installations soumises au régime de l'autorisation par le décret du 12 octobre de la même année¹⁴³⁷.

635. Le droit français des ICPE a également été fortement influencé par le droit communautaire à travers les deux premières directives¹⁴³⁸ Seveso tirant leur nom d'une des villes italiennes théâtre d'un accident industriel majeur en 1976. Ainsi, à la suite de plusieurs accidents tels ceux de Feyssin, de Flixborough ou de Seveso, une véritable prise de conscience de la nécessité d'encadrer et de mieux contrôler les ICPE a donné lieu à la première directive Seveso qui a défini, pour la première fois, la notion d'accident majeur¹⁴³⁹. De la même manière, l'avènement d'autres accidents, comme celui de l'usine Sandoz à Bâle, a conduit à l'adoption de la deuxième directive Seveso pour parfaire le dispositif existant. L'apport majeur de cette dernière est alors de ne plus considérer la dangerosité des installations et des activités prises isolément mais de prendre en compte la notion d'établissement – entendue comme l'ensemble d'une zone placée sous le contrôle de l'exploitant et pouvant regrouper plusieurs installations – où la présence d'une quantité de substances dangereuses induit un risque d'accident majeur. Cette modification, perceptible en droit français par la transposition¹⁴⁴⁰ de la directive Seveso II, a eu pour effet de soumettre, parallèlement aux secteurs habituellement générateurs de risques¹⁴⁴¹, de nouvelles industries au régime des ICPE tels les carrières, les usines de production de pneus, les dépôts d'hydrocarbures, d'engrais ou d'explosifs ou encore les stockages d'ammoniac agricoles

¹⁴³⁶ Décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

¹⁴³⁷ Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

¹⁴³⁸ Directive 82/501/CEE du 24 juin 1982, dite Seveso I ; Directive n°96/82/CE du 9 décembre 1996, dite Seveso II.

¹⁴³⁹ L'accident majeur est défini par le droit européen comme « un événement tel qu'une émission, un incendie ou une explosion de caractère majeur, en relation avec un développement incontrôlé d'une activité industrielle, entraînant un danger grave, immédiat ou différé, pour l'homme, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement, et/ou pour l'environnement, et mettant en jeu une ou plusieurs substances dangereuses » (Directive 82/501/CEE du 24 juin 1982, art. 1^{er}, al. 2, c).

¹⁴⁴⁰ Décret n° 99-1220 du 28 décembre 1999 modifiant la nomenclature des installations classées et l'arrêté du 10 mai 2000 modifiant le décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour application de la loi du 19 juillet 1976.

¹⁴⁴¹ La loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, dispose son champ d'application à son article premier en visant « les usines, ateliers, dépôts, chantiers, et d'une manière générale les installations exploitées (...) qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour la protection de la nature et de l'environnement, soit pour la conservation des sites et monuments ».

communs dans les régions agraires¹⁴⁴².

636. En réponse à la catastrophe de l'usine toulousaine d'AZF, le législateur est de nouveau intervenu en 2003¹⁴⁴³, initialement¹⁴⁴⁴ pour renforcer la prévention des risques industriels majeurs. Comme en 1810, l'introduction de la loi du 30 juillet 2003 a été l'occasion d'une nouvelle démonstration de la puissance des lobbys industriels, en raison des rares concessions faites par le secteur industriel¹⁴⁴⁵ face aux faveurs qui leur ont été accordées¹⁴⁴⁶. Dans le même sens, la prévision d'une « déresponsabilisation partielle des industriels » en cas de survenance d'un accident majeur assumé par l'Etat à travers un fond d'indemnisation lorsque l'état de catastrophe technologique¹⁴⁴⁷ est décrété et l'obligation d'assurer les risques résiduels, impartie aux exploitants, sont une illustration du compromis plutôt favorable aux industriels au détriment du contribuable, des populations avoisinantes et de l'environnement, eu égard aux dommages que ces derniers pourraient subir.

637. Enfin, il est à préciser que le droit des installations classées, dont les dispositions sont prévues par le Code de l'environnement et par de nombreuses dispositions applicables selon le secteur d'activité de l'entreprise ou des procédés et substances utilisés, est un droit en constante mutation. En effet, d'une part, ce droit est au centre de débats sociétaux

¹⁴⁴² D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 10, spéc. n° 27.

¹⁴⁴³ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

¹⁴⁴⁴ Lors de la procédure parlementaire visant à adopter la loi du 30 juillet 2003, l'affaire « Metaleurop » s'est invitée dans les débats et a conduit le législateur à inscrire dans le projet de loi plusieurs dispositions visant à renforcer les pouvoirs de l'administration et les garanties sollicitées des exploitants afin d'assurer la remise en état des sites industriels pollués. De même, la multiplication des inondations et des dommages aux biens qu'elles occasionnèrent durant cette même période a été prise en compte par le législateur afin de « développer une conscience et une culture du risque dans la population » par la voie de nouvelles obligations imparties aux communes concernées par des risques naturels. Ces dernières sont alors tenues de réaliser un plan de prévention des risques naturels prévisibles qu'elles doivent communiquer aux populations concernées (C. environ., art. L. 125-2 ; V. *infra*, n° 698).

¹⁴⁴⁵ Par exemple, outre la nouvelle définition des études de dangers prévue par la loi du 30 juillet 2003 (C. environ., art. L. 512-1) qui implique notamment, sur la base d'une hiérarchisation des risques identifiés par l'étude, une évaluation quantitative des dommages potentiels aux tiers, le législateur a élargi le champ d'application de cette obligation à des domaines qui en étaient initialement exclus.

¹⁴⁴⁶ Par exemple, il est reproché au législateur le fait que les études de dangers servant de base pour délimiter les périmètres des plans de prévention des risques technologiques et l'identification des parcelles à exproprier soient réalisées par les futurs exploitants sans réelle possibilité de les critiquer en raison de la technicité des matières concernées. D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 12, n°s 32 et 33 ; dans le même sens, la doctrine relève que les contestations portées devant le juge donnent lieu « à un délicat contrôle sur le bien fondé technique du ou des chapitres de l'étude de dangers » (J.-P. BOIVIN, La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs, AJDA 2003, p. 1725).

¹⁴⁴⁷ C. ass., art. L. 128-1 et s.

dont l'ampleur s'accroît progressivement par la prise en compte grandissante au sein du public de l'importance de ses enjeux ; et, d'autre part, les retours d'expérience du secteur industriel incitent le législateur à réglementer davantage la matière afin d'assurer un niveau élevé de sécurité dans ce secteur. Pour prendre en compte la diversité de ces installations, le législateur a alors mis en place un dispositif permettant de réglementer les installations classées selon le niveau de risques qu'elles génèrent.

Paragraphe 2 : Les classifications des installations classées

638. L'appréhension du droit des installations classées nécessite de saisir préalablement des notions fondamentales (A) propres à la matière. Ensuite, la détermination du régime juridique applicable à une installation dépend de l'application d'une des différentes catégories d'installations classées (B). En effet, la détermination de la catégorie à laquelle appartient l'installation permet de déterminer les obligations générales de l'exploitant. Toutefois, pour adapter les obligations de l'exploitant aux spécificités de son activité, de nombreuses obligations sont également prévues par des prescriptions administratives dont la violation peut entraîner des sanctions (C).

A) Les notions fondamentales

639. Il est trois notions fondamentales indispensables pour se saisir de toutes les subtilités du droit des installations classées pour la protection de l'environnement¹⁴⁴⁸. En effet, le droit des installations classées recourt à des notions comme la notion d'installation (1), d'exploitant (3), ou encore la notion de nomenclature (2).

¹⁴⁴⁸ Pour une étude complète sur la notion d'installation classée pour la protection de l'environnement, V. D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, spéc. pp. 47-57.

1) La notion d'installation

640. L'article L. 511-1 du Code de l'environnement définit la notion d'installation en recourant, d'une part, à quelques exemples susceptibles de recevoir cette qualification¹⁴⁴⁹ et, d'autre part, en précisant que leur exploitation peut « présenter des dangers ou des inconvénients » pour différents intérêts¹⁴⁵⁰ énumérés au même article¹⁴⁵¹. En présence d'une définition trop large pour assurer l'application d'un régime juridique aux sujets de droit visés, le législateur complète cette définition en prévoyant que les installations visées à l'article précédent « sont définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du ministre chargé des installations classées, après avis du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques »¹⁴⁵².

641. A la lecture de la nomenclature prévue par le législateur, la notion d'installation ne correspond pas nécessairement à l'implantation d'une structure sur un site¹⁴⁵³, mais peut s'appliquer à une entreprise en raison des activités déployées, comme la

¹⁴⁴⁹ A l'aune de l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, sont directement visés de manière non exhaustive par le législateur « les usines, les ateliers, les dépôts et les chantiers ». Les quelques exemples que peut recouvrir la notion d'installation sont prévus à l'article premier de la loi du 19 juillet 1976 qui prévoyait que « sont soumis à la présente loi, les usines, ateliers, dépôts, chantiers, [tout en y incluant les] carrières ». Obsolètes, ces dispositions ne permettent plus de prendre en compte la diversité des établissements soumis au régime des installations classées. De même, le droit communautaire définit la notion comme « une unité technique à l'intérieur d'un établissement où des substances dangereuses sont produites, utilisées, manipulées ou stockées. Elle comprend tous les équipements, structures, canalisations, machines, outils, embranchements ferroviaires particuliers, quais de chargement et de déchargement, appointements, desservant l'installation, jetées, dépôts ou structures analogues, flottantes ou non, nécessaires pour le fonctionnement de l'installation » (Directive n° 96/82 du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses abrogée par l'article 32 de la Directive n° 2012/18/UE du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 à compter du 1er juin 2015). Toutefois, cette définition, prévue par la directive Seveso II, concerne particulièrement les installations astreintes à une maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

¹⁴⁵⁰ Le Code de l'environnement prévoit, à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, les différents intérêts protégés par le droit des installations classées. Sont ainsi visés, « la commodité du voisinage, (...) la santé, la sécurité, la salubrité publiques, (...) l'agriculture, (...) la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, (...) l'utilisation rationnelle de l'énergie, (...) la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique ». Afin d'éviter le rappel systématique de l'ensemble de ces intérêts protégés, les dispositions du Code de l'environnement procèdent par renvoi à l'article L. 511-1 dudit code, lorsque ces intérêts protégés sont évoqués.

¹⁴⁵¹ C. environ., art. L. 511-1.

¹⁴⁵² C. environ., art. L. 511-2.

¹⁴⁵³ D'ailleurs, le fait qu'une installation dispose de systèmes permettant de se mouvoir n'implique pas que cette dernière n'entre pas dans le champ d'application des dispositions régissant les installations classées (en ce sens, CAA Lyon, 7 août 2008, Sté Rhône Environnement, req. n° 06LY01280: Envir. 2008, n° 168, obs. GILLIG ; RJ envir. 2009. 493, obs. SCHNEIDER).

fabrication de l'ammoniac, de procédés utilisés, comme l'utilisation de l'amiante dans le processus de fabrication, ou encore du fait, sous réserve d'atteinte de seuils prévus par voie réglementaire, de la présence de certaines substances comme les engrais. De surcroît, les « installations ou équipements exploités par le demandeur [d'une autorisation d'exploiter] qui, mentionnés ou non dans la nomenclature, sont de nature, par leur proximité ou leur connexité avec une installation soumise à autorisation, à modifier les dangers ou inconvénients de cette installation »¹⁴⁵⁴ sont également qualifiées d'installations et soumises, à ce titre, aux différentes prescriptions de l'autorité administrative compétente en matière d'ICPE. Aussi, la jurisprudence a également étendu la notion d'installation pour appliquer le droit des ICPE à des exploitants qui tentaient de s'absoudre du droit des installations classées par le biais de contrat visant à transférer leur responsabilité à des tiers¹⁴⁵⁵.

642. Enfin, il est des installations qui, bien que non classées dans la nomenclature des ICPE, peuvent être, si elles présentent des dangers ou des inconvénients graves pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, soumises à certaines règles prévues pour les installations classées. Ainsi, ces installations peuvent alors être mises en demeure par le Préfet de faire cesser ces dangers ou inconvénients¹⁴⁵⁶ qui, à défaut de s'y conformer, peut conduire à l'arrêt du fonctionnement de l'installation¹⁴⁵⁷. Aussi, bien que la notion d'installation soit importante, elle ne suffit pas, sans se référer à la notion de nomenclature, à déterminer le régime juridique qui lui est applicable.

2) La notion de nomenclature

643. La nomenclature est également une notion primordiale puisqu'elle complète la définition légale de l'installation pour prévoir plus précisément le champ d'application du droit des installations classées selon l'installation concernée. En effet, à travers des rubriques,

¹⁴⁵⁴ C. environ., art. R. 512-32.

¹⁴⁵⁵ Par exemple, le Conseil d'Etat fait preuve de réalisme en appliquant la notion d'installation à un stockage de déchets dont les déchets provenaient d'une installation soumise à autorisation. Cette extension était d'autant plus critiquable que le stockage de déchets était, d'une part, géographiquement éloigné de l'installation soumise à autorisation et, d'autre part, géré par un tiers. Plus exactement, en l'espèce, l'application par le juge de la notion d'installation permettait de rattacher le stockage de déchets à l'établissement classé AS et faisait naître de nombreuses obligations de prévention pour l'exploitation des deux sites (CE, 24 mars 1978, n° 01.291, Rec. CE 1978, p. 156). Sur les installations classées AS, V. *infra*, n° 654.

¹⁴⁵⁶ C. environ., art. L. 514-4.

¹⁴⁵⁷ C. environ., art. L. 514-1, I, 3°.

présentées sous la forme d'un code à quatre chiffres, correspondant soit à une activité spécifique, soit à la présence de substances ou de mélanges dangereux, la nomenclature ICPE permet d'attribuer à l'installation le régime juridique général auquel cette dernière est soumise¹⁴⁵⁸. Initialement prévue par le décret du 20 mai 1953¹⁴⁵⁹, la nomenclature ICPE a été souvent modifiée pour intégrer de nouvelles activités industrielles, artisanales ou même agricoles, afin de prendre en compte de nouvelles activités nécessitant d'être davantage encadrées au regard des risques qu'elles généraient.

644. Ces modifications étaient parfois influencées par droit communautaire. En ce sens, la nomenclature ICPE fait actuellement l'objet de modifications substantielles¹⁴⁶⁰ pour transposer la troisième directive « Seveso »¹⁴⁶¹ et les dispositions du règlement « CLP »¹⁴⁶². Par exemple, initialement, les catégories d'installations à hauts risques susceptibles de donner lieu à des servitudes d'utilité publique en application de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement, portant la mention « AS » (A pour autorisation et S pour servitude), disparaissent au 1^{er} juin 2015¹⁴⁶³. Dans le même temps, de nouvelles rubriques regroupent les « substances et mélanges »¹⁴⁶⁴ les plus dangereux pour « défini[r], au sein de ces rubriques, des quantités dénommées quantités seuil haut ainsi que, pour certaines d'entre elles, des

¹⁴⁵⁸ Les régimes juridiques prévus par la nomenclature ICPE distinguent le régime dit de la déclaration (D), de l'enregistrement (E), de l'autorisation (A) et, jusqu'au 1^{er} juin 2015, de l'autorisation avec servitude d'utilité publique (AS). V. *infra*, n° 648 à 657.

¹⁴⁵⁹ Décret n° 53-578 du 20 mai 1953, modifié, relatif à la nomenclature des établissements dangereux, insalubres ou incommodes.

¹⁴⁶⁰ Décret n° 2013-1205 du 14 décembre 2013, JO 24 déc. ; Décret n° 2013-1301 du 27 décembre 2013, JO 31 déc ; Décret n° 2014-284 du 3 mars 2014.

¹⁴⁶¹ Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil.

¹⁴⁶² Règlement n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, modifiant et abrogeant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE et modifiant le règlement (CE) n° 1907/2006.

¹⁴⁶³ Décret n° 2014-285 du 3 mars 2014 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, art. 1 modif. l'annexe de l'art. R. 511-9 du Code de l'environnement.

¹⁴⁶⁴ Les termes « substances et mélanges » sont définis à l'article 2 du règlement (CE) n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, modifiant et abrogeant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE et modifiant le règlement (CE) n° 1907/2006. Ainsi, au sens du règlement CLP, la notion de substance est définie comme « un élément chimique et ses composés, à l'état naturel ou obtenu par un processus de fabrication, y compris tout additif nécessaire pour en préserver la stabilité et toute impureté résultant du processus mis en œuvre, mais à l'exclusion de tout solvant qui peut être séparé sans affecter la stabilité de la substance ni modifier sa composition » et le terme mélanges comme « un mélange ou une solution constitué de deux substances ou plus ».

quantités seuil bas »¹⁴⁶⁵. La prévision de ces seuils permet alors d'appliquer un régime différent pour une installation qui userait des mêmes substances mais en quantités différentes¹⁴⁶⁶. Afin de faciliter l'accès à ces réformes, l'Etat a publié, en collaboration avec l'INERIS, un guide technique sur la classification des substances¹⁴⁶⁷ et mis en place un outil permettant, sur la base des substances et mélanges dangereux présents dans l'installation, de déterminer le statut Seveso de l'installation¹⁴⁶⁸.

3) La notion d'exploitant

645. La notion d'exploitant est aussi d'une importance capitale car elle permet de déterminer la personne obligée par le droit des ICPE et donc la personne responsable envers l'administration ou les tiers en cas de manquement ou de dommage. L'exploitant est une personne physique ou morale, publique ou privée, qui détient ou exploite l'installation¹⁴⁶⁹ ou plutôt, pour éviter toute lapalissade, qui exploite ou détient respectivement l'activité ou les équipements de l'installation. Cette définition quelque peu lacunaire n'est pas sans poser de difficultés pour déterminer la personne ayant la qualité d'exploitant, notamment lorsque ce dernier a la qualité de salarié, ou lorsqu'il est usuel de distinguer possesseur et propriétaire alors que le Code de l'environnement évoque seulement le détenteur¹⁴⁷⁰ de l'installation.

¹⁴⁶⁵ Décret n° 2014-285 du 3 mars 2014 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement, art. 2.

¹⁴⁶⁶ Par exemple, un exploitant d'une installation de stockage de produits explosifs (rubrique 4220) est soumis au régime de la déclaration (DC) si la quantité équivalente totale de matière active susceptible d'être présente dans l'installation est de moins de 30 kg. Toutefois, si cette quantité excède 100 kg, l'installation change de régime et doit se conformer à l'ensemble des prescriptions prévues dans le régime de l'enregistrement. De même, si cette quantité excède 500 kg, l'installation est alors soumise au régime de l'autorisation.

¹⁴⁶⁷ Publié en juin 2014, le guide technique est disponible sur le site internet de l'INERIS (<http://www.ineris.fr/centredoc/guide-technique---juin-2014-1404813170.pdf>).

¹⁴⁶⁸ En effet, la Direction générale de la prévention des risques, rattachée au Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, a mis en ligne un outil permettant d'apprécier le niveau Seveso d'une installation (<http://www.seveso3.fr>).

¹⁴⁶⁹ C. environ., art. L. 511-1.

¹⁴⁷⁰ La détention se définit comme la « maîtrise matérielle sur un bien, indépendamment du titre qui pourrait la justifier » (Lexique des termes juridiques, 15^{ème} éd., *op. cit.*, p. 224, V° Détention) ; *adde*. La doctrine relève que la notion de détention d'une installation classée n'a pas pour vocation de soumettre les propriétaires d'une installation à l'ensemble du droit des ICPE mais cette « rédaction semble avoir été inspirée par la volonté d'appréhender, de façon exhaustive, tous les aspects de l'exploitation des installations classées, lorsque ladite exploitation procède d'un acte délibéré, à caractère commercial ou non (...). Il s'agira d'éviter ici qu'une absence d'exploitation, au sens général du terme, soit opposée par les bénéficiaires de l'installation pour échapper à l'application de la réglementation » (M. BAUCOMONT, C. LONDON, Lamy Environnement - Installations classées, Lamy, maj. 2014, spéc. n° 110-39).

646. Si l'arrêté du 28 avril 2011 définit la notion d'exploitant comme « tout chef d'organisme qui exploite une installation classée »¹⁴⁷¹, force est de constater que cette définition demeure spécifique aux installations classées pour la protection de l'environnement au sein des organismes relevant du Ministère de la défense qui ne sont pas soumises à l'ensemble du droit commun des ICPE¹⁴⁷² et ne saurait correspondre à la définition juridique générale prévue par le Code de l'environnement. En effet, cette définition, qui a pour but d'identifier la personne physique « chargée d'appliquer les prescriptions relatives à [l'] exploitation (...) [et ainsi identifier le] responsable de l'utilisation, de l'entretien et du maintien en conformité de cette installation classée »¹⁴⁷³, ne saurait correspondre à la notion plus large de l'exploitant prévue à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement et qui, dans le cadre de cette étude, se confond avec la personne morale de droit privé : la société.

647. Parfois, le législateur vise directement la personne considérée comme l'exploitant à l'instar du demandeur de l'autorisation d'exploiter dans le régime de l'autorisation¹⁴⁷⁴. De la même manière, à défaut d'avoir informé le Préfet et le Maire de la commune concernée de la cession d'une installation de stockage de déchets, le cédant reste considéré comme le « détenteur des déchets stockés au sens de l'article L. 541-2 et détenteur de l'installation au sens de l'article L. 511-1 »¹⁴⁷⁵. Aussi, la jurisprudence a contribué à étendre la notion d'exploitant en reconnaissant les notions de co-exploitant¹⁴⁷⁶, d'exploitant résiduel¹⁴⁷⁷, ou d'exploitant – gérant – de fait¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷¹ Arrêté du 28 avril 2011 fixant les modalités d'exercice des polices administratives des installations, ouvrages, travaux ou activités et des installations classées pour la protection de l'environnement au sein des organismes relevant du ministère de la défense, art. 2, 1.

¹⁴⁷² C. environ., art. L. 517-1, al. 2.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ En cas de demande d'une autorisation réalisée par un mandataire, la souscription d'une déclaration de changement d'exploitant sera donc nécessaire (CE, 16 juin 1972, n° 82.069, Dame Bret, Rec. CE 1972, p. 450 ; CAA Nantes, 31 déc. 1991, n° 89NT00903, MAINGUY). Loin d'être une hypothèse, il est courant que l'exploitant final ne soit pas encore juridiquement constitué lors du dépôt de la demande de l'autorisation d'exploiter. De même, une SCI bailleuse d'un entrepôt, pour lequel elle a déposé un permis de construire concomitant à une demande d'autorisation et donc détentrice du récépissé de la demande d'autorisation d'exploiter, est considérée comme l'exploitant en dépit du fait que seule la société preneuse ait effectivement exploité une activité dans cet entrepôt. Ainsi, « en l'absence de toute déclaration auprès des services préfectoraux compétents d'un changement d'exploitant (...) la société [bailleuse] est demeurée exploitante en titre de l'ensemble immobilier objet du récépissé délivré par le Préfet de la Seine-Saint-Denis le 8 mars 1999 » (CAA Versailles, 31 oct. 2013, n° 11VE02431).

¹⁴⁷⁵ C. environ., art. L. 541-28.

¹⁴⁷⁶ CE, 30 avril 1980, n° 19.242, « SARP » ; CAA Bordeaux, 7 avr. 2005, n° 02BX00982, Min. de l'Écologie et du Développement durable.

¹⁴⁷⁷ CE, 11 avril 1986, n° 62.234, Sté des produits chimiques Ugine-Kuhlman, Rec. CE 1986, p. 89 ; CE, 20 mars 1991, n° 83.776, SARL Rodanet.

L'appréhension de ces notions est alors indispensable pour circonscrire le champ d'application de la législation ICPE, pour déterminer le régime juridique applicable à une installation et pour apprécier l'ensemble des obligations incombant à l'exploitant.

B) Les différentes catégories d'installations classées

648. Le droit des ICPE distingue trois catégories principales d'installations classées en fonction de la source de risques qu'elles présentent pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement. Si les installations classées soumises au régime de l'enregistrement et de la déclaration (1) font l'objet d'une surveillance allégée, le régime de l'autorisation (2) a été prévu pour les installations devant être placées sous haute surveillance, voire sous très haute surveillance.

1) Les installations soumises au régime de la déclaration et de l'enregistrement

649. L'importance des risques d'une installation et de leurs conséquences potentielles dicte le régime qui lui est applicable afin d'adapter les obligations des exploitants aux risques qu'ils génèrent. Ainsi, le législateur a prévu deux premiers régimes juridiques applicables lorsque les risques générés sont soit faibles, soit importants mais maîtrisés. Néanmoins, la seule application de la législation ICPE sous-entend la présence de risques qui nécessitent un encadrement du législateur pour protéger les intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement¹⁴⁷⁹.

650. En premier lieu, le régime de la déclaration correspond aux installations sources de risques faibles. Plus précisément, ce régime concerne les installations qui, « bien que ne présentant pas de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article L. 511-1, doivent néanmoins respecter les prescriptions générales édictées par le Préfet en vue

¹⁴⁷⁸ En l'espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme la condamnation d'un gérant de fait d'une société commerciale pour avoir exploité « une installation classée A sans être titulaire des autorisations administratives exigées par la réglementation en vigueur » (Cass. crim., 25 mai 1994, n° 93-85158). Si cette application de la qualité d'exploitant à un gérant de fait a été initiée par la Cour de cassation, le juge administratif a pris acte de cette évolution en reconnaissant la qualité d'exploitant à une société dès lors qu'elle exerce « en réalité le contrôle du site » (CAA Douai, 26 juillet 2001, n° 97DA01643, Sté Auxilor).

¹⁴⁷⁹ V. *supra*, n° 640.

d'assurer dans le département la protection des intérêts visés à l'article L. 511-1 »¹⁴⁸⁰. Ces installations sont classées D (régime de la déclaration) et certaines d'entre elles doivent faire l'objet d'un contrôle périodique réalisé par un organisme agréé (classées DC)¹⁴⁸¹.

651. En second lieu, les installations sources de risques importants mais maîtrisés, correspondant à un niveau de risque acceptable, sont soumises au régime de l'enregistrement (E). Introduite en 2009¹⁴⁸², cette catégorie comprend les installations qui, bien que présentant des dangers ou inconvénients graves pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, peuvent prévenir ces dangers ou inconvénients en respectant les prescriptions générales édictées par le Ministère chargé des installations classées¹⁴⁸³. Les activités exercées dans le cadre de ce régime « concernent les secteurs ou technologies dont les enjeux environnementaux et les risques sont bien connus »¹⁴⁸⁴ et disposant donc de techniques de prévention des risques correctement maîtrisées. Par exemple, depuis le décret du 11 septembre 2013¹⁴⁸⁵, le stockage de bois est soumis au régime de l'enregistrement.

652. Ces deux dernières catégories, qui regroupent près de 90% des 500 000 installations classées en France, sont alors principalement régies par des actes administratifs réglementaires émanant de l'administration centrale¹⁴⁸⁶. Toutefois, pour s'adapter à leurs spécificités, le Préfet peut également édicter des prescriptions générales¹⁴⁸⁷ ou toutes prescriptions spéciales rendues nécessaires¹⁴⁸⁸. Si leur surveillance reste importante, leur classement dans ces catégories est une démonstration d'une maîtrise efficace des risques en raison de la connaissance de la majorité des facteurs de risques dans de telles installations. A l'inverse, certaines installations nécessitent un encadrement bien plus important et sont soumises, selon l'importance de leurs risques, à des obligations plus spécifiques.

¹⁴⁸⁰ C. environ., art. L. 512-8.

¹⁴⁸¹ C. environ., art. L. 512-11.

¹⁴⁸² Ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement ; Décret n° 2010-367 du 13 avril 2010 modifiant la nomenclature des installations classées et ouvrant certaines rubriques au régime de l'enregistrement ; Décret n° 2010-368 du 13 avril 2010 portant diverses dispositions relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement et fixant la procédure d'enregistrement applicable à certaines de ces installations.

¹⁴⁸³ C. environ., art. L. 512-7, I, al. 1.

¹⁴⁸⁴ C. environ., art. L. 512-7, I, al. 2.

¹⁴⁸⁵ Décret n° 2013-814 du 11 septembre 2013, JO 13 sept.

¹⁴⁸⁶ C. environ., art. L. 512-10 (régime de la déclaration) et L. 512-7 (régime de l'enregistrement)

¹⁴⁸⁷ C. environ., art. L. 512-9 (régime de la déclaration)

¹⁴⁸⁸ C. environ., art. L. 512-12 (régime de la déclaration) et L. 512-7-3 (régime de l'enregistrement)

2) Les installations soumises au régime de l'autorisation

653. Les installations sources de risques particulièrement importants pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement sont soumises au régime de l'autorisation (classée A). Comme son nom l'indique, les installations soumises à ce régime nécessitent une permission préalable du Préfet pour être exploitées. Le dossier de demande d'autorisation d'exploiter (DAE), présenté par le pétitionnaire, comprend de nombreuses informations sur le projet escompté, qui sont axées principalement sur les risques générés par l'activité et sur les moyens financiers pour les prévenir ou les réparer. Aussi, en cas de changement notable des conditions de l'exploitation de l'installation, l'exploitant est tenu de renouveler sa demande d'autorisation¹⁴⁸⁹. Néanmoins, les 46 000 installations classées soumises au régime de l'autorisation en France ne sont pas toutes astreintes aux mêmes obligations. En effet, nonobstant les dispositions spécifiques aux secteurs d'activité des installations classées soumises au régime de l'autorisation, le législateur prévoit des obligations additionnelles en fonction de l'importance des risques présents dans ces dernières.

654. Les installations soumises au régime de l'autorisation sont référencées dans la nomenclature sous la lettre A pour les installations nécessitant une haute surveillance et AS pour les installations soumises au régime de l'autorisation susceptibles de donner lieu à des servitudes d'utilité publique, afin notamment de raréfier la présence d'habitants et de constructions qui pourraient subir les conséquences des risques qu'elles peuvent générer. Toutefois, au 1^{er} juin 2015, lors de l'entrée en vigueur des décrets prévoyant la modification de la nomenclature des ICPE¹⁴⁹⁰, la mention « S » accolée au « A » est supprimée au profit d'une précision des établissements selon des seuils prévus dans la nomenclature et pouvant avoir pour effet d'impartir à une installation soumise au régime de l'autorisation des obligations additionnelles selon qu'elle est classée seuil haut ou seuil bas. La notion d'établissement, inspirée du droit communautaire, permet de prendre en compte l'importance des risques que peuvent générer une ou plusieurs installations soumises au régime de l'autorisation et qui peuvent être aggravées par la présence d'une installation soumise à un

¹⁴⁸⁹ Applicable à l'ensemble des installations classées, l'article L. 512-15 du Code de l'environnement relève que tout exploitant « doit renouveler sa demande d'autorisation ou d'enregistrement, ou sa déclaration soit en cas de transfert, soit en cas d'extension ou de transformation de ses installations, ou de changement dans ses procédés de fabrication, entraînant des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article L. 511-1 ».

¹⁴⁹⁰ V. *supra*, n° 643.

régime plus permissif. Plus précisément, introduite par la directive Seveso II, la notion d'établissement est définie comme « l'ensemble des installations classées relevant d'un même exploitant situées sur un même site, y compris leurs équipements et activités connexes »¹⁴⁹¹. Ainsi, subdivisé en deux catégories, un établissement ou une installation peut être classé Seveso seuil haut ou seuil bas.

655. Jusqu'au 1^{er} juin 2015¹⁴⁹², le « seuil haut », qui correspond quasiment au régime des installations classées AS, est appliqué soit à une installation dans laquelle des substances dangereuses sont présentes dans des quantités égales ou supérieures à la quantité déterminant pour ces substances le régime AS des installations visées à l'article R. 511-9 du Code de l'environnement, soit en raison du résultat d'une formule mathématique¹⁴⁹³ représentant l'addition des substances ou préparations susceptibles d'être présentes dans l'ensemble des installations composant un même établissement¹⁴⁹⁴.

656. A l'inverse, un établissement ou une installation Seveso « seuil bas » correspond à un établissement, ne répondant pas à la définition précédente, dans lequel des substances dangereuses sont présentes dans des quantités égales ou supérieures aux seuils

¹⁴⁹¹ Arrêté du 10 mai 2000, art. 2, abr. au 1^{er} juin 2015 ; *adde*, à titre de précision, l'arrêté du 26 mai 2014, pris pour transposition de la directive Seveso 3, reprend cette définition en disposant la notion d'établissement comme « l'ensemble des installations classées relevant d'un même exploitant situées sur un même site, y compris leurs équipements et activités connexes, tel que prévu à l'article R. 512-32 du Code de l'environnement dès lors que les installations exploitées entrent dans le champ du présent arrêté » (Arrêté du 26 mai 2014 relatif à la prévention des accidents majeurs dans les installations classées mentionnées à la section 9, chapitre V, titre Ier du livre V du Code de l'environnement, art. 2).

¹⁴⁹² L'arrêté du 26 mai 2014, pris pour transposition de la directive Seveso III, définit l'établissement seuil haut comme « un établissement répondant aux dispositions de l'article L. 515-36 du Code de l'environnement » (Arrêté du 26 mai 2014, art. 2.) Selon la directive Seveso III, le seuil haut est appliqué « aux installations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dans lesquelles des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils engendrent des dangers particulièrement importants pour la sécurité et la santé des populations voisines et pour l'environnement » (C. environ., art. L. 515-36). De même, l'établissement seuil bas correspondra, au 1^{er} juin 2015, à « un établissement relevant de l'article 1er [de l'arrêté du 26 mai 2014] et ne répondant pas aux dispositions de l'article L. 515-36. Plus précisément, l'article 1^{er} de l'arrêté du 26 mai 2014 prévoit que « le présent arrêté fixe les prescriptions relatives à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou mélanges dangereux présents dans les installations classées mentionnées à l'article L. 515-32 du Code de l'environnement. Ainsi, l'article L. 515-32 se contente d'une référence « aux installations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, dans lesquelles des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils peuvent être à l'origine d'accidents majeurs ».

¹⁴⁹³ Pour apprécier si l'addition des substances de plusieurs installations d'un même établissement implique la soumission de ce dernier au régime juridique des installations classées Seveso seuil haut, la formule mathématique est la suivante : $\sum q_x/Q_x \geq 1$. Plus précisément, "qx" désigne la quantité de la substance ou de la préparation x susceptible d'être présente dans l'établissement et "Qx" désigne la quantité seuil AS dans la rubrique visant le stockage de la substance ou de la préparation x. (C. environ., art. R. 511-10).

¹⁴⁹⁴ C. environ., art. R. 511-9.

indiqués par voie réglementaire¹⁴⁹⁵ ou, en raison de la même règle mathématique, dans lesquels plusieurs produits dangereux, visés par les rubriques du tableau de l'annexe I de l'arrêté du 10 mai 2000, sont présents.

657. A la différence des dossiers réalisés pour exploiter des installations classées D ou E, les dossiers établis en vue d'exploiter une installation soumise au régime de l'autorisation et, *a fortiori*, soumise aux obligations des établissements Seveso, doivent démontrer à l'autorité administrative, sur le fondement notamment des études scientifiques qu'ils contiennent, l'acceptabilité du risque que représente l'activité projetée au regard des risques potentiels identifiés et des moyens qui sont mis en avant pour les prévenir.

La procédure menant à l'autorisation d'exploiter une installation soumise à autorisation¹⁴⁹⁶ est alors particulièrement longue en raison notamment des délais nécessaires pour réaliser l'enquête publique¹⁴⁹⁷ ou bénéficier du résultat des consultations demandées par le préfet aux multiples services administratifs concernant le projet d'implantation¹⁴⁹⁸. De même, le dossier de demande d'autorisation d'exploiter est minutieusement instruit par l'inspection des installations classées¹⁴⁹⁹ dont le rapport fonde en grande partie la décision du Préfet. En cas de succès, l'autorisation d'exploiter est formulée à travers un arrêté préfectoral d'autorisation.

Dans le cadre de l'arrêté d'autorisation, l'autorité administrative peut alors prescrire des obligations supplémentaires pour compléter les moyens mis en œuvre par l'exploitant. Pendant toute la durée de fonctionnement de l'installation, le Préfet peut compléter ces

¹⁴⁹⁵ Arrêté du 10 mai 2000, Annexe I, 3^{ème} colonne.

¹⁴⁹⁶ C. environ., art. L. 512-1 à L. 512-6 et R. 512-2 à R. 512-39 ; circulaire du Ministre de l'environnement du 3 janvier 1979, JONC 8 février, relative à la publicité des arrêtés d'autorisation des installations classées ; circulaire du ministre de l'environnement du 28 décembre 1979, non publiée, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement – information du public ; circulaire du Ministre de l'environnement du 14 octobre 1980, non publiée, relative aux installations classées – étude d'impact ; circulaire du Ministre de l'environnement du 2 février 1982, non publiée, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement – instruction des projets d'établissements nouveaux ou d'extensions ; circulaire du Ministre de l'environnement du 9 février 1983, non publiée, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement – simplification administrative – contenu des arrêtés préfectoraux ; circulaire du Ministre de l'environnement du 10 mai 1983, non publiée, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement – cas des établissements nécessitant une régularisation administrative ; circulaire du Ministre de l'environnement du 16 mai 1983, non publiée, relative à la qualité des dossiers d'autorisation ; circulaire du ministre de l'environnement du 29 avril 1985, BO Equip. 3 juillet 1985, relative aux installations classées (information du public, publicité des arrêtés d'ouverture d'enquête publique et d'autorisation) ; circulaire du Ministre de l'environnement du 1^{er} mars 1988, non publiée, relative aux installations classées pour la protection de l'environnement – études de dangers – composition du dossier soumis à enquête publique.

¹⁴⁹⁷ C. environ., art. L. 123-3 et s. ; C. environ., art R. 512-14.

¹⁴⁹⁸ C. environ., art. R. 512-46-11.

¹⁴⁹⁹ C. environ., art. R. 512-11 et s., spéc. art. R. 512-25.

obligations par des arrêtés complémentaires si les prescriptions contenues dans l'arrêté d'autorisation lui apparaissent insuffisantes.

C) Les prescriptions administratives et les sanctions

658. Si le droit commun des installations classées est prévu par le Code de l'environnement, de nombreuses obligations imparties à l'exploitant sont applicables du fait de prescriptions administratives (1) dont la violation est susceptible d'entraîner de lourdes sanctions (2).

1) Les prescriptions administratives

659. Tout d'abord, il est à préciser que la responsabilité de plein droit de l'exploitant du fait des dommages de son installation causés à l'environnement¹⁵⁰⁰ participe, par l'effet prophylactique de toute sanction, au respect des dispositions prévoyant les mesures de prévention des risques, voire même à la prise de conscience de la nécessité de sécuriser l'entreprise vis-à-vis de ses risques au delà des prescriptions administratives.

660. Du fait notamment¹⁵⁰¹ des différentes prescriptions administratives générales ou particulières, l'exploitant est responsable de la surveillance et de la maintenance de l'installation¹⁵⁰². Ces prescriptions participent à la prévention des risques industriels puisqu'elles prévoient les moyens techniques à mettre en œuvre pour réduire le risque à la source ou pour anticiper l'ampleur des conséquences des risques susceptibles de se réaliser.

¹⁵⁰⁰ C. environ., art. L. 162-1.

¹⁵⁰¹ Parfois, certains textes spéciaux prévoient même l'obligation « [d']auto-surveillance » à laquelle est tenu l'exploitant. Par exemple, en matière de prévention des pollutions, le législateur enjoint à l'exploitant de réaliser des prélèvements d'eaux ou d'analyser les effluents atmosphériques et d'en transmettre les résultats à l'inspection des installations classées (Arrêté du 2 février 1998 relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation ; Arrêté min. du 2 février 1998 ; Arrêté min. du 28 avril 2014 relatif aux modalités de transmission des données d'autosurveillance des ICPE (applicable à compter du 1er janvier 2015) ; dans le même sens, V. Arrêté du 23 janvier 2007 relatif à la limitation des bruits émis dans l'environnement par les installations classées pour la protection de l'environnement qui prévoit l'obligation pour l'exploitant de mesurer périodiquement les émissions sonores de l'installation). Dans le même sens, de nombreuses obligations de prévention des risques et, plus précisément, des obligations de maintenance, d'entretien et de vérification, sont prévues dans la partie réglementaire du Code du travail (en ce sens, C. trav., art. R. 4224-17 et s.).

¹⁵⁰² C. environ., art. L. 512-3 (régime de l'autorisation).

Ainsi, dans les catégories d'installations classées les moins encadrées, le seul fait de suivre les prescriptions énoncées paraît, « en principe, eu égard aux caractéristiques des installations et de leur impact potentiel, »¹⁵⁰³ suffisant pour prévenir les risques et assurer la « protection des intérêts visés à l'article L. 511-1 »¹⁵⁰⁴.

661. Pour les installations soumises au régime de l'autorisation, les prescriptions énoncées dans l'arrêté préfectoral¹⁵⁰⁵ d'autorisation et les arrêtés préfectoraux complémentaires s'ajoutent alors aux différentes « règles générales et prescriptions techniques »¹⁵⁰⁶ fixées par les arrêtés ministériels pris par le Ministre compétent en matière d'installations classées après avis des ministères éventuellement concernés et du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques¹⁵⁰⁷.

Plus précisément, dans ce régime, l'arrêté d'autorisation a pour vocation de décrire « les conditions d'exploitation de l'installation en période de démarrage, de dysfonctionnement ou d'arrêt momentané »¹⁵⁰⁸. Les prescriptions prévues dans l'arrêté d'autorisation doivent alors tenir compte notamment, d'une part, de l'efficacité des meilleures techniques disponibles et de leur économie et, d'autre part, de la qualité, de la vocation et de l'utilisation des milieux environnants ainsi que de la gestion équilibrée de la ressource en eau¹⁵⁰⁹.

662. En raison de l'expertise technique nécessaire pour établir ces prescriptions, l'inspection des installations classées est destinataire du dossier de demande d'autorisation d'exploiter¹⁵¹⁰. Sur la base des différents documents composant le dossier de l'exploitant, de l'enquête publique et des différents avis des organes consultés, l'inspection des installations classées établit un rapport à l'attention du Conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques (CODERST)¹⁵¹¹. Dans le même temps, l'inspection des installations classées soumet à ce conseil ses propositions relatives au refus de la demande

¹⁵⁰³ C. environ., art. L. 512-7, al.1 (régime de l'enregistrement).

¹⁵⁰⁴ C. environ., art. L. 512-8, al. 1 (régime de la déclaration).

¹⁵⁰⁵ C. environ., art. R. 512-28.

¹⁵⁰⁶ Les règles générales et prescriptions techniques émanant de l'administration centrale ont pour objet de déterminer « les mesures propres à prévenir et à réduire les risques d'accident ou de pollution de toute nature susceptible d'intervenir ainsi que les conditions d'insertion dans l'environnement de l'installation et de remise en état du site après arrêt de l'exploitation » (C. environ., art. L. 512-5, al. 1).

¹⁵⁰⁷ C. environ., art. L. 512-5 (régime de l'autorisation)

¹⁵⁰⁸ C. environ., art. R. 512-28 al. 5.

¹⁵⁰⁹ C. environ., art. R. 512-28 al 2.

¹⁵¹⁰ C. environ., art. R. 512-11.

¹⁵¹¹ C. environ., art. R. 512-25, al. 1.

d'autorisation d'exploiter ou celles relatives aux prescriptions envisagées lorsque le rapport conclut en faveur d'une autorisation. L'exploitant, qui est destinataire des prescriptions envisagées de l'inspection des installations classées, est alors informé de la date de la réunion du CODERST, au moins huit jours avant ladite réunion, afin d'être en mesure de formuler des observations¹⁵¹². Si les prescriptions de l'autorité administrative peuvent être contraignantes au regard du personnel nécessaire ou des moyens financiers à engager, leur respect permet d'assurer une maîtrise optimale des risques de l'installation et évite le prononcé de sanctions administratives pouvant être lourdes de conséquences.

2) Les sanctions

663. Le non respect des prescriptions administratives expose l'exploitant récalcitrant à des sanctions administratives non négligeables qui peuvent se cumuler au prononcé de sanctions pénales. Le constat du non respect des prescriptions administratives au cours de l'exploitation se réalise lors des contrôles diligentés par l'inspection des installations classées dont les agents assermentés sont rattachés au Ministère chargé de l'environnement. En effet, l'inspection des installations classées contrôle l'application directe de la réglementation, par les exploitants, et exerce ainsi les missions de police administrative et de police judiciaire¹⁵¹³. Plus précisément, les inspecteurs des installations classées sont désignés par le Préfet sur proposition du Directeur régional de l'environnement de l'aménagement et du logement.

664. Afin de réaliser les contrôles dans le cadre du suivi de l'exploitation, l'inspection des installations classées dispose d'un droit de visite¹⁵¹⁴, d'un droit de communication et de saisie des documents de toute nature qui sont relatifs à l'objet du contrôle¹⁵¹⁵. De même, les inspecteurs peuvent également consulter tout document nécessaire à l'accomplissement de leur mission auprès des administrations publiques, des établissements ou organismes placés sous le contrôle de l'Etat et des collectivités territoriales¹⁵¹⁶. De surcroît,

¹⁵¹² C. environ., art. R. 512-25, al. 3.

¹⁵¹³ C. environ., art. L. 163-1 ; C. environ., art L. 170-1 et s. ; C. environ., art. L. 172-1 ; C. environ., art. L. 514-9 ; V également, Circulaire du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre des polices administratives et pénales en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

¹⁵¹⁴ C. environ., art. L. 172-5.

¹⁵¹⁵ C. environ., art. L. 172-12.

¹⁵¹⁶ C. environ., art. L. 172-11.

ils peuvent procéder à la saisie de l'objet de l'infraction ou des véhicules ayant permis la réalisation de l'infraction¹⁵¹⁷. Lorsque l'inspection des installations classées constate une infraction ou recourt à de tels pouvoirs, il est dressé un procès-verbal des différentes mesures employées dans le cadre du contrôle. Aussi, ce procès-verbal doit être transmis « sans délais »¹⁵¹⁸ au Procureur de la République territorialement compétent. L'exploitant a tout intérêt à participer au contrôle car, outre le fait que l'entrave au contrôle de l'inspection des installations classées soit sanctionnée¹⁵¹⁹, ce dernier pourra formuler toute observation susceptible d'éviter l'application de prescriptions complémentaires trop rigoureuses et dont la mise en place peut impliquer des coûts non négligeables.

665. Ensuite, l'exploitant est informé par l'inspecteur des installations classées des suites du contrôle par la transmission d'une copie du rapport de contrôle adressé au Préfet. A la lecture du rapport relevant les non conformités de l'exploitant aux prescriptions administratives, le Préfet peut, lorsque la prescription non respectée concerne des travaux, recourir à quatre mesures¹⁵²⁰.

666. L'exploitant peut alors être contraint de consigner entre les mains d'un comptable public une somme équivalente au montant des travaux ou des opérations à réaliser. De même, le Préfet peut faire procéder d'office, en lieu et place de l'exploitant, à l'exécution des mesures prescrites. L'exécution des mesures prescrites étant aux frais de l'exploitant, le recouvrement des sommes engagées pour y procéder se réalise généralement grâce aux sommes consignées entre les mains du comptable public. De surcroît, le Préfet peut décider de suspendre le fonctionnement d'une installation, de suspendre la réalisation des travaux ou des opérations réalisés par l'exploitant ou encore de suspendre l'exercice des activités jusqu'à ce que l'exploitant se soit conformé aux prescriptions dont la non conformité est reprochée. En pareille hypothèse, d'une part, le Préfet peut aussi prendre les mesures conservatoires nécessaires aux frais de l'exploitant et, d'autre part, l'exploitant est tenu d'assurer à son personnel le paiement des salaires et indemnités de toute nature pendant la durée de la suspension¹⁵²¹. En outre, le Préfet peut également ordonner le paiement d'une amende

¹⁵¹⁷ C. environ., art. L. 172-12.

¹⁵¹⁸ C. proc. pén., art. 40.

¹⁵¹⁹ C. environ., art. L. 514-12.

¹⁵²⁰ C. environ., art. L. 171-8.

¹⁵²¹ C. environ., art. L. 171-9.

maximale de 15 000 euros et d'une astreinte journalière de 1 500 euros jusqu'au jour où les griefs énoncés dans la mise en demeure auront disparu. En cas d'urgence, le Préfet peut s'absoudre de ces procédures et fixer les mesures nécessaires à la prévention de risques graves et imminents¹⁵²².

667. Soumises au contentieux de pleine juridiction¹⁵²³, ces décisions de l'autorité administrative ne sauraient être valablement prononcées sans que le Préfet n'ait préalablement informé l'exploitant de la possibilité de présenter ses observations. En effet, certaines garanties procédurales profitent à l'exploitant avant le prononcé de toute sanction. Ainsi, excepté les hypothèses de menaces graves et imminentes¹⁵²⁴, l'exploitant ne saurait être régulièrement condamné par l'administration sans que cette dernière ne lui ait préalablement adressé de mise en demeure de se conformer aux prescriptions dont l'inapplication est reprochée¹⁵²⁵.

Prise uniquement¹⁵²⁶ sous la forme d'un arrêté préfectoral, la mise en demeure de l'exploitant est une compétence liée du Préfet qui implique que ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation pour mettre en demeure l'exploitant dès lors que des prescriptions prises dans l'arrêté préfectoral¹⁵²⁷ d'autorisation ou dans un arrêté ministériel¹⁵²⁸ ne sont pas respectées. L'exploitant peut néanmoins émettre des observations et la jurisprudence relève l'illégalité d'une mise en demeure sans que l'exploitant n'ait pu valablement faire valoir ses observations¹⁵²⁹. Comme tout acte administratif individuel défavorable imposant des sujétions ou constituant une mesure de police, la mise en demeure doit être motivée et donc indiquer les considérations de fait et de droit fondant la décision de l'administration¹⁵³⁰.

¹⁵²² C. environ., art. L. 171-8 et art. L. 512-20.

¹⁵²³ C. environ., art. L. 514-6.

¹⁵²⁴ CE, 6^{ème} et 2^{ème} ss. sect., 31 mai 1989, Société Corse de Pyrotechnie Socopy et autres, n° 76236, rec. Lebon 1989.

¹⁵²⁵ C. environ., art. L. 514-1.

¹⁵²⁶ Seul le Préfet est compétent pour adresser, sous la forme d'un arrêté préfectoral, la mise en demeure prévue par l'article L. 171-7 du Code de l'environnement. Il en résulte que la mise en demeure de se conformer aux prescriptions administratives adressée par l'inspection des installations classées est entachée d'illégalité (en ce sens, CE 28 octobre 1983, SA Ets Motelet, n° 19885).

¹⁵²⁷ CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss. sect., 9 juillet 2007, MEDD c/ Coopérative agricole Vienne-Anjou-Loire, n° 288367.

¹⁵²⁸ CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss. sect., 14 novembre 2008, MEEDD, n° 297275.

¹⁵²⁹ CE, 6^{ème} et 1^{ère} ss. sect., 6 décembre 2012, n° 354241, rec. Lebon 2012.

¹⁵³⁰ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

668. Parallèlement aux infractions pénales de droit commun, particulièrement lourdes de conséquences¹⁵³¹ et susceptibles d'être appliquées aux installations classées¹⁵³², le Code de l'environnement prévoit de nombreuses dispositions visant à sanctionner pénalement une personne ayant méconnu les dispositions protectrices de l'environnement. Ainsi, outre les infractions spéciales relatives aux législations sur l'eau¹⁵³³, sur l'air¹⁵³⁴, relatives aux déchets¹⁵³⁵ et celles liées au droit de l'urbanisme¹⁵³⁶, le législateur a prévu plusieurs infractions spécifiques aux installations classées¹⁵³⁷. Par exemple, l'exploitant d'une installation qui ne respecterait pas les règles et prescriptions administratives qui lui sont adressées s'expose, indépendamment de tout dommage et nonobstant les éventuelles poursuites engagées sur le fondement des dispositions du Code pénal, au paiement d'une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁵³⁸.

669. Il est à préciser qu'en raison de la nécessité de prévenir les risques générés par les installations les plus dangereuses, l'exploitation d'une installation classée soumise au régime de l'autorisation, sans l'autorisation administrative requise, peut entraîner le prononcé de l'ensemble des sanctions administratives applicables à défaut pour un exploitant de s'être conformé aux prescriptions administratives auxquelles il est soumis. Aussi, une telle exploitation sans autorisation ne manquera pas de provoquer le déclenchement de poursuites pénales en raison, par exemple, de l'exposition, délibérée ou non, du personnel de

¹⁵³¹ Nonobstant le montant des amendes qui peut être prononcé et parfois quintuplé lorsque la personne poursuivie est une personne morale (C. pén., art. 131-38), une société peut être condamnée à la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés (C. pén., art. 131-39).

¹⁵³² Par exemple, le manquement délibéré à une obligation de sécurité (C. pén., art. 221-6), le dommage causé à autrui par maladresse, par manquement à une obligation de sécurité ou par négligence conduisant à une interruption temporaire de travail supérieure à trois mois (C. pén., art. 222-19) ou inférieure ou égale à trois mois (C. pén., art. R. 625-2), l'exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures par violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité (C. pén., art. 223-1), l'abstention volontaire à combattre un sinistre (C. pén., art. 223-7), l'entrave aux mesures d'assistance (C. pén., art. 223-5), la violation des interdictions ou les manquements aux obligations édictées par les décrets ou arrêtés de police (C. pén., art. R. 610-5) sont autant d'infractions pénales générales susceptibles d'être appliquées lorsqu'elles ont été commises à l'occasion de l'exploitation d'une installation classée.

¹⁵³³ C. environ., art. L. 216-6 et s. ; C. environ., art L. 432-2 et R. 216-12.

¹⁵³⁴ C. environ., art. R. 226-6 et s. ; C. pén., R. 610-5 ; décret n°62-1297 du 7 novembre 1962 pris en ce qui concerne les règles techniques d'utilisation et les caractéristiques des produits pétroliers.

¹⁵³⁵ C. environ., art. L. 541-6 et R. 541-78 et s.

¹⁵³⁶ C. urban., art. L. 461-1 et L. 480-3 et s.

¹⁵³⁷ C. environ., art. L. 514-9 et s. ; C. environ., art. R. 514-4 et s.

¹⁵³⁸ C. environ., art. R. 514-4, 3°.

l'installation aux risques de blessures corporelles ou de mort¹⁵³⁹.

Enfin, si les installations soumises au régime de l'autorisation sont minoritaires, ces dernières recèlent les risques les plus lourds de conséquences. Nécessitant des dispositifs de prévention d'autant plus contraignants pour prévenir leurs risques, ces installations sont alors soumises à des obligations renforcées en matière de gestion des risques.

Section 2 : Les obligations de gestion préventive dans une installation soumise au régime de l'autorisation

670. Le dossier devant être établi lors de l'implantation d'une ICPE soumise au régime de l'autorisation doit comporter plusieurs études scientifiques afin de mettre en exergue les incidences et les risques de l'activité projetée. Ces études et, plus particulièrement, l'étude de dangers¹⁵⁴⁰ qui constitue la pierre angulaire de la gestion des risques industriels (§ 1), complètent l'instruction réalisée par l'inspection des installations classées et servent à l'élaboration des différentes mesures destinées à la prévention des risques d'accidents majeurs (§ 2).

Paragraphe 1 : L'étude de dangers, pierre angulaire de la gestion des risques industriels

671. L'étude de dangers est une étude scientifique sollicitée dans le dossier de demande d'autorisation d'exploiter qui permet, en cas de succès, l'octroi de l'autorisation administrative d'exercer l'activité projetée. Les développements suivants constituent le régime juridique commun applicable à l'ensemble des installations soumises au régime de l'autorisation mais ne sauraient prendre en compte les nombreuses réglementations sectorielles applicables aux exploitants selon leur activité, les ouvrages dont il disposent ou les produits et les procédés de fabrication mis en œuvre ou utilisés par ces derniers. A la différence de ces dernières réglementations, l'étude de dangers (A) est applicable à

¹⁵³⁹ V. supra, n°s 183 à 186.

¹⁵⁴⁰ C. environ. art. R. 512-6.

l'ensemble des installations soumises au régime de l'autorisation, et implique, pour l'exploitant, de réaliser une analyse des risques (B) que génère ou est susceptible de générer une telle installation.

A) L'étude de dangers

672. Avant d'obtenir l'autorisation d'exploiter une nouvelle installation, le futur exploitant d'une installation présentant des risques très importants pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement doit étayer son dossier en démontrant une gestion effective des risques dans le projet escompté. Pour ce faire, le législateur a prévu que les installations soumises au régime de l'autorisation doivent présenter dans le dossier de demande d'autorisation d'exploiter des études d'incidence (1) et, plus particulièrement, une étude de dangers dont le contenu (2) est précisé par le législateur.

1) Les « études d'incidence »¹⁵⁴¹

673. L'étude de dangers et l'étude d'impact sont les « études d'incidence » les plus connues¹⁵⁴² devant être présentées, sous la responsabilité de l'exploitant, par l'ensemble des installations soumises au régime de l'autorisation¹⁵⁴³. L'étude d'impact a alors pour objet de mettre en exergue l'ensemble¹⁵⁴⁴ des incidences prévisibles de l'installation sur les différents intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement¹⁵⁴⁵. Elle se distingue alors de l'étude de danger car elle se concentre sur l'ensemble des conséquences liées à la mise en

¹⁵⁴¹ D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 203.

¹⁵⁴² Quatre études scientifiques peuvent être requises dans le cadre d'une demande d'autorisation d'exploiter une installation soumise au régime de l'autorisation. Si les études de danger et d'impact sont systématiquement produites, deux autres études, les documents « d'incidence » de la loi sur l'eau ou l'étude relative aux sites *Natura 2000* peuvent compléter les deux premières. En pratique, lorsque ces deux dernières études sont requises, elles s'insèrent dans le cadre de l'étude d'impact.

¹⁵⁴³ C. environ., art. L. 122-1 et art. R. 512-6, 5° ; Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, annexe III ; CE, 15 janvier 1986, n° 54843, Association de défense de l'environnement de Sousy et de la Haute-Brévenne.

¹⁵⁴⁴ Si l'absence d'étude d'impact peut conduire à la suspension automatique de l'arrêté d'autorisation de l'ICPE (C. environ., art. L. 122-2 ; CJA, art. L. 554-11), le Conseil d'Etat a également relevé que l'insuffisance d'une étude d'impact pouvait être assimilée à l'absence de ladite étude (CE, 29 juillet 1983, Commune de Roquevaire : Juris-Data n° 1983-042246 ; Rec. CE, p. 353 ; AJDA 1983, p. 41, chron. LASSERRE DELARUE ; D. 1995, p. 15).

¹⁵⁴⁵ V. *supra*, n° 640.

place et à la présence d'une installation dans le cadre de son fonctionnement normal¹⁵⁴⁶. A l'inverse, l'étude de dangers doit mettre en avant les incidences exceptionnelles relatives à la mise en place et à la présence de l'installation et nécessite donc de prendre en compte différents scénarios d'accidents ou de mauvais fonctionnement de l'installation. Bien qu'il ait été rappelé qu'il existe une différence entre les notions de risques et de dangers, l'étude de dangers est un nouveau constat de l'assimilation des deux notions par le législateur. En effet, comme le relève la doctrine¹⁵⁴⁷, l'étude de dangers est « improprement dénommée par les textes, puisqu'elle décrit avant tout des situations de risque »¹⁵⁴⁸. Cette dernière affirmation est confirmée par le législateur qui précise que l'étude de dangers doit décrire « les risques auxquels l'installation peut exposer (...) les intérêts visés à l'article L. 511-1¹⁵⁴⁹ en cas d'accident »¹⁵⁵⁰.

674. Aussi, l'étude de dangers ne doit pas être considérée comme un simple document dont l'établissement est nécessaire dans le cadre d'une DAE, car cette étude est un véritable outil de prévention des risques. Pour prendre en compte l'évolution du temps et des techniques, ce document doit être réexaminé en cas de changements notables des conditions d'exploitation¹⁵⁵¹, mis à jour au moins tous les cinq ans pour les installations classées AS¹⁵⁵² ou encore actualisé suivant les prescriptions de l'administration prises sous la forme d'un arrêté¹⁵⁵³. Lors de l'entrée en vigueur des décrets de transposition de la directive Seveso III¹⁵⁵⁴, l'étude de dangers devra également être révisée au terme d'un délai de deux ans suivant le passage d'une installation existante au classement seuil haut ou à la suite d'un

¹⁵⁴⁶ En effet, la Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que « l'analyse des effets directs et indirects sur l'environnement des circonstances accidentelles qui peuvent affecter le fonctionnement d'une installation classée, qu'il s'agisse d'un accident majeur, ou d'incidents, ne fait pas partie des informations qui doivent obligatoirement figurer dans l'étude d'impact, laquelle doit seulement faire ressortir les effets prévisibles sur l'environnement du fonctionnement normal de l'installation » (CAA Lyon, 15 déc. 2005, n° 00LY01799, Min. Aménagement du territoire et de l'environnement c/ Association pour la préservation du site des Monts d'Or et du Val-de-Saône et a. ; dans le même sens, V. CAA Lyon, 17 nov. 1992, n° 91LY00362, 90LY00382, 90LY00405 et 91LY00838, Sté Agrishell ; CAA Bordeaux, 5 nov. 1998, n° 98BX01320, Cogema : Juris-Data n° 1998-047300)

¹⁵⁴⁷ M. PENNAFORTE, La réglementation des installations classées, éd. Le Moniteur, coll. Guides juridiques, 2011, 517 p., spéc. p. 247 et 249.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 247.

¹⁵⁴⁹ V. *supra*, n° 640.

¹⁵⁵⁰ C. environ., art. L. 512-1, al. 3.

¹⁵⁵¹ C. environ., art. R. 512-33, II.

¹⁵⁵² C. environ., art. R. 512-9, III.

¹⁵⁵³ C. environ., art. R. 512-31.

¹⁵⁵⁴ Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil.

accident majeur¹⁵⁵⁵.

675. Alors que l'obligation de réaliser une étude de dangers avait été introduite dès 1977¹⁵⁵⁶, ce dispositif était initialement délaissé par la doctrine¹⁵⁵⁷ et ne donnait lieu qu'à peu de contentieux à la différence de l'étude d'impact et de l'enquête publique dont l'insuffisance était un grief récurrent devant les tribunaux administratifs. Il fallut attendre l'influence du droit communautaire¹⁵⁵⁸ et la prise de conscience, à la suite de constats tragiques d'accidents industriels, de la nécessité de perfectionner cet instrument pour l'ériger comme la clé d'une prévention efficace contre les risques générés par les installations classées A et AS.

2) Le contenu de l'étude de dangers

676. Ainsi, depuis l'introduction de la loi « Risques »¹⁵⁵⁹ et de son décret d'application¹⁵⁶⁰, l'étude de dangers a pour vocation de démontrer que le projet escompté par le demandeur « permet d'atteindre, dans des conditions économiquement acceptables, un niveau de risque aussi bas que possible, compte tenu de l'état des connaissances et des pratiques et de la vulnérabilité de l'environnement de l'installation »¹⁵⁶¹. Pour le demandeur, il s'agit donc de démontrer un rapport proportionnel entre l'importance des risques générés par l'installation dont il est sollicité l'autorisation d'exploiter et le coût des différentes mesures et procédés nécessaires pour les endiguer sans significativement obérer les fonds de l'entreprise. Par ailleurs, l'adéquation des moyens mis en œuvre eu égard à la description des risques présentée est une condition essentielle de régularité d'une étude de dangers¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁵ C. environ. art. 515-98, II.

¹⁵⁵⁶ Décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, art. 3, 5°.

¹⁵⁵⁷ D. DEHARBE, Les installations classées pour la protection de l'environnement, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵⁵⁸ Directive n°96/82/CE du 24 juin 1982 mod. 9 décembre 1996 ; Circulaire du 28 décembre 1983 relative à l'application de la directive communautaire « Seveso » ; Circulaire du 10 mai 2000, relative à la prévention des risques industriels majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation : JO 20 juin 2000.

¹⁵⁵⁹ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

¹⁵⁶⁰ Décret n° 2005-1170 du 13 septembre 2005 modifiant le décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

¹⁵⁶¹ C. environ., art. R. 512-9, al. 1.

¹⁵⁶² V. en ce sens, CAA Marseille, 11 février 2010, n° 08MA00145.

677. Les dispositions de la loi du 30 juillet 2003 enseignent également qu'il doit exister une certaine proportion entre le contenu de l'étude de dangers et l'importance des risques engendrés par l'installation¹⁵⁶³. Afin de se conformer aux exigences du législateur, l'étude de dangers doit comporter tous « les éléments constitutifs »¹⁵⁶⁴ prévus par l'article R. 512-9 du Code de l'environnement. Plus précisément, l'étude de dangers doit indiquer les différents risques endogènes et exogènes engendrés par l'installation et susceptibles de porter atteinte aux différents intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement¹⁵⁶⁵ en cas d'accident. En outre, l'étude de dangers d'une installation doit être établie en fonction « de son environnement et de la vulnérabilité des intérêts mentionnés aux articles L. 211-1 et L. 511-1 »¹⁵⁶⁶. Il en résulte que cette étude est axée non seulement sur la prévention des risques pouvant attenter aux intérêts protégés par la législation des installations classées mais également aux intérêts protégés par la législation sur l'eau.

678. Afin de répondre aux exigences du législateur, l'étude de dangers ne doit nullement se cantonner à décrire les risques identifiés. En effet, elle doit également mettre en exergue les différents procédés tendant à les réduire ou les supprimer pour que les destinataires de cette information puissent apprécier l'importance des risques identifiés au regard des capacités de maîtrise du futur exploitant. Aussi, cette étude doit préciser, « la nature et l'organisation des moyens de secours dont le demandeur dispose ou dont il s'est assuré le concours en vue de combattre les effets d'un éventuel sinistre »¹⁵⁶⁷.

De plus, afin que l'administration puisse se saisir précisément des différents risques analysés et décrits par le demandeur, l'étude de dangers doit comporter « un résumé non technique explicitant la probabilité, la cinétique et les zones d'effets des accidents potentiels, ainsi qu'une cartographie des zones de risques significatifs »¹⁵⁶⁸.

679. Enfin, il est à préciser que l'intervention législative de 2003 a eu pour effet de substituer à la méthode déterministe initialement suggérée par l'Etat une méthode fondée sur

¹⁵⁶³ C. environ., art. R. 512-9-I, al. 2.

¹⁵⁶⁴ CE, 15 janvier 1986, n° 54843, Association de défense de l'environnement de Souzy et de la Haute-Brévenne.

¹⁵⁶⁵ V. *supra*, n° 640.

¹⁵⁶⁶ C. environ., art. R. 512-9, I, al. 2.

¹⁵⁶⁷ C. environ., art. R. 512-9-II.

¹⁵⁶⁸ C. environ., art. R. 512-9-II.

une approche probabiliste. Ainsi, les études de dangers ne doivent plus se référer aux scénarios dits « majorant de référence » du Ministère chargé de l'environnement qui prenaient en compte les hypothèses les plus pénalisantes¹⁵⁶⁹ mais doivent, après avoir étudié et hiérarchisé l'ensemble de scénarios plausibles selon la probabilité de leur occurrence et de leur gravité, « défini[r] et justifie[r] les mesures propres à réduire la probabilité et les effets de ces accidents »¹⁵⁷⁰ potentiels. Pour ce faire, après avoir identifié les différents risques endogènes et exogènes liés à l'installation, le législateur enjoint au futur exploitant, « en tant que de besoin », d'analyser les risques générés par l'installation afin de les anticiper et de présenter les différents procédés visant à les prévenir.

B) L'analyse de risques dans l'étude de dangers

680. Excepté le fait qu'elle doit être présentée dans un document unique à l'établissement¹⁵⁷¹, aucune forme particulière n'est imposée dans la présentation de l'étude de dangers¹⁵⁷². Néanmoins, son contenu doit faire état de multiples informations. Ainsi, l'étude de dangers doit notamment comporter une analyse de risques (1), dont le contenu est précisé par le législateur (2).

¹⁵⁶⁹ Plus précisément, comme la méthode probabiliste, la méthode déterministe impliquait de prendre en compte l'ensemble des scénarios. Néanmoins, le Ministre compétent en matière d'environnement avait énuméré cinq scénarios de référence, basés sur les différentes études de dangers transmises par les exploitants et sur les différents accidents industriels recensés, dont l'omission dans les études de dangers donnait lieu à des protestations de la part de l'administration. Les griefs adressés aux industriels étaient âprement critiqués par ces derniers qui arguaient de la gabegie d'imposer des scénarios types d'accidents en dépit des spécificités propres à chaque installation. De surcroît, imposer des scénarios types dans les études de danger avait également pour effet de contredire les dispositions du législateur qui prévoient que les études de dangers doivent être réalisées sous la seule responsabilité de l'exploitant. Néanmoins, la doctrine relève qu'en pratique l'administration s'évertue à imposer des scénarios majorants ayant pour effet, en cas d'accident, de faciliter la démonstration de la négligence de l'exploitant, en cas de procès pénal, qui ne disposait pourtant d'aucune technique existante permettant de maîtriser les risques associés auxdits scénarios (M. PENNAFORTE, La réglementation des installations classées, *op. cit.*, p. 252).

¹⁵⁷⁰ C. environ., art. L. 512-1, al. 5.

¹⁵⁷¹ Arrêté du 10 mai 2000 relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation, art. 4-1.

¹⁵⁷² CE, 15 janv. 1986, n°54843 : Doc. AN 2002, n° 3559.

1) L'analyse de risques

681. A la lettre de l'article 4 de l'arrêté du 10 mai 2000, l'analyse de risques, dont les résultats servent à l'établissement de l'étude de dangers, « constitue une démarche d'identification et de réduction des risques réalisée sous la responsabilité de l'exploitant »¹⁵⁷³.

Le législateur est venu modifier la loi du 30 juillet 2003 en sous-entendant le caractère non obligatoire de l'analyse de risques dans le cadre d'une étude de dangers, en laissant *a priori* au demandeur l'initiative de s'y soumettre « en tant que de besoin »¹⁵⁷⁴. Néanmoins, en pratique, le futur exploitant a tout intérêt à réaliser avec sérieux une analyse de risques des plus exhaustives afin de démontrer les différents procédés permettant de maîtriser les risques préalablement identifiés et rigoureusement analysés pour obtenir l'autorisation sollicitée. L'exhaustivité des informations contenues dans cette étude permet aussi d'éviter l'annulation de l'autorisation administrative devant les tribunaux en raison du manque de rigueur de ce document¹⁵⁷⁵.

En effet, l'analyse de risques étant « consubstantielle »¹⁵⁷⁶ à l'étude de dangers, l'expression du législateur « en tant que de besoin » doit davantage être appréciée au regard du principe de proportionnalité dont le recours a notamment pour but de « ne pas alourdir de manière excessive les formalités auxquelles sont soumis les éleveurs »¹⁵⁷⁷ pouvant être également soumis à la législation des installations classées.

2) Le contenu de l'analyse de risques

682. Tout d'abord, le législateur rappelle que l'étude de dangers « doit comporter une analyse de risques qui prend en compte la probabilité d'occurrence, la cinétique¹⁵⁷⁸ et la

¹⁵⁷³ Arrêté du 10 mai 2000, art. 4-2.

¹⁵⁷⁴ Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole ; C. environ., art. L. 512-1, al. 4.

¹⁵⁷⁵ TA Orléans, 28 février 1995, n° 94-1366 et n° 941368, Association pour la sauvegarde du patrimoine et de l'environnement de la Sologne c/ Préfet du Loir-et-Cher.

¹⁵⁷⁶ M. PENNAFORTE, La réglementation des installations classées, *op. cit.*, p. 256.

¹⁵⁷⁷ Rapport Sénat n°45 de M. G. CESAR, fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, d'orientation agricole, 9 juill. 2003, 248 p. spéc. ss. article 25 bis (C. environ. art. 512-1), p. 189 et s.

¹⁵⁷⁸ La cinétique est définie comme la « vitesse d'enchaînement des événements constituant une séquence accidentelle, de l'événement initiateur aux conséquences sur les éléments vulnérables (Arrêté du 29 septembre 2005, art. 5 à 8)

gravité des accidents potentiels selon une méthodologie qu'elle explicite »¹⁵⁷⁹. Cette analyse doit être exhaustive ; le législateur et la jurisprudence¹⁵⁸⁰ rappellent à cet égard « [qu'] aucun scénario ne doit être ignoré ou exclu sans justification préalable explicite »¹⁵⁸¹.

683. Afin de s'assurer de la rigueur des études présentées, le législateur précise que l'analyse de risques doit s'appuyer sur une méthodologie justifiée et explicitée dans le cadre de l'étude de dangers et dont le résultat permet de hiérarchiser l'ensemble des risques identifiés. Il est à préciser que l'analyse de risques réalisée par le demandeur, qui « décrit les scénarios qui conduisent aux phénomènes dangereux et accidents potentiels »¹⁵⁸², constitue un support nécessaire à la rédaction de l'étude de dangers et ne saurait se substituer à cette dernière. Plus précisément, l'analyse de risques doit notamment porter sur « l'ensemble des modes de fonctionnement envisageables pour les installations, sur les différents procédés et produits de fabrication ou encore sur les interventions ou modifications prévisibles susceptibles d'affecter la sécurité, de manière d'autant plus approfondie que les risques ou les dangers sont importants »¹⁵⁸³. Si certains risques sont communs à l'ensemble des installations, comme le risque de propagation d'un incendie par un « effet domino »¹⁵⁸⁴ à d'autres installations d'un même établissement¹⁵⁸⁵, d'autres risques, bien que mentionnés dans l'étude

¹⁵⁷⁹ C. environ., art. L. 512-1, al. 4.

¹⁵⁸⁰ L'étude de dangers doit faire état des risques plausibles liés à la mise en place et au fonctionnement de l'installation au regard des spécificités de l'installation et de l'environnement du site sur lequel elle s'implante. Ainsi, par exemple, une étude de dangers qui fait fi du risque de propagation de nuages toxiques causés par l'incendie d'un dépôt de matières dangereuses peut être jugée suffisante selon l'environnement de l'installation mais insuffisante dès lors qu'il existe un centre commercial à proximité du site de l'installation projetée (CAA Lyon, 17 nov. 1992, n^{os} 91LY00362 et s., Sté Agrishell). Dans le même sens, si certaines installations ne sont pas tenues de faire état, dans leur étude de dangers, du risque d'attaque terroriste par voie aérienne, certaines installations sensibles, comme les installations nucléaires, doivent le prendre en compte et communiquer sur ce risque (CAA Lyon, 21 janv. 1992, n^o 89LY002014, Cogema).

¹⁵⁸¹ Arrêté du 29 septembre 2005 modifiant l'arrêté du 10 mai 2000 modifié relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation, art. 3-2.

¹⁵⁸² Arrêté du 10 mai 2000, préc., art. 4-2.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ L'effet domino se définit comme « [l'] action d'un phénomène dangereux affectant une ou plusieurs installations d'un établissement qui pourrait déclencher un autre phénomène sur une installation ou un établissement voisin, conduisant à une aggravation générale des effets du premier phénomène » (Circulaire du 10 mai 2010 récapitulant les règles méthodologiques applicables aux études de dangers, à l'appréciation de la démarche de réduction du risque à la source et aux plans de prévention des risques technologiques (PPRT) dans les installations classées en application de la loi du 30 juillet 2003, partie 3, 2, p. 117).

¹⁵⁸⁵ Contra CAA Bordeaux, 30 déc. 2004, n^o 00BX00133, Association Aquitaine Alternatives (« Considérant que l'étude d'impact préalable à l'arrêté du 4 décembre 1996, par lequel le préfet de la Gironde a autorisé l'extension de l'usine Michelin de Bassens (...) qu'aucune disposition n'impose de prendre en compte l'effet domino dans l'étude de dangers »).

de dangers et « compte tenu des modalités d'exploitation »¹⁵⁸⁶, peuvent faire l'objet de développements plus succincts.

684. En pratique, de multiples procédés techniques et de nombreuses méthodes—parfois même suggérés par le législateur¹⁵⁸⁷— permettent des modélisations des risques pour obtenir les différents scénarios catastrophes afin de mettre en place les outils de prévention permettant de les anticiper. Dans le même sens, l'arrêté du 29 septembre 2005¹⁵⁸⁸ fournit des pistes méthodologiques¹⁵⁸⁹ permettant de répondre aux attentes du législateur relatives au contenu des études de dangers. Aussi, la circulaire du 25 juin 2003¹⁵⁹⁰, révisée par la circulaire du 29 janvier 2007¹⁵⁹¹, prévoit un guide, élaboré par des représentants des principaux exploitants d'installations classées Seveso, des représentants de l'administration et des experts en risques industriels, afin de faciliter l'élaboration de l'analyse de risques par le futur exploitant.

D'ailleurs, pour les installations classées AS, l'importance des risques générés par leur implantation suppose la réalisation d'une analyse de risques plus approfondie¹⁵⁹² puisqu'elle

¹⁵⁸⁶ V., par exemple, concernant une étude de dangers dont il était critiqué l'insuffisance au regard du risque de pollution des eaux pourtant jugée satisfaisante par la Cour administrative d'appel « compte tenu des modalités d'exploitation » (CAA Nantes, 28 mai 2002, n° 97NT01911, Association pour la sauvegarde de l'environnement et du patrimoine de la Sologne).

¹⁵⁸⁷ A titre d'exemple, la circulaire du 10 mai 2000, dépourvue de caractère réglementaire, invite les exploitants à recourir à des méthodes de type HAZOP, AMDEC, *what-if*, ou encore celle dite de l'arbre de défaillances afin d'analyser les risques liés à l'exploitation des ICPE. Bien que cette circulaire soit initialement destinée aux installations soumises au régime de l'autorisation avec servitude, le législateur relève que « les principales règles méthodologiques peuvent être appliquées, avec la proportionnalité à laquelle la réglementation incite, pour l'ensemble des installations classées » (Circulaire du 10 mai 2000, préc., III, 2.2).

¹⁵⁸⁸ Arrêté du 29 septembre 2005, relatif à l'évaluation et à la prise en compte de la probabilité d'occurrence, de la cinétique, de l'intensité des effets et de la gravité des conséquences des accidents potentiels dans les études de dangers des installations classées soumises à autorisation.

¹⁵⁸⁹ Plus précisément, l'arrêté du 29 septembre 2005 fournit de nombreuses pistes méthodologiques permettant d'apprécier la probabilité, la cinétique, l'intensité des phénomènes dangereux et la gravité des conséquences potentielles de l'accident. Par exemple, concernant la probabilité, le législateur relève que la probabilité peut être appréciée en recourant à trois types de méthodes : une méthode de type qualitatif, une deuxième de type semi quantitatif et une dernière de type quantitatif. Ensuite, afin d'harmoniser la présentation des risques, les phénomènes dangereux et les accidents potentiels doivent être hiérarchisés suivant une échelle à cinq classes. Lorsqu'il existe une incertitude inhérente aux classes de probabilité dans lesquelles l'événement redouté doit s'insérer, il est préconisé d'inclure le risque dans la classe la plus pénalisante (Arrêté du 29 septembre 2005, art. 2 à 4 ; Circulaire du 10 mai 2010 récapitulant les règles méthodologiques applicables aux études de dangers, à l'appréciation de la démarche de réduction du risque à la source et aux plans de prévention des risques technologiques (PPRT) dans les installations classées en application de la loi du 30 juillet 2003).

¹⁵⁹⁰ Circulaire du 25 juin 2003, non publiée, prévoyant le Guide « Principes généraux pour l'élaboration et la lecture des études de dangers ».

¹⁵⁹¹ Circulaire du 29 janvier 2007 relative au guide d'élaboration et de lecture des études de dangers pour les établissements soumis à autorisation avec servitudes et des fiches d'application des textes réglementaires récents.

¹⁵⁹² Arrêté du 10 mai 2000 préc., art. 4-2, al. 3. Pour l'ensemble des dispositions relatives à la méthodologie suggérée pour les analyse de risques et études de dangers, présentée en onze parties, devant être réalisées pour

« constitue le cœur de l'étude de dangers »¹⁵⁹³ dans pareille installation. En effet, l'étude de dangers réalisée pour une installation classée AS est complétée par d'autres informations¹⁵⁹⁴, puisque cette étude sert également de support pour l'élaboration de différentes mesures ultérieures tels les systèmes de gestion de la sécurité¹⁵⁹⁵ ou pour la préparation de plans d'urgence¹⁵⁹⁶.

685. Il est à préciser que, lorsque les informations présentées dans le cadre de l'étude de dangers sont jugées insuffisantes par l'administration et « lorsque l'importance particulière des dangers ou inconvénients de l'installation le justifie, le préfet peut exiger la production, aux frais du demandeur, d'une analyse critique d'éléments du dossier justifiant des vérifications particulières, effectuée par un organisme extérieur expert choisi en accord avec l'administration »¹⁵⁹⁷.

une installation classée soumise au régime de l'autorisation avec servitude, V. Circulaire du 10 mai 2010 récapitulant les règles méthodologiques applicables aux études de dangers, à l'appréciation de la démarche de réduction du risque à la source et aux plans de prévention des risques technologiques (PPRT) dans les installations classées en application de la loi du 30 juillet 2003, spéc. Partie II Guide d'élaboration des études de dangers pour les établissements soumis au régime de l'autorisation avec servitudes, p. 105 et s. spéc. p. 160 et s.

¹⁵⁹³ Circulaire du 10 mai 2000, préc., art. III, 2.2, al. 1.

¹⁵⁹⁴ Par exemple, dans les établissements classés Seveso seuil haut, l'étude de dangers doit « contenir, dans un paragraphe spécifique, le positionnement des accidents potentiels susceptibles d'affecter les personnes à l'extérieur de l'établissement » (Arrêté du 10 mai 2010, art. 4, 4, al. 1). De même, pour ces dernières, les études de dangers doivent indiquer « le nom des rédacteurs et/ou des organismes compétents ayant participé à son élaboration » (Arrêté du 10 mai 2010, art. 4, 1, al. 4). Aussi, ces installations sont tenues de procéder « à une estimation de la probabilité d'occurrence et du coût des dommages matériels potentiels aux tiers en cas d'accident survenant dans cette installation et de transmettre le rapport d'évaluation au préfet (...) pour chacun des accidents majeurs identifiés dans l'étude de dangers de l'établissement » (C. environ., art. L. 515-26). Pour clore cette énumération non exhaustive, il est à préciser que l'exploitant d'une installation Seveso doit également préciser les mesures de maîtrise des risques mises en œuvre et celles non retenues, ainsi que les raisons de ce choix ». Cette démarche de maîtrise des risques « consiste à réduire autant que possible la probabilité ou l'intensité des effets des phénomènes dangereux conduisant à des accidents majeurs potentiels, compte tenu de l'état des connaissances et des pratiques et de la vulnérabilité de l'environnement de l'installation » (Arrêté du 10 mai 2000 relatif à la prévention des accidents majeurs impliquant des substances ou des préparations dangereuses présentes dans certaines catégories d'installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation, Annexe IV, 1). Ainsi, il doit, par exemple, justifier les choix technologiques effectués eu égard « aux meilleures technologies disponibles au plan industriel à un coût économiquement acceptable en vue de la réduction des risques et de la limitation de leurs conséquences » (Circulaire du 10 mai 2000, § III, 2-4, al. 2). Plus précisément, l'exploitant doit analyser[r] toutes les mesures de maîtrise du risque envisageables et met[t]re en œuvre celles dont le coût n'est pas disproportionné par rapport aux bénéfices attendus, soit en termes de sécurité globale de l'installation, soit en termes de sécurité pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement » (Arrêté du 10 mai 2000, Annexe IV, 1).

¹⁵⁹⁵ V. *infra*, n° 701.

¹⁵⁹⁶ Si toutes les installations soumises au régime de l'autorisation doivent présenter dans leur étude de dangers des éléments qui seront détaillés dans le plan d'opération interne (POI), les installations classées AS devront également fournir les éléments indispensables à l'élaboration du plan particulier d'intervention (PPI). V. *infra*, n°s 690 et s (POI) et 693 et s. (PPI).

¹⁵⁹⁷ C. environ., art. R. 512-7.

686. Enfin, l'étude de dangers est un document communicable au public en dépit des multiples informations sensibles qu'il peut contenir. Le Code de l'environnement prévoit alors deux dispositifs permettant à l'exploitant de préserver des informations relatives à ses secrets de fabrication ou afin de limiter la fuite de données susceptibles d'accroître la vulnérabilité de l'installation¹⁵⁹⁸.

687. Comme le résume la doctrine, l'étude de dangers permet alors, « sur la base des scénarios retenus, une ventilation et une hiérarchisation fines de chaque catégorie de risques (...) [et] l'analyse technique contenue dans l'étude de danger va conditionner a priori le recours à un instrument juridique adapté au risque identifié »¹⁵⁹⁹. Aussi, particulièrement vérifiable en présence d'installations à hauts risques, l'étude de dangers sert à la prévention des risques d'accidents majeurs.

Paragraphe 2 : La prévention des risques d'accidents majeurs

688. L'article 5 de la directive Seveso II impose aux exploitants une obligation générale de vigilance¹⁶⁰⁰. En raison des conséquences désastreuses qu'il est possible d'observer à la suite d'un accident industriel dans une installation classée Seveso, les exploitants de ces installations sont tenus de prendre toutes les mesures afin de prévenir les risques d'accident majeur postérieurement à l'autorisation d'exploiter (A) et pendant toute la durée de l'exploitation de l'installation (B).

¹⁵⁹⁸ En premier lieu, le Code de l'environnement prévoit la possibilité pour l'exploitant d'établir « en exemplaire unique et sous pli séparé, les informations dont la diffusion lui apparaîtrait de nature à entraîner la divulgation de secrets de fabrication » (C. environ., art. R. 512-3, 4°). En deuxième lieu, le législateur a prévu « [qu'] à la requête du demandeur, ou de sa propre initiative, le préfet peut disjoindre du dossier soumis à l'enquête et aux consultations prévues (...) les éléments de nature à entraîner, notamment, la divulgation de secrets de fabrication ou à faciliter des actes susceptibles de porter atteinte à la santé, la sécurité et la salubrité publiques » (C. environ., art. R. 512-14, V).

¹⁵⁹⁹ J.-P. BOIVIN, La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs, AJDA 2003, p. 1725.

¹⁶⁰⁰ En effet, le droit communautaire prévoit que « l'exploitant [est] tenu de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir les accidents majeurs et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement (Directive 96/82/CE du Conseil, du 9 décembre 1996, concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, art. 5, 1).

A) Les mesures de prévention des risques d'accident majeur mises en place postérieurement à l'autorisation d'exploiter

689. L'exploitant d'une installation classée Seveso est tenu de mettre en place plusieurs plans de secours pour prévenir les conséquences des risques générés par son installation. Si, parfois, les conséquences de la réalisation d'un risque peuvent être gérées par le seul plan d'opération interne de l'installation (1), les moyens étatiques doivent parfois se conjuguer aux moyens de l'exploitant pour prévenir les dommages ou l'aggravation de ces derniers. En effet, l'Etat doit élaborer un plan particulier d'intervention (2) et, de la même manière, apporter son concours à certaines installations présentant des risques technologiques ou naturels afin d'établir des plans de prévention de ces risques (3). Enfin, les installations à très hauts risques sont également soumises à des obligations complémentaires (4) au regard de la nécessité de prévenir les éventuelles conséquences désastreuses susceptibles d'être observées dans de telles installations.

1) Le plan d'opération interne

690. Le plan d'opération interne (POI) est un plan d'urgence établi par l'ensemble des exploitants d'une installation classée AS¹⁶⁰¹ à partir des scénarios d'accidents analysés dans le cadre de l'étude de dangers. Néanmoins, si le Préfet l'estime nécessaire, le POI peut être imposé par arrêté préfectoral aux installations qui ne relèvent pas de cette catégorie¹⁶⁰². Ce plan est établi en coopération avec l'administration¹⁶⁰³ afin d'étayer les différentes « mesures d'organisation, les méthodes d'intervention et les moyens nécessaires que

¹⁶⁰¹ C. environ., art. R. 512-29 ; de même, par exemple, les stockages souterrains de gaz combustibles et d'hydrocarbures liquides sont concernés par l'obligation d'établir un POI (Décret n° 2002-1482 du 20 décembre 2002, art. 8).

¹⁶⁰² Néanmoins, s'il fait défaut, le Préfet, représentant de l'Etat en matière de police des installations classées, peut prescrire son élaboration par la voie de l'arrêté d'autorisation d'exploiter ou par l'intermédiaire d'un arrêté spécifique. En pareille hypothèse, le Préfet doit consulter le service départemental d'incendie et de secours (SDIS).

¹⁶⁰³ Si une collaboration entre l'administration et l'exploitant est prévue pour l'élaboration du POI, le Préfet ne dispose pas du pouvoir d'approuver ou de rejeter le plan arrêté. Toutefois, l'exploitant sera tenu de respecter « les mesures d'urgence qui incombent à l'exploitant sous le contrôle de l'autorité de police et les obligations de celui-ci en matière d'information et d'alerte des personnes susceptibles d'être affectées par un accident, quant aux dangers encourus, aux mesures de sécurité et au comportement à adopter » contenues dans l'arrêté d'autorisation ou dans un arrêté complémentaire (C. environ., art. R. 512-29, al. 2).

l'exploitant doit mettre en œuvre »¹⁶⁰⁴ et qui seraient déclenchées en cas d'accident pour protéger les travailleurs de l'installation, les populations avoisinantes et l'environnement. En d'autres termes, il a pour objectif de « contenir et maîtriser les incidents de façon à en minimiser les effets et à limiter les dommages causés à la santé publique, à l'environnement et aux biens [et détailler] (...) les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et l'environnement contre les effets d'accidents majeurs »¹⁶⁰⁵.

691. A cet effet, bien que le CODERST¹⁶⁰⁶ et le CHSCT¹⁶⁰⁷ soient également consultés sur le plan arrêté par l'exploitant, l'exploitant conserve le « dernier mot » car ce plan est établi sous sa propre responsabilité. Par ailleurs, si toute installation peut se doter d'un POI, seules celles soumises au régime de l'autorisation avec servitude d'utilité publique sont tenues de l'élaborer préalablement à leur mise en service. De même, ces dernières sont tenues de le tester ainsi que de le mettre à jour tous les trois ans¹⁶⁰⁸.

692. Le POI est un nouvel exemple de la nécessité d'établir le plus rigoureusement possible l'étude de dangers puisque les différentes mesures décrites dans le cadre du plan d'urgence sont arrêtées sur la base des différents scénarios retenus dans l'analyse de risques. De plus, pour rappel, le Code de l'environnement prévoit que l'étude de dangers doit préciser, « compte tenu des moyens de secours publics portés à sa connaissance, la nature et l'organisation des moyens de secours privés dont le demandeur dispose ou dont il s'est assuré le concours en vue de combattre les effets d'un éventuel sinistre »¹⁶⁰⁹.

Ainsi, à partir de chaque scénario d'accident identifié, l'exploitant doit décrire l'intervention particulière qui est prévue à cet effet. Par exemple, pour chaque scénario identifié, le POI doit décrire l'installation et son environnement illustrés par des plans commentés, les niveaux d'alerte et les procédures de diffusion de l'information relative à la réalisation de l'accident, le niveau de risques atteint en fonction des produits ou équipements susceptibles d'accroître les conséquences de l'accident ou encore l'organisation des secours à

¹⁶⁰⁴ C. environ., art. R. 512-29, al. 1.

¹⁶⁰⁵ C. environ., art. L. 515-41.

¹⁶⁰⁶ V. *supra*, n° 662.

¹⁶⁰⁷ C. trav., art. R. 4615-2.

¹⁶⁰⁸ C. environ., art. R. 512-29, al. 1.

¹⁶⁰⁹ C. environ., art. R. 512-9.

l'intérieur de l'installation¹⁶¹⁰. Afin de prendre en compte l'ensemble des données relatives à l'organisation des moyens de gérer l'accident, le législateur rappelle la nécessité d'apprécier, lors de l'élaboration des POI, les spécificités liées aux interventions internes qui se dérouleraient de nuit ou encore « en période de présence limitée, voire d'absence de personnel »¹⁶¹¹.

Du fait de l'ampleur des accidents susceptibles d'être générés par ces entreprises à hauts risques, le législateur a constaté la nécessité de renforcer la synergie entre l'exploitant et les services de l'Etat pour assurer notamment au personnel de l'installation, aux populations avoisinantes et à l'environnement l'engagement de secours extérieurs à l'entreprise pour circonscrire au mieux et le plus rapidement possible les nuisances ou préjudices qu'ils pourraient subir.

2) Le plan particulier d'intervention

693. Selon l'article 1^{er} du décret du 13 septembre 2005, « les plans particuliers d'intervention sont établis, en vue de la protection des populations, des biens et de l'environnement, pour faire face aux risques particuliers liés à l'existence ou au fonctionnement d'ouvrages ou d'installations »¹⁶¹². Au titre des multiples installations pour lesquelles le Préfet est chargé d'élaborer un plan particulier d'intervention (PPI), énumérées au sein de ce dernier article¹⁶¹³, il est possible de compter les sites comportant au moins une installation nucléaire de base, les installations classées AS ou encore les stockages de gaz et d'hydrocarbures.

Aussi, le Préfet peut décider l'élaboration de PPI pour les installations non énumérées par le décret du 13 septembre 2005 et qui présentent des risques similaires aux risques identifiés dans ces précédentes installations. De même, l'exercice de cette compétence lui est également permise pour toutes les installations qui présentent « des risques de nature particulière,

¹⁶¹⁰ M. PENNAFORTE, La réglementation des installations classées, *op. cit.*, p. 279.

¹⁶¹¹ Circulaire du 12 janvier 2011 relative à l'articulation entre le plan d'opération interne, l'intervention des services de secours publics et la planification Orsec afin de traiter les situations d'urgence dans les installations classées, art. 3-2, 1.

¹⁶¹² Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, relatif aux plans particuliers d'intervention concernant certains ouvrages ou installations fixes et pris en application de l'article L. 741-6 du Code de la sécurité intérieure, art. 1^{er}.

¹⁶¹³ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 1^{er}.

identifiés, susceptibles de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité des personnes »¹⁶¹⁴. A l'inverse, lorsque l'étude de dangers établie par l'exploitant démontre son inanité, le Préfet peut décider, par arrêté motivé, de ne pas s'y astreindre¹⁶¹⁵.

694. Bien que l'exploitant collabore dans la préparation du PPI¹⁶¹⁶, le PPI est élaboré par le Préfet sous sa propre responsabilité et prévu par un arrêté préfectoral spécifique. Ainsi, le Préfet doit transmettre le PPI à l'exploitant mais également aux Maires des communes concernées par l'installation qui ont deux mois pour lui transmettre leurs avis¹⁶¹⁷. Ensuite, durant un mois, le projet de PPI fait l'objet d'une consultation du public, selon les cas, au siège de la préfecture ou de la sous-préfecture au cours de laquelle les observations du public sont recueillies¹⁶¹⁸. Une fois le projet adopté par arrêté, le préfet informe les populations avoisinantes des risques générés par l'installation, des « mesures prévues pour alerter, protéger et secourir »¹⁶¹⁹ afin de déterminer les comportements à adopter en cas d'accident¹⁶²⁰. Non figé, le PPI doit faire l'objet d'un nouvel examen tous les trois à cinq ans, selon le type d'installation, à l'occasion duquel des exercices et entraînements sont

¹⁶¹⁴ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 2.

¹⁶¹⁵ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 3.

¹⁶¹⁶ Nonobstant l'étude de dangers riche d'informations pour l'élaboration du PPI, l'exploitant doit fournir toutes « les informations nécessaires à la préparation du plan particulier d'intervention » (Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 4). Au regard de l'absence de précision du législateur, l'exploitant peut produire cette information dans le cadre d'un document spécifique ou se cantonner à la transmission de documents déjà établis (étude de dangers, étude d'impact, rapports de sécurité, documents fournis par les fournisseurs de produits dangereux, etc.).

¹⁶¹⁷ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 8, I.

¹⁶¹⁸ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 8, II ; Arrêté du 5 janvier 2006, relatif à la consultation du public sur le projet particulier d'intervention de certaines installations.

¹⁶¹⁹ Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 9, al. 3.

¹⁶²⁰ Plus précisément, « lorsqu'il a arrêté le plan particulier d'intervention, le préfet fait insérer dans les journaux locaux ou régionaux diffusés dans le ou les départements un avis indiquant la liste des communes sur le territoire desquelles s'appliquent les dispositions du plan et les lieux publics où le plan peut être consulté. Cet avis est renouvelé à l'occasion de chaque modification du plan et lors de sa révision. En liaison avec l'exploitant, le préfet fait établir les documents d'information des populations comprises dans la zone d'application du plan. Ces documents sont composés au minimum d'une brochure et d'affiches. La brochure porte à la connaissance de la population l'existence et la nature du risque, ses conséquences prévisibles pour les personnes, les biens et l'environnement, les mesures prévues pour alerter, protéger et secourir. Les affiches précisent les consignes de sécurité à adopter en cas d'urgence (...) La brochure est mise à jour régulièrement, et en tout état de cause lors des modifications apportées aux installations en cause ou à leur mode d'utilisation, de nature à entraîner un changement notable des risques, et lors de la révision du plan particulier d'intervention. Les documents sont diffusés à chaque mise à jour de la brochure et au moins tous les cinq ans » (Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 9, al. 1 à 3 et 5). La transposition des dispositions de la directive Seveso III fait état d'une nouveauté à cet égard puisque la directive européenne prévoit la création d'un site internet, géré par les services de l'Etat, afin de faciliter l'accès des citoyens aux informations relatives aux installations soumises au régime de l'autorisation (A et AS) situées dans leur environnement et aux multiples moyens de prévention mis en œuvre et aux mesures d'urgences à suivre en cas d'accident (Directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012, dite directive Seveso 3, relative aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses).

organisés par les services de l'Etat¹⁶²¹ en présence de l'exploitant¹⁶²².

695. Concernant son contenu, le PPI décrit « les orientations de la politique de sécurité civile en matière de mobilisation de moyens, d'information et d'alerte, d'exercice et d'entraînement »¹⁶²³. Plus précisément, le décret du 13 septembre 2005 reprend à son article 5 l'ensemble des informations devant être présentées dans le cadre d'un PPI pour se conformer aux attentes du législateur. Au titre de cette énumération, « les mesures d'information et de protection prévues au profit des populations, (...) les schémas d'évacuation éventuelle (...), les mesures incombant à l'exploitant pour la diffusion immédiate de l'alerte auprès des autorités compétentes [ou encore] les mesures incombant à l'exploitant à l'égard des populations voisines et notamment, en cas de danger immédiat, les mesures d'urgence qu'il est appelé à prendre avant l'intervention de l'autorité de police »¹⁶²⁴ complètent le contenu du PPI.

Comme pour le plan d'opération interne, chaque dispositif d'intervention doit correspondre à un type de scénario d'accident retenu dans le PPI. Aussi, du fait que le déclenchement du PPI est souvent subordonné à l'impossibilité pour l'exploitant de maîtriser l'accident en recourant aux seules dispositions prévues dans son POI, le législateur enjoint à l'administration de ne pas tenir compte des moyens mis en place par l'exploitant et de prévoir des moyens d'intervention sur la base des scénarios les plus pénalisants¹⁶²⁵.

696. Aussi, le législateur a tiré les conséquences des multiples accidents industriels survenus au cours du XXème siècle, comme celui de la catastrophe de l'usine AZF. Les conclusions de ses réflexions et des différentes études¹⁶²⁶ menées à la suite de l'explosion le 21 septembre 2001 de l'usine toulousaine, a conduit à l'adoption de la loi n° 2003-699 du 30

¹⁶²¹ Bien que les préfetures puissent être tentées de faire supporter à l'exploitant le coût de ces différents exercices, entraînements ou de toutes dépenses acquittées dans le cadre de la sécurité d'une installation classée, la jurisprudence rappelle l'illégalité d'une telle décision lorsque l'imputation à l'exploitant d'une charge financière n'est pas expressément prévue par la loi (CE 9 décembre 1983, *Ministre de l'environnement c/ SA « La liquéfaction de l'air du sud-est »*, req. n° 37602).

¹⁶²² Décret n° 2005-1158 du 13 septembre 2005, art. 11.

¹⁶²³ *Ibid.*, art. 1, al. 1.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, art. 5.

¹⁶²⁵ Circulaire INTE0700092C du 21 septembre 2007, relative aux Plans Particuliers d'Intervention des établissements « Seveso seuil haut ».

¹⁶²⁶ V. notamment, Rapport de l'Inspection générale de l'Environnement, *Usine de la société Grande Paroisse à Toulouse Accident du 21 septembre 2001*, Affaire n° IGE/01/034, 24 octobre 2001, 53 p. ; Rapport Ass. Nat. n°3559 de M. J.-Y. LE DEAUT, au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur, 29 janvier 2002, 658 p.

juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels.

3) Les plans de prévention des risques technologiques et naturels

697. Afin de limiter les conséquences d'un accident industriel d'une installation classée AS¹⁶²⁷ pouvant entraîner « des effets sur la salubrité, la santé et la sécurité publiques directement ou par pollution du milieu »¹⁶²⁸, l'Etat élabore et met en œuvre des plans de prévention des risques technologiques (PPRT). Les PPRT ont pour objet de délimiter « un périmètre d'exposition aux risques en tenant compte de la nature et de l'intensité des risques technologiques décrits dans les études de dangers et des mesures de prévention mises en œuvre »¹⁶²⁹. A l'intérieur du périmètre d'exposition aux risques, le PPRT peut, « en fonction du type de risques, de leur gravité, de leur probabilité et de leur cinétique »¹⁶³⁰, utiliser plusieurs instruments¹⁶³¹ permettant de limiter les effets des conséquences dommageables.

En premier lieu, le PPRT peut « délimiter les zones dans lesquelles la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages ainsi que les constructions nouvelles et l'extension des constructions existantes sont interdites ou subordonnées au respect de prescriptions relatives à la construction, à l'utilisation ou à l'exploitation »¹⁶³². A l'intérieur de ces zones, les communes peuvent instaurer un droit de préemption urbain dont le régime juridique est prévu à l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme.

En deuxième lieu, le législateur prévoit un droit de délaissement¹⁶³³ au profit de propriétaires concernés par la première zone. Plus précisément, dans ces mêmes zones, le PPRT peut délimiter « des secteurs où, en raison de l'existence de risques importants

¹⁶²⁷ Plus précisément, le législateur précise que les PPRT peuvent dorénavant être élaborés pour prévenir les accidents générés par « les installations mises en service avant le 31 juillet 2003 et ajoutées à la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 » (C. environ., art. 515-15, al. 2). Le IV de l'article L. 515-8 du Code de l'environnement, prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques, fixe la liste des catégories, et éventuellement les seuils de capacité, des installations dans le voisinage desquelles ces servitudes peuvent être instituées ».

¹⁶²⁸ C. environ., art. 515-15, al. 1^{er}.

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ C. environ., art. L. 515-16, al. 1^{er}.

¹⁶³¹ Outre les trois instruments présentés (V. *infra*, n° 697), le PPRT peut également prescrire des « mesures de protection des populations face aux risques encourus, relatives à l'aménagement, l'utilisation ou l'exploitation des constructions, des ouvrages, des installations et des voies de communication existant à la date d'approbation du plan, qui doivent être prises par les propriétaires, exploitants et utilisateurs dans les délais que le plan détermine. Ces mesures peuvent notamment comprendre des prescriptions relatives aux mouvements et au stationnement des véhicules de transport de matières dangereuses » (C. environ., art. L. 515-16, IV).

¹⁶³² C. environ., art. L. 515-16, I.

¹⁶³³ C. urban., art. L. 230-1.

d'accident à cinétique rapide présentant un danger grave pour la vie humaine, les propriétaires des biens concernés peuvent mettre en demeure la commune (...) de procéder à l'acquisition de leur bien »¹⁶³⁴. Le constat de l'existence de tels risques est réalisé sur le fondement de l'étude de dangers de l'exploitant qui comprend « les zones d'effets des accidents potentiels, ainsi qu'une cartographie des zones de risques significatifs »¹⁶³⁵ mais également et surtout sur la base de l'estimation, réalisée par l'exploitant, « de la probabilité d'occurrence et du coût des dommages matériels potentiels aux tiers en cas d'accident » pour chacun des scénarios d'accidents majeurs identifiés dans l'étude de dangers¹⁶³⁶.

En troisième lieu, dans ces mêmes zones, le PPRT peut délimiter « des secteurs où, en raison de l'existence de risques importants d'accident à cinétique rapide présentant un danger très grave pour la vie humaine [où] l'Etat peut déclarer d'utilité publique l'expropriation, au profit des communes (...) des immeubles et droits réels immobiliers »¹⁶³⁷.

Après avoir pris possession des biens acquis par préemption, par délaissement ou par expropriation, les communes peuvent les céder « à prix coûtant aux exploitants des installations à l'origine du risque »¹⁶³⁸. L'acquisition de ces biens permet alors à l'exploitant de bénéficier d'un glacis protecteur autour de leur installation. Toutefois, le législateur rappelle que les deux dernières mesures évoquées « ne peuvent être prises qu'à raison de risques créés par des installations existant à la date de publication de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 »¹⁶³⁹.

698. De la même manière, « l'Etat élabore et met en application des plans de prévention des risques naturels prévisibles »¹⁶⁴⁰ (PPRN) qui ont pour objet, comme leurs homologues relatifs aux risques technologiques, de délimiter des zones à risques afin de maîtriser l'urbanisation autour des installations classées. Deux types de zones sont alors délimités dans le cadre d'un plan de prévention des risques naturels. Plus précisément, le PPRN délimite des zones directement exposées aux risques mais également des zones qui ne sont pas directement exposées aux risques mais dans lesquelles existent « des constructions, des ouvrages, des aménagements ou des exploitations agricoles, forestières, artisanales,

¹⁶³⁴ C. environ., art. L. 515-16, II.

¹⁶³⁵ C. environ., art. R. 512-9, II.

¹⁶³⁶ C. environ., art. L. 515-26, al. 1^{er}.

¹⁶³⁷ C. environ., art. L. 515-16, III.

¹⁶³⁸ C. environ., art. L. 515-20.

¹⁶³⁹ C. environ., art. L. 515-17.

¹⁶⁴⁰ C. environ., art. L. 562-1, al.1.

commerciales ou industrielles »¹⁶⁴¹ qui seraient susceptibles d'aggraver les risques ou en provoquer de nouveaux. Initialement nommées par le législateur « zones de dangers »¹⁶⁴² et « zones de précaution »¹⁶⁴³, la délimitation de ces espaces permet d'interdire les constructions ou de subordonner ces dernières au respect de prescriptions arrêtées dans le cadre du PPRN¹⁶⁴⁴. De surcroît, le PPRN a également pour vocation de définir les mesures de prévention, de protection et de sauvegarde relatives aux risques naturels qui doivent être prises tant par les collectivités que par les habitants concernés par un tel plan.

699. Approuvés par arrêté préfectoral après une enquête publique¹⁶⁴⁵, les PPRT et PPRN valent servitude d'utilité publique et sont annexés aux PLU des communes concernées¹⁶⁴⁶. Il est également important de préciser que si l'élaboration de ces plans demeure obligatoire pour l'Etat, il est également des servitudes d'utilité publique, dont le recours est facultatif, qui peuvent être instituées par le Préfet à son initiative, à l'initiative du Maire de la commune concernée par l'implantation de l'installation, ou encore à l'initiative de l'exploitant lui-même. Outre les interdictions de construire ou d'aménager et les prescriptions spécifiques régissant de nouvelles constructions à l'intérieur des zones comprises dans la servitude, ces dernières peuvent prévoir de limiter les effectifs employés dans les installations industrielles et commerciales qui seraient créées ultérieurement à l'intérieur de la zone visée¹⁶⁴⁷. Ces servitudes d'utilité publique peuvent être prévues pour « une installation classée à implanter sur un site nouveau et susceptible de créer, par danger d'explosion ou d'émanation de produits nocifs, des risques très importants pour la santé ou la sécurité des populations voisines et pour l'environnement »¹⁶⁴⁸, c'est-à-dire pour les installations classées AS, mais également « à raison des risques supplémentaires créés par une installation nouvelle sur un site existant ou par la modification d'une installation existante, nécessitant la délivrance d'une nouvelle autorisation »¹⁶⁴⁹.

Enfin, de manière logique, l'ampleur des conséquences d'un accident susceptible de se

¹⁶⁴¹ C. environ., art. L. 562-1, II, 2°.

¹⁶⁴² Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, art. 66.

¹⁶⁴³ *Ibid.*

¹⁶⁴⁴ C. environ., art. L. 562-1, II.

¹⁶⁴⁵ C. environ., art. L. 515-22, al. 4 (PPRT) ; C. environ., art. L. 562-3, al. 3 (PPRN).

¹⁶⁴⁶ C. environ., art. L. 515-23 (PPRT) ; C. environ., art. L. 562-4 (PPRN).

¹⁶⁴⁷ C. environ., art. L. 515-8, II, 3°.

¹⁶⁴⁸ C. environ., art. L. 515-8, I.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*

produire dans des installations à très hauts risques justifie la prévision de dispositions spécifiques et complémentaires aux dispositions prévues pour les installations moins dangereuses. Ainsi, outre la prévision de différents plans d'urgence et mesures administratives permettant de limiter ces risques, plusieurs dispositions complémentaires sont applicables aux établissements à très hauts risques.

4) Les dispositions complémentaires applicables aux établissements à très hauts risques

700. La soumission d'une installation au régime de l'autorisation avec servitude d'utilité publique, accroît d'autant plus les obligations des exploitants. En effet, le risque « [d'] accident majeur »¹⁶⁵⁰ étant plausible pour ces installations, les moyens mis en place par l'exploitant doivent être proportionnés à ces menaces.

701. En premier lieu, tout établissement comportant au moins une installation de type AS doit se doter d'un « système de gestion de la sécurité »¹⁶⁵¹ applicable à toutes les installations susceptibles de générer des accidents majeurs¹⁶⁵². Ce système doit alors définir « l'organisation, les fonctions des personnels, les procédures et les ressources qui permettent de déterminer et de mettre en œuvre la politique de prévention des accidents majeurs »¹⁶⁵³. Afin que les installations puissent se doter de systèmes de gestion de la sécurité efficaces, le législateur enjoint aux exploitants d'affecter les moyens appropriés à leur fonctionnement¹⁶⁵⁴ et précise l'ensemble des modalités pour les élaborer¹⁶⁵⁵.

A ce titre, doivent être notamment décrits l'organisation et la formation des personnels, les procédures mises en œuvre pour réaliser une identification systématique des risques

¹⁶⁵⁰ L'accident majeur se définit comme étant « un événement tel qu'une émission, un incendie ou une explosion d'importance majeure résultant de développements incontrôlés survenus au cours de l'exploitation, entraînant pour la santé humaine ou pour l'environnement, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'établissement, un danger grave, immédiat ou différé, et faisant intervenir une ou plusieurs substances ou des préparations dangereuses » (Arrêté du 10 mai 2000, art. 2).

¹⁶⁵¹ À la lettre de l'article 2 de l'arrêté du 10 mai 2000, l'expression « système de gestion de la sécurité » est entendue comme « l'ensemble des dispositions mises en œuvre par l'exploitant au niveau de l'établissement relatives à l'organisation, aux fonctions, aux produits et aux ressources de tout ordre ayant pour objet la prévention et le traitement des accidents majeurs ».

¹⁶⁵² C. environ., art. L. 515-40.

¹⁶⁵³ Arrêté du 10 mai 2000, Annexe III.

¹⁶⁵⁴ Arrêté du 10 mai 2000, art. 7, al. 3.

¹⁶⁵⁵ Arrêté du 10 mai 2000, Annexe III.

d'accident majeur devant permettre d'apprécier les possibilités d'occurrence et d'évaluer la gravité des risques d'accidents identifiés, les procédures et les instructions mises en œuvre pour obtenir la maîtrise des procédés et l'exploitation des installations dans des conditions de sécurité optimales, ou encore les procédures mises en œuvre pour la gestion des situations d'urgence¹⁶⁵⁶.

702. En deuxième lieu, l'exploitant doit définir sa politique de prévention des accidents majeurs (PPAM)¹⁶⁵⁷. Arrêtée dans le cadre d'un document écrit, la PPAM a pour objectif d'assurer « un niveau élevé de protection de la santé publique et de l'environnement et est proportionnée aux risques d'accidents majeurs »¹⁶⁵⁸. Elle doit alors inclure « les objectifs globaux et les principes d'action de l'exploitant, le rôle et l'organisation des responsables au sein de la direction, ainsi que l'engagement d'améliorer en permanence la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs »¹⁶⁵⁹. Soumise à l'avis du CHSCT¹⁶⁶⁰, la PPAM est réexaminée tous les cinq ans et mise à jour si nécessaire¹⁶⁶¹.

703. De surcroît, l'exploitant d'une installation classée AS doit se conformer aux règles parasismiques¹⁶⁶². De même, ces installations sont sujettes à des contrôles rigoureux de l'inspection des installations classées dans le cadre du programme pluriannuel d'inspection¹⁶⁶³. Aussi, ces établissements doivent justifier de garanties financières suffisantes pour « assurer, suivant la nature des dangers ou inconvénients de chaque catégorie d'installations, la surveillance du site et le maintien en sécurité de l'installation, les interventions éventuelles en cas d'accident avant ou après la fermeture, et la remise en état après fermeture »¹⁶⁶⁴.

Si des obligations sont imparties aux exploitants dans le cadre de la demande d'autorisation d'exploiter ou préalablement à la mise en fonctionnement de l'installation, d'autres dispositions viennent compléter le droit des établissements à très hauts risques au cours de l'exploitation.

¹⁶⁵⁶ Arrêté du 10 mai 2000, Annexe III.

¹⁶⁵⁷ C. environ., art. L. 511-33.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ C. environ., art. L. 511-33, al. 2.

¹⁶⁶⁰ C. environ., art. R. 515-87, II.

¹⁶⁶¹ C. environ., art. R. 515-87, I.

¹⁶⁶² Arrêté du 24 janvier 2011 fixant les règles parasismiques applicables à certaines installations classées.

¹⁶⁶³ Circulaire du 10 mai 2000, § V.

¹⁶⁶⁴ C. environ., art. L. 516-1, al. 2.

B) Les mesures de prévention des risques au cours de l'exploitation

704. La gestion des risques des installations classées Seveso ne saurait se limiter aux seules phases précédant son autorisation d'exploiter. En effet, nonobstant les différentes obligations nées des prescriptions administratives générales ou particulières, les installations classées Seveso sont soumises à des obligations de gestion préventive des risques durant toute la durée de l'exploitation (1). Ainsi, l'exploitant, qui est aussi tenu à de multiples obligations prévues notamment par les prescriptions administratives auxquelles est assortie l'autorisation¹⁶⁶⁵, peut observer l'accroissement ou la diminution de ces dernières à la suite du réexamen périodique de ces prescriptions (2).

1) Les obligations à la charge de l'exploitant d'une installation classée Seveso durant l'exploitation

705. Les établissements Seveso sont soumis à de multiples obligations afin notamment de prévenir les risques graves qu'ils peuvent générer, de prévoir l'information des services compétents dans le suivi de ces installations ou encore, par exemple, de prévoir l'information des populations sur les risques encourus par la présence de l'installation et sur les comportements à adopter en cas de réalisation d'un accident¹⁶⁶⁶. Ainsi, en dehors du réexamen obligatoire des différents documents réalisés dans le cadre de la demande d'autorisation d'exploiter¹⁶⁶⁷, d'autres obligations sont applicables à l'exploitant d'une installation classée Seveso au cours de l'exploitation.

706. Ainsi, par exemple, l'article L. 225-102-2 du Code de commerce prévoit que certaines sociétés commerciales¹⁶⁶⁸ exploitant une installation classée Seveso Seuil haut sont

¹⁶⁶⁵ V. *supra*, n° 660.

¹⁶⁶⁶ Concernant les obligations d'information des populations, V. C. environ., art. L. 124-1 et s. ; Arrêté du 26 mai 2014 relatif à la prévention des accidents majeurs dans les installations classées mentionnées à la section 9, chapitre V, titre Ier du livre V du Code de l'environnement, art. 6.

¹⁶⁶⁷ V. *supra*, n° 674 ; également V. n° 691, 694 et 702.

¹⁶⁶⁸ L'article L. 225-102-2 est prévu à la Section III du Chapitre V du Code de commerce relative aux assemblées d'actionnaires des sociétés anonymes. Par conséquent, les SA, SCA (par renvoi de l'article L. 226-1)

tenues de compléter leur rapport de gestion afin de fournir des informations relatives aux risques technologiques. Même si la notion est dépourvue de définition légale, il est admis¹⁶⁶⁹, par une extrapolation de la notion de catastrophe technologique¹⁶⁷⁰, que le risque technologique constitue une notion composite qui recouvre notamment les risques industriels, les risques nucléaires, les risques liés au transport ou au stockage de matières dangereuses. Le rapport de gestion doit alors fournir « des indications sur la politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société, rend[re] compte de la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations [et] précise[r] les moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité »¹⁶⁷¹. Si une fois de plus, aucune sanction spéciale ne sanctionne l'omission de ces informations dans le cadre du rapport de gestion, leur absence peut conduire au constat du caractère incomplet du rapport par le juge¹⁶⁷².

707. Aussi, au 1^{er} juin 2015, les exploitants des installations, dont la liste doit être fixée par décret en Conseil d'Etat, dans lesquelles des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils peuvent être à l'origine d'accidents majeurs seront tenus de réaliser un inventaire régulier des substances et mélanges dangereux dont le résultat sera renseigné dans une base de données électronique¹⁶⁷³.

708. Bien que les différentes obligations prévues dans le Code de l'environnement soient indispensables pour apprécier les obligations de l'exploitant, c'est davantage dans le cadre des différentes prescriptions administratives, particulières ou générales qu'il est possible, pour l'exploitant, de percevoir l'ensemble des obligations dont il a la charge. Aussi, pour prendre en compte les évolutions des conditions d'exploitation de l'installation, les

et les SE (par renvoi de l'article L. 229-8) sont les sociétés concernées par l'obligation de compléter le rapport de gestion en fournissant des informations relatives aux risques technologiques.

¹⁶⁶⁹ En ce sens, F. SERANT, Installations dangereuses, catastrophes technologiques et indemnisation : un comparatif franco-belge (prétexte pour un plaidoyer européen), Riseo, N° 1, 2013.

¹⁶⁷⁰ Le droit des assurances définit la notion de catastrophe technologique au chapitre VIII, du titre II du livre Ier du Code des assurances intitulé « l'assurance des risques de catastrophes technologiques ». L'état de catastrophe technologique est alors constaté par une décision de l'autorité administrative en cas de survenance d'un accident dans une installation relevant du titre Ier du livre V du Code de l'environnement [visant ainsi l'ensemble des installations classées] et endommageant un grand nombre de biens immobiliers.

¹⁶⁷¹ C. com., art. L. 225-102-2.

¹⁶⁷² V. *supra*, n° 412.

¹⁶⁷³ Arrêté du 26 mai 2014 relatif à la prévention des accidents majeurs dans les installations classées mentionnées à la section 9, chapitre V, titre Ier du livre V du Code de l'environnement, art. 3-1 et 4.

prescriptions prévues dans l'arrêté d'autorisation d'exploiter font l'objet d'un réexamen au cours de l'exploitation.

2) Le réexamen périodique des prescriptions dont est assortie l'autorisation

709. Les multiples obligations de gestion préventive des risques auxquelles sont soumis les exploitants permettent ainsi d'assurer un niveau de sécurité élevé de protection au profit des travailleurs, des populations voisines de l'installation ainsi que pour l'environnement. Néanmoins, en dépit de la mise en place de l'ensemble de ces mesures, de leurs différentes mises à jour¹⁶⁷⁴ et de l'application des prescriptions énoncées à la suite des contrôles de l'inspection des installations classées, le législateur a prévu un réexamen périodique des prescriptions dont était assortie l'autorisation d'exploiter.

710. Cette nouvelle procédure se substitue au bilan de fonctionnement décennal pris en application de la directive CE n° 2008/1 du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, dite directive IPPC laquelle a été abrogée avec effet au 7 janvier 2014¹⁶⁷⁵. Ce nouvel examen, qui concerne les installations visées à l'annexe I de la directive du 24 novembre 2010¹⁶⁷⁶, a notamment pour objectif d'assurer que les exploitants tiennent compte de l'évolution des « meilleures techniques disponibles »¹⁶⁷⁷ afin de limiter les émissions industrielles.

Ainsi, « dans un délai de quatre ans à compter de la publication au journal officiel de

¹⁶⁷⁴ V. *supra*, n°s 674, 691, 694 et 702.

¹⁶⁷⁵ Arrêté du 2 mai 2013 modifiant l'arrêté du 29 juin 2004 relatif au bilan de fonctionnement prévu à l'article R. 512-45 du Code de l'environnement.

¹⁶⁷⁶ Directive n° 2010/75/UE du 24/ novembre 2010 relative aux émissions industrielles, Annexe I.

¹⁶⁷⁷ La notion de « meilleure technique disponible » est définie par la directive européenne du 24 novembre 2010 comme « le stade de développement le plus efficace et avancé des activités et de leurs modes d'exploitation, démontrant l'aptitude pratique de techniques particulières à constituer la base des valeurs limites d'émission et d'autres conditions d'autorisation visant à éviter et, lorsque cela s'avère impossible, à réduire les émissions et l'impact sur l'environnement dans son ensemble » Aussi, au sens de la présente directive la notion de « techniques », comprend « aussi bien les techniques employées que la manière dont l'installation est conçue, construite, entretenue, exploitée et mise à l'arrêt ». De même, au sens du droit de l'Union européenne, la disponibilité d'une technique se définit comme les « techniques mises au point sur une échelle permettant de les appliquer dans le contexte du secteur industriel concerné, dans des conditions économiquement et techniquement viables, en prenant en considération les coûts et les avantages, que ces techniques soient utilisées ou produites ou non sur le territoire de l'État membre intéressé, pour autant que l'exploitant concerné puisse y avoir accès dans des conditions raisonnables. Enfin, le superlatif « meilleures » se réfère aux « techniques les plus efficaces pour atteindre un niveau général élevé de protection de l'environnement dans son ensemble » (Directive n° 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles, art. 3, 10°).

l'Union européenne des décisions concernant les conclusions sur les meilleures techniques disponibles relatives à la rubrique » à laquelle est rattachée l'installation, l'arrêté d'autorisation doit être révisé. A cet effet, l'exploitant transmet au préfet les informations nécessaires¹⁶⁷⁸ « dans les douze mois qui suivent la date de publication des décisions concernant les conclusions sur les meilleures techniques disponibles »¹⁶⁷⁹.

711. Toutefois, au regard des risques susceptibles de se réaliser dans de telles installations, le bon sens supposerait que les exploitants n'aient pas à attendre la publication de ces décisions et restent constamment informés des différentes techniques et méthodes susceptibles de réduire les risques engendrés par leur activité. Néanmoins, cette dernière affirmation mérite d'être nuancée. En effet, outre le coût que peut présenter le changement de procédés de fabrication, « toute modification apportée par l'exploitant à l'installation, à son mode d'utilisation (...) entraînant un changement notable des éléments du dossier de demande d'autorisation doit être portée, avant sa réalisation, à la connaissance du Préfet »¹⁶⁸⁰. Si cette précaution permet à l'administration de rester informée des conditions d'exploitation de l'installation, elle peut aboutir, si la modification est considérée comme « substantielle »¹⁶⁸¹, à l'obligation pour l'exploitant de demander une nouvelle autorisation d'exploiter¹⁶⁸². Ainsi, l'exploitant, devenu à nouveau pétitionnaire, doit alors actualiser l'ensemble des documents produits lors de sa première demande d'autorisation et rester dans l'attente de l'autorisation du Préfet.

Ainsi, sans tenir compte du coût que représente l'acquisition d'un nouveau matériel et des dépenses liées à la formation du personnel pour le faire fonctionner et nonobstant la diminution des marges bénéficiaires de l'exploitant inhérente, par exemple, à l'utilisation de substances moins dangereuses mais plus onéreuses, une nouvelle démarche de réduction des risques peut s'avérer particulièrement dispendieuse en raison des multiples études que

¹⁶⁷⁸ C. environ., art. L. 515-29.

¹⁶⁷⁹ C. environ., art. L. 515-71.

¹⁶⁸⁰ C. environ., art. R. 512-33, II, al. 1.

¹⁶⁸¹ Selon le Code de l'environnement, « une modification est considérée comme substantielle, outre les cas où sont atteints des seuils quantitatifs et des critères fixés par arrêté du ministre chargé des installations classées, dès lors qu'elle est de nature à entraîner des dangers ou inconvénients significatifs pour les intérêts mentionnés aux articles L. 211-1 et L. 511-1 ». Bien qu'une mesure destinée à réduire les risques ne devrait pas avoir pour effet d'accroître les obligations de l'exploitant, l'aléa lié à une décision administrative puis, éventuellement, au contentieux administratif qui pourrait s'ensuivre peut freiner les exploitants à recourir à de nouveaux procédés sans que le législateur n'ait préalablement reconnu leur intérêt lors de la publication de ces techniques au journal officiel de l'Union européenne.

¹⁶⁸² C. environ., art. R. 512-33, II, al. 2.

l'exploitant doit à nouveau réaliser.

De surcroît, même si la modification n'est pas considérée comme substantielle, le Préfet peut fixer des prescriptions complémentaires qui peuvent avoir pour effet d'augmenter encore le coût lié à la mise en place de la mesure permettant une diminution des risques. Enfin, il est à préciser que les prescriptions dont est assortie l'autorisation font également l'objet d'un nouvel examen en cas de pollution excessive d'une installation en vue d'une révision des valeurs limites d'émission fixées initialement dans l'arrêté d'autorisation, lorsque la sécurité de l'exploitation requiert le recours à d'autres techniques ou encore lorsqu'il est nécessaire de respecter une norme de qualité environnementale imposée par le législateur.

Conclusion du Chapitre 2

712. Si les dispositions régissant les installations classées sont particulièrement contraignantes pour les sociétés, cette contrainte se justifie aisément au regard des conséquences susceptibles d'être subies par les travailleurs de l'entreprise, par les populations voisines de l'installation ou susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Le droit des installations classées est le fruit d'une longue évolution parsemée de compromis entre la nécessité de développer les entreprises du secteur industriel, source importante d'emplois, et l'obligation de réagir à chaque désastre constaté. Le droit des installations classées est aussi, pour le législateur français, le résultat d'après négociations avec les puissants lobbys industriels et de l'influence du droit communautaire. Construit au fil des accidents industriels, le droit contemporain des installations classées permet, grâce aux notions d'exploitant, d'installation et à la nomenclature des installations classées de déterminer le champ d'application de cette réglementation et, surtout, de prendre en compte l'importance des risques générés par les différentes installations.

713. Si les régimes de l'enregistrement et de la déclaration ne sont pas, nonobstant les prescriptions administratives spéciales, particulièrement contraignants, le législateur a mis en place une lourde procédure destinée aux sociétés désirant exploiter une installation classée soumise au régime de l'autorisation. En effet, l'obligation d'analyser, dans le cadre des études d'incidences –pour lesquelles les méthodes de l'audit de risques ne sont pas étrangères–, l'ensemble des risques susceptibles de se réaliser dans ce type d'installation et les différentes études préalables, comme celle de l'inspection des installations classées, sont, au regard des nombreuses obligations de prévenir les risques fondées sur ces études, un gage de confiance dans la sûreté des installations classées du XXI^{ème} siècle.

714. Aussi, l'attribution à l'échelon départemental des compétences relatives à l'autorisation d'exploiter une installation classée apparaît-il particulièrement légitime. En effet, les connaissances des spécificités inhérentes aux sites d'implantation escomptés et le fait de pouvoir prescrire dans le cadre de l'autorisation d'exploiter, puis de manière continue, pour chaque installation, des obligations inhérentes à la gestion de leurs risques spécifiques

permet de compléter les obligations générales relatives aux installations classées en adaptant pour chacune d'entre elles des obligations particulières à leur domaine d'activité, à leur environnement, à leur personnel et à leur capacité financière. Ces réglementations « sur mesure » sont alors une garantie d'une protection efficace des différents intérêts visés à l'article L. 511-1 du Code de l'environnement¹⁶⁸³.

715. En outre, la prise en compte, par la notion d'établissement, de l'accroissement des risques inhérents à l'autorisation d'exploiter une nouvelle installation ne peut être que louée au regard de l'effet domino qu'il est fréquent d'observer en cas d'accident industriel. Aussi, au delà des obligations incombant aux exploitants d'une installation classée, les différents plans élaborés par les représentants de l'Etat pour collaborer à la sécurité des installations industrielles complètent-ils un dispositif préventif particulièrement élaboré pour protéger notamment les travailleurs de l'entreprise, les populations voisines de l'installation et l'environnement. De la même manière, les exploitants ne sont pas démunis pour prévenir ces risques d'accidents majeurs car les arrêtés non publiés du Ministère chargé de l'environnement sont d'une aide considérable pour exécuter les multiples obligations de gestion préventive des risques liés à l'exploitation d'une installation classée à hauts risques.

716. Enfin, si le régime de l'autorisation et *a fortiori* le régime applicable aux établissements classés Seveso seuil haut impliquent de nombreuses obligations de prévenir les risques d'accident majeurs, l'ensemble de ces obligations de gestion préventive des risques ne constitue qu'une partie des innombrables obligations prévues au sein de différentes législations sectorielles, sans compter les prescriptions complémentaires de l'autorité administrative. L'ensemble de ces obligations est une preuve, s'il en était encore besoin, que les risques générés par les installations classées pour la protection de l'environnement sont gérés par les exploitants et placés sous très haute surveillance par l'administration.

¹⁶⁸³ V. *supra*, n° 640.

Conclusion du Titre II

717. Particulièrement perceptible pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés réglementés, l'inflation législative en droit des sociétés décrite par la doctrine¹⁶⁸⁴ a eu pour effet d'étoffer progressivement le contenu du rapport de gestion et des rapports qui doivent lui être joints. L'accroissement des informations sollicitées de l'ensemble des sociétés et *a fortiori* des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers est une réponse légitime du législateur à l'indispensable besoin de confiance des investisseurs dans le marché, laquelle est nécessaire pour assurer son intégrité. En effet, dans le cadre des marchés financiers, la présence de risques peut avoir un effet immédiat sur la valeur des titres admis aux négociations sur les marchés et les différentes modalités assurant la communication de ces risques ou les sanctions prévues pour assurer leur communication permet d'assurer une égalité entre les différents investisseurs.

718. Alors que le niveau de sécurité dans les sociétés industrielles n'a jamais paru aussi élevé, que des études scientifiques dont le contenu est proportionné à l'importance des risques générés sont sollicitées des entreprises pour apprécier l'opportunité d'autoriser une nouvelle installation, que des prescriptions administratives particulières complètent l'ensemble des lourds et coûteux dispositifs sécuritaires dont doit disposer une installation classée, les accidents industriels se raréfient mais ne disparaissent pas et provoquent toujours des conséquences désastreuses tant en nombre de vies humaines qu'au regard des dégâts causés à l'environnement. Pour nuancer ce constat quelque peu déceptif, il faut néanmoins relever que la raréfaction des accidents industriels au cours de ces dernières décennies est intimement liée à l'accroissement et au renforcement des obligations de prévenir les risques prévus par le législateur français, fortement influencé sur ce point par le droit de l'Union européenne.

¹⁶⁸⁴ V. notamment, T. GRANIER, Le rapport de gestion après l'ordonnance n° 2004-1392 du 20 décembre 2004, Rev. Sociétés 2005, n° 2, p. 315 ; V. MEDAIL, Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue, JCP E 2005, n° 7, p. 273 ; Rapport annuel : contenu après les ordonnances du 24 juin et du 20 décembre 2004, Bull. ANSA, 6 avr. 2005, n° 05-026, p. 1.

719. Toutefois, une réponse législative à chaque accident industriel majeur ne saurait constituer une réponse suffisante eu égard à leur conséquence ; et le nombre de contrôles réalisés par l'inspection des installations classées ne saurait suffire pour assurer la protection des intérêts visés par le Code de l'environnement en raison du nombre croissant d'installations à risques. Aussi serait-il intéressant de mener une réflexion sur l'opportunité d'enjoindre aux installations classées pour la protection de l'environnement de se doter d'un commissaire aux risques technologiques, dont l'indépendance et l'exigence de hautes compétences pourraient être similaires à celles des commissaires aux comptes. Ces commissaires aux risques seraient alors chargés de certifier périodiquement la conformité de l'installation aux diverses prescriptions auxquelles cette dernière est soumise.

720. Aussi est-il à constater que l'analyse des risques nécessaire pour se conformer aux lois et règlements prévus à destination des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et des sociétés exploitant une installation classée permet également à ces dernières d'obtenir une vision globale des menaces auxquelles elles sont exposées. D'ailleurs, loin d'abandonner ces sociétés à leurs propres analyses qui pourraient tronquer l'appréciation de leurs risques, le législateur fournit de nombreuses pistes méthodologiques leur permettant de se conformer à cette tâche. En effet, si l'AMF propose un cadre de référence permettant de faciliter l'identification et l'analyse des différents risques récurrents dans les entreprises et particuliers à un secteur d'activité, ces méthodes peuvent également être utilisées par les sociétés non cotées. Par ailleurs, les similitudes observées entre les recommandations de l'Autorité des marchés financiers et les différentes étapes préconisées dans le cadre d'un audit de risques permet de conforter la nécessité de recourir à ces méthodes pour *a minima* satisfaire aux attentes du législateur. De la même manière, si les nombreux dispositifs préventifs prévus par le Code de l'environnement sont destinés aux installations classées, leur application peut également contribuer à une gestion plus efficace des risques qu'ils combattent dans les installations soumises à des régimes moins restrictifs ou dans les entreprises qui ne sont pas soumises à la législation des installations classées. Ainsi, par une antiparémie, qui peut le moins peut tenter de tendre vers le plus.

Conclusion de la deuxième partie

721. Les obligations de gestion des risques sont nombreuses, s'accroissent au fil du temps et se renforcent à mesure de l'importance des risques générés par une activité, ou en raison des intérêts devant être absolument protégés par le législateur. En effet, si le législateur enjoint aux sociétés commerciales de communiquer sur leurs risques en droit des sociétés, afin d'assurer une transparence dans la gestion des entreprises au profit des associés ou actionnaires de ces sociétés, le droit du travail et le droit des installations classées exigent des entreprises qu'elles préviennent l'ensemble de leurs risques pour éviter la réalisation de préjudices susceptibles d'être subis par les travailleurs de l'entreprise ; et éviter, en l'état des connaissances scientifiques, d'exposer les populations à un péril environnemental inhérent aux risques majeurs auxquels sont exposées les installations classées pour la protection de l'environnement.

722. Pour parfaire l'exécution de ces multiples obligations, le législateur fournit des pistes méthodologiques et désigne différents organismes susceptibles de collaborer à la prévention et au contrôle des risques de l'entreprise. Nonobstant les obligations inhérentes aux informations sur les risques devant être mentionnées dans le cadre du rapport de gestion des sociétés non cotées, le législateur a également pris le soin de mettre en place un dispositif répressif, dont l'efficacité se mesure au regard des dispositions permettant de sanctionner l'ensemble des manquements aux différentes obligations d'information et de gestion préventive des risques ; mais également, et surtout, à la lumière de la coercition exercée par ces sanctions en raison des conséquences économiques redoutables pour les entreprises et redoutées par ces dernières.

723. A la lecture des différentes dispositions prévoyant les pistes méthodologiques dont le suivi permet de se conformer aux exigences du législateur, les obligations générales et spéciales de gestion préventive des risques peuvent être exécutées en recourant préalablement à un audit des risques de l'entreprise. En effet, la méthodologie de l'audit de risques est à

même de permettre la description des principaux risques de l'entreprise, l'évaluation des risques professionnels devant être transcrits au sein du document unique, l'identification, l'analyse et le traitement des risques devant être intégrés dans les procédures de gestion des sociétés cotées, ou encore l'analyse des risques qui doit être réalisée dans le cadre de l'étude de dangers. L'audit de risques pourrait-il devenir à terme, comme l'obligation liée au contrôle légal des comptes exercé par les commissaires aux comptes, une pratique obligatoire afin d'assurer une meilleure gestion des entreprises et de garantir la transparence dans les marchés, la confiance des investisseurs dans les placements financiers réalisés dans les sociétés commerciales, la sécurité des travailleurs et la sûreté des installations classées pour la protection de l'environnement.

CONCLUSION GENERALE

724. Initialement cantonnée à la fortune de mer, la notion de risque a traversé le temps et pénétré progressivement de nombreuses sciences. La découverte du caractère probabilisable du risque a été déterminante dans le développement de la notion, puisqu'elle a permis de démontrer le caractère prévisible de ces événements. En effet, l'évènement prévisible est dès lors un évènement susceptible d'être anticipé.

725. Dans la science juridique, une fois le concept absolu des contingences fatalistes, le risque a permis de fonder l'indemnisation de victimes, sans pour autant que ces dernières aient à démontrer une faute imputable au responsable identifié. Cette rénovation de la notion, à travers son application en droit de la responsabilité civile, a permis l'adoption de multiples législations permettant d'engager la responsabilité des preneurs de risques en raison des conséquences préjudiciables, consécutives à ces prises de risques, subies par autrui. Néanmoins, loin de sacrifier la création de valeur consubstantielle aux prises de risques des entreprises, la liberté de prendre des risques repose sur des fondements issus de la cime de la pyramide de Kelsen. Toutefois, le bon sens et l'expérience ont montré que l'homme ne peut résolument disposer d'une telle liberté si elle revêt un caractère absolu. Ainsi, au-delà des théories ayant permis de consacrer le risque comme un fondement de la responsabilité des employeurs, la jurisprudence civile, fiscale et pénale encadre notamment les prises de risques manifestement excessifs pour éviter que l'entreprise, ses partenaires, les travailleurs de l'entreprise, ou le contribuable français aient à subir les conséquences de ces décisions inconsidérées.

726. De la même manière, le législateur est intervenu afin de prévoir de multiples obligations d'information et de gestion préventive de ces risques. En droit des sociétés, le législateur a, de manière incidente ou expresse, contraint les sociétés à notamment décrire et analyser les principaux risques des sociétés commerciales dans le cadre du rapport de gestion devant être établi préalablement à l'assemblée générale ordinaire annuelle. Si l'absence de dispositions spéciales permettant de sanctionner l'omission des informations relatives aux risques peut être dénoncée, l'absence de méthode permettant aux sociétés de se conformer aux attentes du législateur peut l'être tout autant.

727. Aussi, le législateur a-t-il renforcé ces obligations pour les sociétés cotées sur les marchés financiers et accru d'autant plus ces obligations pour les sociétés cotées sur un marché réglementé. Pour assurer l'effectivité de ces obligations, le législateur et l'Autorité des marchés ont instauré un arsenal répressif, original et particulièrement dissuasif, à l'encontre de toute personne souhaitant se soustraire à l'exécution de ces multiples obligations. Toutefois, pour permettre aux sociétés de se conformer aux attentes de ces derniers, l'Autorité des marchés financiers a publié un cadre de référence, dont les différentes étapes relatives à la gestion des risques sont fondamentalement semblables aux différentes étapes préconisées dans la réalisation d'un audit de risques. Ainsi, les sociétés non cotées peuvent s'inspirer des différentes recommandations du régulateur des marchés financiers pour exécuter les obligations leur incombant en application du controversé article L. 225-100 du Code de commerce.

728. Toutefois, s'il est possible de dénoncer les carences du législateur ayant prévu des obligations sans préciser les moyens d'y satisfaire, il est également permis de relever l'intérêt d'une telle imprécision. En effet, en laissant une latitude aux entreprises dans le cadre de l'analyse de leur risque, le législateur atténue son immixtion dans la gestion des risques des sociétés et permet d'éviter l'écueil tenant à imposer aux entreprises des méthodes inadaptées aux différents risques auxquels elles sont exposées et aux domaines d'activité auxquels elles appartiennent.

729. Ainsi, légiférer sur les risques des entreprises implique de mettre en balance l'indispensable prise de risques des sociétés pour permettre le développement de fleurons dans l'économie française et les impératifs de confiance et de transparence dans les marchés financiers, lesquels sont indispensables pour assurer leur intégrité et leur bon fonctionnement. Cette pesée d'intérêts *a priori* antagonistes est également perceptible dans les dispositions visant à prévenir les risques professionnels et technologiques des entreprises qui génèrent des milliers d'emplois mais dont les prises de risques peuvent avoir des conséquences dramatiques ; alors que la garantie de la sécurité et la santé des travailleurs est une attente des plus légitimes.

730. Ainsi, au regard des intérêts devant être protégés, le droit du travail et le régime juridique applicable aux installations classées se révèlent plus intrusifs dans la gestion des risques des entreprises pour contraindre ces dernières au respect des multiples dispositions visant à protéger la santé et la sécurité des travailleurs et assurer la transmission d'un patrimoine environnemental sain aux générations futures. Pour parvenir à cette protection, le législateur a disposé d'innombrables obligations de gestion préventive des risques et prévu l'intervention de l'Etat pour élaborer des plans de prévention des risques indispensables pour protéger les populations des conséquences des catastrophes technologiques et naturelles majeures. De même, le législateur a institué de nombreux organismes chargés de collaborer au succès de la gestion des risques professionnels et technologiques des entreprises. Pour parfaire cette protection, ce dernier prévoit de lourdes sanctions contraignant les entreprises à se conformer aux obligations leur incombant, si ces dernières souhaitent assurer la continuité de leur activité.

731. Pourtant, pour se conformer à l'ensemble des obligations de gestion préventive des risques, les entreprises peuvent recourir à un audit de leurs risques. En effet, le suivi rigoureux de chacune des étapes de l'audit de risques permet à l'entreprise de satisfaire aux exigences du Code de commerce, de l'Autorité des marchés, du droit du travail ou encore du Code de l'environnement prévoyant les règles applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement. En outre, la réalisation d'un audit de risques est un moyen permettant d'accroître les performances et la valeur de l'entreprise. En effet, cette dernière peut alors disposer d'une vision globale des différents risques auxquels elle est exposée, observer l'importance que ses risques représentent au regard des objectifs stratégiques qu'elle s'est fixés et bénéficier des différents traitements susceptibles de diminuer le niveau de ses risques pour lui permettre de saisir les opportunités qui y sont liées. A la lumière des traitements suggérés dans le cadre de la méthodologie de l'audit de risques, il est permis de confirmer la nécessité de réserver la pratique de l'audit de risques aux avocats, conseils habituels des entreprises.

732. Le monde de l'entreprise implique un combat quotidien pour rester concurrentiel sur les marchés. L'audit de risques a dès lors pour objectif de fournir les armes nécessaires pour mener à bien ce combat car si « se faire battre est excusable, se faire

surprendre est impardonnable »¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁵ N. BONAPARTE, attr. à, cité *in* C. MARCON, N. MOINET, *L'intelligence économique*, Dunod, 2^{ème} édition, 2011, 128 p.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels, Traités et ouvrages généraux

CHAPUS (R.)

Droit administratif général, Tome 1, 15^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 2001.

COLASSE (B.) et *alii*

Encyclopédie de comptabilité, Contrôle de gestion et Audit, Economica, 2009.

CORNU (G.)

Vocabulaire juridique, 9^{ème} éd., PUF, Paris, 2011.

Linguistique juridique, 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2005.

COZIAN (M.) et DEBOISSY (Fl.)

Précis de fiscalité des entreprises 2012/2013, 36^{ème} éd., LexisNexis, Paris, 2012.

COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (Fl.)

Droit des sociétés, 25^{ème} éd., LexisNexis, Paris, 2012.

DEHARBE (D.)

Les installations classées pour la protection de l'environnement – Classement, régimes juridiques et contentieux des ICPE, LexisNexis, 2007.

ECHAUDEMAISON (C.-D.) et *alii*

Dictionnaire de l'économie et des sciences sociales, Nathan, Paris, 1993.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)

Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 14^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)

Droit civil, Les obligations, Le fait juridique, Tome II, 12^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) et *alii*

Lexiques des termes juridiques 2013, 20^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2012.

JOUSSE (G.)

Traité de riscologie, La science du risque, Imestra, Millau, 2009.

MALAUURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Droit civil, Les obligations, 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2008.

MOUSSERON (P.) et CHATAIN-AUTAJON (L.)

Droit des sociétés, 2^{ème} éd., Joly éditions, Paris, 2013.

PENNAFORTE (M.)

La réglementation des installations classées, éd. Le Moniteur, Paris, 2011.

PIGE (B.)

Comptabilité et audit, DSCG n° 4, 2^{ème} éd., Nathan, Paris, 2011.

PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.)

Droit pénal spécial 2007/2008, 4^{ème} éd., Ed. Cujas, Mercuès, 2007.

ROLAND (H.)

Lexique juridique, Expressions latines, 4^{ème} éd., LexisNexis, Paris, 2006.

VALETTE (J.-P.)

Régulation des marchés financiers, éd. Ellipses, Paris, 2013.

Thèse, monographies et ouvrages spéciaux

AFNOR

Management des risques, Afnor Editions, La Plaine Saint Denis, 2010.

BARBIER (H.)

La liberté de prendre des risques, thèse, Presse Universitaires d'Aix Marseille, Aix, 2010.

BAUCOMONT (M.) et LONDON (C.) et *alii*

Lamy Environnement - Installations classées, Lamy, 2014.

BECK (U.)

La Société du risque, Sur la voie d'une autre modernité, Flammarion, coll. Champs essais, Paris, 2008.

BLANDIN (A.-L.) et *alii*

Mémento Pratique F. Lefebvre Comptable 2015, Francis Lefebvre, Levallois, 2014.

BOUCHON (F.)

L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Litec, Paris, 2002.

BOUT (R.)

Lamy Droit économique 2015, Lamy, 2014.

BOUTHINON-DUMAS (H.), MASSON (A.) et *alii*

Stratégies juridiques des acteurs économiques, Larcier, Louvain-la-Neuve, 2012.

BOUYSSOU (J.)

Théorie générale du risque, Economica, Paris, 1997.

CHARVERIAT (A.) et *alii*.

Mémento Pratique F. Lefebvre Assemblée Générale 2014-2015, Francis Lefebvre, Levallois, 2014.

CLEARY (S.) et MALLERET (T.)

Risques, Perception Evaluation Gestion, éd. Maxima, Paris, 2006.

DEJEAN DE LA BÄTIE (A.), RIGAUD (F.) et *alii*

Lamy Hygiène et Sécurité, Lamy, 2014.

DENIAU (M.) et *alii*

Lamy Comité d'entreprise, Lamy, 2013.

DEVÈZE (J.) et *alii*

Lamy Droit du financement, Lamy, 2013.

FERRIER (D.) et alii

La gestion du risque juridique dans l'entreprise, Amrae, Paris, 2012.

HASSID (O.)

La gestion des risques, 2^{ème} éd., Dunod, Paris, 2008.

Le management des risques et des crises, 3^{ème} éd., Dunod, Paris, 2011.

HUOT DE LUZE (B.) et alii

La Cartographie : un outil de gestion des risques, 2^{ème} éd., AMRAE, Paris, 2010.

IFACI

Le management des risques de l'entreprise, éd. d'Organisation, Paris, 2008.

JOUSSE (G.)

La protection des personnes et des biens contre le vol, Ed. Oros, Paris, 1988.

KULLMANN (J.) et alii

Lamy Assurances 2013, Lamy, 2012.

LANCNER (G.), LEBEGUE (D.) et alii

Rôle de l'Administrateur dans la maîtrise des risques, IFA, AMRAE, Paris, 2009.

LE TOURNEAU (PH.) et CADIET (L.)

Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Action, Paris, 2002.

LEBRETON (D.)

La sociologie du risque, PUF, Paris, 2012.

LEFEBVRE (F. Ed.)

Mémento Pratique F. Lefebvre Impôts sur les sociétés 2013/2014, Francis Lefebvre, Levallois, 2013.

MARTIN (R.)

Déontologie de l'avocat, 10^{ème} éd., Litec, Paris, 2008.

MAYAUX (L.)

Les grandes questions du droit des assurances, LGDJ, Paris, 2011.

MAZOUNI (M. H.)

Pour une meilleure approche du management des risques : De la modélisation ontologique du processus accidentel au système interactif d'aide à la décision, thèse, Nancy, 2008.

MERCADAL (B.)

Mémento Pratique F. Lefebvre de Droit commercial 2014, Francis Lefebvre, Levallois, 2013.

MOURALIS (J.-L.)

La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, thèse, Grenoble, 1968.

MOUSSERON (J.-M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.)

Technique contractuelle, 4^{ème} éd., Francis Lefebvre, Levallois, 2010.

PELLITTERI WILLIATTE (L.)

Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables, thèse, LGDJ, Paris, 2009.

PRADIER (P.-Ch.)

La notion de risque en économie, La découverte, Paris, 2006.

RENARD (J.)

Théorie et pratique de l'audit interne, 7^{ème} éd., éd. d'Organisation, Paris, 2010.

ROQUILLY (C.) et COLARD (C.)

De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique, LegaledHEC, Paris, 2009.

VERDUN (F.)

La gestion des risques juridiques, éd. d'Organisation, Paris, 2006.

VOIDEY (N.)

Le risque en droit civil, thèse, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Aix, 2005.

Articles, chroniques et Répertoires**ALBEROLA (E.) et GIAMPORCARO-SAUNIERE (S.)**

Les agences d'analyse et de notation extra-financière : « quels services pour quels investisseurs ? », L'investissement socialement responsable, Revue d'économie financière, N° 85, 2006, pp. 171-189.

ALLAIRE (S.) PHAURE (H.)

Le risque de réputation, JCP E 2012, n° 41, 11 octobre 2012, n° 604.

AMADIEU-LE-CLAIRE (C.)

Extension du rapport du président sur les procédures de contrôle interne au dispositif de gestion des risques : publication par l'AMF en juin dernier d'un cadre de référence actualisé, Rev. Dr. banc. et fin. n° 6, nov. 2010, prat. 6.

AUBRY (C.)

La gestions des risques dans les entreprises françaises : état des lieux et émergence d'une approche cognitive et organisationnelle, Comptabilité et connaissances, mai 2005.

BALLER (S.), RELIQUET (F.)

Legal risk managment, Ernst & Young, éd. Formation d'entreprise, nov. 2007, Paris, 141 p.

BARANGER (G.)

Sociétés non cotées : les mentions du rapport de C. com., art. L. 225-100, Bull. joly sociétés, 01 mai 2006, n° 5, pp. 663 et s.

BEAL (S.), MARGUERITE (M.), TROCHON (J-Y.) et VERDUN (F.)

Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise, Cah. Dr. entr, n° 4, juill. 2012, ent. 4.

BELOT (L.)

Dans l'entreprise le risque zéro n'existe pas, Le Monde, 15 août 2000.

BESSON (B.) et POSSIN (J.-C.)

L'intelligence des risques, Market Management, 2006/3, Vol. 6, pp. 104-120.

BOIVIN (J.-P.)

La loi du 30 juillet 2003 sur les risques technologiques et naturels majeurs, AJDA 2003, pp. 1725 et s.

BRENNER (C.)

Acte juridique, Rép. Civ., Dalloz, Paris, 2013.

CARCASSONNE (G.)

« Liberté d'entreprendre », L'entreprise et le droit constitutionnel, Revue Lamy Droit des Affaires, Supp. n° 55, 2010, actes du colloque du Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCI de Paris sous la direction de J.-L. DEBRE.

CHAGNY (M.)

Risques, finance et droit, Revue de droit bancaire et financier, n° 6, nov. 2010, ét. 29.

CHAMPAUD (Cl.)

Naissance d'une nouvelle catégorie juridique ou « le big-bang » du droit des sociétés. Les SEL ou sociétés d'exercice libéral. L'inflation du nombre des « formes sociales » de structures sociétaires, RTD Com. 1990, p. 391.

CHARRETON (P.)

Le juriste d'entreprise, un rôle stratégique ? État des lieux et perspectives, Le juriste, acteur majeur de la performance de l'entreprise ? Compte-rendu de l'Atelier de l'ANVIE, 27 nov. 2007.

CHAUVEL (L.) et RAMAUX (C.)

Le risque à défaut d'émancipation, A plusieurs voix sur La société du risque, Mouvements N°s 21-22, 2002, pp. 166-170.

CLAIR (B.)

« La prévention dans la gestion des risques opérationnels », L'assurance, réductrice de l'insécurité ?, Risques, Les cahiers de l'assurance, déc. 2010, N° 84, pp. 1-5.

COLLARD (C.)

Le risque juridique existe-t-il ? – Contribution à la définition du risque juridique, Dossier – Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien, Cah. Dr. entr, n°1, Janvier 2008, doss. 3.

COMBREXELLE (J.-D.) et LAVAURE (A.)

Inspection du travail, Rép. de Droit du travail, Dalloz, Paris, 2013.

CONAC (P.-H.)

L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France, Rev. Sociétés 2003, pp. 835 et s.

CONSTANTIN (A.)

Les outils contractuels de gestion des risques financiers, Rev. de droit bancaire et financier, n° 6, nov. 2010, ét. 30.

CURTET (A.) DEMANGE (E.) et NICOLAS (V.)

L'assurance des risques d'entreprise, Cah. Dr. entr, n° 4, Juillet 2009, ent. 4.

DABI-SCHWEBEL (G.)

Marketing : La révolution Redbull, La Tribune, 11 juill. 2013.

DAIGRE (J.-J.)

Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Aspects de droit des sociétés, JCP E 2001, n° 26, juin 2001, n° 1013.

DE KERGOMMEAUX (X.)

Organisme de titrisation, Rép. Com, Dalloz, 2013.

DEBOISSY (Fl.)

BIC. Frais et charges. Acte anormal de gestion, RTD Com, n° 3, sept. 2000, p. 760 et s.

DEHARO (D.)

La gestion du risque juridique de l'entreprise, LPA, 04 janv. 2011 n°2, pp. 6 et s.

DELANNOI (G.)

La prudence dans l'histoire de la pensée, Mots, sept. 1995, Vol. N° 44., pp. 101-105.

La prudence en politique. Concept et vertu, Revue française de science politique, n°5, 1987, pp. 597-615.

DEMEESTER (M.-L.)

Avocat (Responsabilité), Rép. Civ., Dalloz, 2009.

DONDERO (B.)

Droit des marchés financiers, JCP E 2012, n° 6, fév. 2012, n° 1111.

DU MARAIS (B.)

La conformité, accélérateur ou frein à la croissance ?, *Compliance and performance*, JCP E 2012, n° 30, juill. 2012, n° 1468.

ERNE-HEINTZ (V.)

Penser le risque résiduel : l'improbable catastrophe, Riséo, n° 3, 2012, pp. 15-38.

FAVERO (M.)

Pour un nouveau contrat nommé : « le contrat d'échange de risques », JCP E 2010, n° 42, oct. 2010, n° 1899.

FAVRET (J.-M.)

Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel, D. 2001, pp. 3462 et s.

FENTON-O'CREEVY (M.) et SOANE (E.)

« Quel audacieux êtes-vous ? », Dossier L'art de la gestion des risques, supp., Les Échos, 28 sept. 2000.

FLEURIOT (P.)

« La position des régulateurs : quels moyens pour quelle gestion ? », 30 juin 1994, Bull. COB n° 283, septembre 1994, pp. 21. et s.

FORTIN (F.)

« Quand on n'a rien à perdre, on peut bien tout risquer ! », Cah. Dr. entr. n° 1, janv 2008, édit.

FOUQUET (O.)

Acte anormal de gestion résultant de la prise d'un risque manifestement excessif : quelles limites ?, RJF 8-9/12 n° 800 FR 31/12 pp. 24 et s.

FRIANT (A.)

Les juristes d'entreprise aux prises avec le risque juridique : perception du risque et réponses, Cah. Dr. entr, n°1, janv. 2008, doss. 7.

GIACOPELLI (M.) et CATELAN (N.)

Délit et manquement d'initiés, Rép. de Dr. pénal et de procédure pénale, Dalloz, Paris, 2009.

GIBIRILA (D.)

Société à responsabilité limitée, Rép. Sociétés, Dalloz, Paris, 2012.

GILBERT (C.)

Risques et crises endogènes : une approche toujours problématique, Riséo, N°3, 2011, pp. 30-40.

GOLLIER (CH.)

Vers une théorie économique des limites de l'assurabilité, Le prix du risque, Revue d'économie financière, N° 37, 1996, pp. 59-79.

GOUNOT (M.-E.)

Essai d'application de l'analyse économique du droit à la réglementation boursière des opérations d'initiés, RSC 2000, pp. 335 et s.

GRANIER (T.)

Le rapport de gestion après l'ordonnance n° 2004-1392 du 20 décembre 2004, Rev. Sociétés 2005, n° 2, pp. 315 et s.

HIRSCHELMANN-AMBROSI (A.)

Risques et dangers, Bulletin de psychologie, 2006/1, N° 481, pp. 47-55.

HOLLNAGEL (E.), JOURNE (B.) et LAROCHE (H.)

La fiabilité et la résilience comme dimensions de la performance organisationnelle, La traduction juridique de la résilience : l'acceptation des risques & l'autoassurance, Management, 2009, vol. 12, pp. 224-229.

IDOT (L.)

La notion d'entreprise, Rev. Sociétés 2001, pp. 191 et s.

KEREBEL (F.)

Procédure interne de lutte anti-blanchiment et cartographie des risques, JCP E 2010, n° 43, oct. 2010, n° 1929.

KNIGHT (F.) et PRETTY (D. J.)

Définir une philosophie du risque, Dossier L'art de la gestion des risques, supp., Les échos, 13 déc. 2000.

LANTZ (P.)

Décider c'est risquer, À plusieurs voix sur La société du risque, Rev. Mouvements N°21-22, 2002, pp. 174-177.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

Les risques de l'entreprise : de la responsabilité à la défaillance, Rev. Sociétés 2001, pp. 271-291.

LASCOMBE (M.)

Comm. sous article 4 de la DDHC, Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2013.

LASSERRE-KIESOW (V.)

L'aléa, JCP G 2009, n° 31-35, juill. 2009, n° 182.

LE BARS (B.)

Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Rép. Sociétés, Dalloz, Paris, 2013.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)

La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008 : RTDF n° 1/2 - 2009, pp. 187 et s.

LE TOURNEAU (PH.)

Responsabilité (en général), Rép. Civ., Dalloz, Paris, 2009.

LEFEBVRE (F. éd.)

Rapports des dirigeants à l'AGOA dans les sociétés commerciales, Themexpress, Francis Lefebvre, 2013.

LEHMAN (Y.)

Prudentia chez les penseurs romains, Essai d'investigation philosophique et morale, Chron. It. n°60, 4/1999, p. 13.

LEPLAT (F.) et alii

Remise en cause des concepts du droit des sociétés par les techniques de financement - Dissociation entre la qualité d'actionnaire et le risque financier – (*Empty voting et hidden ownership*), CUREJ, déc. 2013, 150 p.

LEVI (A.) et SAYAG (A.)

Fonds de commerce, Lamy Droit Commercial 2013, Lamy, 2013.

LUC (M.)

Le risque chez Courcelle-Seneuil : une approche éclectique et libérale au milieu du XIXe siècle, Vie & sciences de l'entreprise, 2012/2, N°s 191-192, pp. 118-131.

MALECKI (C.)

« L'article 12 de la loi Warsmann II ou le reporting extra financier « extra » allégé ! », Bull. Joly 2012. 411.

MARTIN (G. J.)

« Commentaires des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », Rev. Sociétés 2011, n° 2, fév. 2011, pp. 75 et s.

MEDAIL (V.)

Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue, JCP E 2005, n° 7, n° 273.

MELLONI (D.)

« Qu'est-ce que le risque collectif ? », Riséo, N°1, 2010, pp. 7-15.

MERLE (Ph.)

Les nouvelles responsabilités du comité d'audit : Bull. Joly 2009, p. 216 et s.

MOLFESSIS (N.)

« Le contrat », L'entreprise et le droit constitutionnel, Revue Lamy Droit des Affaires, Supp. n° 55, 2010, actes du colloque du Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCI de Paris sous la direction de J.-L. DEBRE.

MONROY (M.)

Procédures et gestion des risques, Connexions, 2003/1, n° 79, pp. 29-34

MORGANE (C.) RONAN (C.)

La gestion des risques environnementaux en présence d'incertitudes et de controverses scientifiques, Une interprétation du principe de précaution, *Revue économique*, 2003/6, Vol. 54, pp. 1335-1352.

MOURLLOT (M.)

« Déjouez les covenants bancaires », *L'Express*, 23 déc. 2009.

MOURY (J.)

Le droit confronté à l'omniprésence du risque, *Rec. Dalloz*, 2012, pp. 1020 et s.

MUNIER (B.)

Le management des risques : un défi global, *Les nouvelles logiques d'entreprise*, Les cahiers français, n° 309.

PERROTIN (F.)

Savoir évaluer et limiter ses risques, anticiper la mise en cause de la responsabilité de l'entreprise et de son dirigeant, *Le management des risques*, Le magazine du Responsable comptable administratif financier, Lamy, 2011, N° 22, 8 p.

PESQUEUX (Y.)

Le concept de risque au magasin des curiosités, *Actes du 24^e congrès de l'association francophone de management*, Louvain la neuve, 2003, 24 p.

POLACH (A.)

Risques et gestion des risques : notions, *Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien*, *Cah. Dr. entr* n° 1, janv. 2008, doss. 2.

PORACCHIA (D.), MERLAND (L.) et LAMOUREUX (M.)

Commissaire aux comptes, *Rép. Sociétés*, Dalloz, Paris, 2014.

PRADIER (P.-Ch.)

Les racines du risque, *Risques*, Les cahiers de l'assurance, N° 81, pp. 1-21.

RADE (Ch.)

L'entreprise et les risques professionnels : de la responsabilité civile à la responsabilité sociale, *Riséo*, N° 1. 2012, pp. 3-6.

Autorité et responsabilités au sein de l'entreprise, *RDLC*, juill. août 2008, supp. n° 51, pp. 39-43.

ROQUILLY (C.)

Performance juridique et avantage concurrentiel, *LPA*, 30 avril 2007, pp. 7 et s.

Les ressources juridiques au service de la stratégie de l'entreprise : le cas de l'iphone : *LPA*, 31 mars 2008, pp. 7 et s.

« Google it » ou la confrontation d'une stratégie d'innovation et d'un business model avec le droit de la propriété intellectuelle » : *Gaz. Pal.*, 19 juin 2010, pp. 7 et s.

SEGONDS (M.)

Santé et sécurité au travail, *Rép. de Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2012.

SERANT (F.)

Installations dangereuses, catastrophes technologiques et indemnisation : un comparatif franco-belge (prétexte pour un plaidoyer européen), *Riséo*, N° 1, 2013, pp. 33-47.

SIMON (F.)

L'audit juridique : une méthodologie au service d'une politique de prévention des risques, LPA, 25 juin 2003, n° 126, pp. 4 et s.

TARROUX (T.)

La notion d'entreprise, JCP N 2002, n°4, n° 1684.

TELLER (M.)

Rapport de gestion du conseil d'administration, Jcl. Sociétés, 2013, Fasc. 136-50.

TREBULLE (F.-G.)

Le risque, clef du développement durable des sociétés, Rév. Sociétés 2010, n° 8-9, ét. 13.

SILBERZAHN (Ph.)

« L'effectuation, logique de pensée des entrepreneurs experts », *Entreprendre & Innover* 3/2012, n° 15, pp. 9-16.

URBAIN-PARLEANI (I.)

Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, Rev. Sociétés 2003. pp. 779 et s.

VALUET (J.-P.)

Conformité à la loi, conformité aux codes, Les mérites de la prévention, JCP E 2012, n° 30, juill. 2012, n° 1471.

VERDUN (F.)

Gestion des risques juridiques : Quelques propositions méthodologiques, Le risque juridique : un ennemi qui nous veut du bien, Cah. Dr. entr, n° 1, janv. 2008, doss. 8.

WAYSAND (C.) et alii

La notation extra-financière, Dossier « Notation = évaluation ? », Cahier de l'évaluation, N°6, juill. 2012, Vol. 3, 128 p.

WIEDERKHER (G.)

Éditorial, Riséo, n°1, 2010, pp. 3-5

Rapports et études**AMF**

Rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne, 8 déc. 2009, 84 p.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants, 13 déc. 2011, 109 p.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites, 18 nov. 2013, 78 p.

ASH (R.) et alii

Rapport officiel de la Commission d'enquête indépendante sur l'accident nucléaire de Fukushima, Diète Nationale du Japon, Trad. du résumé en langue anglaise, Editions de Fukushima, Novembre 2012, 641 p.

CESAR (G.)

Rapport Sénat n°45, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, d'orientation agricole, 9 juill. 2003, 248 p.

CONSEIL D'ETAT

Rapport public, Responsabilité et socialisation du risque, Etudes et documents n° 56, 2005, 400 p.

COUR DE CASSATION

Rapport annuel, Av.-prop. J. MOURY, Étude : Le Risque, 2011, 654 p.

DELOITTE

Etude *Risk advisory*, Communication sur la sensibilité aux risques de marché, Panorama des pratiques actuelles, oct. 2011

ERNST & YOUNG

Observatoire des directions juridiques, 2007 .

The 2010 Business Risk Ernst & Young report, Le top 10 des risques pour les entreprises, 2010, 8 p.

DERIOT (G.) et GODEFROY (J-P.)

Rapport d'information du Sénat n° 37, Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir, 2005, 333 p.

FOUQUET (O.)

(sous la direction de) Rapport au Ministre du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique, Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche, juin 2008, 52 p.

LE DEAUT (J.-Y.)

Rapport Ass. Nat. n°3559, au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur, 29 janvier 2002, 658 p.

OCDE

Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales, Rapport final de l'OCDE, 4 novembre 2009, 49 p.

POUPART-LAFARGE (O.)

(sous la présidence de) Rapport final sur le comité d'audit, AMF, 22 juillet 2010, 28 p.

(sous la présidence de) Cadre de référence sur les dispositifs de gestion des risques et de contrôle interne, 22 juillet 2010, 36 p.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accident :

- ____ majeur : 635 et s., 688 et s.
- ____ du travail : 48, 447 et s.
- Définition (générale) : 20 et s.
- Politique de prévention des ____ majeurs : 702

Acte anormal de gestion : 176 et s.

Analyse :

- ____ des risques : 266 et s.
- ____ des risques : V. Etude de dangers
- ____ préliminaire de l'entreprise : 245 et s.
- Méthodes d'____ des risques : V. Identification

Annexe : 405 et s., 433 et s., 560 et s.

Appétence au risque : 211 et s.

Apport partiel d'actifs : 329 et s.

AMF : V. Marchés financiers

Audit de risques :

- Présentation : 28 et s.
- Méthodologie : 189 et s.

Assurance :

- ____ maritime : 60 et s.
- Contrat d'____ : 79 et s.
- Transfert des risques à l'____ : 192 et s., 346

C

Cartographie des risques : 307 et s.

Clause :

- _____ de franchise de variation : 352
- _____ de franchise de change : 352
- _____ de force majeure : 354
- _____ de transfert des risques : 350
- _____ d'option de change : 352
- _____ de transfert de propriété : 351
- _____ limitative de responsabilité : 353

Comité d'audit : 615 et s.

Comité d'entreprise : 416 et s., 484 et s.

Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail : 485 et s.

Comptes annuels : V. Annexe

Conformité : 228, 322 et s.

Conseil :

- _____ d'administration (V. Société anonyme)
- _____ de surveillance (V. Société anonyme)

Contrat :

- _____ d'assurance (V. Assurance)
- _____ de travail : 348, 450 et s.
- _____ de société : 325 et s.
- _____ de sous-traitance : 347 et s.
- _____ s dérivés : 335 et s.
- Présentation générale du _____ : 343 et s.

Contrôle interne : 179, 601 et s.

Coopération interentreprises : 328, 333 et s.

Corporate governance : 320 et s., 380

D

Danger :

- Définition : 17 et s.
- Etude de _____ s : V. ICPE

Délit :

- _____ de diffusion d'une fausse information : 600
- _____ s de non respect des règles d'hygiène et de sécurité : 516 et s.
- _____ d'initié : 596 et s.

Délit (suite) :

- _____ de manipulation de cours : 599
- _____ de marchandage : 348
- _____ de mise en danger délibérée d'autrui 182 et s.
- _____ de publication ou de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine : 437
- _____ de travail dissimulé : 348

Document unique d'évaluation des risques professionnels : 466 et s.

E

Echelle de valeurs : 280 et s., 296, 304, 471 et s.

Entrepreneur : 127 et s.

Entreprise :

- Notion d'_____ : 87 et s.
- Risques d'_____ : V. Risques

Etablissement : V. ICPE

Evaluation des risques :

- _____ professionnels : 443 et s.
- _____ sur les marchés financiers : V. Marchés financiers
- Méthodologie d'_____ : 302 et s.

Exploitant : V. ICPE

F

Faute de gestion : 167 et s.

Filialisation : 326 et s.

G

Groupement d'intérêt économique : 335

I

Identification des risques : 244 et s.

- Méthodes d'_____ et d'analyse dites de causes à effet : 259 et s.
- Méthodes d'_____ et d'analyse dites stochastiques : 255 et s.

Incertitude : 106 et s.

Incident : 20 et s., 690.

Inspection du travail : 468, 504 et s.

Installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) :

- Contrôle : 523 et s., 657 et s.
- Création : 631 et s.
- Définition : 640 et s.
- Etablissement : 654 et s.
- Etude de dangers : 673 et s.
- Exploitant : 645 et s.
- Nomenclature : 643
- Régime de l'autorisation : 653 et s.
- Régime de la déclaration : 650 et s.
- Régime de l'enregistrement : 651 et s.
- Prescriptions administratives : 658 et s.
- Sanctions : 663 et s. V. Délit

Instruments financiers : V. Contrats dérivés. V. Risques financiers

L

Liberté :

- _____ contractuelle : 144 et s.
- _____ d'entreprendre : 138 et s.
- _____ d'établissement : 141 et s.
- _____ de commerce et d'industrie : 139 et s.
- _____ de gestion : 142
- _____ de prendre des risques : 117 et s.
- _____ du travail : 143

M

Marchés financiers :

- Evaluation des risques : 545 et s.
- Manquements (au règlement général de l'AMF) : 598 et s.
 - Diffusion de fausse information : 598
 - Manipulation de cours : 598
 - Opération d'initié : 596 et s.
- Marchés règlementés : 560 et s.
- Risques de marchés : V. Risques
- Système multilatéral de négociation : 559 et s.
- Titrisation : V. contrats dérivés

P

Plan :

- _____ d'opération interne : 690 et s.
- _____ de prévention des risques naturels : 698 et s.
- _____ de prévention des risques technologiques : 697 et s.
- _____ particulier d'intervention : 693 et s

Préjudices : V. Analyse des risques

Principe :

- _____ d'image fidèle : 406 et s., 433 et s.
- _____ de matérialité : 550 et s., 562
- _____ de précaution : 160 et s.
- _____ s généraux de prévention des risques professionnels : 455 et s.
- _____ de raison : 98 et s.
- _____ de transparence des rémunérations : 37

Procédures de contrôle interne et de gestion des risques : 601 et s.

Provision : V. Annexe

R

Rapport :

- _____ de gestion : 370 et s., 541 et s., 575 et s., 706
- _____ de gestion de groupe : 402 et s.
- _____ des commissaires aux comptes : 410 et s.
- _____ sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques : 603 et s.

Responsabilité sociale des entreprises : 572 et s.

Risques :

- Analyse des _____ : V. Analyse
- Criticité des _____ : 242 et s.
- Définition : 69 et s.
- Estimation des _____ : V. Analyse
- Evaluation des _____ : V. Evaluation
- Identification des _____ : V. Identification
- _____ d'entreprise : 89 et s.
- _____ de change : 221 et s., 340 et s., 567.
- _____ de marché : 559 et s.
- _____ de réputation : 238
- _____ de taux : 340 et s., 566.
- _____ financiers : 220 et s., 393 et s.
- _____ juridiques : 225 et s.
- _____ naturels : 282 et s., V. Plans.
- _____ opérationnels : 231 et s.
- _____ professionnels : 447 et s.
- _____ stratégiques : 235 et s.
- _____ technologiques (688 et s., 706 et s.)
- Sources de _____ (définition) : 250
- Sources de risques _____ endogènes : 270 et s.
- Sources de risques _____ exogènes : 275 et s.

S

Société :

- _____ à responsabilité limitée : 327 et s., 372 et s., 401 et s., 421 et s., 437
- _____ anonyme : 372 et s., 401 et s., 414, 437, 538 et s.
- _____ en commandite par actions : 327, 372 et s., 437, 598 et s.
- _____ en commandite simple : 372 et s.
- _____ en participation : 334
- _____ européenne : 372 et s., 401 et s., 431
- _____ par actions simplifiée : 327 et s., 372 et s., 401 et s., 437

Sources de risques : V. Risques

T

Théorie :

- _____ des comportements humains face au risque : 133 et s.
- _____ du risque : 153 et s.

Tolérance au risque : 213 et s.

Traitement des risques : 310 et s.

- Acceptation du risque : 314 et s.
- Réduction du risque : 318 et s.
- Refus du risque : 313 et s.
- Transfert du risque : 324 et s.

V

Vulnérabilité : V. Source de risques endogènes

TABLE DES MATIERES

(Les numéros renvoient aux pages)

PRINCIPALES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	5
INTRODUCTION.....	6
Paragraphe 1 : L'apparition du concept de risque.....	8
A) L'étymologie du concept de risque.....	8
1) L'apparition et l'évolution du concept de risque	9
2) La définition générale du risque	11
B) Les notions voisines du concept de risque.....	12
1) Les liens existant entre les notions de risque, de danger et de péril.....	13
2) Les liens existant entre les notions de risque, d'incident et d'accident	15
Paragraphe 2 : L'intérêt suscité par la notion contemporaine de risque en entreprise	17
A) L'audit de risque en entreprises	18
1) Présentation de l'audit de risques.....	18
2) Les raisons menant à réaliser un audit de risques.....	24
B) Les obligations de gestion préventive des risques de l'entreprise.....	26
1) Les obligations de gestion préventive des risques en droit des sociétés	26
2) Les obligations de gestion préventive des risques liés à l'environnement, à la santé et à la sécurité des travailleurs	28
PREMIERE PARTIE : L'ANALYSE JURIDIQUE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE	31
TITRE I : LE CONCEPT DE RISQUE EN DROIT DES AFFAIRES	33
Chapitre 1 : La réception du concept de risque en droit des affaires	34
Section 1 : La définition du risque d'entreprise.....	35
Paragraphe 1 : L'apparition de la notion de risque dans la science juridique.....	35
A) L'introduction du concept par le droit des assurances maritimes	36
1) Le <i>nauticum foenus</i> , berceau de la notion de risque	36
2) La volonté divine comme cause de l'évènement aléatoire	37
B) L'élargissement progressif des contours de la notion.....	38
1) Le risque absous des contingences fatalistes	38
2) Une notion renouvelée à travers son application en droit de la responsabilité civile.....	39
Paragraphe 2 : Les définitions juridiques contemporaines de la notion de risque.....	41
A) Le risque, un évènement aléatoire par nature	42
1) La projection temporelle de l'évènement aléatoire.....	42
2) L'intervention de l'homme, critère de la définition générale du risque	44
B) Le risque, un évènement potentiellement dommageable	47
1) La dimension scientifique du concept de risque.....	47
2) Les définitions de risques contribuant à nier l'aspect positif de la notion	48
3) Le caractère dual des conséquences d'un risque	51
C) De la notion générale de risque aux risques d'entreprise	53
1) La notion d'entreprise	53
2) La notion de risques d'entreprise.....	55
Section 2 : La prévention de l'évènement aléatoire.....	57
Paragraphe 1 : Les origines de la prévention scientifique du risque	58
A) La découverte de la prévention du risque par les philosophes.....	58
1) L'introduction des notions de hasard et de cause, prélude de la notion de risque.....	59
2) Le principe de raison développé par Leibnitz, déterminant dans l'appréhension mathématique du risque	60
B) La quantification du risque par les scientifiques.....	61
1) La première définition scientifique du risque.....	62
2) La naissance de la quantification scientifique du risque par le jeu des paris.....	62

Paragraphe 2 : L'appréhension du risque et de l'incertitude dans les sciences juridiques et économiques	64
A) L'équivalence en droit des notions de risque et d'incertitude	64
B) La distinction en économie du risque prévisible et de l'incertitude non probabilisable...	66
Conclusion du Chapitre 1	69
Chapitre 2 : Les fondements et frontières de la liberté de prendre des risque en entreprise	70
Section 1 : Les fondements de la liberté de prendre des risques en entreprise.....	71
Paragraphe 1 : Les fondements socio-économiques de la liberté de prendre des risques en entreprise	72
A) La liberté de prendre des risques, une liberté conforme à l'ordre social	72
1) Le preneur de risques, l'homme vertueux	73
2) Le preneur de risque, l'homme sociologiquement pragmatique	76
B) L'entrepreneur au centre de la justification économique du droit à la prise de risque	77
1) L'entrepreneur, légitime preneur de risques	78
2) La théorie des comportements humains face au risque	81
Paragraphe 2 : Les fondements juridiques de la liberté de prendre des risques en entreprise.	83
A) Les libertés constitutionnelles fondant la liberté de prendre des risques en entreprise..	84
1) Les libertés juridiques indispensables à l'exercice effectif de la liberté de prendre des risques en entreprise	85
2) Les fondements permettant de plaider pour une reconnaissance de la liberté de prendre des risques en entreprise comme liberté juridique autonome	88
B) La liberté contractuelle, un fondement de la liberté de prendre des risques en entreprise	90
Section 2 : La prise de risque comme fondement de la responsabilité des entreprises	93
Paragraphe 1 : Les fondements ayant pour effet de restreindre la liberté de prendre des risques en entreprise.....	94
A) Les théories du risque, fondement originaire de la responsabilité pour risque des entreprises	95
1) La responsabilité fondée sur le risque pris	95
2) Les critiques des théories du risque.....	97
B) Le principe de précaution, postulat de la responsabilité de l'entreprise pour prise de risques virtuels.....	100
Paragraphe 2 : Les limites jurisprudentielles à la liberté de prendre des risques.....	103
A) La liberté de prendre des risques encadrée par la jurisprudence civile.....	103
1) Risques et faute de gestion	104
2) La responsabilité fondée sur le risque pris, l'absence de sa communication ou sur un défaut de prévention.....	107
B) La liberté de prendre des risques encadrée par la jurisprudence fiscale.....	110
1) L'application de la théorie de l'acte anormal de gestion en cas de prise de risques manifestement excessifs	111
2) L'acte anormal de gestion retenu en raison de l'impéritie des dirigeants dans la prévention des risques.....	114
C) La liberté de prendre des risques encadrée par la responsabilité pénale.....	115
1) Le champ d'application de la responsabilité pénale encadrant la prise de risque.....	116
2) Le délit de mise en danger d'autrui comme restriction à la liberté de prendre des risques	117
Conclusion du Chapitre 2	120
Conclusion du Titre I	121
TITRE II : LA METHODOLOGIE DE L'AUDIT DE RISQUES	122
Chapitre 1 : Les classifications des risques	124
Section 1 : La classification traditionnelle des risques de l'entreprise.....	125
Paragraphe 1 : Le caractère assurable d'un risque	125
A) La distinction doctrinale entre les risques purs et les risques spéculatifs.....	126
B) Les différents risques susceptibles d'être transférés à l'assurance	127
1) La distinction entre les assurances de personne et les assurances de dommages	128
2) Le traité des risques d'entreprise.....	129

Paragraphe 2 : Les limites du transfert des risques au marché assurantiel	130
A) Les limites du transfert d'un risque au marché de l'assurance.....	131
1) L'absence de rentabilité pour l'entreprise, limite du transfert des risques à l'assureur	131
2) Le refus opposé par les assureurs d'assurer certains risques de l'entreprise.....	132
B) L'appétence et la tolérance aux risques.....	136
1) L'appétence au risque de l'entreprise.....	137
2) La tolérance au risque de l'entreprise	138
Section 2 : La classification des risques selon les départements de l'entreprise	141
Paragraphe 1 : Les risques liés au fonctionnement structurel de l'entreprise	142
A) Les risques financiers.....	142
1) La définition du risque financier.....	142
2) Les sources de risques financiers.....	144
B) Les risques juridiques	145
1) La définition du risque juridique	145
2) Les sources de risques juridiques.....	147
Paragraphe 2 : Les risques liés à la production et à la commercialisation des produits et services.....	149
A) Les risques opérationnels.....	149
1) La définition des risques opérationnels.....	150
2) Les sources de risques opérationnels.....	151
B) Les risques stratégiques.....	152
1) La définition des risques stratégiques.....	152
2) Les sources de risques stratégiques	153
Conclusion du Chapitre 1	155
Chapitre 2 : Les étapes de la méthodologie de l'audit de risque.....	156
Section 1 : L'identification et l'analyse des risques de l'entreprise	157
Paragraphe 1 : Identification et analyse des risques de l'entreprise.....	157
A) L'identification des risques.....	157
1) L'analyse préliminaire de l'entreprise.....	157
2) Le processus d'identification des risques	160
B) Les méthodes d'identification.....	161
1) L'implication de l'ensemble des acteurs de l'entreprise.....	162
a) Les démarches permettant d'identifier les risques de l'entreprise.....	162
b) L'identification des risques réalisés	164
2) Les analyses méthodiques	165
a) Les méthodes dites stochastiques.....	165
b) Les méthodes dites de « causes à effets ».....	166
Paragraphe 2 : L'analyse des sources et des conséquences des risques.....	169
A) L'analyse des sources de risques.....	171
1) Les sources de risque endogènes et exogènes	171
a) Les sources de risques endogènes	171
b) Les sources de risques exogènes.....	174
2) La fréquence d'interaction des sources du risque.....	176
a) L'occurrence des risques	177
b) L'exemple de la multiplicité des causes des risques : les risques naturels.....	180
B) L'analyse des conséquences potentielles des risques	182
1) La nature juridique des conséquences des risques	183
a) Les risques liés aux personnes	184
b) Les risques de pertes de revenus.....	185
c) Les dépenses induites.....	187
d) Le risque de responsabilité	188
2) Les difficultés suscitées par l'estimation des conséquences potentielles d'un risque	189
a) Les échelles de valeurs.....	189
b) La subjectivité inhérente à l'estimation des conséquences d'un risque non réalisé	191

Section 2 : L'évaluation et le traitement des risques.....	193
Paragraphe 1 : L'évaluation des risques	194
A) Le processus d'évaluation des risques.....	194
1) La comparaison du risque estimé.....	194
2) Les critères de risques déterminés pour chaque événement identifié	196
B) La cartographie des risques.....	197
1) La réalisation d'une cartographie des risques	197
2) Les méthodes permettant de réaliser une cartographie des risques.....	198
Paragraphe 2 : Le Traitement des risques	199
A) L'acceptation, le refus et la réduction du risque.....	199
1) L'acceptation ou le refus du risque	200
a) Le risque refusé.....	200
b) Le risque accepté.....	200
2) La réduction du risque	202
a) L'auto-protection.....	202
b) La Corporate governance et la compliance.....	204
B) Le transfert juridique des risques.....	207
1) Le transfert des risques permis par le droit des sociétés	207
a) La filialisation.....	208
b) La mutualisation des risques dans le cadre de coopérations interentreprises	211
c) Le transfert des risques sur les marchés financiers.....	213
2) Le transfert des risques permis par le droit des contrats.....	219
a) Le contrat comme outil de performance de l'entreprise	219
b) Les différentes clauses contractuelles permettant de transférer les risques.....	222
Conclusion Chapitre 2.....	226
Conclusion du Titre II.....	227
Conclusion de la première partie	228
DEUXIEME PARTIE : LES OBLIGATIONS DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE.....	230
TITRE I : LES OBLIGATIONS GENERALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES.....	232
Chapitre 1 : Les risques mentionnés par les documents devant être établis avant l'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes	233
Section 1 : Les risques mentionnés par le rapport de gestion et les rapports joints dans les sociétés commerciales	234
Paragraphe 1 : Le champ d'application des obligations de communication sur les risques à la charge des sociétés commerciales.....	234
A) Les sociétés commerciales soumises à l'établissement d'un rapport de gestion.....	234
B) Les personnes ou organes chargés d'établir le rapport de gestion	236
Paragraphe 2 : Les risques présentés dans le rapport de gestion	238
A) La genèse de l'article L. 225-100 du Code de commerce	238
B) Le contenu du rapport de gestion en matière de risques	241
1) La controverse liée au contenu du rapport de gestion.....	241
2) Les risques incidemment visés par l'article L. 225-100 du Code de commerce.....	244
3) Les principaux risques et incertitudes devant être mentionnés dans le rapport de gestion	245
4) Les indications sur les risques liés aux instruments financiers	247
Section 2 : Les autres documents établis préalablement à l'AGO.....	251
Paragraphe 1 : Les risques dans les différents documents accompagnant le rapport de gestion	252
A) Le rapport de gestion du groupe	252
1) Présentation du rapport de gestion du groupe	252
2) Le contenu du rapport de gestion du groupe	253
B) L'annexe comptable.....	255

Paragraphe 2 : Les contrôles et sanctions	257
A) Le contrôle du contenu du rapport de gestion	258
1) Le rapport du commissaire aux comptes	258
2) Les formulations du conseil de surveillance	262
3) Les formulations du comité d'entreprise sur le rapport de gestion	262
4) Les questions écrites des associés et actionnaires en amont de l'assemblée générale annuelle	264
5) Les questions orales posées lors de la tenue de l'assemblée	267
B) Les sanctions	268
1) Les sanctions encourues en cas de défaut de rapport de gestion	269
2) Les sanctions encourues en cas de présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de l'exposition aux risques de l'entreprise	270
3) Les sanctions à l'égard des personnes confirmant intentionnellement une information erronée contenue dans les comptes annuels ou rapports de gestion	274
Conclusion du Chapitre 1	276
Chapitre 2 : Les risques appréhendés par le document unique d'évaluation des risques professionnels	277
Section 1 : L'obligation pour l'entreprise d'évaluer ses risques professionnels	278
Paragraphe 1 : Les sources de la prévention des risques professionnels	278
A) Le caractère prophylactique de l'obligation de sécurité de résultat prévenant les risques professionnels	279
1) La définition du risque professionnel	279
2) La découverte par la jurisprudence d'une obligation de sécurité de résultat dans le contrat de travail	281
B) L'obligation légale de prévenir les risques professionnels de l'entreprise	283
1) Une obligation aux sources diverses	283
2) Les principes généraux de la prévention des risques professionnels	284
Paragraphe 2 : Les méthodes à appliquer pour l'évaluation des risques professionnels	286
A) Les facteurs de risques à analyser	287
B) Les pistes méthodologiques pour évaluer les risques professionnels	288
C) La transcription des résultats de l'évaluation des risques professionnels dans le document unique	290
1) Présentation du document unique d'évaluation des risques professionnels	290
2) Les résultats de l'évaluation des risques	292
3) L'élaboration du programme d'actions à la suite de l'évaluation des risques	293
Section 2 : Les acteurs de la prévention et du contrôle des risques professionnels	295
Paragraphe 1 : Les parties prenantes de la prévention des risques professionnels	296
A) Les acteurs internes à l'entreprise	296
1) Les travailleurs de l'entreprise	296
2) Le comité d'entreprise	299
3) Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail	300
B) Les acteurs externes à l'entreprise	304
1) Les services de santé au travail	304
2) Les caisses de sécurité sociale et d'assurance retraite et de santé au travail	306
3) Les différents organismes compétents en matière de sécurité et de santé au travail	308
Paragraphe 2 : Les organismes de contrôle de la prévention des risques	311
A) Le contrôle de la prévention des risques professionnels par les services de l'inspection du travail	311
1) Les services de l'inspection du travail	311
2) Les pouvoirs de contrôle de l'inspection du travail	314
3) Les sanctions encourues en cas de manquements aux règles d'hygiène et de sécurité	318
B) La collaboration de certains organismes dans le contrôle de la prévention des risques professionnels	322
1) Les organismes chargés de collaborer avec l'inspection du travail	322
2) Le contrôle des risques professionnels dans des secteurs d'activité spécifiques	324
3) Les organismes de contrôles accrédités ou agréés	326
Conclusion du Chapitre 2	329

Conclusion du Titre I	331
TITRE II : LES OBLIGATIONS SPECIALES D'INFORMATION ET DE GESTION PREVENTIVE DES RISQUES.....	333
Chapitre 1 : Les obligations à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé	334
Section 1 : Les obligations relatives à l'analyse et à la communication sur les risques de l'entreprise dans le cadre du rapport de gestion	335
Paragraphe 1 : Les informations additionnelles exigées par le législateur	335
A) Une obligation d'information renforcée à la charge des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé	335
1) L'application expresse de l'article L. 225-100 aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé	336
2) Les liens ténus entre le rapport de gestion et le document de référence	336
B) Les méthodes préconisées par l'AMF pour évaluer les risques	337
1) Les risques spécifiques à chaque société.....	337
2) Les risques communs à chaque société.....	340
Paragraphe 2 : Les risques sur les marchés financiers.....	343
A) Les obligations communes aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur les marchés financiers.....	344
1) Les risques de marché	344
2) L'obligation de communiquer sur les risques de marché	347
3) Les différents risques composant les risques de marché.....	347
B) Les informations en matière sociale et environnementale.....	351
1) Information extra financière et RSE	352
2) Les informations sur la RSE devant être communiquées dans le cadre du rapport de gestion	353
Section 2 : Les obligations incombant aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé	358
Paragraphe 1 : Les obligations d'information et les sanctions sur les marchés financiers	359
A) Les obligations d'information périodique et permanente.....	359
1) L'obligation d'information périodique	359
2) L'obligation d'information permanente.....	361
B) L'obligation continue de communiquer sur les risques sensibles de l'entreprise et les sanctions	363
1) L'obligation de communiquer sur les informations sensibles de l'entreprise.....	363
2) Un dispositif répressif original pour assurer l'intégrité des marchés financiers et l'égalité d'information des investisseurs	366
Paragraphe 2 : Les procédures du contrôle interne et de gestion des risques	373
A) Les procédures du contrôle interne et de gestion des risques.....	374
1) Les organes chargés de rendre compte des procédures du contrôle interne et de gestion des risques	375
2) Les missions dévolues dans le cadre des procédures contrôle interne et de gestion des risques.....	376
3) Le contenu du rapport sur les procédures du contrôle interne et de gestion des risques	378
B) Le comité d'audit	382
1) Le rôle du comité d'audit.....	382
2) Les compétences particulières exigées des membres du comité d'audit.....	386
Conclusion du Chapitre 1	388
Chapitre 2 : Les obligations à la charge des sociétés exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement.....	390
Section 1 : Les risques liés à l'exploitation d'une installation classée pour la protection de l'environnement	391
Paragraphe 1 : Les étapes de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement	391
A) L'émergence du droit des installations classées.....	391
B) Le droit contemporain des installations classées	393

Paragraphe 2 : Les classifications des installations classées	396
A) Les notions fondamentales	396
1) La notion d'installation	397
2) La notion de nomenclature.....	398
3) La notion d'exploitant.....	400
B) Les différentes catégories d'installations classées	402
1) Les installations soumises au régime de la déclaration et de l'enregistrement.....	402
2) Les installations soumises au régime de l'autorisation	404
C) Les prescriptions administratives et les sanctions.....	407
1) Les prescriptions administratives.....	407
2) Les sanctions.....	409
Section 2 : Les obligations de gestion préventive dans une installation soumise au régime de l'autorisation.....	413
Paragraphe 1 : L'étude de dangers, pierre angulaire de la gestion des risques industriels.....	413
A) L'étude de dangers.....	414
1) Les « études d'incidence ».....	414
2) Le contenu de l'étude de dangers	416
B) L'analyse de risques dans l'étude de dangers	418
1) L'analyse de risques.....	419
2) Le contenu de l'analyse de risques.....	419
Paragraphe 2 : La prévention des risques d'accidents majeurs	423
A) Les mesures de prévention des risques d'accident majeur mises en place postérieurement à l'autorisation d'exploiter	424
1) Le plan d'opération interne.....	424
2) Le plan particulier d'intervention	426
3) Les plans de prévention des risques technologiques et naturels	429
4) Les dispositions complémentaires applicables aux établissements à très hauts risques	432
B) Les mesures de prévention des risques au cours de l'exploitation	434
1) Les obligations à la charge de l'exploitant d'une installation classée Seveso durant l'exploitation.....	434
2) Le réexamen périodique des prescriptions dont est assortie l'autorisation	436
Conclusion du Chapitre 2	439
Conclusion du Titre II.....	441
Conclusion de la deuxième partie.....	443
CONCLUSION GENERALE	445
BIBLIOGRAPHIE	449
INDEX ALPHABETIQUE	460