

L'État et les risques des entreprises

Intérêt de l'étude

Le risque est fréquemment présenté comme le moteur de l'activité économique et la justification des profits. Il constitue la contrepartie des libertés économiques reconnues en droit positif et désigne tant une chance de bénéficier des résultats de l'exploitation d'une activité que le devoir de supporter ses pertes sans s'en décharger sur des tiers. Il est donc autant une chance qu'une menace.

Il évoque alors les aléas qui doivent normalement être supportés par les entrepreneurs raisonnablement prévoyants en contrepartie de l'activité qu'ils exercent librement.

À côté de ces aléas inhérents à la vie des affaires, les entreprises sont soumises à des risques exceptionnels, anormaux, qui déjouent leurs prévisions raisonnables. Définis comme des menaces d'événements dommageables, ces risques sont marqués par une grande diversité.

Diversité de leur nature tout d'abord puisqu'ils sont susceptibles d'être tant naturels (tempêtes, inondations, sécheresse) qu'humains (guerres, terrorisme), technologiques (pollutions, explosions), sanitaires (E.S.B, grippe aviaire) ou économiques (espionnage industriel, contrefaçon).

Diversité de leurs caractères ensuite puisque le contexte dans lequel ils s'inscrivent est celui d'une « société des risques » au sein de laquelle deux évolutions concomitantes peuvent être observées. L'opinion publique a tout d'abord pris conscience du caractère potentiellement catastrophique d'activités environnantes : Tchernobyl, Érika, AZF, pollutions agricoles, etc. D'autre part, des risques d'un nouveau type sont apparus, produits par le développement des connaissances techniques et scientifiques (ESB, OGM), qui remettent en cause les relations entretenues par les hommes avec les progrès du savoir.

Ces nouveaux risques provoquent l'expression d'un irrésistible besoin de sécurité et le rejet généralisé des potentialités de dommages. Cette exigence de sécurité est opposée à l'État dont on attend qu'il prévienne les événements dommageables ou qu'il s'engage lui-même dans la réparation.

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

Cette démarche des entreprises paraît certes paradoxale dans un contexte d'économie libérale excluant en théorie les interventions publiques jugées perturbatrices des marchés. Elle trouve néanmoins un accueil favorable auprès des pouvoirs publics qui développent une politique de prise en charge des risques des entreprises.

Problématiques de l'étude

L'objectif de la thèse est d'analyser et de théoriser les motifs et les modalités de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques que courent les entreprises. Deux éléments doivent alors être pris en considération : la nature économique des victimes éventuelles d'une part et l'existence de nouveaux risques d'autre part.

En effet, les entreprises ne sont pas les seuls bénéficiaires des politiques publiques de prise en charge des risques. Il convient donc de déterminer si le traitement qu'on leur accorde diffère de celui qui est accordé aux particuliers. Ceci revient à déterminer si les règles de droit public sont modifiées ou adaptées à la particularité de la situation des opérateurs.

Par ailleurs, la prise de conscience ou l'apparition de « nouveaux risques » amènent à se demander si *l'imprévisible* impose que les fondements de l'action publique soient modifiés, notamment par le principe de précaution, ou si les méthodes gouvernant la prise de décision intègrent de nouveaux paramètres tels la démocratisation et la transparence dans la délimitation du risque socialement et économiquement acceptable.

Thèse soutenue

La diversité des risques rend *a priori* difficile la détermination d'une unité de leur prise en charge par les pouvoirs publics. Il ne faut pourtant pas s'en tenir à cette apparence : la prise en charge des risques des entreprises connaît une unité à trois égards.

D'une part, quelle que soit l'origine du risque et quelles que soient les modalités adoptées, l'action publique s'adapte à la situation des entreprises et à la spécificité des préjudices qu'elles subissent. Ceci se retrouve aussi bien dans les contraintes qui s'imposent à l'action publique, que dans ses fondements et ses modalités concrètes. Il s'agira tantôt d'une simple adaptation d'outils classiques de droit public, tantôt de l'adoption d'outils spécifiques, parfois économiques, mieux à même de traiter des risques considérés.

D'autre part la prise en charge publique suit invariablement le même schéma d'intervention. Il s'agit, en amont de la réalisation du risque, d'observer une attitude attentive consistant à la fois à tenter de prévenir la survenance d'événements imprévisibles et dommageables (prévention) et à prévoir les moyens juridiques et financiers permettant de se prémunir contre leurs conséquences dommageables (prévoyance). Il s'agit ensuite, une fois le risque réalisé, d'observer une attitude réactive visant à faire cesser la situation de trouble, à restaurer une situation économique viable et à indemniser les préjudices subis.

Enfin, l'unité réside dans l'objectif que s'assignent les pouvoirs publics qui est d'assurer un équilibre permanent entre le risque considéré comme un danger, une probabilité de pertes économiques, et le risque considéré comme une opportunité, celle des innovations, du développement, de la réussite.

Faire part de l'unité de la prise en charge des risques des entreprises par l'État alors que la matière semble foisonnante et marquée par la diversité suppose de retenir un plan d'étude qui permette de démontrer l'un tout en soulignant l'autre. On retient alors une analyse en deux temps consistant respectivement à exposer le contexte juridique de la prise en charge des risques des entreprises (**Première partie**) et les modalités de ces dernières (**Seconde partie**).

Première partie : Le contexte juridique de la prise en charge publique

L'étude du contexte juridique de la prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises suppose l'examen successif des conditions de cette action, ainsi que celui de ses fondements.

Titre premier : Les conditions de la prise en charge des risques des entreprises

Pour comprendre les raisons qui conduisent les pouvoirs publics à prendre en charge les risques des entreprises censées assurer seules les conséquences de leur activité, il convient de préciser les situations qui constituent pour elles des risques (**chapitre premier**), ainsi que les contraintes qui s'imposent alors à l'action publique (**chapitre second**). Cette démarche permet de souligner la double spécificité des risques des entreprises par rapport aux simples aléas qu'elles doivent assumer d'une part, et par rapport aux risques que subissent les particuliers d'autre part.

Chapitre premier : typologie des risques des entreprises

1° L'étymologie du terme « risque » permet d'en dégager les deux aspects principaux : son caractère imprévisible tout d'abord, son caractère dommageable ensuite. Cette définition exclut donc l'ensemble des effets positifs que peut entraîner un fait imprévisible. Non que ce dernier ne puisse pas engendrer simultanément des dommages et des bienfaits, mais le terme de risque, tel qu'il est appréhendé par les pouvoirs publics, exclut sa connotation positive.

On observe alors que ces deux caractères revêtent une signification particulière lorsqu'ils pèsent sur des entreprises, qui les distinguent des risques que courent les particuliers.

La notion d'imprévisibilité ne désigne pas la même chose lorsqu'elle est ressentie par un particulier ou par un entrepreneur. Il est en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles ce dernier, en tant que professionnel, sera considéré comme ayant dû prévoir certains événements qui constituent pour des particuliers de réels risques. Le cas des producteurs à l'égard des produits mis sur le marché en est une bonne illustration. Ces derniers sont en effet tenus de se renseigner sur « l'état des connaissances scientifiques et techniques, y compris en son niveau le plus avancé, au moment de la mise en circulation du produit en cause », ce qui ne saurait être le cas des consommateurs. A ceci s'ajoute le fait que certains événements ou certaines conséquences n'étant subis que par des entreprises, ils ne sont logiquement imprévisibles que pour ces dernières. Il en va ainsi des risques qu'elles seules subissent (espionnage industriel, contrefaçon, concurrence déloyale, etc.) ou des dommages qu'elles sont seules à devoir supporter (baisse du chiffre d'affaires, perte de clientèle, perte de stocks, etc.).

Le caractère potentiellement dommageable des risques des entreprises connaît également une particularité par rapport à ceux que courent les particuliers. D'une part, pour nombre d'entre eux, ces dommages leurs sont propres : ils ne sont susceptibles d'être subis que par des entrepreneurs. On retiendra l'exemple des préjudices commerciaux tels que les pertes de clientèle, baisses du chiffre d'affaires, pertes de parts de marché, pertes de brevets, etc.). D'autre part, ils entraînent des conséquences financières indirectes bien plus vastes et nombreuses pour les entrepreneurs puisque les biens endommagés sont affectés à l'exploitation d'une activité économique et peuvent provoquer l'immobilisation d'une activité, le chômage technique, l'arrêt des livraisons, etc. Les personnes touchées par de telles conséquences sont en outre bien plus nombreuses : actionnaires, employés, clients, créanciers, assureurs, etc.

2° La diversité des risques des entreprises exige d'étudier l'ensemble des événements qui en sont à l'origine. Il convient alors de distinguer les risques créés par les pouvoirs publics de ceux qui leur sont extérieurs, qu'ils soient d'origine naturelle, humaine ou économique.

Dans l'ensemble de ces cas, on peut constater que les dommages qui en résultent pour les entreprises peuvent leur être causés soit directement soit indirectement. Dans le premier cas, ils pourront résulter de faits matériels (accidents de travaux publics, accidents technologiques, catastrophe naturelle) ou d'actes juridiques (refus d'autorisation, ententes irrégulières). Dans le second cas, les pouvoirs publics pourront créer un contexte favorable à la réalisation d'un risque, notamment par le biais d'incitations et d'autorisations administratives, ou aggraver leurs effets. Les risques extérieurs à l'action publique seront quant à eux dommageables pour de nombreuses victimes indirectes. Il en va ainsi de façon assez systématique des risques naturels, technologiques ou humains qui, outre les dommages qu'ils sont susceptibles de causer directement à des entreprises, constituent, du fait des troubles qu'ils provoquent, des causes indirectes de dommages pour d'autres entrepreneurs.

Chapitre second : Les contraintes imposées à l'action publique

La prise en charge par les pouvoirs publics des risques des entreprises est soumise à un certain nombre de contraintes qui encadrent et délimitent leur action. Ces diverses contraintes reposent sur un postulat de base commun : le respect de la libre entreprise.

Il faut alors se demander si le respect de cette liberté impose aux pouvoirs publics de laisser aux entreprises la charge des risques qui pèsent sur elles ou s'il justifie au contraire qu'ils les prennent à leur charge.

La réponse qu'il convient d'apporter à cette question n'est pas univoque. Selon l'origine du risque et la façon dont il est créé, l'une ou l'autre des compréhensions de la liberté d'entreprendre prévaut.

1° Dans le premier cas, le respect de la libre entreprise impose aux pouvoirs publics de n'intervenir que subsidiairement, afin de compléter l'action des entreprises et de combler leurs lacunes, en se limitant à répondre aux seuls besoins exprimés, sans excéder ce qui leur apparaît nécessaire. L'action subsidiaire des pouvoirs publics se doit en pratique de n'être que ponctuelle et secondaire, ne faisant que compléter les efforts produits par les entrepreneurs pour faire face à des situations de risques. Ce complément est donc susceptible de varier en importance selon la carence constatée : il pourra varier d'un simple ajustement à un remplacement quasi-total de l'entreprise.

Dans le second cas, l'intervention publique n'est pas tenue de s'en tenir à une quelconque subsidiarité. L'équité, aussi bien que la tendance contemporaine visant à

imposer à l'administration qu'elle prenne à sa charge tous les dommages qu'elle a causés, même sans avoir commis la moindre faute, conduisent à une intervention plus poussée de l'État. Dès lors, la prise en charge publique n'exige aucune tentative initiale des opérateurs de faire face au risque par des mesures de prévention ou de prévoyance, ni la constatation préalable d'une carence ou d'une insuffisance à y parvenir. La prise en charge de risques ne visant pas alors à compléter les efforts initiaux des entrepreneurs, elle ne variera pas en importance selon l'importance des carences constatées. Il ne sera donc pas fait en principe de différence de traitement entre les diverses situations, selon la capacité des entrepreneurs.

2° La variabilité des contraintes qui s'imposent à l'action des pouvoirs publics rend sa classification difficile puisque, tenus d'intervenir au-delà de ce qu'implique la théorie économique libérale, ils doivent cependant limiter la prise en charge afin de ne pas remplacer les entrepreneurs dans la gestion de leurs activités. On peut cependant considérer que si l'intervention publique emprunte aux deux modèles de l'État libéral et de l'État providence, elle ne s'y réduit pas, et dépasse cette distinction traditionnelle.

Elle constitue un approfondissement de la théorie libérale de l'État puisqu'elle ne se limite pas à une simple garantie du bon fonctionnement du marché. Elle comprend des interventions positives que l'État libéral classique ne saurait entreprendre: mesures de prévoyance, assurance, indemnisation, aides financières, etc. Elle ne relève pourtant pas de l'État providence dans la mesure où l'action poursuivie n'a pas pour objectif de libérer les entreprises de tout risque. Elle est au contraire fondée sur le postulat qu'en principe ces derniers sont tenus d'y faire face et sont capables de le faire. Il s'agit de pallier les carences et les incapacités des opérateurs en se limitant à répondre aux besoins exprimés, sans aller au-delà.

Titre second : Les fondements de la prise en charge des risques des entreprises

Il apparaît à l'issue de cette recherche que la prise en charge par l'État des risques des entreprises se fonde fréquemment sur les mêmes éléments que le reste de son action et emprunte ainsi à des catégories et notions communes. Cette similarité ne doit cependant pas cacher le fait que ces fondements connaissent une nécessaire adaptation à la situation des entreprises, qui les singularisent alors au regard de ceux qui sont mis en œuvre lors de la prise en charge des risques des particuliers (**Chapitre premier**). Il convient en outre de souligner l'existence de fondements spécifiques aux risques des entreprises, se superposant aux premiers, et prenant en considération la particularité de leur situation afin d'y adapter l'action publique (**Chapitre second**).

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

Que les risques des entreprises trouvent leur origine dans l'action administrative ou dans des événements extérieurs, la prise en charge publique trouve dans ces deux hypothèses des fondements traditionnels : responsabilité de la puissance publique dans le premier cas, maintien de l'ordre public et solidarité nationale dans le second. L'unité existe malgré tout derrière cette diversité de fondements puisqu'ils connaissent une adaptation rendue nécessaire par la particularité des situations des entreprises et des préjudices qu'elles subissent.

1^o Lorsqu'un risque trouve son origine dans l'action administrative, sa prise en charge par l'État résulte principalement de l'engagement de leur responsabilité pour et sans faute. Et ce, en utilisant les mêmes notions que le droit commun de la responsabilité : faute, préjudice, lien de causalité, etc.

On observe en outre une coïncidence assez forte entre la notion de risque telle qu'on l'a définie, et celles de risque et d'égalité devant les charges publiques telles qu'elles sont interprétées par le juge administratif. Par exemple, il est possible d'établir des correspondances entre les hypothèses d'engagement de la responsabilité pour risque ou pour rupture de l'égalité devant les charges publiques et certains risques d'entreprise. Il en va ainsi de la responsabilité sans faute du fait de décisions administratives régulières. Il existe en effet de nombreuses hypothèses dans lesquelles des entrepreneurs subissent de façon imprévisible des dommages du fait de réglementations économiques, du refus légal de tenir une promesse ou un engagement, du refus d'autoriser un licenciement, etc.

Cette similitude ne doit toutefois pas cacher le fait que les risques courus par les entreprises exercent une double influence sur l'engagement de la responsabilité de la puissance publique. Ils impriment en effet leur marque tant aux conditions de son engagement qu'aux éléments qui en exonèrent l'administration. Dans le premier cas, il renvient à l'entreprise de démontrer que le préjudice est bien la conséquence directe d'un agissement de l'administration et non de l'évolution normale des marchés, des difficultés que rencontrait son exploitation ou de son propre comportement économique. Dans le second cas, on peut noter que le fait que le risque soit subi par une entreprise et non par un simple particulier implique que certains éléments exonérateurs soient imprégnés de considérations d'ordre économique. Il en va ainsi lorsque c'est en poursuivant un intérêt économique prééminent que les pouvoirs publics ont fait peser un risque sur certaines entreprises, justifiant aux yeux du juge administratif que la responsabilité de la puissance publique ne soit pas engagée.

2° Dans l'hypothèse où les risques sont extérieurs à l'action administrative, leur prise en charge par l'État se fonde sur deux éléments traditionnels : le maintien de l'ordre public et la solidarité nationale. C'est en effet dans le but d'assurer la sécurité des entrepreneurs que les pouvoirs publics assument certains de leurs risques. De ce fait, c'est en exerçant leur mission de protection et de maintien de l'ordre public qu'ils tentent de prévenir ces événements imprévisibles et économiquement dommageables, de faire cesser les troubles qui en résultent, et de remettre en état les situations endommagées. D'autre part, la nature de certains risques, l'étendue des dommages qu'ils causent, l'émotion qu'ils peuvent engendrer dans l'opinion publique, peuvent amener l'État à mettre en oeuvre des mécanismes de solidarité nationale permettant de pallier l'impossibilité d'engager la responsabilité juridique d'un quelconque débiteur.

Si la notion d'ordre public conserve sa signification originelle liée à la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques, elle est toutefois enrichie d'un nombre croissant d'éléments. La matière économique influence et modifie-t-elle ainsi la compréhension de la notion d'ordre public et le régime qu'elle implique. Tout d'abord parce que des considérations d'ordre économique sont souvent présentes dans l'appréciation par l'autorité de police de ce que recouvre l'ordre public. Ensuite parce que s'est développé un ordre public économique recouvrant le bon ordre des marchés et la sécurité des opérations économiques, et visant la prévention et la cessation des troubles susceptibles d'affecter le fonctionnement des activités de production, de distribution ou de service.

Concernant la mise en œuvre de la solidarité nationale, il convient d'observer que la matière économique influe peu sur la nature du fondement en cause. On peut toutefois noter que c'est souvent l'importance des intérêts économiques en jeu qui justifie la mise en œuvre de la solidarité nationale, conduisant ainsi à ce que le sort des entrepreneurs soit pris en considération de façon spécifique : restaurer le tissu économique, relancer un secteur d'activité, éviter le chômage technique, etc.

Chapitre second : Les fondements propres aux risques des entreprises

C'est d'une part parce que ses conséquences sont anormales que la prise en charge du risque est attribuée aux pouvoirs publics et non aux entrepreneurs qui n'ont pu le prévoir ou qui ne devaient pas avoir à en supporter les conséquences. C'est d'autre part en raison de l'efficacité économique de l'action publique, à la fois dans l'attribution des ressources et dans l'équité de la répartition, que les pouvoirs publics prennent à leur charge les risques des entrepreneurs.

1° Affirmer que c'est en raison de l'anormalité de leurs conséquences dommageables qu'il revient à l'administration de prendre en charge les risques des entreprises suppose au préalable de préciser la fonction qu'attribue à la notion de risque la règle de droit. Celle-ci est de reporter la charge d'un événement imprévisible et dommageable sur une personne autre que celle qui en subit les conséquences. Commune au droit privé et au droit public, cette instrumentalisation, qui se fonde sur des techniques d'imputation et de répartition des dommages, explique alors pourquoi c'est à l'État qu'est transférée la prise en charge des risques.

L'anormalité des conséquences d'un risque peut se déduire soit des caractères propres de ces dernières, soit plus étonnamment, de celles de l'événement par lequel se réalise le risque.

Dans le premier cas, on considèrera que les conséquences d'un risque donné sont anormales lorsqu'il apparaît anormal d'en laisser la charge à la victime qui la subit. Ceci pour deux raisons. Soit parce que ces conséquences sont d'une particulière gravité, soit parce qu'elles excèdent ce que tout entrepreneur placé dans la même situation doit *normalement* supporter. Dans les deux hypothèses, l'anormal fait référence au dépassement d'un seuil au-delà duquel on sort de la normalité. C'est donc son dépassement qui justifie l'intervention publique.

Dans le second cas, l'origine d'un risque constitue à elle seule un événement anormal en raison de caractéristiques propres : sa durée, son intensité, sa rareté ou son illégalité. Il est alors fréquent, mais non systématique, que les effets qu'elle entraîne soient également anormaux. Cette relation est parfois renforcée tant par la jurisprudence que par les textes, qui lient parfois l'anormalité de l'événement à l'origine d'un risque et celle de ses conséquences afin d'en attribuer la charge aux pouvoirs publics : on en trouve un exemple significatif dans la législation relative aux calamités agricoles qui appréhende « les dommages non assurables d'importance exceptionnelle dus à des variations anormales d'intensité d'un agent naturel (...) ». Dès lors, la prise en charge par l'État est subordonnée à la réalisation d'événements anormaux ayant eu des conséquences jugées exceptionnelles.

2° L'utilité de la notion d'efficacité économique dans le cadre de cette étude est de permettre de comprendre comment procéder à un choix entre le recours au marché d'une part et le recours aux institutions publiques d'autre part. On peut dire d'une solution qu'elle est efficace lorsqu'il est impossible d'atteindre le même optimal, les mêmes avantages, à un coût plus faible, ou s'il est impossible d'obtenir de plus grands avantages au même coût. Le critère de l'efficacité permet donc de calculer les avantages de l'intervention publique et de les comparer à ceux d'autres solutions alternatives. On la préférera si elle permet d'atteindre une plus forte amélioration du bien-être des agents au même coût. Cependant, pour préciser l'analyse et confirmer le choix de l'action publique, il convient de comparer ses avantages avec les coûts qu'elle entraîne nécessairement. Si l'intervention publique entraîne plus d'inconvénients qu'elle ne crée d'avantages, si ses coûts sont supérieurs aux bénéfices envisagés, elle ne sera pas considérée comme la meilleure solution à retenir.

Un tel raisonnement peut être appliqué aux risques des entreprises et justifier l'intervention de l'État. L'exemple des carences de marché peut alors être utilement exposé. En effet, la poursuite des intérêts individuels ne conduit pas toujours à la satisfaction de l'intérêt général et il existe des défaillances du marché qui empêchent la réalisation d'une économie efficiente. On considère que de telles situations sont constitutives de carences de marché. Certaines d'entre elles constituent des risques pour les entreprises : externalités négatives provoquées par une pollution industrielle, comportement non concurrentiel, etc. Or, il apparaît que l'analyse économique des défauts de marché voit dans l'intervention publique le moyen de rétablir, à certaines conditions (notamment lorsque les coûts de transaction ne sont pas nuls), une situation efficiente. Diverses solutions ont ainsi pu être proposées afin de trouver une solution efficiente aux risques industriels : fondées sur le principe « pollueur-payeur », elles peuvent consister en l'imposition de normes antipollution, de taxes spécifiques ou de l'instauration d'un marché d'échange de droits d'émission.

Seconde partie : Les modalités de la prise en charge publique

Confrontés à des situations de risques, les pouvoirs publics adoptent une attitude attentive en amont et une attitude réactive en aval de leur réalisation.

On constate dans ces deux cas que si les moyens mis en œuvre relèvent pour partie des outils classiques du droit public, ils subissent cependant une nécessaire déformation ou adaptation en raison de la nature économique des entreprises qui courent les risques. La matière économique vient en outre y ajouter des techniques et outils spécifiques au traitement des entreprises.

Titre premier : L'attitude attentive des pouvoirs publics

L'attitude des pouvoirs publics en amont est active et non attentiste. Elle tend à empêcher la réalisation d'un risque - à le prévenir - ainsi qu'à protéger les opérateurs contre les éventuelles conséquences dommageables qui en résulteraient. Cependant, s'ils ne connaissent pas les origines du risque ou ne les maîtrisent pas suffisamment, il ne leur est pas possible d'empêcher sa réalisation. Ainsi, à côté des moyens de prévention (**Chapitre premier**), les pouvoirs publics entreprennent-ils une action de prévoyance visant à déterminer à l'avance les moyens de se protéger une fois le risque réalisé (**Chapitre second**).

Chapitre premier : la prévention des risques des entreprises

La prévention est l'attitude de celui qui, en prévision d'un événement susceptible d'avoir des effets dommageables, prend les mesures destinées à éviter sa réalisation ou celle de ses conséquences. La prévention se concrétise a priori, elle s'intéresse aux causes du phénomène considéré et tente d'agir sur elles pour éviter sa réalisation, c'est une attitude active.

L'action préventive inclut le principe de précaution qui en constitue une modalité particulière en période d'incertitude scientifique où il vise à prendre les mesures appropriées afin *d'éviter la survenance d'un événement dommageable*. Il est un principe d'action qui se manifeste *a priori*, s'intéresse aux causes de l'événement pris en compte et tente d'éviter sa réalisation.

1° L'action publique de prévention exige l'accomplissement d'un préalable nécessaire, mais insuffisant : l'acquisition de la connaissance du risque. Par la suite, l'action préventive se manifeste de deux façons complémentaires : par la protection de ceux qui courent le risque et par le contrôle de ceux qui le font courir.

L'acquisition de la connaissance du risque passe par l'organisation d'une veille et doit être suivie d'une transmission de l'information aux entrepreneurs. Ainsi, l'action publique – qui se doit d'être subsidiaire – vise-t-elle à compléter les efforts privés d'identification (par le biais des instituts publics de veille et de recherche ainsi que par le recours à des experts), de hiérarchisation (par le biais de documents de planification géographique) et de mise à jour des connaissances relatives aux risques (notamment par le biais des retours d'expérience). La transmission des informations passe quant à elle par un double échange entre les autorités publiques et les entreprises.

La prévention des risques des entreprises se manifeste ensuite par une politique de contrôle des activités dites « à risques » qui se concrétise avant ou pendant l'exploitation et qui est susceptible d'être sanctionnée de multiples manières : interdictions, sanctions pécuniaires, prescriptions de travaux, etc. Le choix d'un type particulier de contrôle et de sanction est le résultat d'une opération de conciliation opérée par les pouvoirs publics, qui vise à déterminer un niveau de risque socialement et économiquement acceptable en arbitrant entre ceux qui bénéficient du risque et ceux qui sont susceptibles d'en souffrir.

Afin d'assurer la protection des entreprises, les pouvoirs publics ont à leur disposition, des moyens de protection partielle permettant de réduire la probabilité de dommages (instauration de servitudes, réalisation de travaux) et des moyens de protection totale permettant de la supprimer (expropriation, éloignement). Ici encore, le choix de l'une ou l'autre de ces options est le résultat d'un travail de conciliation entre les intérêts des « risquophiles » et ceux des « risquophobes », entre un besoin accru de sécurité et le souhait de ne pas trop contraindre l'initiative privée.

2° A côté de ces outils classiques de prévention, des outils économiques sont mis en œuvre par les pouvoirs publics.

Ils sont mieux adaptés à la prévention des risques des entreprises, car ils permettent de mieux rendre compte de leur situation, des dommages qu'elles sont susceptibles de subir, de la façon dont il convient de les réparer et de la nature des intérêts en jeu. Ainsi, l'évaluation des coûts et des avantages (baisse ou hausse des coûts de production, de la productivité, de la compétitivité, atteinte au libre jeu de la concurrence, à la libre circulation, etc.) induits par une mesure de prévention dans un secteur d'activité donné exige-t-elle de recourir à des calculs qui sont du ressort de l'analyse économique. Il en va de même de l'évaluation des dommages éventuels que peuvent subir les entreprises.

Ils sont également plus efficaces puisqu'ils permettent d'atteindre les résultats souhaités en minimisant les coûts pour les entreprises. Adaptés à la situation des opérateurs, ils sont principalement incitatifs et autorisent une plus grande flexibilité quant au choix des ressources à engager et des moyens à mettre en œuvre. Ainsi permettent-ils de satisfaire les revendications liées à une plus grande sécurité tout en prenant garde de ne pas sacrifier les intérêts économiques.

L'objectif de ces outils tend à la fois à contrôler (contrôle des atteintes aux règles de concurrence) et protéger (embargo commercial), mais également, et de façon spécifique à inciter les entrepreneurs à adopter des comportements précautionneux. L'incitation permet de sauvegarder la liberté de décision des opérateurs tout en permettant d'orienter leur comportement. Elle permet de concilier la volonté des pouvoirs publics de régler les conduites avec la marge d'initiative qu'il est indispensable de laisser aux entreprises. La discussion et la collaboration avec les entrepreneurs qu'elle autorise sont très certainement une marque de l'évolution de l'art de réglementer qu'entraîne la régulation économique.

L'incitation se traduit naturellement par la mise en œuvre d'outils économiques : aides financières, taxes et instruments fiscaux, permis négociables, conventions, etc.

Chapitre second : La prévoyance des risques des entreprises

La prévoyance est l'attitude de celui qui, en prévision d'un événement aléatoire ou non, prend les mesures destinées à en compenser ou à en limiter les conséquences dommageables. C'est une attitude qui, si elle est bien antérieure à l'événement considéré, ne se concrétise qu'*a posteriori*. Elle ne s'intéresse donc pas à ses causes ni ne tente d'en empêcher la réalisation ; elle n'appréhende que ses conséquences. Appliquée à la matière des risques des entreprises, la prévoyance consiste à prévoir les moyens de faire face aux conséquences économiquement dommageables d'un événement imprévisible, préalablement à sa réalisation.

L'action publique en matière de prévoyance se manifeste de deux façons nécessairement complémentaires. Il s'agit d'une part de se garantir contre les

conséquences financières d'un risque déterminé. Il s'agit d'autre part de prévoir dès le début de l'exploitation de l'entreprise les moyens matériels, juridiques et financiers qu'il faudra mettre en œuvre dans l'imminence ou au moment de la réalisation d'un risque afin de pouvoir prendre les mesures exigées par les circonstances.

1° L'assurance, en tant que technique contractuelle, est toute entière destinée à prendre en charge les risques. Le contrat d'assurance est en effet une convention par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque aléatoire prévu au contrat.

Les entreprises constituent une part importante de la clientèle des assureurs : elles souhaitent d'une part garantir les éléments de leur patrimoine susceptibles d'être endommagés par la réalisation d'un risque et d'autre part assurer les dommages qu'elles peuvent causer à des tiers ou à leur environnement. Les assureurs leur ont proposé des garanties particulières : assurance bris de machine, perte de récoltes, mortalité du bétail, etc.

Malgré cela, l'assurance privée ne permet pas de couvrir l'ensemble des risques des entreprises ; certains d'entre eux sont jugés inassurables et demeurent non couverts ou ne le sont que partiellement. De telle sorte qu'il revient à l'État de compléter la garantie privée, afin de pallier ses carences ou insuffisances. Elle peut prendre diverses formes : obligation de couvrir certains risques jugés inassurables à la condition que l'entreprise ait préalablement conclu un contrat d'assurance dommages aux biens (catastrophes naturelles, actes de terrorisme), obligation de constituer des réserves financières afin de couvrir des risques dont la sinistralité est trop importante et de pallier l'insolvabilité des assureurs.

Par ailleurs, les pouvoirs publics ont développé des instruments de garantie propres aux risques des entreprises. Ils sont de deux ordres. Les premiers permettent une intervention directe des autorités publiques qui proposent aux entreprises de les garantir contre certains risques qu'elles sont susceptibles de courir. Cette intervention peut alors prendre deux formes distinctes. La première consiste à recourir à un intermédiaire assurant au nom des pouvoirs publics certains risques des entreprises (c'est notamment le cas de la Coface ou de la Caisse centrale de réassurance pour l'assurance-crédit à l'exportation ou en matière de risque maritime de guerre). La seconde consiste à les garantir personnellement (par exemple par l'octroi de garantie d'emprunt).

Les seconds outils de garantie propres aux risques des entreprises permettent une intervention indirecte qui prendra la forme soit d'une incitation à l'assurance (pour les activités agricoles) soit d'une obligation d'assurance (pour les exploitants d'installations nucléaires ou les armateurs pétroliers).

2° Le second volet de la politique de prévoyance des entreprises consiste à prévoir les moyens à mettre en œuvre en cas de réalisation d'un risque afin de compenser ou limiter les conséquences dommageables qu'il serait susceptible d'emporter.

Il est très utile, si ce n'est indispensable, pour un entrepreneur de connaître à l'avance les mesures qu'il pourra et devra prendre dans l'hypothèse où un risque se réaliserait. Cela suppose d'avoir procédé à l'élaboration de plusieurs scénarios de risque auxquels correspondent l'allocation de certains moyens et la prise de mesures déterminées. Cette opération prend la forme de ce que l'on nommera des « plans d'action » ou « plans de survie ». Malgré cela, on constate souvent l'insuffisance de ces seuls plans face à des risques qui dépassent de loin la capacité des entrepreneurs.

Afin de pallier cette déficience, il revient aux pouvoirs publics de compléter l'initiative des entreprises par l'adoption de plans spécifiquement applicables et particulièrement ajustés à leur situation (plans particuliers d'intervention, plans d'intervention en cas d'épizootie).

Les entreprises faisant face à une situation de crise, doivent en outre pouvoir bénéficier de moyens financiers permettant de limiter et réparer ses conséquences dommageables, de compenser les pertes et d'assurer le redémarrage de l'activité atteinte. Elles ne disposent pourtant pas toujours d'une surface financière suffisante pour débloquer, dès que le besoin s'en fait ressentir, les sommes exigées par les événements. Il est donc nécessaire de prévoir des moyens d'urgence. Elles s'y emploient de différentes manières en constituant ainsi des réserves financières, en établissant des conventions de trésorerie, etc.

Les cas sont toutefois nombreux où cette prévoyance ne sera pas suffisante. La situation exigera alors des pouvoirs publics qu'ils viennent pallier cette insuffisance en usant de techniques budgétaires aptes à dégager les moyens financiers nécessaires : crédits provisionnels, techniques d'abondement de crédits (décrets d'avance), arrêtés de dépenses accidentelles, etc.

Ils adopteront par ailleurs des moyens de prévoyance propres aux entreprises en leur imposant certaines mesures de prévoyance ou en usant de techniques de financement particuliers tels le fonds d'indemnisation des calamités agricoles qui permet un financement croisé auquel l'État participe par le versement de subventions et de dotations exceptionnelles.

Titre second : L'attitude réactive des pouvoirs publics

Un individu est dit «réactif» lorsqu'il adopte une modification de son comportement ou de son attitude en réponse à une action ou à une donnée extérieure. Appliquée à une situation de risque, la réaction consiste à s'y opposer par une action contraire.

L'action réactive de l'État vise en premier lieu à rétablir une situation dans laquelle l'activité pourra reprendre dans des conditions satisfaisantes (**Premier chapitre**), puis en second lieu à prendre en charge les conséquences financières des préjudices subis (**Second chapitre**).

Chapitre premier : le rétablissement d'une situation économique viable

Afin de limiter l'ampleur des dommages et d'assurer le rétablissement des situations économiques, deux actions complémentaires doivent être menées. Il convient d'une part de faire cesser la situation dommageable, et d'autre part de permettre une reprise rapide de l'activité économique.

1° L'intervention publique vise non seulement à faire cesser l'événement par lequel un risque se réalise, lorsque cela est possible, mais également ses conséquences. Dans les deux cas, les autorités publiques mettront en œuvre des outils communs de réaction (opérations matérielles, sanctions, injonctions) ainsi que des outils ajustés à la situation des entrepreneurs (suspension des cotations).

Quelles que soient les modalités de réaction retenues, il est possible de constater une modification de la configuration des situations de crise résultant d'une évolution de leur perception. Celle-ci a en effet longtemps été liée à la croyance qu'il était possible de maîtriser leurs causes et leurs effets. Ainsi, la crise était-elle synonyme d'accident dans le cadre de processus que l'on contrôlait et dont on maîtrisait les éléments constitutifs.

Il n'est plus possible de raisonner ainsi dorénavant puisque la façon d'appréhender l'incertitude a fait l'objet d'une évolution relativement récente. Les citoyens, tout comme les pouvoirs publics, ont en effet été amenés, à la suite de la réalisation de diverses catastrophes sanitaires ou technologiques, à prendre conscience qu'un nombre non négligeable de risques, considérés jusqu'alors comme de simples dérèglements maîtrisables, recélaient en réalité une potentialité catastrophique importante. Cette situation place les pouvoirs publics dans une situation totalement nouvelle qui excède leur expérience et le champ de leurs références. Le risque échappe ainsi aux schémas préétablis, à l'organisation des compétences, à la maîtrise des techniciens. Il suppose de reconstruire le connu, d'établir de nouvelles références et de nouveaux modes de réaction.

Fondée sur une appréciation renouvelée du risque, la situation de crise apparaît désormais sous un nouveau jour à ceux qui sont chargés de la faire cesser.

2° L'action réactive des pouvoirs publics n'est pas épuisée du simple fait qu'elle a pu mettre un terme à l'événement réalisant le risque ainsi qu'à ses conséquences dommageables. Elle se prolonge bien au-delà et se concentre sur la situation des entreprises qui continuent de subir des préjudices de nature économique. Certains, comme la perte de clientèle, la baisse du carnet de commandes, la mauvaise image de marque, ne pourront cesser que si l'entreprise reprend son activité dans des conditions normales. Or pour ce faire, il convient de replacer les opérateurs dans un contexte où ils pourront redémarrer leur exploitation et revenir à une situation économiquement viable.

Les pouvoirs publics prennent alors en charge les risques de deux façons complémentaires. D'une part en rétablissant les conditions d'exploitation des activités économiques et d'autre part en leur apportant leur soutien.

Ils compléteront ainsi l'initiative des entreprises sinistrées en utilisant à la fois des outils communs de réaction et des outils spécifiques en vue de restaurer leur environnement général et leur environnement économique propre.

De même soutiendront-ils les activités économiques sinistrées par l'octroi d'aides financières en principe ponctuelles et temporaires afin de permettre la reprise de l'exploitation et stimuler l'activité.

On doit toutefois relever une revendication contemporaine des entrepreneurs visant à obtenir des pouvoirs publics l'octroi d'aides systématiques et généralisées. Dès lors que le risque n'est plus seulement considéré comme une opportunité susceptible d'entraîner quelques accidents, mais comme une source de réelles crises, le comportement des opérateurs a été amené à se dédoubler. En cas de crise, le primat de la liberté et l'exclusion de toute intervention publique qui en découle sont remisés au profit d'une exigence de sécurité et de remise en état dont la charge incombe à l'État. L'aide n'est plus alors acceptée comme ponctuelle et discrétionnaire, mais bien comme un droit dont sont redevables les pouvoirs publics. Les dernières catastrophes subies en sont la manifestation, où l'on a vu les opérateurs exiger des pouvoirs publics des aides, que cela soit pour parer les conséquences d'attentats, d'explosions de sites industrielles ou de marées noires, risques qui ne trouvaient pourtant pas leur cause dans l'action des pouvoirs publics.

Chapitre second : l'indemnisation des préjudices des entreprises

Le second volet de l'action réactive des pouvoirs publics est destiné à indemniser les préjudices subis par les entreprises sinistrées. Il s'agit de l'aspect le plus visible de l'intervention publique tant pour les victimes dont c'est la principale préoccupation que pour l'opinion publique qui a encore peu conscience des actions de prévention ou de prévoyance menées en amont.

La particularité des préjudices subis par les entreprises entraîne l'application de règles propres tant dans la détermination et l'évaluation des préjudices indemnisés, que de l'évaluation de l'étendue de l'indemnisation.

1° Avant de se prononcer sur l'étendue de l'indemnisation, les pouvoirs publics ou le juge doivent au préalable déterminer lesquels parmi les préjudices d'une entreprise sinistrée peuvent faire l'objet d'une prise en charge. Ils doivent également préciser la manière dont il convient de les évaluer.

L'étude de ces deux opérations successives permet d'observer que les textes et la jurisprudence acceptent en général d'indemniser l'ensemble des préjudices propres aux entreprises qu'il s'agisse des pertes subies ou des gains manqués, à l'exception toutefois de certains régimes d'indemnisation fondés sur la solidarité nationale : épizooties, catastrophes agricoles. Ils se fondent, en outre sur les mêmes méthodes d'évaluation des préjudices que les assureurs des risques des entreprises.

2° L'étude de l'étendue de l'indemnisation des préjudices des entreprises donne conduit à opérer un double constat.

D'une part l'importance de l'indemnisation est variable : si certains régimes d'indemnisation publics supposent que soient intégralement indemnisés les préjudices des entreprises (dommages causés par les pouvoirs publics : guerre, responsabilité), la prise en charge par l'État est en revanche classiquement considérée dans les autres cas comme ne devant compenser que partiellement les préjudices des entrepreneurs. Il n'est cependant possible de raisonner qu'en termes de tendance, tant sont multiples et disparates les systèmes d'indemnisation et les conditions de leur mise en œuvre. L'indemnisation partielle des risques des entreprises doit donc être considérée comme une tendance, justifiée par l'idée selon laquelle l'entreprise économique suppose une prise de risque qu'il revient à l'exploitant de supporter, au moins en partie

D'autre part, on assiste, de façon contemporaine, à une revendication d'un droit à indemnisation intégrale, à laquelle les pouvoirs publics semblent plutôt enclins à répondre. En schématisant, on perçoit la demande des entrepreneurs comme une exigence faite à l'État de compenser intégralement les préjudices subis dès lors que, les efforts de prévention s'étant avérés inutiles et les capacités financières des opérateurs insuffisantes, il n'a pu empêcher la réalisation d'un risque alors que la sécurité de tous en tout temps lui est confiée.

Or cette situation n'est pas sans créer de nombreuses difficultés. En effet, reconnaître un droit à indemnisation intégrale suppose de repenser le modèle d'intervention classique des pouvoirs publics en matière économique. On en vient à se demander si la conception contemporaine du risque chez les entrepreneurs et donc celle de la prise de risque comme moteur de l'activité économique ne conduit pas à une modification du rapport liberté/sécurité, au profit de la seconde.

Des difficultés pratiques apparaissent ensuite, car cette reconnaissance risque d'engendrer de nouveaux dangers pour les entreprises, notamment celui d'abandonner

certaines politiques de prévention au profit d'investissements jugés plus rentables, dès lors qu'elles se savent couvertes par les pouvoirs publics.

Conclusion :

Il convient de retenir que la matière des risques des entreprises subit une transformation. Celle-ci est liée à l'existence ou à la prise de conscience de nouveaux risques, à la nature nouvelle des crises et à l'importance des dommages qui peuvent en résulter.

De tout cela découle un sentiment très général d'insécurité chez les opérateurs qui exigent de l'État qu'il les protège. Il en résulte une exigence d'aide et d'indemnisation, nouvelle dans sa formulation et dans ses justifications, qui conduit non seulement à redéfinir le cadre des relations État-entreprises, mais plus largement à repenser le rôle de l'État vis-à-vis de l'économie.

Sont ainsi mises en opposition liberté et sécurité, confiance dans les bienfaits du marché et nécessité d'une intervention publique pourtant jugée perturbatrice. Le constat est alors bien éloigné de la vision libérale de l'intervention de l'État, censée assurer les conditions d'exercice optimal des libertés et des activités privées.