



Etudes et observations des risques

2020-1

RISQUE ET ENTREPRISE

Edito

Chères lectrices, Chers lecteurs,

Une aventure entamée en 2010 et une vingtaine de numéros plus tard, *Riséo* (Risques : études et observations) peut s'enorgueillir d'être une revue de référence consacrée au Risque dans son acception la plus large, au carrefour des sciences humaines et des sciences juridiques.

Une revue gratuite de langue française et en libre accès sur Internet, sans lectorat préexistant, avec pourtant la volonté de faire paraître des articles rédigés par des universitaires et des praticiens reconnus, en France ou à l'étranger, l'aventure pouvait s'apparenter à un pari risqué, si ce n'est dangereux.

Un premier numéro consacré au *Risque collectif* jusqu'à ce numéro consacré au *Risque en entreprise*, et entre les deux, des articles et des auteurs venus de plusieurs continents, de plusieurs universités, dans des domaines d'études variés.

Cette aventure réalisée au sein du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes et de l'Université de Haute-Alsace n'aurait pu être menée sans le soutien de ces deux institutions, ni la collaboration de mes collègues à de nombreux numéros de la revue. Je les en remercie chaleureusement, avant de céder, dix ans plus tard, le relais à Madame Julie Mattiussi, Maitresse de conférences à l'Université de Haute-Alsace.

Je suis certain qu'en tant que nouvelle rédactrice en chef, elle aura à cœur d'accompagner cette revue vers de nouveaux numéros et de nouvelles lectures sur la thématique du Risque. Que tous mes vœux de réussite l'accompagnent.

Benoit Steinmetz

Maître de conférences HDR – Université de Haute-Alsace

Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes

L'année 2020 commence sous les signes de la nouveauté et de la constance pour Riséo. Nouveauté d'abord car Monsieur Benoît Steinmetz, fondateur et rédacteur en chef de la revue, a choisi d'en transmettre la charge à l'auteure de ces lignes. Constance ensuite, car l'année commence par une thématique chère au laboratoire de recherche en droit de l'Université de Haute-Alsace (CERDACC) : le risque en entreprise. Mêlant droit du travail, nouvelles technologies, droit des affaires ou encore droit de la responsabilité, le risque en entreprise est protéiforme et le présent numéro de Riséo, par la variété de ses articles, en est le témoin. Inépuisable, le sujet du risque en entreprise se renouvelle à mesure que l'entreprise se transforme, si bien que la recherche sur le sujet participe d'une évolution vers une attention toujours plus grande portée à l'identification et à la prévention des risques. La majeure partie des articles publiés dans ce numéro sont issus de la première édition des « Rendez-vous du risque » de l'Université de Haute-Alsace, qui s'est tenue le 25 mars 2019. S'y ajoutent d'autres contributions sur le thème du risque en entreprise.

Je vous en souhaite bonne lecture.

Julie Mattiussi
Maîtresse de conférences à l'Université de Haute-Alsace
CERDACC

Sommaire

<u>LE RISQUE EN ENTREPRISE : INTRODUCTION</u>	5
<u>PARTIE I : LES RISQUES PATRIMONIAUX EN ENTREPRISE</u>	7
LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DU DIRIGEANT DE SOCIETE, P. SCHULTZ.....	8
LES MESURES DE VIGILANCE RELATIVES A LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME EN ASSURANCE-VIE, <i>L'EXEMPLE DES PERSONNES POLITIQUEMENT EXPOSEES (PPE)</i> , C. ROTILY	18
LE <i>COPYFRAUD</i> OU LES DANGERS DES DROITS PRIVATIFS POUR LE DOMAINE PUBLIC, D. PIATEK	31
<u>PARTIE II : LES RISQUES EXTRAPATRIMONIAUX EN ENTREPRISE</u>	40
LA SANTE AU TRAVAIL, C. LECOEUR.....	41
REGARD D'UNE PROFESSIONNELLE SUR LES RISQUES LIES A LA SANTE AU TRAVAIL, C. SIMON ..	46
LES RISQUES INVISIBLES ET EMERGENTS EN DROIT DU TRAVAIL, C. KARM.....	56
<u>CONCLUSION.....</u>	63

Le risque en entreprise

Introduction

MATTIUSSI Julie
Maîtresse de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

PIATEK Dariusz
Maître de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

A une époque où l'avenir économique de notre société est incertain, l'entreprise revêt des enjeux pluriels et, parfois, antagonistes. Maillon incontournable de notre système économique, elle est également centrale dans la vie des personnes qui, en tant que salarié, employeur ou consommateur, sont nécessairement confrontées à l'entreprise à un moment ou à un autre. Productivité, résultats, dynamisme, services sont ainsi les maîtres-mots de l'entreprise, en même temps que protection, santé, sécurité.

À ces enjeux multiples correspondent autant de risques. Stratégiques et financiers d'abord : ainsi, la moindre faille commise dans la gestion du patrimoine de l'entreprise peut être exploitée par un concurrent et entraîner des conséquences dommageables pour l'entreprise. Nul n'est à l'abri des impayés, de la variation des taux d'intérêts affectant les prêts commerciaux, ni du taux de change des devises étrangères. Opérationnels ensuite, parce que les pannes de l'équipement clé ou défaillances du personnel peuvent arriver à tout moment. Quelle que soit la nature du risque dont la bonne gestion conditionne la survie de l'entreprise, celui-ci peut être appréhendé sous l'angle juridique.

A cet égard, l'entreprise doit ainsi anticiper, prévenir et gérer les conséquences des risques exposant une personne à un danger. L'entreprise doit ainsi adapter sa gestion des ressources humaines aux situations de crise et imprévus, assumer les fautes de ses préposés en ou encore veiller à la conformité de ses installations et de ses produits avec les normes, toujours mouvantes, relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs, des consommateurs et, enfin, à la protection de l'environnement.

Ces précautions ne sauraient par ailleurs dispenser l'entreprise d'une réflexion sur les risques patrimoniaux auxquels elle fait face. Ceux-ci, outre leur dimension matérielle tenant aux défis de la complexité du droit des biens, du droit de la

concurrence ou encore du droit fiscal, se nourrissent de la montée en puissance de l'immatériel. Ainsi, les stratégies du choix et de la bonne gestion des droits de la propriété intellectuelle, la prévention de l'espionnage industriel ou encore la protection des données personnelles conditionnent aujourd'hui la réussite de l'activité dans un marché concurrentiel.

Le colloque consacré au risque en entreprise, organisé par le CERDACC, sous la direction de Dariusz Piatek et de Julie Mattiussi, Maîtres de conférences à l'Université de Haute-Alsace, proposait une réflexion collective sur ces questions d'une grande actualité. Il s'est tenu le 25 mars 2019 à l'Université de Haute-Alsace et a permis de faire émerger des axes de réflexion. Fructueux tant par la qualité des interventions que par la teneur des débats qui s'y sont tenus, cet événement scientifique a donné lieu à plusieurs publications que nous avons l'honneur de publier dans les colonnes de Riséo. Elles permettent d'étudier tour à tour les risques patrimoniaux en entreprise (Partie I) et les risques extrapatrimoniaux en entreprise (Partie II).

PARTIE I :
LES RISQUES PATRIMONIAUX EN ENTREPRISE

La responsabilité personnelle du dirigeant de société

SCHULTZ Philippe

**Maître de conférences en droit privé – HDR
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)**

Le chef d'une entreprise individuelle prend un risque patrimonial en engageant tout son patrimoine. Les moyens d'atténuer ce risque sont de recourir à une déclaration d'insaisissabilité d'immeubles non professionnels¹ et surtout à un patrimoine d'affectation en déclarant vouloir exercer sous le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée².

Pour cloisonner davantage son patrimoine personnel, il convient alors de recourir à une société dotée de la personnalité morale : les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées qui figurent parmi les sociétés les plus utilisées permettent d'aboutir à ce résultat puisque les associés ne répondent pas des dettes sociales, mais ne font que contribuer aux pertes à la dissolution de la société³.

Dans ce schéma, l'entrepreneur ne recherche pas seulement la qualité d'associé. Celle-ci ne permet pas de gérer l'entreprise. C'est la qualité de dirigeant, quel que soit son titre légal, qui permet alors d'être chef d'entreprise. Comme « mandataire social », il n'assume pas directement les risques de l'activité économique. Ceux-ci pèsent sur la personne morale. Mais si la société fait des bénéfices, il peut en tirer personnellement profit, à la fois en sa qualité d'associé et par la rémunération qu'il perçoit et qui peut être indexée sur les résultats.

Cela ne signifie pas que sa fonction soit sans risque. En sa qualité de dirigeant d'une personne morale, les situations dans lesquelles il risque d'engager sa responsabilité personnelle sont variées⁴. Or n'ayant pas la qualité d'entrepreneur individuel, le dirigeant de société ne peut recourir à une affectation patrimoniale ni à une déclaration d'insaisissabilité. En revanche, il

¹C. com., art. L526-1 à L526-3 et R526-1 et R526-2.

²C. com., art. L526-5-1 à L526-21 et R526-3 à R526-24.

³C. com., art. L223-1, al. 1^{er} (SARL) ; art. L227-1, al. 1^{er} (SAS).

⁴Sur la responsabilité des dirigeants sociaux : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31^e éd. 2018, n° 391 et s. – P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, LGDJ, Précis Domat, Droit privé, 6^e éd. 2015, n° 475 et s. ; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, Manuel, 7^e éd. 2010, n° 382 et s.

peut souscrire une assurance responsabilité civile pour couvrir les conséquences financières de certaines actions en responsabilité exercées contre lui⁵.

En ayant fait le choix d'être dirigeant de société plutôt que chef d'une entreprise individuelle, l'entrepreneur encourt-il une responsabilité personnelle atténuée ? En réalité, ce choix n'exclut pas totalement une responsabilité par rapport aux créanciers de l'entreprise exploitée par une structure dotée de la personnalité morale (I). En outre, comme « mandataire social », il encourt une responsabilité interne à la structure sociale (II).

I) La responsabilité envers les créanciers sociaux

Le dirigeant est un représentant de la société. Son action engage la personne morale, la personne représentée, et non pas le dirigeant, le représentant. Aussi, les créanciers de la société ne peuvent-ils réclamer l'exécution des engagements sociaux que de la société ou, en cas d'inexécution, engager la responsabilité de celle-ci. Aucun recours contre le représentant n'est, par principe, possible, sauf lorsqu'il a pris un engagement personnel de garantie envers le créancier.

Pour autant, si la société est en liquidation judiciaire, le dirigeant peut engager sa responsabilité personnelle pour faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif (A). En dehors de cette responsabilité spécifique à la liquidation judiciaire, un créancier agissant peut à certaines conditions engager individuellement sa responsabilité personnelle (B).

A) La responsabilité pour insuffisance d'actif

Cette responsabilité particulière, prévue par les articles L651-1 et suivants du Code de commerce, est cantonnée à l'hypothèse dans laquelle une société est en liquidation judiciaire⁶ : le dirigeant ne peut donc être mise en cause si la société fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁷.

⁵A. CONSTANTIN, « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 762. ; C. FREYRIA, « L'assurance de responsabilité civile du management », *D.* 1995, chron. p. 120 ; J. KULLMANN, « L'Assurance de responsabilité des dirigeants : réalités et fantasmes », *Risques* 2006, n° 68, p. 48. Pour une étude globale : J. MONNET, *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 132-15, Assurance de responsabilité, dirigeants sociaux.

⁶Depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n° 0295, 19 décembre 2008, p. 19462.

⁷ Sur cette responsabilité : M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement*, Dalloz, Hypercours, 6^e éd., 2017, n° 545 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Précis Domat, Droit privé, 10^e éd. 2016, n° 1437 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 10^e éd., 2017, n° 1093 et s.

Cette action n'est pas ouverte à tout créancier : elle est réservée au liquidateur ou au Ministère public. Ce n'est qu'en cas de carence de ces organes que les créanciers nommés contrôleurs peuvent la mettre en œuvre⁸. Elle est soumise à une prescription spéciale : elle doit être exercée dans les trois ans du jugement qui prononce la liquidation judiciaire⁹.

S'agissant d'une action en responsabilité, il faut caractériser une faute, un préjudice et un lien de causalité¹⁰. La faute visée est une faute de gestion. La notion est large et peut recouvrir tant des fautes d'action que d'omission. Toutefois, depuis la loi Sapin 2¹¹, les simples négligences ne permettent plus d'engager la responsabilité du dirigeant sur ce fondement. On attend ainsi de lui une faute volontaire. Le caractère intentionnel de la faute conduit à exclure la possibilité d'une prise en charge assurantielle de cette responsabilité¹².

Le préjudice porte sur une insuffisance d'actif : l'actif existant est insuffisant pour régler le passif déclaré antérieur à la liquidation. En revanche, on ne prend pas en compte le passif postérieur. Quant au lien de causalité, il suffit de démontrer que la faute a contribué à l'insuffisance d'actif. Elle n'a pas à être la cause exclusive, ce qui aurait été difficile à établir. Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine de la société débitrice et sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers¹³.

Au regard de cette responsabilité spéciale, la situation d'un dirigeant social est voisine de celle d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Si ce dernier commet une faute de gestion contribuant à une insuffisance de l'actif affecté, le tribunal peut le condamner à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif en procédant à des prélèvements sur le patrimoine non affecté¹⁴.

⁸C. com., art. L651-3.

⁹C. com., art. L651-2, al. 4.

¹⁰C. com., art. L651-2, al. 1^{er}.

¹¹Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287, 10 décembre 2016.

¹²C. assur., art. 113-1, al. 2.

¹³C. com., art. L651-2, al. 5.

¹⁴C. com., art. L651-2, al. 2.

B) L'action individuelle d'un créancier en responsabilité du dirigeant

Tant les dispositions du Code civil¹⁵ que celles du Code de commerce¹⁶ prévoient expressément que les dirigeants sociaux engagent leur responsabilité à l'égard des tiers auxquels leurs fautes causent un préjudice. Une telle action est souvent engagée par le créancier social lorsque la société n'est pas en mesure de régler sa dette. Mais si la société est en liquidation judiciaire, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif fait obstacle à une action individuelle du créancier, sauf s'il établit un préjudice personnel distinct du préjudice collectif, subi par les créanciers du fait de la liquidation judiciaire de la société¹⁷.

Cette action est fondée sur le droit commun de la responsabilité extracontractuelle en l'absence de textes particuliers. Mais en présence d'un texte spécial, comme c'est le cas pour les gérants de SARL, les administrateurs et les DG de SA, l'action ne peut se fonder que sur ces textes spéciaux¹⁸. Il en résulte que le tiers ne peut fonder son action sur le droit commun pour échapper à la prescription abrégée de trois ans prévue par les dispositions spéciales¹⁹.

Si une action individuelle est recevable, la jurisprudence civile a cependant posé une exigence à l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant. Le tiers doit établir que le dirigeant a commis une faute séparable de ses fonctions. Celle-ci est définie comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales²⁰. Comme l'engagement de cette responsabilité suppose l'existence d'une faute intentionnelle, les conséquences financières ne sont pas couvertes par l'assurance responsabilité civile²¹.

¹⁵C. civ., art. 1850.

¹⁶C. com., art. L223-22 (SARL) ; L225-251 (SA).

¹⁷Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-16.536 : *Bull. IV*, n° 61 ; *JCP E* 2006, I, 2035, n°2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER et 2331, n° 14, obs. M. CABRILLAC ; *Act. proc. coll.* 2006, comm. 102, obs. J. VALLANSAN ; *Rev. sociétés* 2006, p. 644, note J.-F. BARBIERI ; *D.* 2006, p. 857 ; obs. A. LIENHARD ; *RTD Com.* 2006, p. 431, obs. P. LE CANNU.

¹⁸C. com., art. L223-22 et L. 223-23 (SARL) ; C. com., art. L225-251 à L225-255 (SA et SAS par renvoi de l'article L227-1, al. 3).

¹⁹Cass. 1^{re} civ. 9 février 2012, n° 09-69594 : *JurisData* n°2012-001781 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 63, note D. GALLOIS-COCHET.

²⁰Com. 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *Bull. IV*, n° 84 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 148, obs. J. MONNET ; *JCP E* 2003, 1203, n°2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *D.* 2003, p. 1502, obs. A. LIENHARD, p. 2623, note B. DONDERO et 2004, p. 266, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. BARBIERI ; *RTD Civ.* 2003, p. 509, obs. P. JOURDAIN ; *RTD Com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD et p. 741, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly* 2003, 786, note H. LE NABASQUE.

²¹C. assur., art. 113-1, al. 2.

Cette faute particulière n'est exigée que pour exercer une action contre le dirigeant d'une personne morale²². Elle est étendue aux dirigeants d'association ou de groupement d'intérêt économique (GIE)²³. En revanche, elle ne s'applique pas à l'action exercée par un tiers contre un dirigeant de société en participation qui n'a pas de personnalité juridique²⁴. Le dirigeant d'une telle société est alors dans la même situation qu'un entrepreneur individuel : il est personnellement engagé par les actes accomplis par lui pour le compte de la société et encourt les mêmes responsabilités.

Une faute séparable des fonctions est souvent reconnue en présence de faits constitutifs d'une infraction pénale. Après quelques hésitations²⁵, la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que le dirigeant de société « *qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice* »²⁶. Seules les infractions intentionnelles sont concernées : ainsi l'absence de dépôt au greffe des comptes sociaux n'étant constitutive que d'une contravention n'est pas une faute séparable des fonctions²⁷.

L'existence d'une infraction pénale ouvre alors aux tiers le choix entre l'exercice d'une action civile devant les juridictions civiles ou devant les juridictions répressives. La voie pénale présente plusieurs intérêts pour le créancier lorsque l'infraction est correctionnelle et, *a fortiori*, criminelle.

La victime d'une infraction pénale dispose d'abord d'un avantage probatoire : la preuve de l'infraction pèse sur le ministère public si bien que la victime n'a à prouver que son préjudice²⁸. En outre, l'action civile exercée devant une juridiction répressive se prescrit par 6 ans à compter de l'infraction ou de sa révélation lorsqu'elle est occulte ce qui est fréquemment le cas, pour les

²²Au contraire, elle n'est pas une condition de l'action en responsabilité du liquidateur amiable fondée sur l'article L237-12 du Code de commerce (Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-18.853: *Bull. IV*, n° 101).

²³Cass. 2e civ., 7 octobre 2004, n° 02-14.399 : *Bull. civ. II*, n° 439 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 184, note F-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 225, note D. RANDOUX ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 101, note J.-F. BARBIERI (association).

²⁴Cass. com., 4 février 2014, n° 13-13.386 : *Bull. IV*, n° 32 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 60, note R. MORTIER et comm. 81, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2014, n° 1122 ; *D.* 2014, p. 421 ; *Rev. contrats* 2014, p. 372, note G. VINEY ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 435, note B. DONDERO.

²⁵Cass. 3e civ., 4 janvier 2006, n° 04-14.731 : *Bull. civ. III*, n° 7 ; *Dr. sociétés* 2007, n° 3, note J. MONNET ; *Rev. sociétés* 2006, p. 548, note D. PORACCHIA ; *LPA*, 19 avril 2006, p. 10, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. gén. dr. assurance* 2006, p. 619, note J. KULLMANN ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 526, note S. MESSAÏ-BAHRI.

²⁶Cass. com., 28 septembre 2010, n° 09-66255 : *Bull. IV*, n° 146 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 225, note M. ROUSSILLE ; *D.* 2010, p. 2290, obs. A. LIENHARD et p. 2617, chron. R. SALOMON ; *RDI* 2010, p. 565, obs. D. NOGUERO.

²⁷Cass. com., 3 mai 2018, n° 16-23.627 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 165, note J. HEINICH ; *RTD com.* 2018, p. 949, note A. LECOURT.

²⁸B. BOULOC, *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 26e éd., 2018, n° 335.

infractions du droit pénal des affaires²⁹. Au contraire, pour les gérants de SARL et les dirigeants de SA, la prescription de l'action en responsabilité exercée devant une juridiction civile est de trois ans à compter du fait dommageable ou, lorsqu'il est dissimulé, de sa révélation. Pour les autres dirigeants, c'est la prescription quinquennale de droit commun qui s'applique³⁰. Il n'y a guère que pour la responsabilité encourue pour le préjudice causé, soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société ou pour la modification des statuts que les dirigeants, que la prescription est décennale à compter de l'immatriculation ou de la publication de la modification statutaire³¹.

En matière criminelle³² – hypothèse assez théorique en droit pénal des affaires où les infractions sont surtout des délits ou des contraventions – l'action civile devant une juridiction répressive est également plus avantageuse pour les créanciers. Dans ce cas, la prescription est en principe vicennale alors qu'elle est décennale lorsqu'il y a un texte spécial et, sinon quinquennale. Curieusement la loi de 2017 portant réforme de prescription pénale³³ n'a pas modifié le délai de dix ans mentionné dans les textes spéciaux de responsabilité et qui correspondait à l'ancienne prescription criminelle lorsque l'action est exercée devant une juridiction civile.

Cette seconde voie présente un autre avantage pour les créanciers. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 avril 2018, a estimé que le juge n'a pas à s'expliquer sur l'existence d'une faute séparable des fonctions pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite³⁴. D'autres arrêts du même jour ajoutent que le prévenu, devant répondre des infractions dont il s'est personnellement rendu coupable, quand bien même elles ont été commises dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social et ne constituent que des contraventions, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels ces infractions ont porté préjudice³⁵.

²⁹C. proc. pén., art. 8, 9-1 et 10.

³⁰C. civ., art. 2224.

³¹C. civ., art. 1840. –C. com., art. L210-8.

³² On songe au recel criminel (C. pén., art. 321-4).

³³Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JORF* n° 0050, 28 février 2017.

³⁴Cass. crim., 5 avril 2018, n° 16-87.669 : *Bull. à paraître* ; *D.* 2018 p. 1128, avis R. SALOMON et p. 1137, note L. SAENKO ; *AJ pénal* 2018. 248, note C. MANGEMATIN ; *RTD Civ.* 2018, p. 677, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2018, doct. 1192, n° 2 obs. M. BACACHE ; *JCP G*, 644, note J.-H. ROBERT ; *JCP E*, 1360, n° 13, obs. R. SALOMON ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 83, obs. J. HEINICH.

³⁵Cass. crim. 5 avril 2018, n° 16-83.961 : *D.* 2018, p. 1137, note L. SAENKO ; *AJ pénal* 2018. 248, note C. MANGEMATIN ; *RTD Civ.* 2018, p. 677, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2018, doct. 1192, n° 2 obs. M. BACACHE ;

Pour autant, les chambres civiles continuent d'exiger la preuve d'une faute séparable³⁶. Cette divergence de vues des chambres de la Cour de cassation devrait alors conduire à cantonner la preuve d'une faute séparable des fonctions aux faits non constitutifs d'une infraction pénale. Une telle faute est ainsi constituée lorsque le dirigeant d'une filiale en redressement judiciaire omet volontairement de déclarer au passif de la société-mère, elle-même en redressement judiciaire, le montant du compte courant d'associé de la filiale pour favoriser la société-mère, mais au détriment de la filiale et de ses propres créanciers³⁷.

L'exigence d'une faute séparable vient ainsi atténuer le risque d'engagement de la responsabilité d'un dirigeant social par un tiers. Sa situation est donc plus enviable que celle de l'entrepreneur individuel qui engage sa responsabilité pour toute faute. Mais le dirigeant de société peut aussi être la cible de la société et des associés.

II) La responsabilité envers la société et les associés

Les textes du Code civil et du Code de commerce qui abordent les conditions générales de la responsabilité des dirigeants n'envisagent qu'une responsabilité du dirigeant envers la société³⁸. L'action sociale est l'action judiciaire permettant d'indemniser le préjudice de la société³⁹ (A). Celle-ci n'interdit pas aux associés d'exercer une action individuelle en réparation de leur propre préjudice (B).

A) L'action sociale

L'action sociale tend à réparer le préjudice subi par la société en raison des fautes commises par ceux qui la dirige.

JCP G, 644, note J.-H. ROBERT ; *JCP E*, 1360, n° 13, obs. R. SALOMON ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 83, obs. J. HEINICH ; Cass. crim., 5 avril 2018, n° 16-83.984 : *Bull. à paraître* ; *JCP G*, 644, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 5 avril 2018, n° 16-83.978, 16-83-979, 16-83.982.

³⁶Cass. 3^e civ., 7 juin 2018, n° 16-27.680 : *Bull. à paraître* ; *RDI* 2018 p.454, obs. D. NOGUERO ; Cass. com., 13 juin 2018, n° 16-25.543 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 206, C. COUPET.

³⁷Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28.657 : *Bull. IV*, n° 92 ; *JCP E* 2014, 1397, note A. CERATI-GAUTHIER ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 180, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *Rev. sociétés* 2014, p. 529, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; *RTD Com.* 2014, p. 687, note A.-L. MARTIN-SERF ; *Act. proc. coll.* 2014, alerte 212, obs. J.-Ch. PAGNUCCO ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 164, M. ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 467, note E. MOUIAL-BASSILANA.

³⁸C. civ., art. 1850 ; C. com., art. L223-22, L. 225-251.

³⁹Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 22^e éd. 2018, n° 237 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, Tome 2 : Les sociétés commerciales, LGDJ, 21^e éd., 2014, M. GERMAIN et V. MAGNIER (dir.), n° 2322.

Les agissements du dirigeant causant un préjudice à la société sont variés. Les textes spéciaux visent autant la violation de la législation applicable aux sociétés et des statuts que la faute de gestion, notion protéiforme, qui est appréhendée par rapport à l'intérêt social⁴⁰. L'adjonction par la loi PACTE d'un second alinéa à l'article 1833 du Code civil selon lequel « *la société est gérée dans son intérêt social, en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » vient consolider cette analyse⁴¹.

La jurisprudence a ajouté à la charge du dirigeant une obligation de loyauté qui peut conduire à l'engagement de sa responsabilité⁴². En outre, le dirigeant engage aussi sa responsabilité pour les conséquences préjudiciables pour la société des conventions réglementées désapprouvées par l'assemblée, lorsqu'un tel contrôle existe⁴³.

Dans la mesure où cette personne morale doit être représentée en justice pour la mise en œuvre de cette action, celle-ci sera d'abord exercée par les nouveaux représentants sociaux après que le dirigeant fautif a été révoqué. On parle d'action sociale *ut universi*⁴⁴. Cette éventualité était de nature à générer une impunité du dirigeant. Or le préjudice social rejaillit indirectement sur les associés qui voient la valeur de leurs droits sociaux diminuer ou qui sont privés de dividendes faute de bénéfices. C'est pourquoi, le législateur a reconnu exceptionnellement à chaque associé une qualité pour agir en justice afin d'obtenir réparation du préjudice social en cas d'inaction des représentants légaux de la société. Ouverte dès la loi du 24 juillet 1966, au profit des associés de SARL et des actionnaires, l'action sociale *ut singuli* a été étendue à toutes les sociétés en 1988⁴⁵.

Qu'elle soit exercée par les nouveaux dirigeants ou les associés, l'action sociale est soumise aux règles de prescription précédemment énoncées⁴⁶. Toutefois la prescription abrégée de trois ans ne s'applique pas à l'action exercée contre un

⁴⁰M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 394. ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n° 476.

⁴¹Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF* n° 0119, 23 mai 2019.

⁴²Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-15.049 : *Bull.* IV, n° 188 ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 24, obs. M. ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 112, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; *D.* 2012, p. 134, note T. FAVARIO ; *Rev. sociétés* 2012, p. 292, note L. GODON ; *RTD Com.* 2012, p. 137, obs. A. CONSTANTIN.

⁴³C. com., art. L223-19 (SARL) ; art. L225-41, al. 2 (SA CA) ; art. L225-89, al. 2 (SA CS) ; L. 226-10 (SCA) ; L. 227-10 (SAS) ; L612-5 (personne morale exerçant une activité économique non commerciale).

⁴⁴P. MERLE, *op. cit.*, n° 237.

⁴⁵La loi n° 88-15 du 5 janvier 1988, relative au développement et à la transmission des entreprises (*JO* 6 janvier 1988, p. 220) a introduit dans les dispositions du Code civil applicables à toutes les sociétés un article 1843-5.

⁴⁶V. *supra*

dirigeant de fait⁴⁷. Et en cas de condamnation, l'indemnisation est versée à la société. Toutefois, ces conséquences pécuniaires peuvent être couvertes par une assurance responsabilité civile : seules resteront à sa charge les condamnations fondées sur une faute intentionnelle du dirigeant.

Évidemment, l'entrepreneur individuel ne saurait pas encourir une telle responsabilité puisque l'entreprise n'a aucune personnalité juridique. Cette responsabilité est donc bien spécifique à ceux qui dirigent une société dotée de la personnalité morale.

En dehors de cette responsabilité, le dirigeant peut aussi être mis en cause par les associés victimes de ses agissements.

B) L'action individuelle des associés

L'associé peut aussi engager la responsabilité du dirigeant lorsqu'il subit un préjudice personnel causé par une faute du dirigeant⁴⁸. Les fautes retenues peuvent être les mêmes que celles qui permettent d'engager la responsabilité du dirigeant par rapport à la société⁴⁹. L'associé peut notamment lui reprocher un manque de loyauté⁵⁰. L'associé n'a pas besoin d'établir que le dirigeant a commis une faute séparable de ses fonctions⁵¹.

La difficulté est d'établir un préjudice personnel causé directement par la faute de gestion. Ainsi, si la diminution de la valeur des parts sociales ou des actions ou l'absence de distribution de dividendes est un préjudice subi par les associés, il ne s'agit que de la conséquence indirecte de cette faute si bien que la jurisprudence refuse toute indemnisation à l'associé⁵².

⁴⁷Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, *Bull.* IV, n° 69 ; *D.* 2010, p. 960, obs. A. LIENHARD, p. 1110, obs. R. SALOMON et p. 1678, obs. B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117, obs. M. ROUSSILLE ; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2010, 1416, note A. COURET ; *RTD Com.* 2010, p. 377, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

⁴⁸C. civ., art. 1843-5.

⁴⁹V. *supra*

⁵⁰Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 140, note L. GODON ; *D.* 2004, p. 1599, obs. A. LIENHARD et 2923, obs. E. LAMAZEROLLES ; *RTD Civ.* 2004, p. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1114, note D. SCHMIDT ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 139, note F.-G. TRÉBULLE.

⁵¹Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 : *Bull.* IV, n° 48 ; *RTD Com.* 2010 p.374, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *D.* 2010, p. 761, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010. 230, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2010. 1483, note S. SCHILLER ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 537, note D. SCHMIDT.

⁵²Cass. 3^e civ., 22 septembre 2009, n° 08-18.483, Leroux c/ Vincent et n° 08-18.785, Khaiat c/ Grolleau : *Dr. sociétés* 2010, comm. 1, note M.-L. COQUELET.

Dans les sociétés anonymes, lorsque plusieurs actionnaires sont victimes d'agissements des administrateurs, ils peuvent donner mandat à l'un d'entre eux d'exercer en justice l'action en responsabilité contre les administrateurs, directeurs généraux ou membre du directoire⁵³. Cette action en représentation conjointe est également possible dans les autres sociétés par actions qui renvoient au régime de responsabilité des SA. Mais, elle n'est ni applicable aux autres sociétés ni aux actions contre les membres du conseil de surveillance ou les DGD de SA non visés par les textes.

Là encore, l'associé ne peut se tourner vers le régime de droit commun de la responsabilité, lorsqu'il existe un régime spécial, pour échapper à la prescription triennale⁵⁴.

On pourrait penser que ce type de responsabilité est étranger à l'entreprise qui n'est pas exploitée sous forme de personne morale. Le dirigeant social serait alors dans une situation plus risquée que l'entrepreneur individuel. En réalité, il faut réserver le cas où l'entreprise est exploitée sous la forme d'une société non immatriculée : à l'égard des tiers, le chef d'entreprise apparaît comme un commerçant individuel et immatriculé comme tel au R.C.S. Mais l'existence d'une société en participation ouvre aux participants une action individuelle en responsabilité contre le gérant comme dans toute autre société⁵⁵.

En conclusion, faire le choix d'exploiter l'entreprise sous la forme d'une personne morale ne diminue pas nécessairement les risques patrimoniaux. On l'a vu au sujet de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Certes, sa responsabilité personnelle sera plus difficile à mettre en œuvre par des créanciers sociaux, sauf s'il commet une infraction pénale. En revanche, il peut être amené à indemniser les préjudices subis tant par la personne morale que par ses membres.

⁵³C. com., art. L225-167.

⁵⁴Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-22.146 : *Rev. sociétés* 2012, p.485, note V. THOMAS.

⁵⁵Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-12.251 : *Bull. IV*, n° 96 ; D. 2008, p. 2113, note B. DONDERO ; *RTD Civ.* 2008, p. 500, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Rev. sociétés* 2008, p. 618, note D. PORACCHIA ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 762, note P. LE CANNU.

Les mesures de vigilance relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en assurance-vie *L'exemple des personnes politiquement exposées (PPE)*

ROTILY Cassandra
Doctorante en droit public, CERDACC (UR 3992)

Le secteur des assurances (tout comme le secteur bancaire) est exposé au risque de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme puisque leurs prospects, clients ou personnes qui y sont associées¹, sont susceptibles de faire transiter des capitaux illicites. À ce titre, l'organisme d'assurance est assujéti à des dispositions particulières en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB-FT). Le blanchiment d'argent désigne le « *processus à l'issue duquel les fonds obtenus au moyen de la commission d'infractions pénales sont réinjectés dans l'économie légale*² ». Le financement du terrorisme, quant à lui, est généralement défini comme le fait de fournir ou de réunir des fonds susceptibles d'être utilisés pour commettre un acte terroriste.

Selon François Villeroy de Galhau, Gouverneur de la Banque de France et Président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), « *la prévention des risques de blanchiment et de terrorisme mobilise une part croissante de nos ressources à tous* ». En effet, « *l'actualité récente qu'il s'agisse de l'aggravation de la menace terroriste depuis 2015 ou du blanchiment de capitaux dans des banques d'autres pays européens – nous montre dramatiquement* » qu'il est impossible « *d'ignorer ces risques* ».

Généralement, on appréhende les risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme en tant que risques financiers. L'organisme d'assurance peut avoir un doute sur l'existence de tels risques lorsqu'il est confronté à un client souhaitant verser une somme d'argent importante par rapport à ses revenus, ou plus généralement quand le montant d'une opération est particulièrement élevé, chaque organisme d'assurance fixant son propre seuil. Par exemple, au-dessus de 100 000€ de versement l'organisme d'assurance peut demander un justificatif d'origine des fonds, pour vérifier la provenance de cette somme.

¹Comme le bénéficiaire effectif d'un client.

²C. CUTAJAR, « V° Blanchiment - Fasc. 10 : BLANCHIMENT. – Prévention du blanchiment », *J.-CL. Pénal des affaires*, §1.

Cependant, le risque est parfois envisagé en raison de la personne elle-même. En raison des caractéristiques d'une personne physique, on peut être amené à faire preuve de vigilance. La personne politiquement exposée (PPE) est le parfait exemple de ce que les risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme peuvent être intrinsèquement associés à une personnalité.

Les personnes politiquement exposées sont des personnes encourant des risques particuliers en raison de l'exercice actuel ou passé de fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives. Pour ces personnes, le niveau de risque en matière de fraude et de corruption est plus élevé que la moyenne compte tenu de leur position d'influence. Si la plupart des PPE agissent en toute légalité, il peut cependant arriver qu'elles reçoivent des « pots-de-vin » et cherchent à blanchir cet argent pour le cacher aux autorités fiscales. En effet, les PPE peuvent occuper des postes publics importants, il peut s'agir de chefs d'État, de hauts responsables politiques ou encore de cadres supérieurs d'entreprises publiques. En ce sens, il leur incombe souvent de décider quelles entreprises vont recevoir des contrats lucratifs financés par l'État. Ces PPE seront donc une cible privilégiée d'entreprises ou d'individus cherchant à influencer l'attribution de ces contrats en contrepartie du versement illicite d'une somme d'argent.

Les PPE peuvent être la cible d'autres individus encore plus redoutés : les groupes terroristes cherchant à se rapprocher d'individus considérés comme respectables pour les aider à blanchir leurs fonds. Il convient alors d'être méfiant, car l'organisme d'assurance pourrait très bien accepter des sommes d'argent provenant d'une PPE sans savoir que les fonds proviennent du terrorisme ou seront utilisés pour financer des activités terroristes. Même si l'organisme d'assurance n'était pas en mesure de savoir que les fonds pouvaient servir à financer le terrorisme ou seraient issus de ce dernier, la révélation de tels faits pourrait porter une atteinte extrêmement préjudiciable à sa réputation.

L'affaire des *Panama Papers* (2016) a révélé que près de 140 personnes politiquement exposées ont eu recours à des sociétés-écrans afin de blanchir de l'argent ou de dissimuler l'identité de criminels financiers qui leur ont versé des sommes d'argent³. Plusieurs exemples significatifs ont ainsi conduit le Groupe d'action financière (GAFI)⁴ à exiger que les organismes (banque/assurance) qui

³Glossaire PPE LexisNexis, « Processus de conformité & vérifications listes Personnes Politiquement Exposées » [En ligne], consulté le 29 juillet 2019, [<https://bis.lexisnexis.fr/glossaire/pppe>].

⁴Le GAFI est un organisme intergouvernemental indépendant, créé en 1989 lors du sommet G7 qui s'est tenu à Paris. Le GAFI a « reçu pour mandat de concevoir les normes et d'impulser des stratégies en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et, à partir de 2001, contre le financement du terrorisme ». Définition du portail

accueillent de tels clients fassent « *preuve d'une vigilance renforcée compte tenu du risque élevé de blanchiment qu'ils peuvent représenter*⁵ ».

L'organisme d'assurance doit détecter les personnes politiquement exposées (I), il peut s'agir de la PPE elle-même ou des personnes qui y sont affiliées, en raison de liens familiaux ou de liens d'affaires, lesquels sont précisés par le Code monétaire et financier. Cette identification impose alors la mise en œuvre de mesures de vigilance (II) ; en plus des mesures « de base » prises pour tout prospect, client ou bénéficiaire effectif, viennent s'ajouter des mesures complémentaires, spécifiques aux PPE.

I) Délimitation de la notion de PPE

Le profil de risque du prospect ou du client est réputé élevé lorsqu'il s'agit d'une personne politiquement exposée (A) ou lorsqu'il est réputé partager les intérêts d'une PPE (B). Les organismes d'assurance vont alors exercer une vigilance accrue.

A) La personne politiquement exposée elle-même

Les obligations de vigilance relatives aux personnes qualifiées par la réglementation européenne comme étant politiquement exposées ont été introduites au sein du Code monétaire et financier au moyen de la transposition de la troisième Directive européenne 2005/60 du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. La quatrième Directive anti-blanchiment 2015/849 du 20 mai 2015⁶ a, quant à elle, élargi la liste des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives concernées aux « *dirigeants de partis politiques et étend le champ des obligations aux personnes qui exercent de telles fonctions en France (PPE nationales)* »⁷. L'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme⁸ a transposé la quatrième directive pour « *celles de ses dispositions qui présentent en droit français un*

de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, [En ligne], consulté le 11/08/2019, <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/accueil-international>.

⁵R. D'ESTAINTOT, « Les personnes politiquement exposées (PPE) : réflexions sur une obligation renforcée de vigilance », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 3, mai 2009, dossier 16.

⁶Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

⁷ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », [En ligne], consulté le 29 juillet 2019, [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/05/02/20180410_Id_ppe_college.revu_asb_.post_decretdgtv2presidents.pdf], p.1.

⁸JORF n° 0280 du 2 décembre 2016.

caractère législatif »⁹ et « *notamment la mise en œuvre des obligations de vigilance relatives aux PPE, pour celles dites “nationales”* »¹⁰. Ces dispositions ont été complétées par des dispositions réglementaires étendant la liste des fonctions concernées et complétant les mesures de vigilance à appliquer grâce au décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme¹¹. Les PPE sont des personnes considérées comme exposées à des « *risques plus élevés* » de blanchiment de capitaux¹², notamment de corruption, en raison « *des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu’elles exercent ou ont cessé d’exercer depuis moins d’un an pour le compte d’un État ou d’une institution internationale publique créée par un traité*¹³ ». Le Code monétaire et financier, prévoit en son article R561-18, I. une liste de fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives, à propos desquelles leur exercice actuel ou la cessation de la fonction depuis moins d’un an, par des personnes les exposent à des risques et intègre notamment les fonctions suivantes :

- *« Chef d’État, chef de gouvernement, membre d’un gouvernement national ou de la Commission européenne ;*
- *Membre d’une assemblée parlementaire nationale ou du Parlement européen, membre de l’organe dirigeant d’un parti ou groupement politique soumis aux dispositions de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 ou d’un parti ou groupement politique étranger ;*
- *Membre d’une cour suprême, d’une cour constitutionnelle ou d’une autre haute juridiction dont les décisions ne sont pas, sauf circonstances exceptionnelles, susceptibles de recours ;*
- *Membre d’une cour des comptes ;*
- *Dirigeant ou membre de l’organe de direction d’une banque centrale ;*
- *Ambassadeur ou chargé d’affaires ;*

⁹ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibidem*, p. 1.

¹⁰*Ibid.*, p.1

¹¹JORF n° 0092 du 20 avril 2018.

¹²Les considérants 31 et 32 de la Directive (UE) 2015/849 rappellent que « *certaines situations comportent un risque plus élevé de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Bien que l’identité et le profil commercial de tous les clients devraient être établis, il est nécessaire, dans certains cas, que les procédures d’identification et de vérification de l’identité des clients soient particulièrement rigoureuses. Cela vaut tout particulièrement pour les relations nouées avec des personnes exerçant ou ayant exercé des fonctions publiques importantes, dans l’Union ou au niveau international, et particulièrement lorsque ces personnes viennent de pays où la corruption est largement répandue. [...] Les efforts menés sur le plan international pour combattre la corruption justifient aussi la nécessité d’accorder une attention particulière à ces personnes et d’appliquer des mesures de vigilance renforcées appropriées à l’égard des personnes qui exercent ou ont exercé des fonctions publiques importantes sur le territoire national ou à l’étranger ainsi qu’aux cadres supérieurs des organisations internationales* ».

¹³ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p.4.

- *Officier général ou officier supérieur assurant le commandement d'une armée ;*
- *Membre d'un organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise publique ;*
- *Directeur, directeur adjoint, membres du conseil d'une organisation internationale créée par un traité, ou une personne qui occupe une position équivalente en son sein ».*

Cependant, rien n'empêche l'organisme d'assurance d'avoir des critères plus stricts que ce qui est prévu par le Code monétaire et financier. Par exemple le maire d'une ville de plus de 100 000 habitants peut être considéré comme une personne politiquement exposée par un organisme d'assurance.

Les PPE ne sont pas les seules à faire l'objet d'une vigilance accrue, mais les personnes qui y sont affiliées, du fait de l'existence de liens familiaux ou de liens d'affaires, le sont également.

B) Les personnes réputées partager les intérêts de PPE

Il n'y a pas que les PPE qui font l'objet d'une surveillance étroite. Cela concerne également, par contagion, leurs proches (1) et les personnes qui leur sont étroitement associées (2).

1) Les « proches PPE »

On entend par « proches PPE » les membres directs de la famille d'une PPE au sens de l'article R561-18, I. du Code monétaire et financier. Sont ainsi considérés comme « proches PPE » :

- *« Le conjoint ou le concubin notoire ;*
- *Le partenaire lié par un PACS ou par un contrat de partenariat enregistré en vertu d'une loi étrangère ;*
- *Les enfants, ainsi que leur conjoint, leur partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou par un contrat de partenariat enregistré en vertu d'une loi étrangère ;*
- *Les ascendants au premier degré ».*

Les enquêtes diligentées en matière de corruption ou de détournement de fonds ont mené au constat que les PPE développent des stratégies de plus en plus complexes dans le but de dissimuler des biens ou des actifs, obtenus de manière

illégal. Ce pourquoi, le législateur a estimé que les PPE pouvaient recourir à des proches issus de leur famille (ou issus de leurs liens d'affaires) pour effectuer des opérations dont les PPE sont des bénéficiaires réels. D'où l'intérêt d'étendre la qualité de PPE aux proches, afin d'être vigilant aux opérations effectuées par les proches des PPE¹⁴. Cependant, une telle liste des membres directs de la famille d'une PPE apparaît critiquable à deux égards. D'une part, le lien de parenté ne révèle pas forcément le lien de proximité entre deux personnes. Une telle mesure est dès lors assez artificielle. La mise en place d'une telle vigilance peut s'avérer très contraignante pour des personnes qui, en réalité, ne sont pas « proches » de la PPE malgré leur lien familial.

D'autre part, le Code monétaire et financier ne prévoit pas qu'un collatéral (un frère, une sœur) soit considéré comme un proche PPE contrairement à la logique intuitive de la notion de « proche » au sein de la famille, alors que sont concernés les gendres et belles-filles des PPE. Sans que l'on puisse affirmer que le lien de collatéral bénéficie d'une proximité objective, cette exclusion du champ de l'article R561-18, I. du Code monétaire et financier révèle le caractère arbitraire de cette liste de « proches PPE ». Ainsi, malgré le risque potentiel de corruption, la vigilance complémentaire n'est pas appliquée lorsque le frère ou la sœur d'une PPE souhaite souscrire un contrat, car le Code monétaire et financier ne considère pas ce lien comme « proche PPE ». On peut également regretter que la notion de « proches PPE » ne recouvre pas les liens non officiels, à l'instar le cas d'une PPE ayant une relation extra-conjugale, par exemple.

Sont en revanche concernées les personnes entretenant des liens d'affaires avec les PPE.

2) Les personnes étroitement associées à des PPE

Une personne « étroitement associée à une PPE » doit également faire l'objet d'une surveillance accrue par l'organisme d'assurance. Est considérée comme une personne « étroitement associée à une PPE », une personne entretenant des liens d'affaires étroits avec une PPE.

Sont considérées comme relevant de cette catégorie, au sens de l'article R561-18, III. du Code monétaire et financier :

¹⁴ ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p.5.

- « Les personnes physiques qui, conjointement avec [une PPE], sont bénéficiaires effectifs d'une personne morale, d'un placement collectif, d'une fiducie ou d'un dispositif juridique comparable de droit étranger;
- Les personnes physiques qui sont les seuls bénéficiaires effectifs d'une personne morale, d'un placement collectif, d'une fiducie ou d'un dispositif juridique comparable de droit étranger connu pour avoir été établi au profit d'une [PPE] ;
- Toute personne physique connue comme entretenant des liens d'affaires étroits avec une [PPE] ».

La première situation vise les personnes physiques qui, conjointement avec une PPE, sont bénéficiaires effectifs d'une entité juridique au sens des articles R561-1 à R561-3-0 du Code monétaire et financier.

La deuxième situation concerne les personnes physiques qui sont les seules bénéficiaires effectives d'une personne morale ou d'une entité dont on sait ou dont on a de bonnes raisons de penser qu'elle a été établie au profit d'une PPE. À titre d'exemple, cela peut couvrir l'hypothèse des « prête-noms », c'est-à-dire des « individus qui agissent pour une personne exerçant ou ayant exercé depuis moins d'un an l'une des fonctions énumérées au I. de l'article R561-18, tout en laissant croire qu'ils agissent dans leur propre intérêt et pour leur propre compte et apparaissent ainsi, aux yeux des tiers, en lieu et place du bénéficiaire réel »¹⁵.

La dernière situation désigne le cas dans lequel une personne physique est connue pour entretenir un lien d'affaires étroit avec une PPE. Pour vérifier que l'on est bien dans cette situation, trois conditions doivent être réunies :

- La présence d'un lien d'affaires. Il s'agit, en principe, d'un lien de nature commercial, mais il peut également recouvrir des « intérêts économiques de nature civile »¹⁶. Ainsi, il peut s'agir « d'intérêts économiques communs ou plus largement, d'intérêts susceptibles d'avoir une influence sur la situation financière ou économique de chacune de ces personnes »¹⁷. À ce titre, le « caractère onéreux de la prestation rendue ou des fonctions exercées »¹⁸ par la personne physique proche de la PPE peut constituer un indice important.
- Le lien doit être étroit. Les relations d'affaires doivent être régulières ou très importantes de par leur action sur les affaires de la PPE.

¹⁵ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p. 6.

¹⁶ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p.6.

¹⁷*Ibid.*, p.6.

¹⁸*Ibid.*, p.6.

- Le lien doit être connu par l'organisme financier. L'information est publique ou notoire ou manifeste.

À titre d'exemple, on peut citer l'avocat qui représente ou défend de manière habituelle un chef d'État ou encore la personne assurant contre rémunération la représentation permanente d'une PPE. Si la notion de proche PPE bénéficie d'une approche objective, à savoir certains liens familiaux prédéfinis, la notion de personne « étroitement associée à une PPE » paraît plus difficile à cerner : cette proximité est teintée de subjectivité. De plus, il est possible d'entretenir des relations d'affaires étroites avec une PPE sans que cela soit de notoriété publique. La personne étroitement associée à une PPE reste alors exclue du système de vigilance, dont il convient désormais d'étudier le contenu.

II) Obligations de vigilance vis-à-vis des PPE

Face à tout prospect, l'organisme d'assurance doit procéder à des mesures de vigilance « de base » (A), laquelle consiste en l'obtention d'informations relatives à la connaissance de la personne dans un but de délimitation du périmètre du risque. L'actualisation de ces éléments devra avoir lieu au cours de la relation d'affaires.

En outre, des mesures complémentaires propres aux PPE doivent être mises en œuvre (B).

A) Les mesures « de base » à adopter

Il convient d'adopter tout d'abord, face à tout prospect « classique », des mesures de vigilance « de base », il s'agit d'une vigilance dite « normale ». Cette vigilance va s'exercer au moment de l'entrée en relation d'affaires et porte sur l'identification du client et l'objet et la nature de l'opération envisagée. Cette vigilance se poursuit pendant la relation d'affaires, laquelle impose d'avoir une connaissance actualisée des éléments d'information du client¹⁹.

Mieux le prospect est identifié, plus le risque est délimité. Ainsi, il convient d'appliquer les mesures prévues à l'article L561-5 du Code monétaire et financier, à savoir l'identification, la vérification de l'identité du client, et le cas échéant, du bénéficiaire effectif. Il faut ajouter l'application des règles de l'article L561-5-1, qui concerne le recueil et l'actualisation des informations relatives à

¹⁹ Portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, « Les obligations de vigilance », [En ligne], consulté le 11/08/2019, <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/obligations-vigilance-0>.

l'objet et à la nature de la relation d'affaires et de tout autre élément d'information pertinent.

À ce stade, il convient d'identifier si le prospect est une PPE ou non. Cette identification peut se traduire dans la pratique par l'instauration d'une procédure spécifique pour détecter les PPE ou constituer une partie de la procédure classique d'entrée en relation avec les potentiels clients. Par exemple, lorsque sont recueillis les éléments relatifs au prospect avant l'entrée en relation, il lui est demandé s'il exerce ou a exercé des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives (parlementaire, ambassadeur, consul, membre de direction d'une entreprise publique...). Il peut également lui être demandé si l'un de ses proches (membre direct de sa famille ou personnes étroitement associées) exerce ou a exercé pour le compte d'un autre État ou pour le compte de l'État français des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives.

Les organismes d'assurance doivent recueillir les données relatives à l'objet et à la nature des relations envisagées avec ce client. Ces informations doivent être régulièrement actualisées. Ainsi, pendant toute la durée des relations entre l'organisme d'assurance et son client, une vigilance constante et un examen attentif des opérations effectuées doivent être pratiqués, car tout changement de situation pourrait engendrer une aggravation ou une diminution des risques. Un tel suivi permet de vérifier que les opérations réalisées sont cohérentes avec la connaissance actualisée du client que l'organisme d'assurance possède.

Mais face à des PPE, le risque est considéré comme plus élevé, de ce fait, l'organisme d'assurance devra prendre un certain nombre de mesures complémentaires.

B) Les mesures complémentaires à adopter

La vigilance renforcée va être mise en œuvre par l'organisme d'assurance si le risque est jugé élevé²⁰. Face à des PPE, des mesures complémentaires de vigilance devront être prises et s'appliquent en sus des mesures « de base »²¹.

Lorsque le client ou le bénéficiaire effectif est une PPE, l'article R561-20-2 du Code monétaire et financier prévoit l'application de mesures complémentaires. Les organismes d'assurance « *s'assurent que la décision de nouer ou maintenir*

²⁰ Portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, « Les obligations de vigilance », *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

une relation d'affaires avec cette personne ne peut être prise que par un membre de l'organe exécutif ou toute personne habilitée à cet effet par l'organe exécutif », ce qui se matérialise en pratique par l'envoi d'une fiche d'approbation à un organe exécutif de l'organisme d'assurance. Il s'agit de prendre en compte le risque important généré par les PPE. Dès lors, on peut se demander s'il n'est pas « trop » risqué pour un organisme d'assurance d'avoir comme client une personne considérée comme PPE. Le refus de s'associer aux PPE porte un nom : le « dérisquage ». Toutefois, les PPE figurent souvent parmi les clients les plus fortunés des organismes d'assurance, ils font ainsi l'objet de peu de refus de la part des organes exécutifs sollicités.

L'article R561-20-2 du Code monétaire et financier prévoit en plus que ces organismes « *recherchent, pour l'appréciation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, l'origine du patrimoine et des fonds impliqués dans la relation d'affaires ou la transaction* ». Enfin, l'article précité prévoit que les organismes doivent renforcer les mesures de vigilance prévues à l'article R561-12-1 du Code monétaire et financier. La réglementation n'impose pas en tant que tel aux organismes d'assurance de se doter d'un outil visant à la détection automatique des PPE. Chaque organisme d'assurance doit adapter son dispositif de détection des PPE à « *son activité, sa structure, son organisation ou sa taille*²² ». De ce fait, la « *mise en place d'un tel outil peut s'avérer nécessaire au regard de la taille de l'organisme ainsi que de la nature et du volume de ses activités*²³ ». Dans la pratique, l'identité des prospects, clients ou bénéficiaires effectifs peuvent être rapprochés de bases de données qui recensent les personnes politiquement exposées, à l'instar de la base « World Check », laquelle a trait aux individus et organisations à risque élevé en général. Les éléments ainsi collectés vont notamment permettre d'alimenter la fiche d'approbation dans le cas d'une entrée en relation d'affaires et d'évaluer le risque induit par la personne à tout moment. Lorsque le bénéficiaire du contrat d'assurance-vie ou de capitalisation, ou son bénéficiaire effectif est une PPE, les mesures complémentaires prévues à l'article R561-20-3 vont s'appliquer. Les organismes d'assurance doivent informer « *un membre de l'organe exécutif ou toute personne habilitée à cet effet par l'organe exécutif avant le versement des prestations ou la cession totale ou partielle du contrat* ».

Les organismes d'assurance doivent mettre en œuvre ces mesures complémentaires durant l'exercice des fonctions précédemment énumérées et dans le délai d'un an après la cessation de celles-ci²⁴. Une fois ce délai passé,

²² ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p.9.

²³ *Ibid.*, p.9

²⁴ C. mon et fin., art. R561-18.

l'organisme « *réévalue le profil de la relation d'affaires et adapte les mesures de vigilance en conséquence*²⁵ ».

L'organisme se doit de préciser la nature des vigilances complémentaires à mettre en œuvre à l'égard des relations d'affaires avec des PPE au sein de ses procédures internes. Ces mesures « *reposent sur des éléments objectifs selon le profil de risque de chacune des relations d'affaires avec des PPE. En effet, celles-ci peuvent présenter des profils de risque différents, plus ou moins élevés, tenant notamment compte des autres éléments de connaissance de la relation d'affaires, des produits ou services utilisés ainsi que des opérations envisagées ou réalisées* »²⁶.

Cependant la mise en place de telles mesures de vigilance à l'égard des PPE, ne saurait conduire à entraver la réalisation « *des opérations financières normales de la clientèle lorsqu'elles correspondent à leur profil et ne présentent pas de caractéristiques différentes de celles des autres clients dans des circonstances similaires* »²⁷. En effet, le considérant 33 de la quatrième directive²⁸ précise que « *les exigences concernant les personnes politiquement exposées ont un caractère préventif et non pénal et ne devraient pas être interprétées comme stigmatisant les personnes politiquement exposées comme étant impliquées dans des activités criminelles. Refuser une relation d'affaires avec une personne au seul motif qu'elle est une personne politiquement exposée est contraire à la lettre et à l'esprit de la présente directive et des recommandations révisées du GAFI* ».

Si l'organisme d'assurance est confronté à des sommes ou opérations dont il soupçonne qu'elles proviennent d'une infraction conséquente ou d'être liées au financement du terrorisme, il se doit d'effectuer une déclaration de soupçon auprès de TRACFIN.

C) La déclaration de soupçon

D'après l'article L561-15 du Code monétaire et financier, les organismes d'assurance doivent déclarer « *les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible*

²⁵ ACPR, « Lignes directrices relatives aux personnes politiquement exposées (PPE) », *Ibid.*, p. 8.

²⁶*Ibid.*, p.8.

²⁷*Ibid.*, p.8.

²⁸Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme ».

La déclaration de soupçon est le *« fruit d'une démarche intellectuelle et la conclusion d'une analyse étayée qui ne peut pas être menée par les seuls systèmes automatisés. Cette analyse repose sur plusieurs étapes qui permettent de passer d'une opération atypique ou inhabituelle à une opération suspecte »*²⁹.

La mise en œuvre des obligations de vigilance va parfois mettre en évidence un certain nombre d'anomalies. Ces anomalies vont être traitées et analysées par l'organisme. Ces démarches vont permettre à l'organisme d'assurance de lever le doute ou de conforter un soupçon sur le fait que les sommes ou les opérations :

- *« Proviennent d'une infraction pénale sous-jacente ;*
- *Ou plus spécifiquement, proviennent d'une fraude fiscale, et à la condition que l'un, au moins, des critères définis au II de l'article D561-32-1 du Code monétaire et financier est satisfaite ;*
- *Ou sont liées au financement du terrorisme »*³⁰.

Si le doute persiste à la fin de l'analyse de l'anomalie, l'organisme d'assurance pourra être amené à demander un certain nombre d'informations complémentaires au client. Il convient d'être attentif à la manière dont le client se comporte (s'il est coopératif ou non, si les éléments et justificatifs qu'il produit sont vraisemblables ou non), ces différents éléments étant des indices importants.

Ainsi, la déclaration de soupçon n'est pas systématique et ne concerne pas toutes les opérations inhabituelles, atypiques ou relevant de situations à risque élevé, seules les opérations suspectes au terme de l'analyse sont à déclarer à TRACFIN³¹.

²⁹ACPR, « Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN », 2018, [en ligne], consulté le 29 juillet 2019, [https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/11/05/201810_ldds_tracfin_1.pdf, p.29].

³⁰ACPR, « Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN », *op. cit.*, p. 29

³¹TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) est un organisme du ministère de l'Économie et des Finances, chargé de la lutte contre la fraude, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ; ACPR, « Lignes directrices conjointes de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et de TRACFIN sur les obligations de déclaration et d'information à TRACFIN », *op. cit.*, p. 30.

L'obligation de déclaration de soupçon n'implique pas la fin de la relation d'affaires avec le client, puisque celui-ci ne doit absolument pas révéler à son client qu'il a émis une déclaration de soupçon à son encontre³². Cependant, il est possible qu'une déclaration de soupçon fragilise largement cette relation. En effet, la déclaration de soupçon risque d'engendrer un retard dans l'exécution des opérations du fait des vérifications auxquelles le professionnel doit procéder, risquant ainsi d'attirer l'attention du client.

L'organisme d'assurance se doit de mettre en place une organisation et des procédures internes pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Il doit être tenu compte des risques présentés par les relations d'affaires que les organismes ont accepté de nouer, afin de déterminer un profil de la relation d'affaires³³. L'entité concernée a généralement recours à une cartographie des risques permettant de matérialiser l'évaluation du risque, en consignnant les résultats. La cartographie pourra ainsi présenter différents indicateurs, comme le pourcentage de PPE parmi les clients ou encore le nombre de clients qui ont des flux internationaux avec des pays à risque. Ces différents résultats permettent d'orienter la stratégie de réponse de l'organisme, comme le fait de renforcer les contrôles sur des poches de risques identifiés. Le recours à l'intelligence artificielle et au *machine learning* en particulier permet une approche « priorisée » en fonction des risques, en identifiant quels sont les risques élevés, moyens et faibles. En outre, un certain nombre d'entreprises du domaine bancaire et celui des assurances se servent d'ores et déjà d'assistants virtuels collaborateurs pour faciliter la recherche d'informations dans des domaines complexes tel celui de la LCB/FT. Le recours à ces techniques a « donné lieu à des ateliers de travail conjoints avec les établissements volontaires, dont les résultats seront publiés d'ici la fin de l'année³⁴ ».

³²A. MET-DOMESTICI, « Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne », *Revue de l'Union Européenne*, 2015, Dalloz.fr.

³³C. mon et fin., art. L561-32.

³⁴Discours de F. VILLEROY DE GALHAU, Gouverneur de la Banque de France et Président de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), *loc. cit.*

Le *copyfraud* ou les dangers des droits privatifs pour le domaine public

PIATEK Dariusz

**Maître de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)**

Comme le souligne C. Caron, « *de nombreux pirates de l'internet trouvent normal de s'approprier gratuitement des œuvres, biens immatériels, mais n'auraient jamais l'idée de ne pas payer leur baguette de pain, bien matériel. Le droit d'auteur souffre de son immatérialité car le corps social ne la comprend pas toujours* »¹. Sont ici résumées à la fois la nature et la finalité du droit d'auteur. Celui-ci vise à assurer la maîtrise des risques induits par la volatilité des objets auxquels il s'intéresse. Trouvant ses origines dans les privilèges d'édition², le droit d'auteur vise à empêcher le pillage et le piratage des œuvres par le copiage et la dissémination non-contrôlés de celles-ci³. A la base de ce mécanisme de protection, on trouve une logique propre au droit de la responsabilité qui, au cours de l'histoire, s'est « *mué en droit réel* »⁴ : lorsque fut reconnu le caractère fautif et préjudiciable de certaines exploitations, on instaura les droits exclusifs sur le modèle du droit de propriété.

Si, à l'époque de sa consécration par les lois révolutionnaires, le droit d'auteur ne couvrait que les œuvres écrites et les créations des arts figuratifs, et ce uniquement durant la vie de l'auteur et sur une période de dix-ans *post mortem*⁵, il a vite rompu avec cette modestie racinaire. Pendant les quelques deux siècles de son existence, la matière a spectaculairement élargi son champ d'application. La durée de la protection a ainsi atteint les soixante-dix ans *post mortem* et, outre cette prolongation souvent jugée inopportune, arbitraire et dont les effets se sont encore amplifiés par l'allongement général de l'espérance de vie de la population⁶, le droit d'auteur comporte aujourd'hui, en son sein, des prérogatives du droit moral imprescriptibles. Le catalogue des œuvres protégeables n'est plus réduit à l'expression artistique relevant des grands arts,

¹C. CARON « *Et si le droit d'auteur n'existait pas sur l'internet et ailleurs ?* » D. 2005, p. 513.

²M.-C. DOCK, *Étude sur le droit d'auteur*, LGDJ, 1963, p. 115 et suiv.

³H. DESBOIS, *Cours de la propriété littéraire, artistique et industrielle, Les cours de droit*, 1969-1970, pp.17-24.

⁴C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2015, p. 15.

⁵Articles 1-2 du décret-loi des 19-24 juillet 1793 relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs.

⁶A. LUCAS-SCHLOETTER, « Le "domaine commun informationnel" », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 90.

mais concerne nombre d'œuvres d'art appliqué ou informationnelles, y compris les logiciels⁷.

En conséquence, les espaces de liberté que laisse aujourd'hui le droit d'auteur se font de plus en plus rares. Elles se présentent essentiellement sous deux formes. Les exceptions légales d'une part, limitativement énumérées par la loi, d'interprétation stricte et soumises au test de proportionnalité⁸. Le domaine public d'autre part, n'ayant reçu d'autre définition que celle, négative, de la doctrine consistant à dire que le domaine public « *commence lorsque les droits d'auteur expirent* »⁹ ou n'ont pas vocation à s'appliquer¹⁰. On le comprend, le domaine public est menacé par l'extension des droits privatifs.

Le développement rapide de l'économie de l'immatériel, dû à l'essor des droits de propriété intellectuelle et à leur extension constante, favorise l'émergence d'un nouveau risque, jadis inconcevable. L'exploitation de la valeur économique des œuvres qui appartiennent théoriquement au domaine public se heurte fréquemment à une revendication abusive des droits exclusifs de la part des entreprises et d'autres acteurs institutionnels, le « *copyfraud* ».

Cette nouvelle tendance se nourrit le plus souvent d'une interprétation approximative des principes directeurs du droit d'auteur, conduisant à la négation de certaines de ses limites (I). Pour saisir l'ampleur du *copyfraud*, il faut également étudier les restrictions du domaine public causées par l'application de règles proches, mais distinctes du droit d'auteur (II).

I) Le *copyfraud* dans le périmètre du droit d'auteur

L'expression « *copyfraud* » fut pour la première fois employée en 2006 par J. Mazzone, qui prit à contrepied les doctrines majoritaires du droit d'auteur, inscrites dans un courant protectionniste, en soulignant l'existence d'un défaut majeur du *copyright* américain. Il mit en évidence que ce dernier, tout en offrant une protection de plus en plus forte des droits d'auteur, ne contenait pas de règles qui pourraient contrebalancer la réservation privative, par exemple en reconnaissant l'inviolabilité du domaine public.¹¹ Cette lacune, présente également en droit français, est susceptible d'entraver la diffusion des œuvres

⁷S. LEMARCHAND, O. FREGET, F. SARDAIN, « Biens informationnels entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *PI*, n° 6, janvier 2003, pp. 11-23, spéc. p. 12.

⁸Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2015, *Bull.* n° 116, *JCP*, n° 38, 14 septembre 2015, 967, obs. C. GEIGER, *RTD Com.*, 2015, p. 515, obs. F. POLLAUD-DULIAN, *Gaz. Pal.*, n° 309, 5 novembre 2015, p. 13 obs. L. MARINO.

⁹P. NOUAL, « Juridique – Droit d'auteur – Le domaine public à l'épreuve des revendications abusives », *Juris art etc.*, 2014, n° 18, p. 38.

¹⁰*Contra*, pour une définition stricte du domaine public, englobant uniquement des situations où l'œuvre a cessé de donner prise aux droits patrimoniaux de l'auteur, S. CHOISY, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.*, n° 4, avril 2002, chron. 1.

¹¹J. MAZZONE, « Copyfraud », *New York University Law Review*, vol. 81, mai 2006, pp. 1026-1100, spec. p. 1029.

ayant vocation à circuler librement. Il s'agit alors d'une « *revendication indue de droits de propriété intellectuelle (...) au profit d'un ayant droit "fictif"* »¹².

Il est évident que l'utilisateur se livrant à l'exploitation non-autorisée d'une œuvre protégée s'expose à des risques considérables, en particulier à une condamnation pour contrefaçon. Curieusement, ce n'est pas le cas de l'utilisateur qui se réapproprie des créations non-protégées, qui peuvent présenter une certaine valeur économique. Ces tentatives de *copyfraud* « *ne coutent rien* », car le domaine public n'est défini qu'en creux et se déduit des limites des droits exclusifs¹³. Dans le pire des cas, la personne usurpant la titularité des droits d'auteur éteints, ou bien n'ayant jamais vu le jour, « *n'encourt que le non-respect des (pseudo-) conditions légales* »¹⁴. Se mettent ainsi en place des stratégies de privatisation du domaine public.

Commençons par les cas le plus classiques, consistant tantôt à étirer, tantôt à outrepasser les mécanismes régulateurs du droit d'auteur. Dans cette optique, la doctrine attache à la notion de *copyfraud* quatre types de comportements. Ce sont les situations où : l'opérateur déclare purement et simplement être titulaire des droits d'auteur sur des créations du domaine public ; impose à l'utilisateur des restrictions dépassant celles prévues par la loi ; s'estime titulaire des droits exclusifs du fait de la possession des copies de l'œuvre du domaine public ; s'estime titulaire des droits exclusifs du fait de la publication d'une création du domaine public dans un support différent de celui de l'original¹⁵.

Pour illustrer ces cas de *copyfraud*, évoquons d'abord les pratiques de nombreuses institutions patrimoniales françaises, notamment des musées, qui réclament les droits d'auteur sur de simples reproductions, fidèles et bidimensionnelles, d'œuvres d'art tombées dans le domaine public. Les photographies représentant ces œuvres (tableaux, sculptures) sont souvent accompagnées de mentions telles que « Tous droits réservés », « *Copyright* », ou encore de filigranes où figurent le nom de l'institution ou du photographe¹⁶. De nombreux auteurs dénoncent le caractère abusif de telles pratiques et les

¹²P. C. LANGLAIS, « Le Copyfraud : Le difficile respect de l'intégrité du domaine public numérisé », in L. DUJOL, *Communs du savoir et bibliothèques*, Editions du Cercle de la Librairie, 2017, pp. 61-72, spéc., p. 63.

¹³*Ibid.*, p. 64.

¹⁴*Ibidem*.

¹⁵P. NOUAL, *loc. cit.*

¹⁶D. PETERMANN, « Réutiliser les images numériques des collections : enjeux, questions pratiques », 15^e rencontres professionnelles de la Fédération des écomusées et musées de société (FEMS) *Le musée digital*, mars 2018, Manufacture Bohin, Saint-Sulpice-sur-Risle, hal-01763577.

risques qui en découlent pour celui qui voudrait exploiter la valeur économique des œuvres dont la protection a expiré¹⁷.

Il est parfaitement possible qu'une photographie puisse bénéficier de la protection par le droit d'auteur, mais c'est uniquement à condition de remplir la condition d'originalité. A cet égard, la jurisprudence fournit quelques exemples de décisions dans lesquelles la protection a été reconnue au profit d'un photographe ayant effectué une copie servile d'une œuvre d'art, le siège de l'originalité ayant été trouvé dans les choix « *quant à l'éclairage et à l'utilisation corrélative du matériel* »¹⁸. Toutefois, la doctrine estime unanimement que si cette qualification était retenue en cas de composition purement figée¹⁹, cela impliquerait une confusion entre l'originalité entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, et la simple utilisation d'un savoir-faire²⁰.

Et *quid* des conséquences de l'apposition des mentions évoquant l'exclusivité ? La protection par le droit d'auteur résulte de la réunion de conditions légales et naît du seul fait de la création. Elle ne trouve pas à s'appliquer par la simple apposition de signes suggérant l'existence de droits privatifs. La présence de ces signes pourrait même être constitutive d'une violation du droit moral en ce qu'elle porte atteinte à l'intégrité de l'œuvre²¹.

Une autre situation caractéristique du *copyfraud*, est celle de « para-créations ». Lorsque les organismes en charge de l'archivage des œuvres du domaine public (notamment les bibliothèques) procèdent à leur numérisation, ils imposent souvent des restrictions quant à la réutilisation des reproductions serviles. Ces pratiques, largement répandues, consistent à exclure l'exploitation commerciale de versions numériques d'œuvres non-protégées, ou encore à les soumettre aux licences *Creative Commons*, prohibant toute modification²². Dans le même ordre d'idées, on évoquera les privatisations temporaires d'œuvres du domaine public, octroyées à des entreprises privées en contrepartie de leur numérisation²³.

¹⁷V. not. : M. DENOYELLE, K. DURAND, J. DANIEL, E. DOULKARIDOU-RAMANTANI, « Droit des images, histoire de l'art et société », *Rapport sur les régimes de diffusion des images patrimoniales et leur impact sur la recherche, l'enseignement et la mise en valeur des collections publiques*, Institut National d'Histoire de l'Art, disponible sur www.inha.fr

¹⁸V. not. : Dijon, 7 mai 1996, *D.* 1998, somm. 189, obs. C. COLOMBET.

¹⁹V. sur cette question : A. LATREILLE, « L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : éléments d'une réflexion sur un objet du droit d'auteur », *D.* 2002, p. 299.

²⁰A. BERTRAND, *Droit d'auteur*, 3^e éd., Dalloz, 2010, n° 204. 23.

²¹D. PETERMANN, *loc. cit.*

²²V. sur ce point : L. MAUREL, « Commun vs enclosures : quand les bibliothèques publiques verrouillent l'accès aux biens communs informationnels », *BIBLIOTHÈQUE(S)*, ABF-Association des Bibliothèques de France, 2014, Bibliothèques et Communs de la connaissance, n°76, pp. 15-21, hal-01373179.

²³P. NOUAL, *loc. cit.*

La numérisation peut être génératrice d'une plus-value technique dans la mesure où elle facilite la communication des contenus. Logiquement, elle nécessite un certain investissement économique²⁴. Ceci étant, l'existence d'une telle charge ne donne pas prise aux droits d'auteur²⁵. Ces derniers protègent en effet l'effort créatif et non le simple investissement économique, et après tout, une « bonne » numérisation d'un document est exclusive de toute empreinte de la personnalité de l'opérateur du scanner, ce qui exclut la création de toute œuvre dérivée...²⁶

Le *copyfraud* peut également se manifester dans l'adaptation de l'œuvre dérivée. En effet, sous réserve du respect du droit moral, il est parfaitement possible de procéder à l'adaptation d'une œuvre du domaine public²⁷. Logiquement, ce type de création nouvelle et dérivée ne confère des droits exclusifs que sur les éléments originaux ajoutés à l'œuvre adaptée²⁸. Ceci étant, on peut être en présence d'un acte de contrefaçon lorsqu'il existe deux adaptations d'une même œuvre du domaine public, et que l'adaptation la plus récente et la plus ancienne créent la même impression d'ensemble²⁹. Comme le souligne S. Choisy, l'utilisation par le juge de ce critère « *d'impression d'ensemble* » n'est pas sans danger. En comparant deux adaptations, en tant qu'ensembles composés d'éléments nouveaux et d'éléments du domaine public, il est possible que le jugement concluant au caractère contrefacteur de l'œuvre dérivée la plus récente soit biaisé par la présence desdits éléments non-protégés. Il en est ainsi surtout si la première adaptation est « habile », dans le sens où son créateur ajoute à l'œuvre du domaine public des éléments peu caractéristiques³⁰. Toujours selon ce raisonnement, soulignons le risque de réappropriation des créations non-protégées en cas de juxtaposition d'une œuvre nouvelle à une œuvre du domaine public, et de la restauration de parties manquantes de celle-ci en présence d'une œuvre abimée³¹.

Ces quelques exemples montrent que l'interprétation souple des principes fondamentaux du droit d'auteur, surtout en matière d'originalité des œuvres

²⁴M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e édition, Dalloz 2012, n°112.

²⁵*Ibidem*.

²⁶P. C. LANGLAIS, *op. cit.*, p. 65.

²⁷V. sur ce point : la jurisprudence relative à la « suite » des *Misérables* de Victor Hugo, Cass. 1^{re} civ., 30 janvier 2007, *Bull.* I, n° 47, *D.*, 2007, p. 497, obs. J. DALEAU, *D.*, 2007, p. 920, obs. S. CHOISY, *RLDI*, n° 26, avril 2007, p. 59, obs. C. GEIGER, *PI*, n° 23, avril 2007, p. 207, obs. A. LUCAS, Paris, 19 décembre 2008, n° 07/05821, *Comm. com. électr.*, n° 3, mars 2009, comm. 22, note C. CARON, *JCP*, 2009.II.10038, note C. CARON.

²⁸V. sur ce point : Cass. 1^{re} civ. 15 février 2005, *Bull.* I, n° 85, *Comm. com. électr.*, n° 4, avril 2005, comm. 63, obs. C. CARON

²⁹Paris. 14 février 1980, *D.* 1981. somm. comm, obs. C. COLOMBET.

³⁰S. CHOISY, « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, *Comm. com. électr.*, n° 4, avril 2002, chron. 1.

³¹*Ibidem*, CH. ALLEAUME, J.-CL. Propriété littéraire et artistique – Fasc. 1270, Droits des auteurs, Durée de la protection, dernière mise à jour, 1^{er} septembre 2019, n° 78.

dérivées, constitue une véritable menace pour le domaine public. Il est également possible d'identifier d'autres phénomènes représentant le même danger, mais qui prennent leur source à l'extérieur du périmètre du droit d'auteur et se nourrissent de règles avoisinant le champ d'application de ce dernier.

II) Le *copyfraud* en dehors du périmètre du droit d'auteur ?

Parmi les situations non-couvertes par la notion de *copyfraud* dans son acception classique, mais aboutissant également à une privatisation du domaine public, il convient d'évoquer les stratégies consistant à rétablir un droit exclusif sur une création non-protégée en utilisant des mécanismes propres au droit de la propriété industrielle. La durée de la protection par le droit d'auteur est avant tout un choix politique, sans lien avec la persistance des utilités économiques des œuvres de l'esprit, de sorte qu'une grande partie de celles-ci sont candidates à une exploitation économique même au-delà du délai de protection³². Il en résulte que la recherche de l'exclusivité, déchu en droit d'auteur, peut parfois se faire dans d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle.

Le danger provient d'abord du droit des dessins et modèles. A première vue, l'architecture de ce droit s'oppose à l'enregistrement d'une œuvre du domaine public du droit d'auteur, celle-ci n'étant pas « nouvelle »³³. Ceci étant, la lecture conjointe des textes définissant la nouveauté et le « caractère propre » de la création dont la protection est recherchée nous conduit à nuancer cette conclusion. En effet, selon l'article L. 511-4 du CPI « *Un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* ». La nouveauté, quant à elle, est caractérisée, conformément à l'article L. 511-3 du CPI, lorsqu'« *à la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué* ». Notons que les deux critères d'accès à la protection conférée par le droit des dessins et modèles renvoient à la notion de divulgation. Cette dernière est définie par l'article L. 511-6 du CPI. D'une manière positive d'abord, comme étant une situation où le dessin ou modèle « *a été rendu accessible au public par une publication, un usage ou tout autre moyen* ». D'une manière négative ensuite car, selon le même texte, « *il n'y a pas divulgation lorsque le dessin ou modèle n'a pu être raisonnablement connu, selon*

³²F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle, La propriété industrielle*, Economica, 2011, p. 13, n° 27.

³³En effet, selon l'article L.511-2 du CPI « Seul peut être protégé le dessin ou modèle qui est nouveau et présente un caractère propre ». V. sur cette question : C. CARON, « Les rites et emblèmes maçonniques sont-ils appropriables par le droit de la propriété intellectuelle ? », *Comm. com. électr.*, n° 10, octobre 2002, comm. 124.

la pratique courante des affaires dans le secteur intéressé, par des professionnels agissant dans la Communauté européenne, avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée ». Dans ce cadre, une œuvre du domaine public du droit d'auteur peut tout à fait faire l'objet d'un enregistrement à titre de dessin ou modèle, et ainsi bénéficier de la protection par les droits privatifs au-delà de la durée des droits patrimoniaux de l'auteur, lorsqu'elle est « *inconnue des professionnels agissant dans la Communauté européenne* »³⁴.

La possibilité de réappropriation du domaine public du droit d'auteur par le droit des dessins et modèles paraît donc réelle. Toutefois, il s'agit des cas rares des œuvres « inconnues ». En revanche, l'obstacle de la nouveauté et du caractère propre ne se présente pas en droit des marques, celui-ci s'intéressant simplement aux signes distinctifs.

La stratégie consistant à déposer à titre de marque une œuvre du domaine public pour perpétuer des droits privatifs après l'expiration de la protection par le droit d'auteur est non seulement envisageable³⁵, mais aussi largement pratiquée en France et ailleurs, notamment pour les personnages classiques des bandes dessinées tombant progressivement dans le domaine public³⁶. Elle s'avère « *dangereuse puisque le droit des marques, par le jeu des renouvellements successifs, permet d'instaurer un monopole perpétuel qui (...) paralyse le domaine public du droit sur les créations artistiques ou des arts appliqués* »³⁷.

Enfin, en analysant la question de l'empiètement sur le domaine public du droit d'auteur on ne saurait passer outre le problème de l'articulation de ce dernier avec le droit commun de la responsabilité, à travers l'action en concurrence déloyale. Prenant en compte le risque de reconstitution des monopoles en matière de droit d'auteur par l'usage immodéré du droit commun³⁸, le jeu de l'action en concurrence déloyale fut longtemps limité par le critère de faute distincte de l'acte de contrefaçon³⁹. Cependant, la frontière séparant le domaine public et l'action en concurrence déloyale devint floue lorsque la jurisprudence commença à considérer en tant que faute distincte le parasitisme économique,

³⁴S. CHOISY, *loc. cit.*

³⁵Cour de justice de l'Association européenne de libre échange, 6 avril 2017, *Municipalité d'Oslo c/ Patentstyret*, aff. E-5/16, *PI*, n° 6, juin 2017, comm. 38, obs. A. FOLLIARD-MONGUIRAL, *Comm. com. électr.*, n° 10, octobre 2017, comm. 79, obs. C. CARON.

³⁶A. BERTRAND, *op. cit.*, n° 102.28.

³⁷C. CARON, « Les rites et emblèmes maçonniques sont-ils appropriables par le droit de la propriété intellectuelle ? », *op. cit.*

³⁸V. sur cette question : J.-J. BURST, « La reconstitution des « monopoles » de propriété industrielle par l'action en concurrence déloyale ou en responsabilité civile : mythe ou réalité ? », in *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Litec 1990, pp. 93-100.

³⁹J. PASSA, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec 1997, pp. 191-240.

défini comme le fait pour une entreprise de « *se glisser dans le sillage économique d'une autre pour profiter, sans bourse délier, de ses efforts et de sa réputation* », justifiant la condamnation sur le plan du droit commun⁴⁰. Ainsi, nombreuses furent les décisions appliquant la notion de concurrence parasitaire à l'égard des acteurs ayant exploité, pour réduire leurs propres coûts⁴¹, la valeur économique des œuvres du domaine public, ou bien ayant tout simplement réalisé une copie servile d'une œuvre non-protégée⁴². La doctrine souligne que cette interprétation laxiste du parasitisme économique, devenu à présent un critère autonome de la responsabilité civile, conduit aujourd'hui inévitablement à la monopolisation du domaine public⁴³. De ce fait, elle mériterait, à notre sens, d'être rattachée à la notion de *copyfraud*.

Pourtant, le traitement que réserve à l'heure actuelle le droit positif au phénomène étudié est différent selon qu'il s'agisse du *copyfraud* commis dans le périmètre du droit d'auteur, ou de la réappropriation du domaine public en application de règles proches.

S'agissant du *copyfraud* dans sa forme pure, les choses changeront peut-être avec l'adoption de la directive du 17 avril 2019⁴⁴ sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Si le domaine public du droit d'auteur n'y reçoit pas une définition à part entière, l'article 14 de la nouvelle directive dispose au moins que « *Les États membres prévoient que, lorsque la durée de protection d'une œuvre d'art visuel est arrivée à expiration, tout matériel issu d'un acte de reproduction de cette œuvre ne peut être soumis au droit d'auteur ni aux droits voisins, à moins que le matériel issu de cet acte de reproduction ne soit original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur* ». Selon V.-L Benabou, ce dispositif « *affiche, pour la première fois dans l'histoire du droit d'auteur européen, une protection "positive" du domaine public en interdisant les pratiques de re-privatisation des œuvres d'art visuel dont la durée de protection a expiré* »⁴⁵. Tout en saluant une certaine prise de conscience par le législateur européen des effets néfastes du *copyfraud*, on regrettera le caractère modeste de cette réforme. Somme toute, la directive se limite à

⁴⁰F.-X. LUCAS, *Le droit des affaires*, PUF 2005, p. 88.

⁴¹V. not. : Cass. com., 18 janvier 1982, *Bull.*, IV, n° 19, Cass. com., 27 juin 1995, *Bull.*, IV, n° 193, Paris 4, 29 septembre 1995, *D.* 1996, somm. comm., p. 251, note M.-L. IZORCHE, Aix-en-Provence, 17 avril 2002, *JCP* 2003, II, 1095, note D. BOSCO.

⁴²Cass. com., 30 janvier 2001, *Bull.*, IV, n° 27, *D.* 2001, p. 1939, note P. LE TOURNEAU, *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2001, 58, comm. M. MALAURIE-VIGNAL.

⁴³J. PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.* 2000, chron, p. 297-306, spéc. p. 301, T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, pp. 227-251, spéc. p. 235.

⁴⁴Dir. (UE) 2019/790 du 17 avr. 2019.

⁴⁵V.-L. BENABOU, « La directive droit d'auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier », *JCP*, n° 26, 1^{er} juillet 2019.

rappeler ce qui devrait être vu comme un truisme : l'œuvre dérivée créée à partir d'une œuvre d'art visuel tombée dans le domaine public ne peut être protégée que si elle est originale... Qu'en est-il des œuvres autres que celles de l'art visuel ? Echappent-elles catégoriquement au *copyfraud* ? Et *quid* des réappropriations des œuvres du domaine public au sens large, à savoir celles qui n'ont jamais été protégées ? *Quid* de celles qui accèdent à la protection par le droit d'auteur, par les droits de la propriété industrielle ou encore bénéficient de la protection périphérique conférée par l'action en concurrence déloyale ?

Le moins que l'on puisse dire, c'est que puiser dans le domaine public du droit d'auteur s'avère toujours être une entreprise risquée.

PARTIE II
LES RISQUES EXTRAPATRIMONIAUX EN ENTREPRISE

La santé au travail

LECOEUR Chrystelle
Maître de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Les mutations qui affectent la condition salariale et l'exercice de l'activité professionnelle imposent un renforcement de la protection des travailleurs. Dans un contexte en perpétuel mouvement, le droit de la santé et de la sécurité au travail (SST) a pris une importance significative ces dernières années comme en témoignent la multiplication des ouvrages spécialisés ainsi que les rapports consacrés à cette thématique¹.

Le droit de la santé intéresse au premier plan les employeurs au regard des obligations qui leur incombent, les représentants du personnel en raison de leur contribution à la prévention des risques, mais aussi les services de santé au travail (les médecins du travail, les membres de l'équipe pluridisciplinaire²). Chargée du contrôle de la réglementation et du suivi des salariés, l'inspection du travail joue également un rôle prépondérant en ce domaine³. En parallèle, de multiples acteurs extérieurs à l'entreprise apportent leurs concours à la prévention des risques en matière de santé au travail. Il en va ainsi des services de l'État, qu'il s'agisse des ministères chargés des questions portant sur le travail, de la DIRECCTE⁴ ou encore des organismes de sécurité sociale et autres organismes spécialisés⁵.

Historiquement, le droit de la santé et de la sécurité au travail partage des racines communes avec la législation du travail⁶. À partir de la seconde moitié du

¹Parmi les plus récents, il est possible de citer les rapports Lecocq-Dupuis-Forest, relatif à la « *santé au travail : vers un système simplifié pour une prévention renforcée* » (Rapport fait à la demande du Premier ministre par C. LECOCQ, B. DUPUIS et H. FOREST, *La Doc. fr.* août 2018) ; Frimat, intitulé « *prévention et prise en compte de l'exposition des travailleurs aux agents chimiques dangereux* » (Rapport de P. FRIMAT, *La Doc. fr.* septembre 2018) et Bérard-Sellier-Oustric qui traite de la « *prévention, l'efficacité, l'équité et la maîtrise des arrêts de travail* » (Rapport fait à la demande du Premier ministre par J.-L. BERARD, S. OUSTRIC et S. SEILLER, *La Doc. fr.* janvier 2019).

²Cette équipe, composée de médecins du travail, peut réunir des infirmiers de santé au travail, des intervenants en prévention des risques, des assistants des services de santé au travail, ainsi que divers professionnels (ex. psychologues).

³En vertu de l'article L. 4731-1 du Code du travail, l'inspecteur du travail peut imposer l'arrêt temporaire de travaux ou d'activité de l'entreprise dans certaines situations de danger grave et imminent pour la vie ou la santé du salarié.

⁴Il s'agit des directions des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

⁵On peut citer le Conseil d'orientation des conditions de travail ou encore l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail.

⁶Pour un aperçu historique, v. not. H. LANOUZIÈRE, *Prévenir la santé et la sécurité au travail*, Lamy, 2012, vol. 1.

XIXe siècle, différentes lois et réglementations ont été adoptées dans le but de fixer des exigences en matière de prévention des risques et de préciser les conditions dans lesquelles la victime peut obtenir réparation du dommage survenu à l'occasion du travail. Consacré par la loi du 9 avril 1898, le principe de la prise en charge des dommages liés aux risques professionnels n'a cessé depuis « *d'être réaménagé au gré des besoins et des évolutions de la société* »⁷. Sous l'influence du droit européen, le droit de la santé au travail a été grandement renouvelé puisque l'immense majorité des dispositions en la matière, que l'on retrouve dans la partie IV du Code du travail, transpose plusieurs directives européennes⁸.

L'ancrage du droit de la SST dans le droit du travail ne saurait toutefois limiter sa portée aux seuls travailleurs salariés de droit privé, puisqu'il vise également ceux dont la relation est régie par le droit public. Par ailleurs, nous assistons depuis quelques années à l'intégration progressive des « *travailleurs économiquement dépendants* » dans le champ de la protection des salariés⁹. Les travailleurs de plateforme indépendants bénéficient ainsi, depuis la loi du 8 août 2016, d'une certaine protection en matière d'accident du travail dans le cadre de ce que l'on a qualifié de « *responsabilité sociale des plateformes* »¹⁰. Dès lors que l'intéressé souscrit ou adhère à une assurance volontaire couvrant le risque d'accidents du travail, la plateforme doit prendre à sa charge la cotisation dans la limite d'un plafond fixé par décret¹¹.

Avec l'émergence de ces nouvelles formes du travail et sous l'effet de la médiatisation de certaines catastrophes, le droit de la santé au travail a considérablement évolué au fil des années. Pour autant, « *la santé des travailleurs n'est pas une préoccupation qui serait, par le simple fait de discours incantatoires, placée au-dessus de tous les autres intérêts qui peuvent s'exprimer*

⁷M. BORGETTO et F. KESSLER, « Les risques professionnels en question(s) », *RDSS* 2018, p. 575.

⁸La directive n°89/391/CEE du 12 juin 1989 est une « directive cadre » qui a pour but d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans une acception large. Dans le sillage de cette « directive cadre », une série de directives particulières axées sur des aspects spécifiques de la santé et de la sécurité au travail a été adoptée.

⁹Sur le sujet, v. not. A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant/parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques*, rapport à la Commission européenne, 2003 ; J. BARTHÉLÉMY, « Essai sur la parasubordination », *SSL* 2003, p. 6 ; rapport P.-H. ANTONMATTEI et J.-C. SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant, quelle protection ? La Doc. fr.*, nov. 2008.

¹⁰En vertu de l'article L. 7342-1 du Code du travail : « lorsque la plateforme détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix, elle a, à l'égard des travailleurs concernés, une responsabilité sociale qui s'exerce dans les conditions prévues au présent chapitre ». Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Sur le sujet, v. I. DESBARATS, « Quel statut social pour les travailleurs des plateformes numériques ? La RSE en renfort de la loi », *Dr. soc.* 2017, p. 971.

¹¹C. trav., art. L. 7342-2. Le décret n°2017-774 du 4 mai 2017 fixe les conditions de prise en charge. Sur le mécanisme mis en place, v. C. MINET-LETALLE, « Le particulier : un offreur de services. Statut et protection au regard du droit social », *JCP S.* 19 sept. 2017, p. 1286.

dans le cadre des rapports de travail (productivité, rentabilité...) »¹². Le droit est venu édifier un régime de protection du travailleur qui demeure limité et dont la mise en œuvre effective dépend, pour beaucoup, de la volonté et de la mobilisation de l'ensemble des acteurs du travail. Parmi ces derniers, nul ne peut contester que le législateur a grandement œuvré afin de faire évoluer, par touches successives, le droit de la santé au travail. Parmi les réformes les plus emblématiques de cette dernière décennie, on peut évoquer la loi du 20 juillet 2011 relative à l'organisation de la médecine du travail dont l'objectif a été de promouvoir une politique de santé au travail efficace grâce à une meilleure prévention des risques, appuyée par un suivi individuel des salariés plus étroit¹³. De surcroît, la loi a introduit un droit d'alerte du médecin du travail portant sur les risques collectifs¹⁴. Dans cette dynamique, la loi du 8 août 2016 est venue conforter le volet préventif de la médecine du travail dont le rôle premier consiste à préserver la santé des salariés¹⁵. Plus récemment, l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels a réformé le compte personnel de prévention de la pénibilité (devenu le compte professionnel de prévention)¹⁶.

L'édifice de protection de la santé du travailleur commence à être solidement bâti, mais d'autres réformes sont à prévoir. Dans le cadre d'une lettre d'orientation signée conjointement par la ministre des Solidarités et de la Santé, et la ministre du Travail, adressée au Conseil d'orientation des conditions de travail au mois de mars 2019, les partenaires sociaux ont été invités à conduire (avec ledit Conseil), une réflexion portant sur la refonte du système de santé au travail. Cette démarche est structurée autour de deux axes principaux, à savoir l'accompagnement « *efficace de l'ensemble des entreprises, dans la durée, pour que se développe une véritable culture de prévention des risques* » ainsi qu'une meilleure protection de « *la santé de tous les travailleurs [afin de] favoriser leur maintien [dans] emploi* ». La concertation devra aboutir *in fine* à « *un projet de document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options de la [prochaine] réforme portant*

¹²M. BADEL, A. CHARBONNEAU et L. LEROUGE, *Droit de la santé et de la sécurité au travail*, Gualino, 2018, p. 4.

¹³Loi n°2011-867 du 20 juillet 2011. V. not. M. ALVES-CONDE, M. ROUSSEL, B. GOMES et K. CHATZILAOU, « Les nouveaux visages de la médecine du travail », *RDT Dalloz* 2012, p. 200.

¹⁴C. trav., art. L. 4624-9.

¹⁵Loi n°2016-1088 du 8 août 2016, *préc.* S. FANTONI, F. HEAS et P.-Y. VERKINDT, « La santé au travail après la loi du 8 août 2016 », *Dr. soc.* 2016, p. 921.

¹⁶Ordonnance n°2017-1389 du 22 septembre 2017. Sur le sujet, v. C.-F. PRADEL, P. PRADEL-BOUREUX, V. PRADEL, « Santé et sécurité au travail. Prévention des risques professionnels et compte professionnel de prévention », *JCP S.* 10 octobre 2017, p. 1315 ; M. VÉRICEL, « La quasi-disparition du compte de prévention de la pénibilité », *RDT Dalloz* 2017, p. 649 ; P.-Y. VERKINDT, « Les conditions de travail et la santé au travail », *Dr. soc.* 2018, p. 41.

sur la santé au travail ». Par ailleurs, par décret en date du 15 mars 2019 le Premier ministre vient de lancer une mission temporaire ayant pour objet « *la prévention des risques professionnels dans la fonction publique* »¹⁷.

Au-delà de cette effervescence manifeste qui va très certainement conduire à des évolutions législatives, il convient de relever la place cruciale dévolue à d'autres instruments normatifs. On pense notamment aux normes techniques spécifiques (à un secteur d'activité, à des substances particulières...) ou encore à celles destinées à encadrer plus largement la démarche qualité mise en place à l'échelle de l'entreprise, d'un groupe ou d'un réseau de sous-traitance¹⁸. En outre, la négociation collective a très largement investi le champ de la santé et de la sécurité au travail comme l'illustrent les accords sur la qualité de vie au travail¹⁹ et ceux portant sur la prévention des risques professionnels²⁰.

Afin de compléter ce panorama, on ne peut occulter le fait que l'appréhension des risques professionnels s'inscrit désormais dans le cadre d'une démarche largement axée sur la prévention²¹. Au demeurant, les risques qui doivent faire l'objet de mesures préventives se sont considérablement diversifiés. En effet, il apparaît que « *d'une vision originellement centrée sur le milieu du travail (la sécurité et salubrité du lieu de travail, présence de machines ou de produits chimiques dangereux...), c'est progressivement le travail lui-même qui a été envisagé comme pouvant être une cause de dommages (fatigues, organisation du travail, précarité du travail...)* »²². La prévention des risques conduit à s'intéresser davantage à des problématiques qui, autrefois, relevaient de la seule compétence de l'employeur, afin de mesurer l'impact des décisions prises sur la santé des salariés. Dans ce contexte, la santé mentale et le bien-être au travail sont devenus des préoccupations majeures pour les pouvoirs publics.

¹⁷Décret du 15 mars 2019 chargeant une députée d'une mission temporaire, JORF n°0064 du 16 mars 2019. Cette mission a été confiée par le Premier ministre, Monsieur E. Philippe, à Madame C. Lecocq.

¹⁸ Il s'agit des normes ISO, AFNOR ou encore des circulaires de la DGT (Direction Générale du Travail).

¹⁹C'est l'ANI du 19 juin 2013, signé le 5 juillet 2013 par plusieurs syndicats professionnels, qui a incité les entreprises à examiner la possibilité, à titre expérimental (durant une période de 3 ans), de mettre en place une négociation sur la qualité de vie au travail. Si l'ANI a juridiquement cessé de produire des effets, son apport est loin d'être négligeable, puisque l'on retrouve des mesures disséminées dans différents autres textes qui demeurent quant à eux en vigueur (ex. C. trav., L. 2242-1, 2°, L. 2281-11...). Sur le sujet, v. not. V. DROCHON et R. TAFINI, « Santé et sécurité au travail. De l'incitation à la négociation dans l'entreprise sur la qualité de vie au travail », *JCP S.* 17 sept. 2013, act. 372.

²⁰Depuis le 1^{er} janvier 2019, les entreprises d'au moins 50 salariés doivent négocier un accord de prévention des risques professionnels soit lorsqu'une proportion de leurs salariés est exposée à un facteur de risques professionnels, soit lorsque l'indice de sinistralité est supérieur à un seuil prédéterminé (C. trav., art. L. 4162-1).

²¹V. not. M. KEIM-BAGOT, « Obligation de prévention dans les champs social et sanitaire », in R. DE QUENAUDON et K. MARTIN-CHENUT (ss. dir.), *La RSE saisie par le droit*, éd. A. Pedone, 2016, p. 417 et s.

²²M. BADEL, A. CHARBONNEAU et L. LEROUGE, *op. cit.*, p. 5.

Un autre marqueur fort des évolutions récentes du droit de la SST réside dans ce qui est communément appelé les « *risques émergents* » à propos d'expositions pour lesquelles les incidences sur la santé commencent à être appréhendées de manière plus fine²³. C'est le cas notamment des nano-technologies ou des ondes électromagnétiques. Les problématiques liées à ces « *risques nouveaux* » sont approfondies par Madame Citjie Karm (doctorante en droit privé, CERDACC)²⁴, qui aborde plus précisément « *les risques invisibles et émergents en droit du travail* », et par Madame Céline Simon (directrice adjointe du travail, DIRECCTE Grand-Est)²⁵, qui nous fait partager son expérience professionnelle en présentant de manière plus générale les risques professionnels.

²³Sur le sujet, v. not. B. STEINMETZ (ss. dir.), « Les risques invisibles », *RISÉO* 2017/2, n° spéc. ; « Les risques invisibles », *Suppl. SSL* n°1232, 17 oct. 2005.

²⁴ V. *Infra*

²⁵ V *Infra*

Regard d'une professionnelle sur les risques liés à la santé au travail

SIMON Céline

**Directrice déléguée, unité départementale du Haut-Rhin de la
DIRECCTE Grand Est**

La présente contribution est la version orale de l'intervention réalisée à l'Université de Haute-Alsace le 25 mars 2019 dans le cadre du « Rendez-vous du risque » sur le Risque en entreprise.

Introduction : historique de la création de l'inspection du travail

L'historique de la création de l'inspection du travail et de son évolution jusqu'à l'inspection du travail d'aujourd'hui s'est faite autour de la notion de risque en entreprise.

Avant 1789, il existait déjà un corps de contrôle dont le nom était Inspecteurs des Manufactures, agents du pouvoir central, ayant pour mission essentielle de faire exécuter une réglementation très compliquée de l'industrie, possédant droit d'entrée dans les ateliers et boutiques, faisant des rapports, des statistiques, et dressant à l'occasion des procès-verbaux suivis de condamnations à l'amende.

L'objectif, contrairement au rôle dévolu par la suite aux inspecteurs du travail, n'est pas la protection de l'ouvrier, mais celle du consommateur.

La protection des ouvriers contre les risques en entreprise a donné lieu au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle à la création d'un corps de contrôle nommé inspecteurs des fabriques, chargés par l'État de visiter les usines et ateliers pour y faire observer les lois et règlements. La création de ce corps de contrôle s'est faite en parallèle des lois relatives au travail des enfants puis des femmes :

- Loi du 22 mars 1841 qui interdit le travail des enfants de moins de 8 ans.
- Loi du 19 mai 1974 qui prévoit des pénalités pour le non-respect des dispositions de la loi du 22 mars 1841 mais qui ne seront jamais appliquées.
- Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des femmes et des filles mineures dans l'industrie et qui instaure un véritable système d'inspection du travail indépendant.

Comme on peut le voir avec ce rapide historique, les inspecteurs du travail vont avoir un double rôle : celui de rappeler à l'employeur les règles à respecter et celui de sanctionner en cas de non-respect de ces règles dans le but de protéger les salariés contre les risques professionnels.

La notion principale va être celle de l'évaluation des risques professionnels que nous verrons dans un premier temps dans ses différentes composantes : évaluation, consignation de l'évaluation, mise en œuvre de mesures de prévention et sanctions assorties en cas de non-respect. C'est ce que nous verrons dans la première partie.

Nous verrons ensuite de manière plus large quels sont les risques qu'encourt l'employeur s'il ne respecte pas ses obligations en matière de santé et de sécurité et nous verrons dans un second temps les mesures que peuvent prendre les agents de contrôle de l'inspection du travail et les actions que peuvent engager des salariés ou leurs ayants droits victimes d'accidents du travail.

I) Les risques professionnels : une menace pour la santé des salariés, des obligations pour l'employeur

Les risques professionnels font peser sur les salariés la menace d'une altération de leur santé qui peut se traduire à l'extrême par une maladie professionnelle ou un accident du travail.

Il pèse sur l'employeur une obligation de supprimer ou de réduire les risques afin d'assurer la sécurité des salariés et de protéger leur santé physique et mentale.

L'employeur doit ainsi mettre en œuvre des mesures appropriées en application des principes généraux de prévention ; il doit également évaluer et consigner les risques dans le document unique d'évaluation des risques professionnels et mettre en œuvre les actions de prévention adaptées.

A) L'évaluation des risques professionnels

L'évaluation des risques professionnels a été instaurée par la directive cadre n°89/391/CEE du 12 juin 1989 ; transposée dans la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991 applicable depuis le 31 décembre 1992.

C. trav., art. L4121-3 alinéa 1 :

« L'employeur, compte tenu de la nature 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. Cette évaluation des risques tient compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe »

Cette évaluation doit être adaptée aux particularités de chaque entreprise en fonction des locaux de travail, des procédés de fabrication utilisés, des équipements de travail, etc. Une évaluation des risques-type par secteur d'activité, si elle peut servir de base au travail de chaque employeur, ne saurait répondre à l'exigence légale d'une évaluation des risques adaptée à la situation exacte de l'entreprise.

B) La consignation de l'évaluation des risques : le document unique d'évaluation des risques professionnels

Cette obligation de consignation de l'évaluation des risques dans un document spécifique est issue du décret du 5 novembre 2001 et que l'on retrouve à C. trav., art. R4121-1 :

« L'employeur transcrit et met à jour dans un document unique les résultats de l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs à laquelle il procède en application de l'article L. 4121-3. Cette évaluation comporte un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement, y compris ceux liés aux ambiances thermiques. »

L'obligation de transcription de l'évaluation des risques professionnels dans un document spécifique s'applique par unité de travail, quel que soit l'effectif de l'entreprise.

La mise à jour du document unique d'évaluation des risques professionnels se fait au moins annuellement ou à chaque décision d'aménagement modifiant les conditions de travail au sein de l'unité de travail concernée.

C) La mise en œuvre des mesures de prévention

La raison d'être de la démarche d'évaluation des risques est de susciter des actions de prévention. La transcription dans un document unique ne saurait être une fin en soi : seule la mise en œuvre de mesures de prévention donne son intérêt au document unique.

Les mesures de prévention mises en œuvre suite à l'évaluation des risques doivent correspondre aux principes généraux de prévention définis à C. trav., art. L. 4121-2 :

« L'employeur met en œuvre les mesures prévues à [l'article L.4121-1](#) sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

1° Eviter les risques ;

2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;

3° Combattre les risques à la source ;

4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;

5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;

6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;

7° 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 au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux [articles L1152-1](#) et [L1153-1](#), ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article [L1142-2-1](#) ;

8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;

9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs. »

Si l'on prend l'exemple d'une évaluation des risques faisant apparaître à la lecture d'une fiche de données de sécurité l'utilisation dans une entreprise d'un produit classé comme cancérigène, mutagène ou reprotoxique (produits CMR), l'employeur doit en application des principes généraux de prévention précités, essayer de trouver sur le marché un produit non CMR qui remplira pour lui le même office ou un office similaire ou acceptable dans son *process* de fabrication ; si la substitution n'est pas possible, il doit prendre les mesures

appropriées pour en limiter l'utilisation, mettre en place les mesures de formation et d'information des salariés amenés à l'utiliser et les doter des équipements de protection individuelles adaptées.

On doit toujours privilégier la protection collective à la protection individuelle.

Ce n'est qu'une fois que l'employeur aura décliné, pour l'ensemble des risques identifiées, les mesures de prévention adaptées, qu'il aura répondu pleinement à son obligation de protection de la santé et de la sécurité de ses salariés.

D) Les partenaires de l'employeur dans la démarche d'évaluation des risques professionnels

Si l'obligation d'évaluation des risques et de la transcription de ses résultats dans un document unique d'évaluation des risques professionnels pèsent sur l'employeur, il est important de rappeler que l'employeur dispose de partenaires qu'il doit ou peut mobiliser en matière de prévention de la santé et de la sécurité des salariés.

Les premiers partenaires de l'employeur en la matière sont bien évidemment les salariés et les représentants du personnel dans l'entreprise (membres du comité social et économique, délégués du personnel, etc.) L'employeur, en application du Code du travail, doit procéder en la matière à un certain nombre d'informations et consultations obligatoires. Nonobstant ces dispositions, l'apport des représentants du personnel et des salariés en la matière est essentiel car ce sont eux qui au quotidien travaillent dans l'entreprise et sont soumis à ces risques.

Le médecin du travail a également un rôle primordial à jouer du fait de son rôle d'appui et de conseil de l'employeur.

Les partenaires institutionnels que sont la Caisse d'assurance retraite et de santé au travail (CARSAT) ou la Mutualité sociale agricole (MSA), l'Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics (OPPBTP). L'OPPBTP et l'inspection du travail peuvent également jouer un rôle de conseil aux employeurs.

La mission des agents de contrôle de l'inspection du travail comporte certes un volet contrôle mais également un volet de conseil.

Si l'employeur ne procède pas à son évaluation des risques et s'il ne la transcrit pas dans un document unique, il encourt des sanctions.

E) Les sanctions en cas de défaut de transcription de l'évaluation des risques dans le document unique d'évaluation des risques professionnels

Cette infraction a été créée par le décret du 5 novembre 2001 : il s'agit d'une contravention de 5^e classe passible d'une amende de 1000€ pouvant passer à 3000€ en cas de récidive.

La Cour de cassation condamne également un employeur qui n'a pas procédé à l'élaboration du document unique à verser des dommages intérêts aux salariés.

La non-évaluation, la non-transcription de cette évaluation ou la non-mise en œuvre de mesures de prévention adaptées alors que le risque a été identifié pourra être considérée par le juge comme un élément aggravant dans la recherche de la responsabilité pénale d'un employeur suite à un accident du travail.

II) La santé et la sécurité au travail : quels risques pour l'entreprise en cas de non-respect des dispositions légales ?

Le risque pour l'entreprise en cas de non-respect, soit par l'employeur, soit par un de ses préposés, des dispositions légales en matière de santé et de sécurité se situe à un double niveau : financier et pénal. Ces actions mettant en cause l'employeur peuvent être initiées par plusieurs acteurs : les agents de contrôle de l'inspection du travail, les agents de prévention de la CARSAT, les salariés, victimes ou leurs ayants-droits.

A) Les pouvoirs des agents de contrôle de l'inspection du travail

La convention n°81 de l'organisation internationale du travail dispose dans son article 16 que l'inspecteur du travail qui constate une infraction suite à un contrôle dispose d'un pouvoir d'appréciation sur les suites qu'il entend donner suivant la gravité des circonstances dans lesquelles cette constatation intervient.

L'agent de contrôle de l'inspection du travail peut procéder à un simple rappel des règles par le biais d'observations, il peut également mettre en demeure l'employeur de se mettre en conformité dans des champs définis par la réglementation, il peut procéder à un arrêt temporaire des travaux en cas de

constat d'une situation de danger grave et immédiate, relever procès-verbal ou utiliser les nouveaux pouvoirs mis à sa disposition par les textes : les amendes administratives et la procédure de transaction pénale.

Nous allons examiner les arrêts temporaires de travaux, les procès-verbaux et les nouveaux pouvoirs.

1) Les arrêts temporaires de travaux

Ils permettent à l'agent de contrôle de l'inspection du travail de procéder à la soustraction immédiate d'un travailleur qui ne s'est pas retiré d'une situation de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé par l'arrêt temporaire de la partie des travaux ou de l'activité en cause pour une cause de danger résultant de différents facteurs listés à l'article C. trav., art. L. 4731-1 (chute de hauteur, exposition à l'amiante, risque d'ensevelissement, équipement de travail, exposition à un produit CMR, etc.)

L'arrêt de travaux est d'application immédiate et oblige l'employeur à procéder à une mise en sécurité préalable à la reprise des travaux qui doit être autorisée par l'agent de contrôle.

Cette procédure d'arrêt de travaux est particulièrement efficace car elle peut engendrer, si l'employeur n'est pas diligent dans la mise en conformité, des pénalités financières assez lourdes pour l'employeur (par exemple, un arrêt de travaux qui dure sur un chantier du bâtiment peut entraîner pour l'entreprise des pénalités financières assez conséquentes pour l'entreprise *via* les pénalités de retard fixées par le maître d'ouvrage dans le contrat commercial).

Si l'employeur ne respecte pas l'arrêt de travaux notifié par l'agent de contrôle, il encourt un emprisonnement d'un an et / ou une amende de 3750€.

2) Les procès-verbaux

L'article C. trav., art. L8113-7 dispose dans ses trois premiers alinéas que :

« Les agents de contrôle de l'inspection du travail mentionnés à l'article [L. 8112-1](#) et les fonctionnaires de contrôle assimilés constatent les infractions par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire.

Ces procès-verbaux sont transmis au procureur de la République. Un exemplaire est également adressé au représentant de l'Etat dans le département.

Avant la transmission au procureur de la République, l'agent de contrôle informe la personne visée au procès-verbal des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues. »

Le risque pour l'employeur suite à un procès-verbal peut être qualifié de risque différé car il relève de la décision de poursuivre ou non du Procureur de la République, puis éventuellement de la décision du tribunal.

Selon l'infraction reprochée, la personne physique et/ ou la personne morale poursuivie encourt une peine d'emprisonnement, une amende, une inscription au casier judiciaire, une interdiction de gérer, etc.

En plus de la peine prononcée par le juge, le retour d'expérience montre que ce qui marque un employeur, poursuivi devant un tribunal, c'est l'impact moral d'un passage devant un tribunal où il se retrouve jugé comme un « délinquant » au milieu d'autres délinquants poursuivis pour des infractions diverses et variées.

3) Les amendes administratives

Depuis l'ordonnance du 7 avril 2016, l'agent de contrôle de l'inspection du travail, peut lorsque le texte prévoit la possibilité d'utiliser la voie de l'amende administrative, opter entre le procès-verbal et l'amende administrative.

Ceci a été intégré au dernier alinéa de C. trav., art. L8113-7 :

« Lorsqu'il constate des infractions pour lesquelles une amende administrative est prévue au titre V du livre VII de la quatrième partie ou à l'article [L. 8115-1](#), l'agent de contrôle de l'inspection du travail peut, lorsqu'il n'a pas dressé un procès-verbal à l'attention du procureur de la République, adresser un rapport à l'autorité administrative compétente, dans le cadre de la procédure prévue au chapitre V du présent titre. »

Cette procédure peut être mise en œuvre par exemple pour des manquements en matière d'hygiène sur chantiers (absence de base vie, non-entretien des installations de chantiers...), pour des infractions en matière de durée du travail...

Le risque financier pour l'employeur est non-négligeable car dans cette procédure l'amende est multipliée par le nombre de salariés concernés, ce qui peut conduire à des montants d'amende très élevés.

Les agents de contrôle de l'inspection du travail utilisent beaucoup cette nouvelle procédure mise à leur disposition car elle présente l'intérêt d'être simple dans sa mise en œuvre, et rapide par rapport au traitement par les tribunaux des procès-verbaux en raison de l'engorgement des tribunaux. Il faut préciser que l'engagement de la procédure d'amende administrative doit au préalable recueillir l'aval du Procureur de la République qui pourrait, s'il le souhaite s'y opposer et engager des poursuites pénales.

4) La transaction pénale*

Cette mesure a également été introduite par l'ordonnance du 7 avril 2016 et elle permet à l'administration (DIRECCTE) la possibilité de proposer à l'auteur de l'infraction, une transaction pénale qui, si elle est acceptée par le contrevenant, devra être homologuée par le Procureur de la République.

La transaction pénale est ouverte dans un champ qui a été défini à l'article L. 8114-4 du Code du travail. On retrouve dans ce champ d'application, par exemple, la non-tenue de documents obligatoire, l'absence de transmission de la déclaration préalable d'ouverture de chantiers, l'absence de document unique d'évaluation des risques, le non-respect de dispositions en matière d'hygiène et de sécurité, etc.

L'acceptation par le contrevenant d'une transaction pénale entraîne le paiement d'une amende qui éteint l'action publique.

B) La recherche de la faute inexcusable de l'employeur par la victime ou ses ayants-droits

Dans le cadre d'un accident du travail, l'employeur peut voir sa responsabilité pénale engagée suite notamment à un procès-verbal de l'inspection du travail mais il peut aussi encourir une condamnation à la suite de l'action de la victime ou de ses ayants-droits.

La reconnaissance de la faute inexcusable requiert plusieurs conditions :

- *un manquement à une obligation de sécurité,
- *la conscience du danger,
- *la faute, cause nécessaire mais non déterminante de l'action.

En cas de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur par le tribunal, l'employeur encourt un double risque financier pouvant consister en une majoration de la rente d'incapacité permanente et de la réparation intégrale des préjudices subis et qui n'ont pas été réparés par la majoration de la rente.

Les risques invisibles et émergents en droit du travail

KARM Citjie

Doctorante en Droit

Université de Haute-Alsace CERDACC (UR 3992)

Les catastrophes actuelles et industrielles, nombreuses, nous poussent à affirmer que le risque zéro n'existe pas dans notre société. Ce risque omniprésent aurait une implication encore plus forte dans le monde du travail, puisque les travailleurs sont les premiers exposés aux risques industriels, à l'exclusion des catastrophes et risques naturels. Récemment, on a pu constater que de nouveaux risques étaient apparus avec l'industrialisation et le développement technologique.

Le mot « risque » recouvre également plusieurs réalités, en ce sens qu'il renvoie à d'autres notions, qui sont à la fois proches et distinctes. L'aléa, la catastrophe, le danger, le dommage, etc., font souvent l'objet, dans le langage courant, d'une confusion. Le risque, pourtant, a une définition propre.

Le risque se définit classiquement comme « *l'éventualité d'un évènement futur ou d'un terme indéterminé ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou de tout autre dommage* »¹. Dans notre propos, il s'agira alors de s'intéresser aux risques dans leur dimension contractuelle, puisqu'on l'étudiera plus précisément sous l'angle du droit du travail, ce qui implique l'existence d'un contrat (le contrat de travail) entre deux parties, l'employeur et le salarié.

Les risques professionnels nouveaux apparaissent en effet sans cesse (il suffit, pour s'en convaincre, de s'intéresser aux substances classées comme cancérigènes) et ils sont difficiles à combattre. Le droit n'a pas toujours été suffisamment réactif face aux nouvelles réalités pour faire face à des risques nouveaux apparus par le passé (I). Pour que l'Histoire, et les conséquences parfois désastreuses pour la santé des personnes exposées aux risques, ne se reproduisent pas, il est nécessaire, que le droit soit désormais en mesure de les anticiper, afin de faire face à de nouveaux dangers, nouveaux et invisibles (II).

¹H. CAPITANT et G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige dicos poche, 2016, p. 930.

I) L'apparition de risques nouveaux par le passé et l'inefficacité du droit pour y faire face.

Chaque geste, même banal et quotidien, entraîne nécessairement un risque. Celui-ci peut être minime, ou éventuellement vital. Par exemple, se sécher les cheveux le matin revient à « *prendre le risque* » de s'électrocuter. Descendre les escaliers un peu rapidement parce qu'on est *encore* en retard revient à « *prendre le risque* » de chuter. Prendre la voiture pour se rendre au travail revient aussi à « *prendre le risque* » de subir un accident de la circulation. Finalement, chaque choix et chaque étape de vie a nécessairement son corollaire négatif qu'est le risque.

Et s'il en va ainsi de manière individuelle, il en va de même de manière plus générale en ce qui concerne la population dans son ensemble, l'Etat ou encore les industries. Si le risque existe en effet depuis toujours, il n'en demeure pas moins qu'il a pris un essor tout particulier avec la Révolution Industrielle². Le travail lui-même est indissociable du risque, et ce déjà depuis l'époque des mines où de nombreux accidents pouvaient survenir en raison d'une réglementation peu protectrice de la santé et de la sécurité des salariés. D'ailleurs, peut-on réellement évoquer le risque sans mentionner la catastrophe nucléaire de Tchernobyl³ en Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) ou celle de *Three Miles Island*, aux Etats-Unis⁴ ? Ces catastrophes, issues du domaine nucléaire, ont eu des conséquences importantes, négatives pour les populations environnantes et aussi pour les travailleurs des sites concernés. Ces problématiques, par ailleurs, ne se sont pas évaporées avec les années. Il suffit de prendre pour exemple le sarcophage de béton construit en hâte autour du réacteur en fuite de la centrale nucléaire de Tchernobyl pour se rendre compte que la protection induite n'est pas éternelle⁵.

D'autres catastrophes peuvent encore être citées : la catastrophe de l'Usine Seveso⁶, en Italie, qui a d'ailleurs conduit à donner son nom à la réglementation européenne sur les accidents majeurs⁷, l'accident de l'usine Sandoz à Bâle⁸, la terrible catastrophe de l'usine Bhopal en Inde⁹, l'accident nucléaire de

²Début du XIX^{ème} siècle en France.

³26 avril 1986.

⁴28 mars 1979.

⁵Il a d'ailleurs fallu en construire un nouveau dans les années - 2007-2018.

⁶Juillet 1979.

⁷Directive 82/501/CEE dite « Seveso 1 » puis 96/82/CE dite « Seveso 2 », et enfin directive 2012/18/UE concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

⁸1^{er} novembre 1986.

⁹3 décembre 1984.

Fukushima¹⁰ au Japon, ou, plus proche de nous, l'explosion de l'usine AZF à Toulouse¹¹... Face à l'ampleur des catastrophes, d'aucuns affirment que nous vivons dans une société du risque¹².

Pour rendre compte plus précisément de l'historique du risque, notamment du point de vue du travail, il est encore nécessaire de revenir sur un risque qui, justement, a été sous-estimé, voire même ignoré en son temps, pour finalement devenir l'un des plus grands scandales sanitaires, et particulièrement en droit du travail, de ces dernières années : l'amiante.

L'amiante est un matériau connu et utilisé depuis de très nombreuses années. En effet, « *les grecs, qui connaissaient l'amiante sous le nom d'“asbestos”, ainsi que les romains, réalisaient déjà des tissages d'amiante* »¹³. Son utilisation a cependant connu une forte augmentation avec le développement de l'industrie. On note d'ailleurs que « *c'est à partir de la révolution industrielle, avec une forte accélération du début du XX^{ème} siècle jusqu'aux années 1970-1980, que l'amiante fit l'objet d'une utilisation de plus en plus généralisée – certains font état de 3000 usages – en raison de ses propriétés isolantes et de sa solidité, en particulier sa résistance à la traction, au feu et aux acides* »¹⁴. En France, « *l'utilisation la plus massive eut lieu à partir de 1950, avec un point culminant en 1973 avec 170 000 tonnes, jusqu'à son interdiction – totale pour l'amiante-bleu et quasi-totale pour les autres variétés – par le décret n°96-1133 du 24 décembre 1996* »¹⁵.

Mais au fil des années, l'amiante est devenu une véritable problématique de santé publique. Dès 1899, au Royaume-Uni, « *le Dr Henri Montagne Murray à Londres fait la première observation d'un décès lié à l'amiante : il diagnostique une fibrose pulmonaire d'origine mystérieuse chez un ouvrier ayant travaillé pendant quatorze ans dans l'atelier de cadrage d'une filature d'amiante* »¹⁶. En France, c'est l'Inspection du travail, et plus particulièrement, M. Auribault, qui pointe du doigt les problèmes causés par l'amiante, et ce dès 1906. Auribault précise alors que « *l'atmosphère des filatures et tissages d'amiante tient constamment en suspension un nombre infini de cristaux de silice exerçant leur*

¹⁰11 mars 2011, à la suite d'un tsunami ayant touché les côtes japonaises.

¹¹21 septembre 2001.

¹²P. LAGADEC, *La civilisation du risque, catastrophes technologiques et responsabilité sociale*, Seuil, 1981.

¹³M-P. BLIN-FRANCHOMME et I. DESBARATS, *Droit du Travail et Droit de l'Environnement, Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, 2010, p. 227.

¹⁴*Ibidem*.

¹⁵*Ibid.*, p. 228.

¹⁶G. DERIOT et J-P. GODEFROY, *Rapport d'information n°37 fait au nom de la mission commune d'information « Le drame de l'Amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir »*, Sénat, 2005, p. 2.

action dangereuse sur les organes respiratoires des ouvriers »¹⁷ . Il faut cependant, ici, remettre cette note dans son contexte historique et peut-être prendre des précautions quant à l'impact qu'elle a pu avoir à cette époque. Ce rapport n'a ainsi pas eu l'impact considérable qu'on lui prête aujourd'hui, en 1906, et il se pourrait même qu'il soit tout simplement passé inaperçu !

En tous les cas, le risque présenté par l'amiante était bien connu, longtemps avant son interdiction. Dans l'un de ses rapports, le Sénat l'admet lui-même et mentionne alors l'année 1965 : « *la perception par l'administration de ce qu'il y avait à savoir sur les maladies causées par l'amiante, y compris le temps de latence très important, était donc déjà bien établie 15 ans avant l'interdiction de l'amiante* »¹⁸ . Finalement, il faudra attendre la question de l'Université de Jussieu pour que l'opinion publique ouvre les yeux et s'intéresse enfin à l'amiante. Mais, alors, il est déjà trop tard : « *en 1994, six décès d'enseignants au lycée de Gérardmer sont imputés à l'amiante et les chercheurs de Jussieu sont inquiets. Les aberrations du CPA, déjà relevées par Force ouvrière en 1986 deviennent alors flagrante aux yeux de tous : comment a-t-on pu confier le problème de l'amiante aux industriels de l'amiante ? En 1995 le CPA disparaît discrètement et le 26 décembre 1996 l'amiante est interdit. Entre-temps, l'amiante a infecté des dizaines de milliers de personnes et l'on attend 100 000 décès en France pour les années à venir* »¹⁹ . Aujourd'hui, et selon l'Organisation Mondiale de la Santé, « *l'amiante est responsable d'environ la moitié des décès dus à des cancers contractés au travail* » et « *selon de nouvelles estimations, les décès dus au mésothéliome dans 15 pays d'Europe coûtent à la société plus de 1,5 milliards d'euros par an* »²⁰ .

On peut dès lors se poser la question suivante : pourquoi a-t-il fallu attendre autant d'années pour que l'amiante soit interdit en France, et même encore plus longtemps (en 2005) pour que cette interdiction soit généralisée à l'échelle européenne ? La réponse est simple et aura toujours la même justification : aucune décision n'a été prise à l'époque pour des raisons à la fois économiques (l'amiante était un matériau aux propriétés miraculeuses, et à bas coût), et politique (notamment en raison de l'existence du Comité Permanent Amiante). Aujourd'hui encore, des travailleurs y sont confrontés dans l'indifférence absolue des pouvoirs publics. Ainsi, les désamianteurs mis en place un peu

¹⁷M. AURIBAUT, Note sur l'hygiène et la sécurité des ouvriers dans les filatures et tissages d'amiante, 1906, Inspection du Travail, p.125. <http://www.inspection-du-travail-sud-travail-affaires-sociales.fr/>.

¹⁸G. DERIOT et J-P. GODEFROY, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹G. UMBHAUER, De l'amiante au chrysotile, une évolution stratégique de la désinformation, *Revue d'Economie Industrielle*, n°131 Varia, 3ème trimestre 2010, pp. 105-132.

²⁰Service d'information de l'ONU, « Un Européen sur trois risque d'être exposé à l'amiante », selon l'OMS, *Centre d'actualité de l'ONU*, <http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=34710#.WPpY29LyhPZ>.

partout en France, ne peuvent, pour le moment, pas évoquer le préjudice d'anxiété devant les juridictions françaises²¹.

II) La nécessité d'anticiper les risques émergents et invisibles.

Le scandale de l'amiante rend nécessaire de s'intéresser aux risques invisibles et émergents en droit du travail. Ce sont des risques que l'on peut qualifier de peu connus, voire même inconnus, et qui arrivent sur le devant de la scène. Juridiquement, ce sont des risques qui ne sont pas encore pris en compte par la réglementation, ou en tout cas pas de manière poussée. Il faut bien reconnaître que c'est le cas de nombreux risques, dont on parle, aujourd'hui, du bout des lèvres : laine de verre, hydrocarbures, nanomatériaux...

Pourquoi ces risques apparaissent-ils comme problématiques ou dangereux ? En réalité, c'est la perception que l'on a de ces risques, et la volonté que l'on a (ou non) de les prendre en compte qui va créer des problématiques importantes. La réglementation actuelle ne prend pas toujours en compte ces risques, ou en tout cas, on peut noter que cette prise en compte ne se fait pas nécessairement de manière individualisée. On les retrouve tout simplement dans une partie du Code du travail consacrée aux risques dits CMR (Cancérogènes, Mutagènes, Reprotoxiques).

A ce titre, les nanomatériaux peuvent s'avérer intéressants à être évoqués. Ces substances se trouvent, pour rappel, naturellement présentes dans l'air, puisqu'on retrouve jusqu'à 10 000 nanoparticules dans un centimètre cube d'air. D'ailleurs, la Commission européenne définit le nanomatériau comme « *un matériau naturel, formé accidentellement ou manufacturé, contenant des particules libres, sous forme d'agrégat ou sous forme d'agglomérat, dont au moins 50% des particules, dans la répartition numérique par taille, présentent une ou plusieurs dimensions externes se situant entre 1 nm et 10 nm* »²². Et ces nanomatériaux sont particulièrement appréciés pour leurs diverses utilités, à l'instar de l'amiante, à son époque. On relève, parmi leurs nombreuses propriétés, une résistance mécanique, une conductivité électrique et une réactivité chimique importantes.

²¹ Cette affirmation pourra faire éventuellement l'objet d'une évolution à la suite de l'élargissement de la prise en compte du préjudice d'anxiété, par un arrêt rendu par la Cour de Cassation en avril 2019 (Assemblée Plénière, 5 avril 2019, n° 18-17.442 : *Bull. AP*, à paraître).

²² Commission Européenne, Recommandation de la Commission du 18 octobre 2011 relative à la définition des nanomatériaux, 2011/696/UE.

La réglementation française ne les traite pas, actuellement, de manière à part entière. Pourtant, il ne s'agit pas de matériaux tout à fait inoffensifs : c'est pour cette raison que l'on peut parler de risques invisibles. Ainsi, on sait que *« l'utilisation de ces particules peut avoir des effets toxiques, notamment en fonction des caractéristiques propres à chaque nano-objet »*²³. Le SCENIHR (Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks) précise, déjà en 2009, que *« les dangers pour la santé et l'environnement ont été démontrés pour une variété de nanomatériaux manufacturés. Les dangers identifiés ont indiqué des effets toxiques potentiels des nanomatériaux pour l'homme et l'environnement »*²⁴.

De la même manière, on peut citer encore les particules minérales allongées d'intérêts (ou PMAi) pour lesquelles l'ANSES (Agence Nationale de Sécurité Sanitaire de l'Alimentation, de l'Environnement et du Travail) a rendu deux avis, en décembre 2015 et juin 2017, et pour lesquelles, aussi, la Direction Générale du Travail (DGT) a émis une note en juillet 2018. Ces PMAi sont des variétés de fibres non asbestiformes, et qui ne sont donc pas, de ce fait, couvertes par la réglementation sur l'amiante (qui, rappelons-le, est particulièrement contraignante, notamment en termes de protection des salariés) bien qu'en vertu du principe de précaution, et comme le rappelle l'ANSES, il serait préférable que ce soit le cas, puisqu'on trouve ces PMAi dans de nombreux enrobés bitumineux.

Dispose-t-on tout de même « d'armes », de moyens de défense, face à ces redoutables polluants, aujourd'hui ? Il est vrai qu'il existe, par exemple, les principes de prévention et de précaution. Ainsi, l'article 5 de la Charte de l'Environnement de 2004 prévoit 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 »*. Le principe de prévention, lui, est moins intéressant dans le domaine des

²³Salon des Industries du Futur, Conférence de l'Apave sur les nanomatériaux, Parc des Expositions de Mulhouse, juin 2017.

²⁴« The Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks (SCENIHR) concluded: "The health and environmental hazards were demonstrated for a variety of manufactured nanomaterials. The identified hazards indicate potential toxic effects of nanomaterials for man and environment" », traduction personnelle, Commission Staff Working Paper, Types and uses of nanomaterials, including safety aspects Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials, 2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1505556300190&uri=CELEX:52012SC0288>.

risques invisibles et émergents. En effet, il permet de mettre en place des mesures « préventives », afin d'éviter la réalisation du dommage, mais dont la consistance et les éventuelles conséquences sont connues. Le principe de précaution, lui, vise les risques incertains et invisibles.

La problématique est pourtant là : ce ne sont que des principes, qui n'ont d'ailleurs pas nécessairement vocation à s'appliquer au domaine du Code du travail. Par ailleurs, ces principes doivent être mis en balance face aux intérêts économiques et sociaux en présence. La réglementation française, en droit du travail, traite de manière générale des risques dits CMR, mais certains matériaux, tels que les nanomatériaux, ou les PMAi, (ou encore la laine de verre), ne sont pas traités de manière individuelle parce que, justement, on ne connaît pas encore suffisamment les risques qu'ils présentent pour la santé humaine. Certes, le principe de précaution, en ce qu'il commande qu'une action soit menée avant que la menace ne se soit matérialisée, risque d'aller à l'encontre du bien-être économique, notamment celui des entreprises. Est-il vraiment nécessaire d'agir maintenant, alors que l'on pourrait se rendre compte, plus de vingt ans après, que toute cette énergie, et l'argent dépensé, n'ont été que vains, en ce sens que le matériau visé n'est, finalement, pas dangereux ? Mais alors, faudra-t-il encore attendre trente ans, de la même manière qu'il a fallu attendre pour que l'amiante soit interdit, que les maladies relatives à ces éléments se déclenchent pour prendre des mesures ? Entre risque économique pour l'entreprise et risque pour la santé des personnes, il faudra choisir.

Conclusion

MATTIUSSI Julie

**Maîtresse de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)**

Les risques en entreprise sont nombreux. Si la diversité de leur nature n'est plus à démontrer – risques patrimoniaux et financiers pour l'entreprise elle-même, risques pour la santé ou la vie privée des personnes physiques qui concourent à son fonctionnement –, les différentes contributions de ce numéro mettent surtout l'accent sur la pluralité des personnes sur lesquelles pèse la charge des risques et sur les antagonismes autour de la répartition des risques.

En matière de risques, l'intérêt de l'entreprise peut ainsi se heurter à d'autres intérêts que l'on retrouve tant à l'intérieur de l'entreprise (I) qu'à l'extérieur de l'entreprise (II).

I) La répartition des risques à l'intérieur de l'entreprise

L'entreprise est un laboratoire au sein duquel la charge des divers risques doit être répartie tant entre l'entrepreneur ou entrepreneuse et le ou la dirigeante, mais aussi entre l'entrepreneur ou entrepreneuse et ses salariés.

D'une part, les risques sont répartis entre l'entreprise et son dirigeant. En principe, l'entreprise a bien souvent la forme d'une personne morale, ce qui permet de protéger le patrimoine des personnes physiques qui se trouvent derrière. Mais le rôle d'écran joué par la personne morale trouve ses limites en cas d'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant. La charge des risques peut alors être répartie entre ces deux personnes, ou plus exactement entre ces deux patrimoines lorsqu'une seule et même personne physique se trouve être dirigeante et majoritaire au sein de la société¹.

D'autre part, lorsque l'entreprise prend le visage de l'employeur, les risques qu'elle prend doivent être contrebalancés avec ceux qui pèsent sur ceux qui mettent leur force de travail au service de l'activité : les salariés. Les obligations pour l'employeur d'assurer la sécurité et la préservation de la santé des salariés

¹*Supra*, P. SCHULTZ, « La responsabilité personnelle du dirigeant de société ».

sont nombreuses² et scrupuleusement contrôlées par l'inspection du travail³, parfois au détriment de l'activité économique de l'entreprise. Elles sont néanmoins essentielles, en témoignent les catastrophes susceptibles de se réaliser lorsque que les risques, en raison de leur caractère invisible, n'ont pu être anticipés⁴.

Mais les risques en entreprise ne sont pas uniquement supportés à l'intérieur de l'entreprise. L'activité d'entreprise implique en effet de penser le risque engendré ou supporté par l'entreprise à l'égard de tierces personnes.

II) La répartition des risques à l'extérieur de l'entreprise

Les risques peuvent être encadrés en cas d'intérêts antagonistes entre l'entreprise et les clients, comme l'illustre parfaitement le cas du secteur des assurances. La prise de risque est en principe inhérente à l'activité d'assurance mais parfois les clients ont des caractéristiques qui accroissent le risque pris par l'entreprise : c'est le cas lorsqu'il s'agit d'une personnalité politique ou médiatique (personnalité particulièrement exposée). Ces personnalités sont en effet en elles-mêmes considérées comme porteuses d'un risque particulier de détournement de fond ou blanchiment d'argent du fait de l'importance des versements qu'elles sont susceptibles de réaliser. Le droit permet alors d'accroître la vigilance susceptible d'être mises en œuvre par l'entreprise. Il faut néanmoins prendre garde aux risques que cela peut engendrer pour la vie privée des clients, d'autant plus que ces mesures sont susceptibles d'être mises en place à titre préventif, donc en l'absence d'élément laissant à penser qu'une infraction est sur le point d'être commise par le client⁵.

Les intérêts s'opposent également lorsque l'entreprise, dont l'intérêt est d'accroître son capital, cherche à obtenir des droits privatifs de propriété intellectuelle au détriment du domaine public. L'intérêt privé s'oppose alors à l'intérêt collectif, qui voit peser sur lui la menace d'être réduit à peau de chagrin s'il n'est pas défendu. C'est là l'intérêt de la notion de *copyfraud*, qui permet de limiter le risque que les créations de toutes sortes appartenant en principe au domaine public soient appropriées par des acteurs privés⁶.

²Supra, C. LECOEUR, « La santé au travail ».

³Supra, C. SIMON, « Regard d'une professionnelle sur les risques liés à la santé au travail ».

⁴Supra, C. KARM, « Les risques invisibles et émergents en droit du travail ».

⁵Supra, C. ROTILY, « Les mesures de vigilance relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en assurance-vie – L'exemple des personnes politiquement exposées (PPE) ».

⁶Supra, D. PIATEK, « Le *copyfraud* ou les dangers des droits privatifs pour le domaine public ».

En somme, la réflexion sur le risque en entreprise conduit à mettre en exergue divers risques qui *ne sont pas supportés par les mêmes personnes*. Le rôle du juriste est alors d'arbitrer. À la dialectique de la prévention du risque futur et de la sanction du risque réalisé doit alors être ajoutée celle de la juste répartition des risques pris par chacun. Il s'agit là du fil conducteur entre les contributions qui, en dépit de leur très grande diversité, ont toutes en toile de fond l'idée de répartition de la charge des risques en entreprise. La réflexion sur le risque par le prisme de l'entreprise permet donc de mettre en avant la nécessité d'assurer un équilibre dans la répartition de la charge des risques associés à l'activité d'entreprise et, partant, nourrit la réflexion sur l'incontournable notion de risque.