

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	7
SOMMAIRE.....	11
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	13
INTRODUCTION	19
I. Toute liberté juridiquement reconnue est le fruit d'une société donnée	20
II. La société du risque.....	26
III. La nécessaire reconnaissance de la liberté de prendre des risques .	37

PREMIÈRE PARTIE

L'AFFIRMATION SOUHAITABLE DE L'EXISTENCE D'UNE LIBERTÉ DE PRENDRE DES RISQUES

TITRE I - Les fondements de la liberté de prendre des risques	57
Sous-titre I - La reconnaissance par le droit des fondements extra-juridiques de la liberté de prendre des risques	59
Chapitre I - La reconnaissance des vertus morales et sociales de la liberté de prendre des risques.....	61
Section I - La contrariété apparente de la liberté de prendre des risques à l'ordre social.....	61
§1. La contrariété de la liberté de prendre des risques à l'exigence contemporaine de sécurité.....	61
A. Contrariété à l'essor du paternalisme	62
B. Contrariété à l'essor de la fonction préventive de la responsabilité.....	64
§2. L'exigence contemporaine de sécurité, fruit de l'intensification de la recherche de la paix sociale	66
Section II - La conformité profonde de la liberté de prendre des risques à l'ordre social.....	69
§1. Le droit reconnaît la conformité de la liberté de prendre des risques à l'ordre social	69
A. Un principe établi par la philosophie du droit.....	69
I. La liberté de prendre des risques, source de développement du sens de la prudence	70
II. La liberté de prendre des risques, source de déploiement de la personnalité.....	72
B. Un principe confirmé par la sociologie juridique et l'analyse économique du droit.....	74

§2. L'effectivité de cette liberté est la condition de sa conformité à l'ordre social.....	78
A. L'effectivité de la liberté suppose la capacité de connaître le risque	79
B. L'effectivité de cette liberté suppose la capacité de refuser le risque	83
Chapitre II - La reconnaissance des vertus économiques de la liberté de prendre des risques.....	87
Section I - L'évolution de la pensée économique sur la prise de risque.....	87
§1. La pensée économique initiale : la liberté maximale de prendre des risques, condition de l'innovation.....	88
A. La pensée de Schumpeter.....	88
I. Les racines françaises de la pensée de Schumpeter : la prise de risque, condition du profit.....	88
II. Le contenu de la pensée de Schumpeter : la prise de risque, condition de l'innovation	91
B. Le dépassement de la pensée de Schumpeter.....	93
I. L'établissement du principe d'incertitude.....	93
II. L'incertitude, justification de la liberté maximale de prendre des risques	95
§2. La nouvelle pensée économique : la liberté optimale de prendre des risques, condition de l'innovation.....	97
A. Les limites du modèle de la liberté maximale.....	97
B. La présence nécessaire d'espaces de sécurité aux côtés des espaces de risques	98
Section II - La réception de cette évolution par le droit	100
§1. L'attitude initiale du droit économique : l'encadrement du risque	100
§2. L'attitude nouvelle du droit économique : la régulation du risque.....	102
A. L'apparition d'une nouvelle fonction du droit face à l'économie.....	102
B. La fonction induite du droit : la recherche de la liberté optimale de prendre des risques.....	104
Sous-titre II - La reconnaissance souhaitable des fondements juridiques de la liberté de prendre des risques	109
Chapitre I - Un fondement dérivé des libertés existantes	111
Section I - La liberté de prendre des risques est une composante de libertés existantes	111
§1. La liberté de prendre des risques, composante de la liberté personnelle	111
§2. La liberté de prendre des risques, composante de la liberté contractuelle	113
§3. La liberté de prendre des risques, composante de la liberté d'entreprendre	115
§4. La liberté de prendre des risques, composante de la liberté de la recherche.....	117

Section II - Le rattachement aux libertés existantes est source d'une juridicité dérivée	119
§1. La juridicité de la liberté de prendre des risques dérivée des autres libertés	119
§2. L'exemple de la liberté d'entreprendre	121
Chapitre II - Réflexion sur l'opportunité d'un fondement propre	125
Section I - Une reconnaissance possible par le biais du rattachement à l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen	125
§1. Généalogie des libertés juridiques dépourvues de fondement textuel et finalement rattachées à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	126
A. Premier temps : la liberté est initialement non reconnue et non menacée	126
B. Deuxième temps : cette liberté devient menacée	128
C. Troisième temps : la liberté est finalement reconnue par le juge constitutionnel et rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	130
§2. Application à la genèse de la liberté de prendre des risques	133
A. Premier temps : la liberté de prendre des risques non reconnue et non menacée	133
B. Deuxième temps : la remise en question de la liberté de prendre des risques	134
C. Troisième temps : la reconnaissance de la liberté de prendre des risques ?	135
Section II - Une reconnaissance souhaitable ?	138
§1. La prise de risque n'est-elle pas une notion trop floue pour être objet d'une liberté ?	138
§2. Les libertés existantes ne suffisent-elle pas ?	141

TITRE II - Les frontières de la liberté de prendre des risques

Sous-titre I - Le droit laisse libre cours à la liberté de prendre des risques pour soi-même	151
Chapitre I - Le domaine du non-droit : le rapport à soi-même	153
Section I - Le mythe de la protection contre soi-même	153
§1. Prétendues expressions de la protection contre soi-même	153
§2. Justifications avancées : l'intangibilité, l'indisponibilité, la dignité	154
Section II - Démythification	157
§1. La protection contre soi-même est extérieure au droit	157
§2. Conséquences sur la compréhension de l'intangibilité, l'indisponibilité et la dignité	163
Chapitre II - Le régime de la liberté de prendre des risques pour soi-même	167
Section I - Le non-droit fait naître une simple faculté de prendre un risque	167
Section II - La simple faculté peut toutefois se muer en liberté lorsqu'elle est menacée par autrui	168

§1. Les prises de risque désapprouvées peuvent être restreintes impunément par les tiers	169
§2. Les prises de risque approuvées sont protégées des atteintes des tiers	170
§3. Les cas difficiles.....	171
Sous-titre II - Le droit délimite la liberté de prendre des risques pour autrui....	179
Chapitre I - La délimitation du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	181
Section I - La source du pouvoir réside dans le consentement du tiers	181
§1. Le droit contrôle la capacité du tiers à consentir à une prise de risque	182
A. La diffusion regrettable de l'esprit paternaliste du droit de la consommation dans le droit commun	182
I. La protection initiale du consommateur	183
II. La protection récente du profane.....	187
a) La naissance de la catégorie des profanes	188
b) Les critères de la distinction profane-averti	190
1) Les critères personnels.....	190
2) Les critères contextuels	192
B. Les limites souhaitables du paternalisme dans le droit commun.....	194
I. Un droit du profane à l'information sur les risques.....	194
II. L'absence d'une créance spécifique de sécurité au bénéfice du profane.....	196
a) Constatation de la confusion de l'obligation de mise en garde ou de conseil avec l'obligation de ne pas contracter	197
b) Dissipation de la confusion : le profane n'est pas créancier d'une obligation de ne pas contracter à la charge de son cocontractant.....	198
§2. Le droit contrôle le risque, objet du consentement	203
A. Le critère du contrôle n'est pas la nature du risque pris.....	203
I. La conception classique de l'indisponibilité du corps et la disponibilité des biens	203
II. Réfutation de la conception classique	205
B. Le critère du contrôle est la finalité du risque pris	207
I. Les finalités illégitimes	207
a) Une finalité de moins en moins combattue : la spéculation	208
b) Une finalité de plus en plus combattue : l'indignité.....	211
c) La finalité mal combattue : les pactes léonins	218
II. Les finalités légitimes.....	226
a) Les finalités médicales.....	227
b) Les finalités économiques	231
c) Les finalités ludiques	238
Section II - l'étendue du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	239
§1. La garantie du pouvoir : le devoir de non-immixtion du juge	239
A. Le principe du devoir de non-immixtion du juge dans le pouvoir de prendre des risques pour un tiers	239

B. Applications	240
§2. Les contours de la non-immixtion	243
A. Le contrôle maximal de la forme	244
I. Le contrôle de l'existence du pouvoir	244
II. Le contrôle de l'intention du titulaire du pouvoir	246
III. Le contrôle du comportement du titulaire du pouvoir.....	246
B. Le contrôle minimal du fond : la proportionnalité entre le risque pris et la chance espérée	249
Chapitre II - La délimitation de la liberté de prendre des risques pour tous	257
Section I - Le principe de liberté de prendre des risques pour tous	257
§1. La source de la liberté de prendre des risques pour tous réside dans l'intérêt général	258
A. L'intérêt général fonde l'acceptabilité de la liberté de prendre des risques pour tous	258
B. L'intérêt général justifie de se passer de l'acceptation du risque	260
§2. Le contrôle de cette liberté par la prévention du risque systémique.....	263
A. Le risque systémique	264
I. le risque systémique dans les systèmes bancaires et financiers	264
II. Le risque systémique dans le système juridique	267
B. L'apparition d'un droit spécial voué à la prévention du risque systémique	268
I. Un droit institutionnel spécial	269
a) L'existence de régulateurs mondiaux du risque sanitaire, environnemental et bancaire.....	269
b) Absence d'un régulateur mondial en matière de risque financier	271
II. Un droit matériel spécial	272
a) L'essor de règles matérielles spéciales en matière environnementale, bancaire et financière.....	272
b) L'essor de règles matérielles spéciales en matière de risque juridique	276
III. Un droit procédural spécial	284
a) L'admission jurisprudentielle des actions de groupe	285
b) La nécessité de la reconnaissance légale des actions de groupe	286
Section II - L'exception de précaution	289
§1. Le devoir de précaution est une exception à la liberté de prendre des risques	291
A. Analyse du devoir de précaution comme une exception à la liberté de prendre des risques	291
B. Le régime de l'exception de précaution	294
I. L'exception est d'interprétation stricte.....	294
II. La charge de la preuve revient à celui qui invoque l'exception	299

III. La limitation du principe par l'exception doit être proportionnée.....	302
§2. La sanction de l'excès de précaution	312
A. Contentieux de la légalité : substituer au contrôle de l'erreur manifeste un contrôle de l'erreur simple.....	312
B. Contentieux de la responsabilité de l'État : substituer à la responsabilité pour faute lourde, une responsabilité pour faute simple.....	315

DEUXIÈME PARTIE

L'INCITATION AU BON USAGE DE CETTE LIBERTÉ

TITRE I -La dissuasion des prises de risque excessives par le devoir d'en assumer les conséquences	327
Sous-titre I - Le droit oblige à assumer les risques pris pour soi-même	329
Chapitre I - Le champ du devoir d'assumer ses risques : les risques acceptés.....	333
Section I - Le devoir d'assumer les risques réellement acceptés	333
§1. le devoir d'assumer les risques explicitement acceptés	334
A. La clause de risques et périls.....	334
B. Les autres clauses d'acceptation des risques.....	336
§2. le devoir d'assumer les risques implicitement acceptés.....	337
A. Les risques implicitement acceptés par la détermination de l'objet du contrat.....	337
B. Les risques implicitement acceptés par la détermination du prix du contrat	339
I. Le bas prix peut révéler une acceptation des risques	340
II. Le prix forfaitaire peut également révéler une acceptation des risques	341
Section II - Le devoir d'assumer les risques réputés acceptés.....	344
§1. Fondement de la fiction de l'acceptation des risques.....	345
A. Rejet d'un fondement tiré de la volonté d'assumer les risques connus	346
B. Rejet du fondement de la faute, étude de l'« assumption of risks » en droit américain.....	348
C. La fonction prophylactique du devoir d'assumer les risques	350
§2. Le champ de la fiction : les risques réputés acceptés.....	352
A. Le devoir d'assumer les risques dont on a été informé	352
I. La fonction translatrice de risques de l'information.....	352
II. La condition du transfert de risque : l'adéquation de l'information au risque couru	357
III. Le cas particulier de l'information exclusive de prise de risque	358
B. Le devoir d'assumer les risques prévisibles.....	359
I. Détermination des risques prévisibles	360
a) Les risques prévisibles.....	360
b) Le risque imprévisible : l'apport de la théorie de « la sphère des risques » en droit allemand	365

II. Incidence de la qualité de profane ou d'averti sur la prévisibilité du risque	371
a) Le profane.....	371
b) L'averti	374
Chapitre II - Les effets de l'acceptation des risques	381
Section I - Les effets de l'acceptation des risques sur le contrat.....	381
§1. L'acceptation des risques détermine les zones commutative et aléatoire du contrat.....	381
§2. La zone aléatoire du contrat reste assumée par celui qui en a accepté les risques	384
A. L'acceptation des risques exclut l'existence d'un vice du consentement.....	384
I. Présentation séparée de l'effet de l'acceptation des risques sur les vices du consentement.....	385
II. Présentation unifiée	389
B. L'acceptation des risques exclut le droit à la garantie	390
I. Présentation séparée de l'effet de l'acceptation du risque sur les garanties légales	391
II. Présentation unifiée des garanties à partir du critère du risque accepté	392
Section II - Les effets de l'acceptation des risques sur la responsabilité	394
§1. L'acceptation des risques non fautive.....	394
A. En matière contractuelle, l'acceptation des risques du créancier exclut l'existence d'une obligation de résultat	395
B. En matière délictuelle, l'acceptation des risques de la victime exclut la responsabilité objective de l'auteur du dommage	398
§2. L'acceptation des risques fautive	402
A. L'acceptation des risques fautive produit les effets de la faute de la victime	402
B. Appréciation de la prise de risque fautive	402
Chapitre III - L'ordre public d'interdiction de transfert sur autrui des risques acceptés	405
Section I - L'ordre public d'interdiction de transfert des risques <i>de lege lata</i>	405
§1. Les limites du transfert du risque de responsabilité par le contrat d'assurance.....	406
A. La prise de risque face au caractère inassurable de la faute intentionnelle.....	406
I. Le caractère assurable des prises de risque	407
II. La question de l'assurance-responsabilité des dirigeants.....	408
B. La prise de risque et le caractère inassurable du risque inconnu	411
§2. Les limites du transfert du risque social par le contrat de portage de titres sociaux	413
§3. Les limites du transfert du risque d'entreprise par le contrat de travail.....	413
§4. Les limites du transfert du risque de crédit par le contrat de sûreté	415

Section II - L'ordre public d'interdiction du transfert des risques <i>de lege ferenda</i>	416
§1. La question du transfert du risque de crédit par les mécanismes boursiers	416
§2. La question des limites du transfert du risque de responsabilité dans les groupes de société	420
Sous-titre II - Le droit oblige à assumer les risques pris pour autrui.....	425
Chapitre I - Le devoir d'assumer les risques illicites.....	431
Section I - Le devoir d'assumer les dépassements du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	431
§1. La prise d'un risque refusé par le tiers	432
A. Absence complète de pouvoir	432
B. Dépassement du pouvoir de prendre des risques pour un tiers ..	435
§2. La prise d'un risque pour un tiers sans l'en informer	436
A. Le traitement confus par le droit positif de la perte de chance de ne pas prendre un risque	436
B. Proposition de mise en ordre.....	438
Section II - Le devoir d'assumer les fraudes et détournements du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	441
§1. La prise de risque frauduleuse.....	441
§2. Les détournements du pouvoir de prendre des risques	442
Section III - Le devoir d'assumer les négligences dans l'usage du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	443
Section IV - Le devoir d'assumer les usages inopportuns du pouvoir de prendre des risques pour un tiers	444
§1. Critères du risque excessif	445
§2. Préjudice réparable.....	449
Chapitre II - Le devoir d'assumer les risques anormaux.....	451
Section I - Le traitement disparate actuel du risque anormal	451
Section II - L'élan vers un traitement unifié.....	453
§1. La reconnaissance de la responsabilité du fait des activités dangereuses en droit de l'environnement.....	453
§2. La proposition d'introduction d'une responsabilité pour risque anormal en droit commun	454

TITRE II - L'incitation aux prises de risque nécessaires

par leur récompense	461
Sous-titre I - La récompense longtemps parcellaire de la prise de risque	463
Chapitre I - La récompense limitée de la prise de risque.....	465
Section I - Les manifestations classiques de la récompense de la prise de risque	465
§1. La récompense du commerçant.....	465
§2. La récompense de l'associé.....	466
§3. La récompense de l'assureur.....	467
§4. La récompense du banquier	467
Section II - Une récompense limitée et incomplète.....	468
Chapitre II - Les causes de la limitation de la récompense de la prise de risque.....	471

Section I - Une récompense éloignée de l'esprit des codes napoléoniens	471
§1. La récompense de la prise de risque dans le Code civil.....	471
A. La peur du risque.....	471
B. Le mépris du risque.....	472
§2. La récompense de la prise de risque dans le Code de commerce .	473
A. Le Code de commerce, réceptacle idéal de la récompense de la prise de risque.....	473
B. L'expression de la méfiance du Code de commerce à l'égard de la récompense de la prise de risque	474
Section II - Une récompense éloignée de l'esprit de l'état-providence	475
§1. L'apparition de l'État-providence.....	475
§2. La responsabilisation des preneurs de risques plutôt que leur récompense.....	476
Sous-titre II - La progression à parfaire de la récompense de la prise de risque	479
Chapitre I - La récompense de la prise de risque conforme à l'intérêt d'un tiers	481
Section I - La récompense classique de la prise de risque dans les contrats spéciaux	481
Section II - La récompense nouvelle de la prise de risque dans le droit commun du contrat	482
§1. Le refus initial de qualification de la prise de risque du contractant comme cause de l'engagement de son cocontractant.....	482
§2. Le revirement : la prise de risque analysée en cause de l'engagement	483
A. La reconnaissance de la valeur de la prise de risque.....	483
B. La reconnaissance de la prise de risque comme cause de l'engagement du contractant.....	485
Chapitre II - La récompense de la prise de risque conforme à l'intérêt d'un groupe.....	489
Section I - La récompense de la prise de risque conforme à l'intérêt d'une société	489
§1. La récompense du risque pris par les associés	490
A. La récompense des associés qui prennent plus de risques que les autres	490
B. La récompense des associés qui prennent moins de risques que les autres	492
I. La distinction naissante de l'associé et de l'investisseur dans la jurisprudence relative aux clauses léonines	493
II. Une distinction à consacrer par la création d'un contrat d'investissement distinct du contrat de société	494
§2. La récompense du risque pris par les dirigeants	496
§3. La récompense de la prise de risque des salariés des établissements financiers	501
Section II - La récompense de la prise de risque conforme à l'intérêt de la procédure collective	503

§1. Le privilège d'argent frais, une récompense permise par la nouvelle compréhension du principe d'égalité entre les créanciers	503
§2. Une récompense conforme aux finalités de la procédure	506
Chapitre III - La récompense de la prise de risque conforme à l'intérêt général	511
Section I - La récompense par l'appropriation des fruits de la prise de risque.....	511
§1. La récompense par un droit de propriété intellectuelle.....	512
A. La récompense de l'investisseur par un droit de propriété intellectuelle	513
B. La récompense de l'employeur par un droit de propriété intellectuelle	517
I. La différence actuelle de traitement entre l'employeur d'un salarié créatif et d'un salarié inventif.....	517
II. L'alignement souhaitable des droits des employeurs.....	519
§2. La récompense par un avantage concurrentiel.....	523
A. La récompense par la protection contre le parasitisme	523
I. La nécessité de récompenser la prise de risque par l'action en parasitisme	524
II. Recherche du mode le plus approprié de récompense.....	528
a) Les lacunes de la protection actuelle par l'article 1382 du Code civil.....	529
b) Rejet de la proposition de l'octroi d'un nouveau droit de propriété intellectuelle	532
c) La souhaitable consécration légale du parasitisme.....	536
B. La récompense par l'autorisation d'une entente	537
Section II - La récompense par un allègement de la responsabilité.....	540
§1. L'exonération pour risque de développement.....	541
§2. L'allègement de la responsabilité du banquier pour soutien abusif.....	542

CONCLUSION GÉNÉRALE.....549

BIBLIOGRAPHIE	553
I. Ouvrages généraux, manuels et traités.....	553
II. Ouvrages spéciaux, thèses, essais et monographies.....	556
III. Articles, études, encyclopédies juridiques.....	564
IV. Notes, observations, et conclusions de jurisprudence.....	588
V. Rapports	597

INDEX ALPHABETIQUE.....599

TABLE DES MATIÈRES609