

PROPOS INTRODUCTIFS

Sophie PRÉTOT

Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de L'Hospital (CMH) UR 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Chers étudiants, chers doctorants, chers docteurs, chers collègues¹,

Le bureau de l'Association clermontoise des doctorants et docteurs en droit, qui organise cette manifestation scientifique, m'a sollicitée, et je les en remercie, afin que je tienne quelques propos introductifs à cet après-midi. « À mes risques et périls », je vais donc « m'y risquer » car, comme dit le proverbe, « qui ne risque rien n'a rien »...

« À mes risques et périls », « je vais m'y risquer », « qui ne risque rien n'a rien »... Il n'a échappé à personne que le risque a une connotation négative.

Dans le langage courant, le risque, dont l'origine étymologique est débattue et incertaine², désigne « un danger, un inconvénient plus ou moins prévisible³ ».

En droit, le risque est l'« événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou la date de cette réalisation » ; le terme est utilisé aussi bien pour désigner « l'éventualité d'un tel événement en général » que pour identifier « l'événement spécifié dont la survenance est envisagée⁴ ». Le risque est ainsi une notion qui porte une appréciation de valeur sur le réel. Il est associé à ce qui est susceptible d'être dangereux ou dommageable. La notion juridique de risque ne peut probablement être cernée avec précision et rigueur, à la manière d'une notion conceptuelle⁵. Il est néanmoins possible d'esquisser un tableau des risques saisis par le droit et de réfléchir aux divers mouvements suivis par le droit.

-
1. Le style oral de l'intervention a été conservé.
 2. Le Robert, Alain Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, 4304 p.
 3. A. Rey (dir.), *ibidem*.
 4. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, 1103 p.
 5. En ce sens, v. notam. Hugo Barbier, *La liberté de prendre des risques*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Institut de droit des affaires », 2010, spéc. n° 17 ; Maryse Deguergue, « Risque », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF,

La Revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 28, 2024.
DOI : 10.52497/revue-cmh.2742

Les risques dont le droit peut se préoccuper sont extrêmement nombreux et divers. L'on peut s'intéresser :

- aux risques contractuels,
- aux risques financiers,
- aux risques entrepreneuriaux,
- aux risques industriels,
- aux risques médicaux, etc.

Toute notre vie, toute notre collectivité, toutes nos activités peuvent être pensées en termes de risques. Le droit semble s'en emparer toujours plus, mais il s'en saisit différemment selon les personnes que ce risque expose et selon la nature du risque.

Pendant longtemps, le risque était d'abord perçu comme individuel. Le risque que chacun prend pour lui-même relève de sa liberté individuelle et n'a pas à être encadré outre mesure. La liberté d'entreprendre permet à chacun de prendre des risques et, peut-être, de faire fortune⁶. L'autonomie de la volonté laisse chacun conclure des contrats dans les conditions qu'il négocie pour lui-même : la mauvaise affaire n'est pas source de nullité en droit des obligations⁷. Aujourd'hui, le concept d'auto-détermination⁸, caractérisé par la Cour européenne sur le fondement de l'article 8 de la Convention, consacre notre liberté à disposer de notre corps et, par là même, à l'exposer à des risques insensés. Chacun peut prendre des risques pour lui et doit les assumer. Le risque individuel est parfois vanté : ainsi les *start-up* sont-elles applaudies. Le risque individuel peut même être récompensé. Ainsi en est-il dans une société libérale qui récompense largement les actionnaires supportant le risque du financement de l'entreprise. Le privilège d'argent frais pousse d'ailleurs cette logique jusqu'au bout puisque celui qui, dans le cadre de la procédure de conciliation, aura pris le risque de financer une entreprise en difficulté sera privilégié dans le paiement de sa créance si l'entreprise fait finalement l'objet d'un redressement, d'une sauvegarde ou d'une liquidation judiciaire⁹.

Toutefois, le risque peut dépasser la sphère individuelle de l'auteur du risque. L'activité d'une personne peut en effet exposer autrui à des risques et, avec les évolutions techniques et scientifiques, ces risques peuvent être particulièrement graves. Le droit du travail et le droit de la responsabilité ont, dès la fin du XIX^e siècle, ainsi évolué pour mieux prendre en compte l'apparition de ces nouveaux risques et mieux

coll. « Quadrige », 2003, p. 1372 s. ; Jacques Moury, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*, n° 16, 2012, p. 1020 sq.

6. V. notam. H. Barbier, ouvrage précité, spéc. n° 114.

7. V. notam. Judith Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2022, p. 530 sq.

8. V. spéc. CEDH, 17 févr. 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 45558/99, *D.*, n° 43, 2005, p. 2973 sq., note M. Fabre-Magnan.

9. C. com., art. L. 611-11.

protéger les victimes. La théorie du risque¹⁰ connaît alors une traduction en droit de la responsabilité civile. Pour Saleilles :

Toute activité qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui.
C'est celui qui en a la direction qui doit en payer les risques¹¹.

Ainsi la responsabilité peut-elle être objectivée et l'indemnisation de dommages causés, sans que la faute d'une personne puisse être caractérisée, devient-elle possible. La responsabilité du fait des choses¹² et la responsabilité du fait d'autrui¹³ peuvent ainsi permettre d'engager la responsabilité de personnes qui créent des risques pour autrui¹⁴.

Au cours du xx^e siècle, ces risques auxquels notre société se trouve confrontée se sont multipliés et ont pris une importance grandissante. Certains risques trouvent clairement leur origine dans l'activité d'une personne déterminée mais parfois l'origine des risques est plus diffuse. Ses effets peuvent également être plus généraux. Aujourd'hui, l'on évoque, par exemple :

- les risques environnementaux,
- les risques sanitaires,
- les risques financiers,
- ou encore les risques nucléaires.

Face à ces risques, l'on brandit alors, par exemple :

- le droit à la santé,
- le droit à un environnement sain,
- le respect de la dignité humaine,
- le principe de sécurité juridique.

Cette omniprésence des risques liés notamment aux progrès continus de la science qui nous dépassent serait, selon certains sociologues et philosophes, à l'origine d'une société du risque¹⁵, une société « manufacture de risques¹⁶ » dans laquelle gouverne-

10. V. Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., Paris La Défense, LGDJ, 2019, n° 68 sq.
11. Raymond Saleilles, « Le risque professionnel dans le Code civil », in *La réforme sociale*, Paris, Société d'économie sociale, 1901, p. 634 sq., cité par G. Viney, ouvrage précité, n° 68.
12. Cass. ch. réunies, 13 févr. 1930, publié (arrêt « Jand'heur »).
13. Ainsi en est-il de la responsabilité du commettant du fait de son préposé, de la responsabilité des parents du fait de leur enfant (Cass. 2^e civ., 19 févr. 1997, n° 94-21.111, publié) et de la responsabilité pour autrui fondée sur l'article 1242, al. 1^{er}, du Code civil (Cass. crim., 26 mars 1997, n° 95-83.956, publié).
14. V. G. Viney, *ibidem*.
15. V. spéc. Ulrich Beck, *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 2008, 521 p. V. également François Ewald, *La Société du risque. Risque et Politique*, vidéo Canal-U, Université de tous les savoirs (UTLS), 20 oct. 2000 [En ligne] URL : <https://www.canal-u.tv/34915> [consultée le 31/08/2023].
16. Bruno Latour, « Avant-propos », in U. Beck, ouvrage précité, p. 8.

ments et individus doivent nécessairement penser en termes de risques¹⁷, une société dans laquelle un certain scepticisme à l'égard de la science et de la technique se développe en raison de « l'impuissance de la rationalité techno-scientifique à répondre à l'expansion des menaces et des risques liés à la civilisation », une société dans laquelle s'affirme une in-compatibilité « de la répartition des richesses et de la répartition du risque », voire même une concurrence de leurs « logiques¹⁸ ».

L'on comprend ainsi pourquoi le droit peut poursuivre la minimisation des risques. Le droit peut chercher à éviter la réalisation de risques, il peut prévenir l'apparition de risques. Il peut également viser un aplanissement des conséquences du risque : il organise alors la réparation du risque par son auteur ou met en place une politique de mutualisation des risques.

L'étude du droit privé révèle de nombreux mécanismes en ce sens.

En droit de l'environnement par exemple, le Code de l'environnement consacre le principe de précaution « selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable¹⁹ ». En droit des assurances, les cas d'assurance obligatoire, pour le propriétaire d'un véhicule terrestre à moteur en circulation par exemple, sont nombreux²⁰. En droit des contrats, la jurisprudence n'a pas hésité à créer une obligation de sécurité dans les contrats de transport de nature à réparer les dommages causés à la personne transportée lors de l'exécution du contrat²¹. En droit de la consommation²², en droit des sûretés²³,

17. Patrick Peretti-Watel, *La société du risque*, Paris, La Découverte, coll. « Repères (Maspéro) », 2001, p. 41.

18. U. Beck, ouvrage précité, p. 107.

19. C. env., art. L. 110-1.

20. C. assur., art. L. 211-1.

21. V. Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Suzanne Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n^o 499 sq.

22. Ex. : C. conso., art. L. 111-1 sq.

23. Ex. : C. civ., art. 2299 : « Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier. À défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci. » ; C. civ., art. 2302 : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée. Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise. »

en droit patrimonial de la famille²⁴, les obligations d'information, de mise en garde et divers formalismes se sont multipliés, afin de limiter les risques de consentement donné à la légère et des conséquences graves qui pourraient en découler. En droit de la responsabilité civile, la théorie des troubles anormaux de voisinage peut permettre la réparation d'un risque de dommage, tel que le risque d'incendie²⁵. En droit des sociétés²⁶, la responsabilité des sociétés donneuses d'ordre a pour objectif de responsabiliser davantage les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre, afin de prévenir les risques d'atteintes à l'environnement, à la santé et à la sécurité des personnes, ainsi qu'aux droits fondamentaux par les sociétés filles et certains sous-traitants et fournisseurs. Et l'on pourrait multiplier encore les exemples.

Bien des dispositions du droit privé poursuivent, incontestablement, l'effacement, ou au moins la diminution, des risques pouvant se présenter. Aujourd'hui, l'acceptation des risques pour soi, elle-même, empêche plus difficilement l'indemnisation du dommage découlant de la réalisation du risque²⁷.

Quoi qu'il en soit, en tant que juristes, il paraît fondamental de penser cette gestion des risques toujours plus nombreux afin, notamment, de :

- protéger la santé des individus,
- sauvegarder l'environnement,
- protéger les personnes socialement et financièrement plus vulnérables.

Néanmoins, il paraît également indispensable de prendre de la hauteur et de s'interroger sur les limites des politiques de minimisation des risques.

D'un point de vue anthropologique, l'obsession pour la gestion du risque n'est probablement pas neutre. La vie elle-même est un risque, celui de la mort. Conclure un contrat est un risque, celui de faire une mauvaise affaire. Inventer est un risque, celui de ne rien trouver ou d'être dépassé par son invention. La gestion, à tout prix, du risque dont la réalisation est, par essence, incertaine, peut donc être source de paralysie.

24. Ex. : C. civ., art. 929 sq. (renonciation anticipée à l'action en réduction).

25. Ex. : Cass. 2^e civ., 24 févr. 2005, n^o 04-10.362, publié : « Mais attendu que l'arrêt retient que l'expert a relevé la présence d'un tas de paille à moins de 10 mètres de la maison des époux X... stockage qui, selon lui posait un problème au niveau de la sécurité incendie, ainsi qu'un dépôt de paille dans une grange située à proximité de l'immeuble des intimés ; que, le stockage de paille ou de foin, en meules à l'extérieur ou entreposé dans une grange est bien de nature à faire courir un risque, dès lors qu'il était effectué en limite de propriété et à proximité immédiate d'un immeuble d'habitation ; que si la paille est effectivement un produit inerte, il n'en demeure pas moins que son pouvoir de combustion est particulièrement rapide et important, et qu'une simple étincelle peut suffire à provoquer son embrasement ; que, compte-tenu du risque indéniable qu'elle faisait courir à l'immeuble des époux X..., la proximité immédiate du stockage de paille de Mme Y... constituait pour ceux-ci un trouble anormal de voisinage, auquel il devait être remédié ; Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis a caractérisé l'existence d'un trouble anormal de voisinage. »

26. C. com., art. L. 225-102-4.

27. V. spéc. Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, 5^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2021, n^o 281.

Surtout, d'un point de vue juridique, l'expérience nous montre que vouloir maîtriser, à tout prix, les risques, peut aussi heurter les droits et libertés fondamentaux. Par exemple – juste un exemple – pendant la Covid-19, le traitement des personnes âgées en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) a paru particulièrement problématique. Parce qu'il convenait de maîtriser les risques sanitaires, ces personnes âgées ont vu leur liberté d'aller et de venir et leur droit au respect de leur vie privée très fortement et trop longuement atteints²⁸. La maîtrise des risques ne justifie pas tout.

En réalité, tout est question de domaine, de finalité et de mesure. La nature et la probabilité du risque, de même que les enjeux propres à telle ou telle matière, conduisent certainement à appréhender différemment le risque.

Aussi une approche thématique est-elle tout à fait opportune. L'approche thématique nous permet, sans aucune prétention à l'exhaustivité, de penser le droit privé comme outil de minimisation des risques. Dans quelle mesure le droit privé est-il un instrument efficace contre l'apparition de risques ou contre la réduction de leurs effets ? Quels risques sont-ils visés ? Pourquoi ? Jusqu'où cette maîtrise des risques est-elle souhaitable ?

Le contrat, l'entreprise et l'humain sont trois domaines dans lesquels cette étude peut être pertinemment conduite. Ces réflexions donneront un premier aperçu du droit privé comme outil de minimisation des risques. Premier aperçu car le thème est large et ambitieux. Mais premier aperçu essentiel à l'étude de ce sujet.

28. V. Sophie Prétot, « La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ? », *Revue Juridique de la Sorbonne / Sorbonne Law Review*, n° 2, déc. 2020, pp. 171-177.