

UNIVERSITE DE MONTREAL

La sanction préventive en droit de la responsabilité civile

Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes

par

Cyril SINTEZ

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit (LL. D.)

Décembre 2009

© Cyril Sintez, 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :
La sanction préventive en droit de la responsabilité civile
Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes.

Présentée par
Cyril Sintez

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Monsieur Jean-Louis Sourieux, président
Monsieur Loïc Cadiet, rapporteur
Monsieur Philippe Brun, rapporteur
Monsieur Pierre Noreau, co-directeur
Madame Catherine Thibierge, co-directeur
Monsieur Jean-Guy Belley, examinateur externe

La sanction préventive en droit de la responsabilité civile
Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes
Cyril Sintez

RESUME

Menée pour la première fois, l'étude des différentes dimensions de la prévention (la précaution, la cessation et la dissuasion) est rendue possible par la découverte des sanctions préventives en droit de la responsabilité civile.

Les sanctions préventives sont nombreuses en jurisprudence en vue de prévenir le dommage à différents stades : avant la réalisation du fait dommageable (mesure de prévention et de précaution), au cours de sa réalisation (mesure de cessation), après sa réalisation (dommages et intérêts provisionnels) et après sa reconnaissance juridique (dommages et intérêts punitifs). Concevoir une notion de sanction préventive devient alors essentiel pour comprendre les évolutions contemporaines du droit. Définie comme *l'effet de droit résultant d'une interprétation de la norme susceptible d'être violée*, la sanction préventive démontre que l'action introduite précocement par le justiciable peut aboutir. Si ces évolutions bouleversent les conditions classiques de la responsabilité, elles s'expliquent en revanche par une représentation de la responsabilité civile à partir de ses effets.

Sous l'angle des effets, l'existence des sanctions préventives met en lumière une mise en effet judiciaire des normes dans une finalité préventive. La mise en effet est une opération effectuée en pratique par le juge entre l'interprétation et l'exécution de la norme. *Ce temps de la mise en effet est celui durant lequel le juge choisit l'effet de droit apte à résoudre le litige.* Or, le choix de la sanction par le juge n'est pas entièrement libre. En effet, les sanctions préventives naissent d'un besoin sécuritaire. Cette effectivité désirée par les justiciables exerce une influence sur la mise en effet de la norme par le juge par l'introduction précoce de l'action en justice.

Qualifier les manifestations préventives de la responsabilité civile de sanctions juridiques naissant d'une opération judiciaire de mise en effet des normes permet ainsi de mieux rendre compte de la pratique du droit au sein d'une théorie renouvelée du procès.

Mots-clés

Action préventive – Dommages et intérêts punitifs – Effet de droit – Mesures d'anticipation – Mesures de cessation – Méthode généalogique – Précaution – Prévention – Principe de prévention proportionnelle – Sanction juridique – Théorie de l'interprétation – Théorie de la mise en effet des normes.

Preventive Sanction in the Law of civil responsibility
A contribution to the theory of construction and effectuation of legal norms
Cyril Sintez

The discovery of Preventive Sanction in the Law of civil responsibility is made possible by studying, for the first time, the various aspects of prevention (deterrence, cessation, precaution).

To prevent harm at different stages of realization, case law makes a broad use of Preventive Sanction: before harm is done (precautionary and preventive measures), while it is done (stop and cease order), after it is done (temporary damages) and after it has been legally recognized (punitive damages). Crafting a notion of Preventive Sanction becomes then central to the understanding of contemporary legal developments. Preventive Sanction defined as *the legal effects arising from the construction of a norm which might be broken*, show that early action brought by a plaintiff can be successful. The transformation of traditional requirements for responsibility by these developments can be explained by reframing civil responsibility from its effects.

This perspective allows for the preventive goal of judicial effectuation to be brought to light by the existence of Preventive Sanction. In practice, effectuation is performed by the judge and takes place between the construction and implementation of legal norms. The moment of effectuation occurs when the judge selects the legal effects destined to resolve a dispute. However, the judge is not entirely free when choosing a sanction. Preventive sanction originates from a need of security. Through early introduction of legal action, effectivity sought by plaintiffs impacts judicial effectuation of legal norms.

The practice of law, within a renewed theory of judicial action, is better accounted for by reframing “preventive expression” of the Law of civil responsibility as “legal sanction” arising from the judicial effectuation of legal norms.

Keywords

Preventive action – punitive damages – legal effects – anticipatory measure – stop and cease order – genealogical method – precaution – prevention – proportional prevention principle – legal sanctions – construction – effectuation.

Les universités d'Orléans et de Montréal n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je souhaite avant tout exprimer ma dette intellectuelle à l'égard de Mme Catherine Thibierge qui, par son écoute, son accompagnement et la finesse de ses critiques a permis la possibilité, la réalisation et l'achèvement de ces travaux. Merci de votre extraordinaire propension à m'avoir toujours poussé au-delà de moi-même dans la justesse et pour la clarté.

Je tiens également à remercier M. Pierre Noreau pour son enseignement de théorie et de sociologie du droit ainsi que pour son attention touchante lors de mes séjours outre-atlantique et son soutien indéfectible tout au long de ces cinq années de recherche.

J'adresse aussi mes remerciements aux membres du jury ainsi qu'à mes collègues des universités de Montréal et d'Orléans qui ont bien voulu relire le manuscrit et plus particulièrement Mlle Adélie Pomade, Mme Jimena Andino Dorato, Mme Samia Amor, M. Jacques Papy, Mlle Hélène Picot, et à mon compagnon de recherche M. Emeric Nicolas.

J'aimerais enfin remercier chaleureusement M. Robin Fortin, professeur de philosophie à Québec, pour ses relectures et ses conseils en philosophie et pour nos longues discussions sur la pensée complexe.

À tous les batteurs de grèves des mers du droit

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

- A -

Adde : ajouter
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
al. : alinéa
APD : Archives de philosophie du droit
art. : article
Ass. Plen. : Assemblée Plénière

- B -

BDEI : Bulletin de droit de l'environnement industriel
BGB : *Bürgerliches Gesetzbuch*, Code civil allemand
Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (formation précisée)
Bull. Joly : Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)

- C -

C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
C. Conso. : Code de la consommation
C. de D. : Cahiers de droit
CA : Cour d'Appel
CA : Cour d'appel fédérale du Canada (entre crochet)
CC : Conseil Constitutionnel
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cf. : Confère
Ch. : Chambre
Ch. réunies : Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron. : Chronique
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation (Numéro de la Chambre précisée)
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
COJ : Code de l'organisation judiciaire
Coll. Collection
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions
Contrats : Revue de droit des contrats
CPC : Code de procédure civile
Crim. : Chambre criminelle
CS : Cour supérieure du Canada

- D -

D. : Dalloz (Recueil)
D. : Décret
D. aff. : Dalloz Affaires
DC : Dalloz critique (de 1941 à 1944)
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
DH : Dalloz (de 1924 à 1940)
dir. : sous la direction de
Doctr. : Doctrine
Dr. famille : Droit de la famille
Dr. soc. : Droit social

- E -

éd. : édition
esp. : espèce
et alii. : et autres
ex. : exemple

- F -

Fasc. : fascicule

- G -

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du Palais

- I -

ibid. : *ibidem* (cité à la référence précédente)
infra : au-dessous de
IR : Informations rapides

- J -

JCP : Juris-Classeur Périodiques (Semaine Juridique)
Jurispr. : Jurisprudence
JO : Journal Officiel de la République Française

- L -

L. : Loi
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
LPA : Les petites affiches

- N -

n° : numéro

- O -

Obs. : Observations
OGM : Organismes génétiquement modifiés
op. cit. : *opere citato* (dans l'ouvrage cité)

- P -

p. : page
préc. : précité
PUF : Presses universitaires de France
PUL : Presses Universitaires Laval

- R -

R. du B. : Revue du barreau
rappr. : rapprocher
RD imm : Revue de droit immobilier
RD sanit. Soc. : Revue de droit sanitaire et social
RDP : Revue de droit public
Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RGDIP : Revue générale de droit international public
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJE : Revue juridique de l'environnement
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique

Rep. Civ. Dalloz : Dalloz (Encyclopédie)
RCA : Responsabilité civile et assurances
RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif

- S -

s. : et suivant(e)s
S. : Sirey (recueil)
Som. : sommaire
Spéc. : spécialement
Supra : au-dessus de

- T -

t. : tome
T. com : Tribunal de commerce
TC : Tribunal des conflits
TGI : Tribunal de grande instance
th. : thèse
th. préc. : thèse précitée
TI : Tribunal d'instance

- V -

V° : *Verbo, verbis*
v. : Voir

SOMMAIRE

PARTIE 1.

L'EXISTENCE DES SANCTIONS PREVENTIVES EN DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

Titre 1. La recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile

Chapitre 1. Les manifestations préventives de la réalisation du dommage

Chapitre 2. Les manifestations préventives des conséquences du dommage

Titre 2. La qualification de sanction des manifestations préventives

Chapitre 1. L'absence de la qualification de sanction des manifestations préventives

Chapitre 2. La pertinence de la qualification de sanction des manifestations préventives

PARTIE 2.

L'INFLUENCE DE LA SANCTION PREVENTIVE SUR LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

Titre 1. L'influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile

Chapitre 1. Le bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

Chapitre 2. Les raisons du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

Titre 2. L'influence de la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile

Chapitre 1. La découverte du principe de prévention proportionnelle

Chapitre 2. Pour une représentation de la responsabilité civile par ses effets

*« La thèse est une position avancée à laquelle se tient l'autre. On tient à l'autre.
Et puis ça se met en mouvement. »*

Jacques DERRIDA, *Points de suspension*, Entretiens, Galilée, 1992, p. 27.

*« Me voici à rêver d'une justice qui saurait « dire oui » à l'irréversible, au lieu de feindre
l'ignorer pour mieux s'y résigner. D'une sanction qui, enracinée dans ce passé irréversible,
trouverait la réponse en avant, orienterait cette réponse vers l'a-venir. Sanction devenir, donc,
qui s'ajouterait à la dualité restituer/réprimer une autre dualité revenir/devenir. Réconciliation
de l'irréversibilité sauvage et de la très sage et très civilisée justice... »*

Mireille DELMAS-MARTY, *Archives de politique criminelle*, n°7, 1984, p. 53.

INTRODUCTION

1. « Le propre de la responsabilité civile consiste à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »¹. Cette formule adoptée par la Cour de cassation est considérée par la doctrine du droit de la responsabilité civile comme l'expression de sa signification indemnitaire. Cette étude a pour ambition d'établir la généalogie du droit fondamental qui lui préside afin de montrer comment la prévention s'en retrouve exclue alors qu'elle s'évince du droit positif.

2. Ceux pour qui l'expression *sanction préventive* apparaît comme un étrange oxymore s'étonneront effectivement de constater qu'il n'en est rien en raison, non pas d'une quelque obscure proposition doctrinale, mais du droit positif lui-même. Pour en prendre la pleine mesure, il est nécessaire de retracer la place de la prévention et de la sanction en droit (I) pour ensuite dégager les manifestations de la sanction préventive en droit et en responsabilité civile (II) afin d'établir la problématique et de proposer hypothèses et méthode pour concevoir le sujet de recherche (III).

§1. Prévention et sanction en droit

3. **L'omniprésence de la sanction ; l'introuvable prévention.** En soi, en tant que notion singulière, la prévention n'existe pas alors que la sanction a retenu l'attention de tous les penseurs du droit au point, pour certains, de se fondre avec lui. Le contraste ne saurait être plus fort. Non pas que la prévention soit étrangère au droit. Bien au contraire, on la retrouve partout mais latente et sans statut établi. En droit pénal, en premier lieu où elle irrigue sa philosophie – la peine n'étant jamais pur châtiment mais dissuasion à l'égard des autres membres de la communauté. Et dans toutes les autres branches du droit, même les plus techniques en second lieu. Que ce soit à un niveau général, comme dans le droit des procédures collectives où il s'agit de prévenir la liquidation de la société, ou à un niveau particulier, dans les obligations de prévention en droit de la responsabilité, du travail², de l'environnement, *etc.* On ne saurait dire, les dictionnaires étant silencieux et les études inexistantes, s'il s'agit d'un droit subjectif, d'un principe général du droit, d'une norme, d'un fondement³, d'une valeur⁴ ou d'une finalité

¹ Civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, *Bull. civ.* II, n° 328, p. 222 ; *JCP*, G., 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ.*, 1955, p. 324, n° 24, obs. H. et L. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p.10 : 1^{er} avril 1963, *JCP*, G., 1963, II, 13408, note P. ESMEIN ; 23 nov. 1966, *Bull. civ.*, II, n° 916, p. 640 ; 19 nov. 1975, *D.* 1976, p. 137, note Ph. Le TOURNEAU ; 4 fév. 1982, *JCP*, G., 1982, II, 19894, note J.-F. BARBIERI, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 335, obs. F. CHABAS.

² L. EL BERRY, *L'obligation de prévention en droit du travail*, th., Lille, 2004.

³ Pas de référence en philosophie du droit.

⁴ Aucune note dans la thèse de CH. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de philosophie du droit", vol. 25, 1982.

juridique⁵. Il n'est ni de théorie ni de réflexion générale sur la prévention en droit. Voilà une lacune qui n'a même fait l'objet d'aucun constat ! Pourtant, il existe des études fondamentales sur la justice⁶, sur l'égalité⁷, sur la sécurité⁸, etc. En général, la réflexion théorique n'est pas étrangère au travail des juristes, loin s'en faut. Ici, elle s'impose dans l'immensité des questions. La prévention s'assimile-t-elle à la fonction prophylactique du droit⁹ ? Quelle place occupe-t-elle aux côtés de la vertu que représente la prudence¹⁰ et du principe qu'incarne la précaution ? Doit-elle être entendue dans une optique exclusivement dissuasive¹¹ ou convient-il de penser qu'elle se réalise également par l'anticipation des risques et par la cessation des faits anormaux et illicites ?

Ces constats tranchent avec ceux que l'on peut faire à propos de la sanction. La notion semble régner sur la matière juridique. Elle incarne le propre du droit pour nombre de théories positivistes¹² et pour la pensée juridique communément partagée. Elle constitue le critère de juridicité. Certains chercheurs insistent régulièrement pour rappeler la tautologie du raisonnement qui consisterait à définir le droit par la sanction ... du droit mais rien n'y fait¹³. La sanction est dotée d'une force symbolique qui en fait un emblème supérieur aux plus convaincantes démonstrations. Pourtant, tout comme la prévention, la notion demeure mystérieuse, une véritable « inconnue »¹⁴. Cependant, les études sont plus nombreuses que pour la prévention. Un colloque récent¹⁵, une thèse de doctorat¹⁶, au-delà, tout un courant de pensée issu de Ihéring¹⁷ puis Kelsen¹⁸ a mis la sanction au centre du droit. Néanmoins, la notion de sanction en soi n'a pas été circonscrite par ce courant. Il faut se contenter des dictionnaires et de

⁵ Aucune étude générale de sociologie juridique ni même une entrée dans les dictionnaires. A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ, 6^e éd., 2004.

⁶ Les références ne manquent pas ; nul besoin de les indiquer depuis *l'Éthique à Nicomaque* d'Aristote jusqu'à *De la Justice* de Ch. Perelman.

⁷ V. le tome 51 des Archives de philosophie du droit consacré à L'Égalité en 2008.

⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. "Doctorat et Notariat", t. 35, 2009.

⁹ PH. MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669.

¹⁰ V. l'excellente présentation de Pierre Pellegrin, M. CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 2004, v^o Prudence.

¹¹ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges offerts à Marc Ancel*, Pédone, t. I, 1975, p. 407.

¹² Au premier rang desquelles la théorie pure du droit. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, et dans un positivisme différemment fondé mais sans rupture avec la sanction en tant que critère de la juridicité, H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

¹³ F. TERRE, "Pitié pour les juristes !", *RTD civ.*, avril/juin 2002, 247. Reprenant les propos de G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Tome I, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, p. 59.

¹⁴ PH. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *D.*, Chron. XXXII, 1986, pp. 197 et s.

¹⁵ B. MALLET-BRICOUT (dir.), *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université de Lyon 3*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2007.

¹⁶ P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, Université d'Aix-Marseille, 2004.

¹⁷ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Chevalier-Marescq, Paris, 1890 et R. VON JHERING, trad. de ZWECK IM RECHT, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, Paris, 3^e éd., 1901.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit.

quelques paragraphes dans les manuels et ouvrages généraux. Plus récemment, l'entreprise a été menée à bien par quelques articles¹⁹ et surtout par un ouvrage des professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove qui s'émancipe du courant de pensée positiviste²⁰. On assiste dès lors à un décalage. La notion de sanction a été pensée en rupture avec la théorie juridique qui alimente la pensée commune des juristes, en ce qui concerne la France tout du moins.

4. Définition littérale des termes. Ainsi présentée, que peut-on entendre par *sanction préventive* ? L'expression sera prise dans son sens littéral pour conduire la recherche avec le plus de neutralité. Selon le vocabulaire juridique Henri Capitant, la prévention est « un ensemble de mesures et institutions destinées à empêcher – ou au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens »²¹. Plus largement, « est préventif, ce qui tend à prévenir la criminalité, à l'empêcher ou à la réduire par avance en s'attaquant à ses causes ou à ses moyens ou plus généralement ce qui tend à éviter la réalisation d'un dommage ou à devancer le dépérissement d'une preuve »²². Les définitions sont très larges. L'objet de la prévention importe peu : il peut s'agir d'un risque, d'un dommage, d'actes nuisibles, etc. Les fins de la prévention sont également multiples : éviter, empêcher, limiter, réduire, devancer, etc. La prévention se suffit de l'idée très générale d'une action anticipée, d'une proaction pour sa définition.

Le terme sanction est davantage problématique. La notion en droit renvoie à différentes définitions dont les liens n'apparaissent pas clairement. D'ordinaire, la sanction juridique est considérée comme un terme générique pour désigner la peine ou toute mesure répressive. Toutefois, elle est immédiatement appréhendée de manière beaucoup plus large par tous les dictionnaires comme une mesure prise en réaction contre la violation d'une obligation. Et le vocabulaire juridique Capitant de préciser alors qu'elle peut être réparatrice, non pas seulement répressive²³. Cette première extension est surenchérie par une seconde qui élargit la sanction à « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »²⁴. On ne saurait définir plus largement mais ce n'est pas tout. La sanction demeure encore dans son sens originel de consécration, d'approbation à la juridicité d'une norme ou d'un fait. D'où la célèbre formule : le Président sanctionne la loi. En conséquence, la sémantique de la sanction est problématique car elle nécessite soit de retenir une acception plutôt qu'une autre non sans présupposé idéologique²⁵ ou facilité scientifique²⁶, soit d'établir une théorie d'ensemble qui, force est de le reconnaître, n'existe pas.

¹⁹ En plus de celui du professeur Jestaz précité, V. CH.-A. MORAND, "La sanction", *Archives de philosophie du droit*, vol. 35, 1993, pp. 293 et s.

²⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, Cf. Chapitre 4.

²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 2003, p. 669, v° prévention.

²² *Ibid.*, p. 670.

²³ « Toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation », *ibid.*, p. 793.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ La notion de sanction représente le critère du droit chez certains philosophes positivistes. La présente recherche en proposera d'ailleurs une généalogie, une critique et une alternative.

A dire vrai, au stade de la recherche empirique, il n'est pas utile de faire référence à la notion juridique de sanction. Le mot dans son sens vulgaire suffit. Il est alors synonyme de manifestation. Il véhicule l'idée de la prévention réalisée, observable empiriquement parmi les données positives du droit²⁷. Et précisément, à partir des manifestations préventives que l'on pourra trouver en droit positif, il conviendra de réfléchir au besoin et à la faisabilité d'une théorie qui puisse unir les différentes acceptions de la sanction juridique et proposer la notion de sanction préventive.

5. Manifestations doctrinales de la sanction préventive. Au commencement, il est essentiel de noter que la sanction préventive existe déjà en doctrine, ou du moins son expression. Pas moins de sept ouvrages la mentionnent. Elle intervient à chaque fois lors d'une proposition de classification. En ce sens, les professeurs Marty et Raynaud²⁸ distinguent les moyens de contraintes des sanctions préventives, et ensuite des sanctions réparatrices²⁹. La sanction préventive, pour ces auteurs, intervient « *à titre en quelque sorte conservatoire pour éviter une infraction à la règle de droit* ». Ils citent alors les oppositions à mariage. Le doyen Cornu³⁰ use de l'expression « sanction préventive » pour classer les sanctions juridiques autres que réparatrices et répressives. Il cite à titre d'exemple le prononcé du huis clos par le président du Tribunal pour prévenir d'éventuels troubles à l'audience. La même classification est utilisée par le professeur Yvaine Buffelan-Lanore lorsqu'elle distingue les sanctions civiles préventives, coercitives et réparatrices³¹ et par les professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove lorsqu'ils distinguent les sanctions répressives, des sanctions préventives et réparatrices³². Le professeur Stéphane Piedelièvre³³ oppose, pour sa part, les sanctions préventives aux sanctions curatives. Il donne des premières la même définition que les professeurs Marty et Raynaud tandis que les secondes sont définies comme des sanctions venant réparer la violation de la règle de droit. Cette distinction est pour l'auteur une classification principale puisqu'il distingue seulement après les sanctions civiles, des sanctions pénales, administratives et disciplinaires. Dès lors, on peut implicitement comprendre qu'il existerait des sanctions préventives au sein des sanctions civiles, pénales, administratives et disciplinaires. Par deux reprises, le manuel des professeurs Pierre Voirin et Gilles Goubeaux distingue les sanctions préventives des sanctions

²⁶ Il est commode de retenir le sens restreint de la sanction assimilée à la peine car c'est le sens le plus typé, le plus opératoire. Mais à quel prix ? Là encore, l'étude proposera de montrer les origines et les conséquences de cette facilité dans la science du droit.

²⁷ J. GHESTIN, "Les données positives du droit", *RTD civ.*, 2002, p. 11.

²⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit, t.1, droit civil*, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 34, pp. 57 à 59.

²⁹ *Contra*, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 2006, n° 607 à 611, pp. 571-575.

³⁰ G. CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 10^e éd., 2001, n° 20, p. 20.

³¹ Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil, première année*, Armand Collin, 13^e éd., 2003, n° 16, p. 8.

³² F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op.cit.*, p. 236 et note de bas de page n° 61.

³³ M. DE JUGLART, A. PIEDELIEVRE, S. PIEDELIEVRE, *Cours de droit civil, introduction, personnes, famille*, t. 1, Montchrestien, 2001, n° 20, pp. 19-20.

répressives³⁴. C'est au sujet de l'opposition à mariage³⁵ et des sanctions contractuelles³⁶ que la distinction s'opère. Le professeur Bach³⁷ use, quant à lui, de l'expression « mesures préventives » pour traiter de l'opposition à mariage mais en précisant que « ce ne sont pas des sanctions, du moins au sens strict, car elles sont instituées pour intervenir avant la réalisation de l'acte ou de la conduite que le droit entend proscrire ».

Au travers de ces classifications, il est donné à voir les premiers exemples de la sanction préventive.

§2. Manifestations de la sanction préventive

6. Manifestations au dehors du droit de la responsabilité civile. L'opposition à mariage³⁸ et plus largement les cas de *nullité préventive* constituent l'illustration emblématique de la sanction préventive. Avant même que le mariage ne soit célébré, les ascendants³⁹ ainsi que le ministère public et l'officier de l'état civil peuvent faire opposition à la célébration du mariage lorsque celui-ci est « susceptible d'être annulé »⁴⁰. Ce cas de nullité « invoqué à titre préventif »⁴¹ permet d'empêcher la formation de l'acte de mariage. Concrètement, l'opposition à mariage comporte des empêchements (dirimants ou non) qui sont sanctionnés par la nullité. La sanction est préventive en ce qu'elle vient empêcher ou retarder la célébration du mariage qui n'a pas encore eu lieu. La sanction intervient avant que l'illicéité ne soit réalisée. Un autre exemple de nullité préventive est offert en *droit des contrats*. Le réputé non écrit⁴² vient sanctionner la « prohibition de certaines clauses susceptibles de produire l'injustice »⁴³. Le non respect contractuel de la réglementation entraîne la suppression de la clause interdite en prévision d'un déséquilibre. Le contrat demeure et la clause est supprimée par le réputé non écrit. Cette sanction vient anticiper le prévisible déséquilibre que le contrat aurait connu lors de son exécution. Aucun dommage ni

³⁴ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, personnes, famille, incapacité, biens, obligations, sûretés*, LGDJ, 28^e éd., t.1, 2001.

³⁵ *Ibid.*, n° 186 et s., p. 95 et s.

³⁶ *Ibid.*, n° 881 et s., p. 409 et s.

³⁷ L. BACH, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit*, éd. Sirey, 13^e éd., t.1, 1999, p. 24.

³⁸ Art. 172 à 179 du C. civ.

³⁹ A défaut des ascendants, les frères et sœurs, cousins et cousines, oncles et tantes, ou en présence d'une autorisation du conseil de famille, le tuteur ou curateur peuvent également faire opposition à mariage.

⁴⁰ Art. 175-2 du C. civ.

⁴¹ J. HAUSSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., n° 203, p. 95.

⁴² Art. L.132-1 et s. du Code de la consommation issus des lois n° 78-23 du 10 janvier 1978, n°93-949 du 26 juillet 1993, n° 95-96 du 1^{er} février 1995. Voir également le décret n° 97-298 du 27 mars 1997. Pour un aperçu d'ensemble de cette sanction, se reporter aux articles de J. KULLMAN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993, p. 59, et V. COTTEREAU, *La clause réputée non écrite*, JCP, G., 1993. I. 3691, ainsi qu'à la thèse de S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, préf. Y. LEQUETTE, 2006.

⁴³ P. VOIRIN, G. GOUBEAUX, *Droit civil, Personnes, famille, incapacité, biens, obligations, sûretés, op. cit.*, n° 881, p. 409.

préjudice⁴⁴ n'existe mais la nullité sanctionne à titre préventif le contrat. D'ailleurs, cette sanction préventive dépasse le droit commun du contrat. Ainsi, on retrouve le réputé non écrit, par exemple, dans la responsabilité contractuelle du constructeur d'ouvrage à l'article 1792-5 du Code civil. *En droit du travail*, on peut citer la faculté du chef d'entreprise de mise à pied préventive⁴⁵. Cette mesure n'entraîne pas la suspension du contrat de travail mais constitue une « mesure d'attente, prélude du licenciement »⁴⁶ en cas de faute grave du salarié. Cette mesure est subordonnée à une demande de licenciement. Elle est ainsi provisoire. Elle permet au chef d'entreprise de sanctionner le salarié fautif avant qu'il ne soit licencié. Cette mesure prévient la sanction principale. La faute est commise mais la sanction n'est pas encore prononcée. La mise à pied peut ainsi apparaître comme une sanction qui vient prévenir une autre sanction. Elle fait d'ailleurs partie des mises à pieds conservatoires. Plus largement, il existe d'autres mises à pied conservatoires⁴⁷ mais l'ensemble des sanctions disciplinaires ne peuvent, selon la jurisprudence⁴⁸, être prononcées à titre préventif. La mise à pied préventive forme l'exception. Les exemples pourraient être multipliés à foison dans toutes les branches du droit. En *droit administratif des contrats*, l'administration possède des pouvoirs importants que l'on ne retrouve pas parmi les cocontractants en droit privé. Ainsi, peut-elle sans intervention ou avant toute intervention du juge, résilier le contrat la liant⁴⁹, modifier le contrat⁵⁰, et adresser des sanctions pécuniaires⁵¹ ou coercitives⁵². Ces prérogatives exorbitantes permettent d'éviter que le contrat ne périclite. L'administration agit ainsi préventivement dans l'intérêt général lorsque celui-ci est le fondement du contrat. En ce sens, la résiliation pour motif d'intérêt général est un droit constamment reconnu en jurisprudence auquel l'administration ne peut renoncer⁵³. La résiliation pour faute offerte également à l'administration n'est pas non plus exempte d'un caractère préventif incontestable en ce que l'administration adresse des sanctions préalablement stipulées dans une clause du contrat et préventivement exercées avant toute saisine du juge.

Il convient d'ajouter à toutes ces branches substantielles du droit, le droit processuel. Avant que l'instance ne soit ouverte au fond, un grand nombre de mesures peuvent être prises à titre préliminaire. En procédure pénale, ces mesures préventives vont jusqu'à la détention provisoire en passant par les perquisitions, les saisies, les mesures de contrôle, les assignations à résidence, *etc.*⁵⁴. Le pouvoir des magistrats en droit pénal est bien connu mais il est également important en procédure civile. Les saisies, séquestres, confiscations, les injonctions, la production forcée des pièces, les mesures d'instruction *in futurum* en sont quelques exemples.

⁴⁴ Sur la distinction entre dommage et préjudice, voir *infra*, n° 458

⁴⁵ art. L. 425-1 et L. 436-1 du Code du travail.

⁴⁶ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 21^e éd., 2002, n° 632, p. 740.

⁴⁷ Voir H. BLAISE, *Dr. Soc.*, 1986, p. 220.

⁴⁸ Soc. 18 février 2004, n° 381, FP, *RF Social*, n° 30, 2004.

⁴⁹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, coll. "Manuel", 3^e éd., n° 304 et s., pp. 218 et s.

⁵⁰ *Ibid.*, n° 326 et s., pp. 231 et s.

⁵¹ *Ibid.*, n° 342, pp. 239 et s.

⁵² *Ibid.*, n° 343, p. 240.

⁵³ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat, RFDA*, 1986, 21, concl. GENEVOIS, cité par L. RICHER, *ibid.*, n° 306, p. 219.

⁵⁴ Sur les peines prononcées avant jugement et avant exécution, M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Presses universitaires Saint Louis, 2005, pp. 99-108.

7. Question commune aux manifestations des droits substantiels et processuels. Ce panorama démontre l'existence des manifestations de la sanction préventive en droit mais également la plasticité voire l'équivocité de la notion. En soi, la sanction préventive n'a pas de frontière et est susceptible de s'appliquer à n'importe quel objet. Le sujet pose avec acuité la question du point de référence dans le temps de la prévention. A partir de quand prévient-on ? A défaut de ce questionnement, tout le droit de la police, et notamment la police administrative⁵⁵, tout le droit spontané⁵⁶, tout le droit consensuel entre les sujets de droit apparaissent indistinctement préventifs. Or, il est un premier réflexe propre au juriste qui consisterait à faire du procès la frontière des sanctions préventives. Les exemples précités vont en ce sens : ils oscillent tous entre mesures préliminaires et sanctions unilatérales. Le domaine de la sanction préventive s'étendrait à toutes les mesures prises avant que la décision ne soit rendue au fond. N'est-ce pas davantage le signe d'une emprise de la forme pathologique du droit sur nos représentations ? Le droit s'épuiserait-il dans sa réalisation contentieuse ? Il n'est plus besoin de citer le doyen Carbonnier à ce sujet. Sa parole a fait chemin.

8. Manifestations en droit de la responsabilité civile. Le sujet impose alors de donner un objet spécifique à l'étude sauf à se transformer en essai. Or, parmi les manifestations de la sanction préventive, il en est certaines aptes à ce dessein que nous n'avons pas encore mentionnées. Il s'agit des manifestations préventives de la responsabilité civile. Par exemple, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le juge peut interdire la distribution d'un film ou la publication d'un ouvrage pour éviter la diffamation. De même, les actions en concurrence déloyale ou pour parasitisme conduisent au prononcé de mesures d'interdiction sans que la preuve d'un préjudice ne soit requise précisément parce qu'il s'agit d'en éviter la réalisation. Ce à quoi il faut rajouter tout type de mesures ordonnées en référé propres à prévenir un dommage imminent. Il ne s'agit pas ici d'être exhaustif ; ce sera l'objectif du début de thèse. Tout de même, force est de constater que ce tour d'horizon ne s'arrête pas aux frontières de la réparation. Les repères se brouillent avec la réparation du dommage futur, et de l'exposition à un risque. Dans les deux cas, une fiction juridique postule le préjudice alors qu'il n'est pas réalisé. Au cœur même des règles de la réparation, les conséquences futures du dommage déjà réalisé tant qu'il n'est pas consolidé (en raison de l'évolution de la maladie par exemple) sont indemnisées par anticipation. En outre, pour pallier la lenteur du procès qui risquerait de produire des dommages collatéraux, l'attribution de dommages et intérêts provisionnels est possible, et ce, même en référé. A l'autre extrême du spectre de la réparation, il existe plusieurs formes de peine privée : dommages et intérêts punitifs, dommages et intérêts majorés, clause pénale, amende civile, astreinte qui ont pour rôle de dissuader. Ces réparations n'ont-elles pas à voir avec une certaine acception de la prévention ? Et que dire du célèbre et redouté principe de précaution ? Il préside aux développements jurisprudentiels récents du contentieux des médicaments défectueux. Le risque que la vaccination contre l'hépatite B produise un dommage telle la maladie de la sclérose en plaque est inconnu scientifiquement. Cependant, dès lors que la victime parvient à réunir un

⁵⁵ La police administrative se distingue de la police judiciaire par son rôle uniquement préventif. En ce sens, G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. "Précis", 19^e éd., 2004, n° 360.

⁵⁶ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002.

faisceau d'indices établissant la concomitance de l'arrivée des symptômes avec le moment de la vaccination suffit à faire présumer la défectuosité du vaccin et le lien de causalité⁵⁷. Le principe de précaution est également sous-jacent dans le contentieux des antennes relais⁵⁸. De très nombreuses décisions de justice enjoignent les compagnies de téléphonie mobile de démonter leurs antennes relais sur le fondement de la théorie des troubles anormaux du voisinage et ce, alors que le risque est scientifiquement inconnu. Ces manifestations préventives ne sont pas sans incidence sur la cohérence des règles de la responsabilité civile⁵⁹. Le lien de causalité, la notion de trouble et de préjudice peuvent apparaître déformés par le principe de précaution⁶⁰. Les manifestations préventives de la responsabilité civile ont à la fois un spectre large et un impact profond.

§3. La sanction préventive, le droit de la responsabilité civile et son droit fondamental

9. Modèle actuel de la responsabilité civile. Il faut bien reconnaître que ce tour d'horizon a de quoi surprendre le spécialiste de la matière. Deux raisons président à ce sentiment naturel que pourrait ressentir le lecteur. La première en est la représentation classique du droit de la responsabilité civile par son unique objectif de réparation des dommages. Et, en même temps, on ne trouvera pas un seul manuel n'évoquant pas une fonction préventive de la responsabilité. Accessoire et secondaire, cette fonction n'a toutefois fait l'objet d'aucune thèse ni recherche spécifique et apparaît davantage dans un souci de compenser le poids exorbitant de la réparation que sous sa propre lumière. La seconde raison en est que ses manifestations dites *a priori* préventives peuvent finalement toutes être rattachées au modèle classique de la réparation au travers d'exceptions, d'une part, et par le biais d'une définition stricte de la réparation excluant au-delà du droit de la responsabilité civile lesdites manifestations préventives, d'autre part. Effectivement, on peut soutenir que les sanctions prononcées pour le respect des droits de la personnalité ou de la concurrence sont des particularismes propres à ces droits spéciaux ; que les exemples de « réparation préventive » sont des exceptions au caractère certain du préjudice ou des aménagements nécessaires au principe de réparation intégrale ; que la cessation de l'illicite est une expression du droit de propriété ou d'un autre droit subjectif et non de la responsabilité civile, que la peine privée n'existe quasiment pas et, de même que pour les mesures de précaution, il n'est pas souhaitable qu'elle se développe en droit commun. Ces deux derniers arguments montrent que le modèle de la responsabilité civile est perçu sur le mode réparateur et excluent instinctivement la répression et la prévention. Il en résulte que les manifestations préventives de la responsabilité civile sont effectivement soumises à l'analyse de la doctrine, et

⁵⁷ C. SINTEZ, "Responsabilité du fait des médicaments défectueux : trois arrêts attendus pour un revirement mesuré", *LPA*, 169, 22 Aout 2008, pp. 6-13.

⁵⁸ M. BOUTONNET, "Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?", *D.*, 2009, 819.

⁵⁹ CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, "Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution !", *RLDC*, n° 59, avril 2009, 17.

⁶⁰ Pour un point de vue très critique sur la « pollution » du principe de précaution, J.-PH. FELDMAN, "Le trouble voisinage du principe de précaution", *D.*, 2009, 1369.

souvent reconnues comme préventives⁶¹, mais ne sont pas intégrées au modèle de représentation de la responsabilité. Ces représentations et modèles ne sont pas du droit positif ; ils constituent le droit fondamental de la responsabilité civile. Par droit fondamental⁶² ou droit savant, nous voulons signifier la part des représentations juridiques dans le droit lui-même, le résultat du savoir juridique dans le contenu positif du droit. Cela regroupe les théories générales et les concepts développés par la doctrine et par les jurisprudences comme, par exemple, la théorie de l'abus de droit ou celle des troubles anormaux de voisinage.

10. Modèle alternatif de la responsabilité civile. Pourtant, le droit international et de nombreux droits étrangers n'offrent-ils pas déjà un modèle sensiblement différent ? En responsabilité internationale publique, le panel des sanctions qui s'étale des contre-mesures aux représailles en passant par les rétorsions reconnaît aux côtés de la réparation, la cessation de l'illicite⁶³. En responsabilité internationale privée, le règlement Rome II s'applique alors même que l'obligation non contractuelle, le fait générateur, et le dommage ne sont que « susceptibles de se produire »⁶⁴. En ce qui concerne la responsabilité civile dans les autres pays que la France, de nombreux droits ont intégré une action préventive et y rattachent la cessation de l'illicite. Un autre modèle de la responsabilité civile peut alors être proposé pour inclure les manifestations préventives. Un modèle qui parvienne à relier l'objectif principal de la réparation aux objectifs auxiliaires de répression et de prévention.

⁶¹ M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français, t. IV*, LGDJ, n° 545 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t.3, vol.1, Les résultats de l'action en responsabilité, Montchrestien, 6e éd., 1978, n° 2307 (sur les condamnations en nature) ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, coll. thémis, 22ème éd., 2000, n° 205 et 211 (distinction entre réparation et prévention) ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2e éd., 2001, n° 10 et s. (distinction entre prévention et réparation) ; CH. ATIAS, *Droit civil, les personnes, les incapacités*, PUF, coll. "Droit fondamental", 1985, n° 19 (distinction entre réparation et prévention) ; M.-E. ROUJOUDEBOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, préf. P. HEBRAUD, 1974, pp. 201 et s. (distinction entre prévention et réparation du dommage) ; PH. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007, n° 2441 (distinction entre cessation de l'illicite et réparation) ; L. CADIER, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 265 et s. (distinction entre cessation de l'illicite et réparation) ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 1998, n° 150 et s. (distinction entre cessation de l'illicite et réparation).

⁶² M.-T. CALAIS-AULOY, "De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif)", *D., dernière actualité*, n° 13, 1999, 1, « (...) faire de la recherche en droit, c'est aussi faire du droit fondamental, autrement dit, partir, en toute occasion, armé de quelques principes essentiels et de règles plus contingentes, et de ses connaissances en sociologie, sur le front du droit, à la découverte de la règle la plus souhaitable. Cette découverte ne va pas sans la remise en cause du droit positif laquelle peut évidemment se terminer par son triomphe. Encore faut-il en toute occasion mettre à l'épreuve sa légitimité. C'est l'un des rôles et peut-être le rôle essentiel du chercheur ». Egal., E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, Paris, préf. J.-L. AUBERT, 1997.

⁶³ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adopté par la Commission du Droit international des Nations Unies en 2001. V. les articles 30, 31 et 49.

⁶⁴ V. les articles 2.2, 2.3a et 2.3b du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

11. Problématique⁶⁵. La présente étude ne postule pas ce modèle alternatif. Il existera toujours de bons arguments en sens contraire tandis que les données positives du droit évolueront inévitablement sans égard particulier pour tel ou tel plaidoyer doctrinal⁶⁶. Ce qui est essentiel, c'est de poser la problématique de thèse avec la plus grande neutralité possible : est-il un intérêt à relier et à concevoir unitairement les manifestations préventives de la responsabilité civile ? Au contraire, mieux vaut-il les laisser éparées, à l'état d'exception ? Pour ne pas tomber dans l'écueil d'une défense d'un modèle qui pourrait s'avérer tout aussi décalé, il nous apparaît essentiel de coupler à la neutralité de la problématique une méthodologie de recherche tout à fait particulière.

12. Méthodologie. Il n'est pas interdit de penser qu'un modèle en vaut bien un autre et que celui qui est en place se défend par-delà les critiques et ses propres limites. La problématique ne nous semble pas devoir être posée en termes d'opportunité. Mais alors, comment arbitrer ? En retraçant. En retraçant d'où vient la responsabilité civile, comment elle a évolué, ce qu'elle représente socialement par l'étude sociologique de ses fonctions⁶⁷ mais surtout comment elle est représentée juridiquement ici et ailleurs. Cette méthodologie est celle de la généalogie. Généalogie est un mot bien savant pour qualifier ce que les juristes font assez naturellement. Au sens classique, bien sûr, où il convient de rechercher les ancêtres et la filiation d'une famille. D'ailleurs, le mot ne connaît que cette acception dans les dictionnaires d'autrefois⁶⁸. Il faut attendre le XXe siècle pour que la généalogie soit définie comme la « filiation d'une science à ce qui la détermine à être telle ; rapport d'une science à l'état du savoir où elle est née et à celui où elle se développe »⁶⁹. En ce sens, une journée d'étude ayant pour thème la généalogie des savoirs juridiques contemporains s'est tenue au Centre d'histoire de la pensée moderne du CNRS en 2003. Un livre en a été publié sous la direction du professeur Mikhaïl Xifaras⁷⁰. Hormis cette référence, la généalogie n'est pas une méthode juridique pratiquée consciemment. On ne saurait pour autant ne pas l'entrevoir en histoire du droit⁷¹, en philosophie du droit⁷², mais également

⁶⁵ Au sens de problématique spécifique de recherche selon G. MACE et F. PETRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, Les presses de l'Université Laval, coll. Méthodes des Sciences Humaines, 2e éd., 2000, pp. 29 et s.

⁶⁶ Du moins ceux des thèses qui ont peu d'influence politique.

⁶⁷ Pour une typologie des fonctions du droit, P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", P. NOREAU (dir.), in *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Les éditions Thémis, 2008, 205. Sur les fonctions du droit des obligations, P.-A. CREPEAU, "La fonction du droit des obligations", *Revue de droit de McGill*, 43, 1998, 729. Sur les fonctions du droit de la responsabilité civile, M. MEKKI, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *Petites Affiches*, 12 janvier 2005, p. 3 ainsi que, M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", in *Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, coll. "Les mélanges", 739, et cette étude, *infra*, n° 574 et s. Ces références renvoient à la sociologie du droit. En théorie de la responsabilité civile, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, V. l'introduction.

⁶⁸ Selon le Littré, « Suite d'ancêtres qui établit une filiation » et plus largement, « Etude et connaissance de l'origine et de la filiation des familles ».

⁶⁹ Dictionnaire Larousse.

⁷⁰ M. XIFARAS (dir.), *Généalogie des savoirs juridiques contemporains : le carrefour des Lumières*, Bruxelles, Bruylant, coll. "Penser le droit", 2007.

⁷¹ J.-L. SOURIOUX, "La science du droit durant la période classique française", *RTD civ.*, 2008, 387.

dans les recherches sur le droit dogmatique⁷³, le droit propre au juriste selon l'expression des sociologues. En ce sens, le travail effectué par Gounot pour mettre au jour la théorie de l'Autonomie de la volonté, afin de la critiquer, en est une illustration connue de tous⁷⁴. La généalogie est ainsi présente dans les recherches en droit mais elle nous vient de la philosophie. L'ouvrage le plus célèbre est certainement la *Généalogie de la morale* de Friedrich Nietzsche. Le philosophe retrace l'origine des concepts du bien et du mal et le renversement des valeurs opéré, selon lui, par les prêtres juifs. Le thème de la généalogie a été profondément renouvelé par l'œuvre plus contemporaine de Michel Foucault. Son *Archéologie du savoir* explicite quelle a été sa démarche généalogique dans ses ouvrages précédents. Il distingue alors la généalogie qui retrace l'origine des notions, de son archéologie qui retrace les lois d'évolution du discours. « En fait, on pose la question au niveau du discours lui-même qui n'est plus traduction extérieure mais lieu d'émergence des concepts ; on ne rattache pas les constantes du discours aux structures idéales du concept, mais on décrit le réseau conceptuel à partir des régularités intrinsèques du discours ; on ne soumet pas la multiplicité des énonciations à la cohérence des concepts, et celle-ci au recueillement silencieux d'une idéalité méta-historique, on établit la série inverse »⁷⁵. L'archéologie ne se situe pas « dans la cohérence visible et horizontale des éléments formés ; elle réside, bien en deçà, dans le système qui rend possible et régit leur formation »⁷⁶. Notre étude ne saurait aller aussi loin sans perdre de vue le continent du droit. A dire vrai, toute véritable recherche comporte pour partie une méthode généalogique. Qu'est-ce qui la caractérise ? « Généalogie dit plus que genèse. La généalogie est autre chose que la génétique. Le point de vue du généalogiste est un point de vue critique, son souci est de déterminer l'origine et la légitimité d'un droit, d'une prétention, d'un titre, d'une prérogative »⁷⁷. La recherche de l'origine par le généalogiste s'effectue grâce à l'histoire, à la linguistique et notamment l'étymologie, mais également par la psychologie individuelle et sociale. Elle permet de retracer la dynamique des faits, le processus d'évolution d'un objet car, pour elle, le sens n'est jamais figé à un moment de l'histoire. En posant la question « Qui parle ? », le généalogiste propose de remonter le temps pour expliquer le présent. Or, le droit offre des matériaux suffisamment repérables et identifiables pour éviter de sombrer dans une généalogie nietzschéenne qui confondrait la *weltanschauung* du chercheur avec son argumentation⁷⁸. La généalogie peut être une méthode rigoureuse qui permet de montrer comment, à travers le discours, une notion juridique en vient à signifier telle valeur plutôt que telle autre à un moment donné de son

⁷² M. RAFFIN, "Pour une généalogie de la question des droits de l'Homme", *Aspects*, n° 1, 2008, 119.

⁷³ E. SEBILEAU, *Généralisations futures et droit privé*, th., Orléans, 2008, Cf. la première partie intitulée, *Généalogie du concept de généralisations futures en droit privé*.

⁷⁴ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912 ; ainsi que, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965. Egal., V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. Univ. Paris II, 1980.

⁷⁵ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969, p. 83.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁷⁷ H. BIRAULT, « Etude de l'aphorisme 344 du Gai Savoir », *Revue de métaphysique et de morale*, janv/mars 1962, p. 52.

⁷⁸ Ce qui est frappant à la lecture de la *Généalogie de la morale* de F. Nietzsche, c'est l'absence totale de références concrètes aux origines décelées des concepts du bien et du mal par le philosophe.

histoire. Et, incidemment, d'en proposer une critique. La généalogie comporte ainsi deux étapes successives : une première étape d'interprétation et une seconde étape d'évaluation. L'origine d'une notion ne s'offre pas comme une Vérité absolue. Il convient d'interpréter l'évolution historique des pratiques, de la langue, des représentations savantes, *etc.* Une fois que cette interprétation, nécessaire pour mettre au jour l'origine, est réalisée, le généalogiste accède à un point de vue qui le légitime à évaluer le devenir de cette notion compte tenu de son origine. Cette évaluation est critique au sens scientifique du terme : *pro* et *contra*. L'objet de la critique porte sur les vérités admises qui se révèlent être, par le travail généalogique, des présupposés ou des idéaux⁷⁹. On le voit, rien que de très familier au travail des juristes.

13. Généalogie et responsabilité civile. Il faut bien l'avouer : la méthode proposée résulte du sujet lui-même. Ceci se vérifie à deux égards. D'abord, lorsqu'il s'agit de réfléchir sur la prévention en droit de la responsabilité civile, les chercheurs adoptent assez naturellement une méthodologie proche de la généalogie en ayant recours à l'étymologie, à des illustrations historiques de la responsabilité civile (souvent romaine), à des données philosophiques (souvent Paul Ricœur⁸⁰) et sociologiques (en premier lieu Paul Fauconnet⁸¹), et à la linguistique et notamment à la théorie des actes de langage⁸². Telle est la démarche des professeurs Michel Villey⁸³, Geneviève Pignarre⁸⁴ et Catherine Thibierge⁸⁵. Enfin, une démarche généalogique s'impose à l'aune du paradoxe suivant. D'un côté, il n'existe aucune étude sur le sujet. La fonction préventive de la responsabilité civile ne représente que quelques paragraphes dans les manuels. La prévention n'est pas un sujet d'étude à part entière, et ce, alors qu'elle peut très bien apparaître au centre de la responsabilité dans une vision juridique et philosophique renouvelée⁸⁶, et dans une démarche d'analyse économique du droit⁸⁷. De l'autre côté, si l'on adopte une

⁷⁹ « Mais vous êtes vous jamais assez demandé vous-même à quel prix l'édification de tout idéal en ce monde a été possible. Combien pour cela la réalité a dû être calomniée et méconnue, combien on a dû sanctifier de mensonges, troubler de consciences, sacrifier de divinités. Pour que l'on puisse bâtir un sanctuaire, il faut qu'un sanctuaire soit détruit : c'est la loi – qu'on me montre un cas où elle n'a pas été accomplie ! », F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, deuxième dissertation, n° 24, trad. d'Henri Albert.

⁸⁰ P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, 1995, chap 2, Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique, pp. 41 et s.

⁸¹ P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, Librairie F. Alcan, Paris, 1920.

⁸² Sur ce thème en lien avec l'acte de punir, M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, *op. cit.* Pour une présentation vulgarisée de la théorie des actes de langage, C. SINTEZ, "Les propositions sur le droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala", C. THIBIERGE (dir.), *in La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 243.

⁸³ M. VILLEY, "Esquisse historique sur le mot responsable", *in La responsabilité à travers les âges, Economica*, 1989, pp.75 et s.

⁸⁴ G. PIGNARRE, "La responsabilité : débat autour d'une polysémie", *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA*, vol. n° 6 bis, hors série, juin 2001, 10.

⁸⁵ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, 561 ; C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *D.*, 2004, chron. 9, 577.

⁸⁶ P. RICOEUR, *Le juste*, *op. cit.* ; H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, 1995.

⁸⁷ G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. "droit et économie", préf. H. MUIR WATT, 2005 ; E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. "Méthode du droit", 2008.

conception large de la prévention en lui reconnaissant trois dimensions, les données bibliographiques sont nombreuses. Sur sa dimension dissuasive et répressive, il faut rappeler un article du professeur André Tunc⁸⁸ et la thèse de doctorat de Mme Suzanne Carval sur la fonction de peine privée⁸⁹. Sur sa dimension d'anticipation des risques connus et inconnus, pas moins de cinq thèses traitent de la prévention et de la précaution : celles de M. Florent Auberson⁹⁰, de Mme Mathilde Boutonnet⁹¹, de Mme Sophie Marion-Nau⁹², de Mme Stéphanie Grayot⁹³ et de Mme Daphnée Tapinos⁹⁴. Sur sa dimension de cessation de l'illicite, la thèse de M. Cyril Bloch en a révélé l'ampleur⁹⁵. *En somme, toutes les dimensions de la prévention en responsabilité civile ont été étudiées de manière disjointe ; aucune recherche ne les a reliées. L'intérêt de notre étude est d'adopter cette posture pour la première fois.* Le constat ne s'arrête pas là. Alors que la doctrine semble majoritairement opposée à une acception préventive de la notion de responsabilité, ces recherches avant tout doctorales sont plus ouvertes voire totalement favorables pour certaines d'entre-elles. Or, ces thèses de doctorat n'ont-elles pas reçu un accueil favorable par la communauté académique et scientifique ? Une analyse généalogique de la question de la prévention dans le droit fondamental de la responsabilité civile s'impose singulièrement pour comprendre le décalage entre les données positives du droit, les représentations doctrinales majoritaires et les propositions récentes.

14. Notions soumises à la recherche généalogique. Pour mener à bien l'étude, une double recherche généalogique s'impose. Dépouillé de toute la technicité propre à la matière, on qualifierait assez naturellement de *sanctions préventives* les manifestations préventives de la responsabilité civile et les inclurait à la théorie du droit commun de la responsabilité. Le fait que l'expression existe dans des classifications générales présentées dans des manuels d'introduction au droit va en ce sens. Cependant, le spécialiste de la responsabilité civile n'a pas ce réflexe premier. La raison est double et sera démontrée. Le propre de la responsabilité civile, c'est la réparation ; le sens premier de la sanction, c'est la punition. Dans les deux cas, il n'est point question de prévention. Si l'on applique notre raisonnement précédent, pour arbitrer entre le modèle classique fondé sur ces deux raisons et un modèle alternatif, il est nécessaire de retracer l'origine de la réparation, d'une part, et de la sanction, d'autre part, dans le discours juridique

⁸⁸ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", *art. préc.*

⁸⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 250, préf. G. VINEY, 1995.

⁹⁰ F. AUBERSON, *La prévention du dommage, éléments pour une conception subjective en droit privé français*, thèse non publiée, Université de Reims, 2003.

⁹¹ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 444, préf. C. THIBIERGE, 2005.

⁹² S. MARION-NAU, *La prévention du dommage en droit civil français*, Toulouse, 2005.

⁹³ S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 504, préf. G. VINEY, 2009.

⁹⁴ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008.

⁹⁵ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t. 71, préf. R. BOUT et avant propos de PH. LE TOURNEAU, 2008.

afin d'évaluer leur pertinence quant à qualifier juridiquement et intégrer théoriquement l'existence des manifestations préventives de la responsabilité civile.

15. Hypothèse de recherche. Ce faisant, nous émettons l'hypothèse que les origines de la réparation en responsabilité civile et de la sanction en théorie du droit habilent la qualification de sanction préventive des manifestations préventives du droit de la responsabilité civile. Corrélativement, si le modèle classique demeure valable, les fondements sur lesquels il repose sont devenus des présupposés dogmatiques du fait de l'évolution du droit positif. En d'autres termes, la recherche généalogique des notions de réparation et de sanction met en évidence un décalage entre le droit fondamental et le droit positif de la responsabilité civile. D'ailleurs, les signes de ce décalage sont relevés par tous. Ne clame-t-on pas de manuels en colloques que le droit de la responsabilité est en crise⁹⁶ ? Selon nous, dire du droit qu'il est en crise n'est pas significatif. Le droit évolue, simplement. Ce sont nos représentations qui sont en crise. Ce sont nos représentations qui sont décalées. Ce sont nos représentations qui sont inadaptées. En ce sens, l'objet de la méthode généalogique ne porte pas sur le droit positif mais sur le droit fondamental. Cette méthode vise à questionner les représentations théoriques du droit afin d'en évaluer leur pertinence quant à l'existence des manifestations préventives de la responsabilité civile.

16. Domaine de recherche. Pour nous aider dans cette voie, le droit québécois constituera un point de comparaison. Il ne s'agira pas de faire une double recherche des données positives dans le droit des deux pays comme il est de coutume de le faire en droit comparé, mais de prendre appui sur le droit québécois et notamment sur sa doctrine. Ce qui est particulièrement intéressant dans le choix du droit québécois pour la méthode généalogique, c'est que les fondements de la responsabilité civile sont empruntés à ceux de son homologue française mais que son évolution est davantage le fruit d'une doctrine jurisprudentielle que savante, du moins, par comparaison avec la doctrine universitaire française. L'esprit de la *Common Law* y est pour beaucoup bien que, techniquement, cette branche du droit québécois ressorte du système juridique de droit civil. La grande différence se situe avant tout au niveau de la décision judiciaire où la motivation des magistrats est apparente, détaillée, et fondée sur leurs positions théoriques. Selon nous, il existe véritablement une doctrine jurisprudentielle. Ainsi, on pourrait dire en quelque sorte que cette thèse est de droit fondamental comparé. Le domaine de recherche se particularise également à un autre niveau. La recherche empirique ne concerne pas la responsabilité contractuelle mais seulement la responsabilité extra-contractuelle. Sans revenir sur la pertinence de la réalité théorique de la première⁹⁷, seul le droit positif de la responsabilité délictuelle sera étudié, à quelques exceptions près.

⁹⁶ L. ENGEL, *La responsabilité en crise*, Hachette, 1995 ; PH. BRUN, "Rapport introductif", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, RCA, hors-série, juin 2001, p. 4.

⁹⁷ PH. REMY, "La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept", *RTD civ.*, 1997, 323 ; D. TALLON, "Pourquoi parler de faute contractuelle ?", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, 429 ; *Contra*, P. JOURDAIN, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", P. MICHAUX (dir.), in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, 65 ; E. SAVAUX, "La fin de la responsabilité contractuelle ?", *RTD civ.*, 1999, 1.

17. Annonce de plan. De ce projet, il ressort que l'étude devra préalablement démontrer l'existence empirique des manifestations préventives de la responsabilité civile. Ensuite, elle conduira à retracer l'origine de la réparation dans le droit fondamental de la responsabilité civile et de la sanction dans la théorie du droit pour évaluer leur pertinence à intégrer les manifestations préventives à nos représentations doctrinales. Une fois cette intégration rendue possible, il conviendra de mesurer l'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile. La recherche sera alors légitime, *in fine*, à proposer de nouvelles assises au droit fondamental et de nouvelles orientations du droit positif.

Dès lors, l'étude envisage de rechercher, dans un premier temps, l'existence et de mesurer, dans un second temps, l'influence des sanctions préventives en droit de la responsabilité civile⁹⁸.

Partie 1 : L'existence des sanctions préventives en droit de la responsabilité civile
Partie 2 : L'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile

⁹⁸ L'art du plan binaire en droit peut faire penser à celui de la cérémonie du thé en Chine pour qui ne s'y serait jamais essayé : superflu et dépassé. Curieux étrangers qui toujours raillent mais jamais ne goûtent ; la simplicité du résultat leur cache l'effort demandé et la qualité obtenue.

Première partie.
**L'existence des sanctions préventive en droit de la
responsabilité civile**

PARTIE 1

L'EXISTENCE DES SANCTIONS PREVENTIVES EN DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

18. Prévention et doctrine de la responsabilité civile. La prévention n'est pas étrangère à la responsabilité civile. Cependant, on la retrouve sous différentes formes selon les doctrines que l'on parcourt.

Pour certains auteurs, elle s'infère de la fonction normative de la responsabilité civile⁹⁹. Établissant des normes de comportement, le droit de la responsabilité civile produit un effet dissuasif. Si un sujet de droit sait qu'il encourt sa responsabilité en telle hypothèse alors il est de son intérêt d'agir tel que le droit le lui prescrit. Le professeur Tunc écrivait en ce sens que la responsabilité civile dissuade les comportements antisociaux¹⁰⁰. La prévention est alors synonyme de dissuasion. Cette synonymie confère un sens abstrait à la prévention. La responsabilité civile posséderait dès lors un effet préventif en elle-même. Cet effet préventif est assez flou, assez diffus, et aucune étude n'en a jamais rendu compte.

Pour d'autres auteurs, la responsabilité civile a clairement une fonction préventive¹⁰¹. Elle consiste à anticiper la survenance d'un dommage. Cette position rejoint celle de l'analyse économique du droit pour laquelle la prévention est la marque de la finalité de l'économie d'ensemble de la responsabilité civile¹⁰². Récemment, la problématique du principe de précaution en droit de la responsabilité civile a permis à certains auteurs de concevoir plus précisément la fonction préventive¹⁰³. Elle consisterait à anticiper la survenance du risque de dommage grave et irréversible dans certains domaines.

⁹⁹ En ce sens, PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005.

¹⁰⁰ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges offerts à Marc Ancel*, Pédone, t. I, 1975, p. 407.

¹⁰¹ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, coll. "Droit privé", 2004.

¹⁰² G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. "droit et économie", préf. H. MUIR WATT, 2005 ; E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. "Méthode du droit", 2008.

¹⁰³ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 444, préf. C. THIBIERGE, 2005 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008 ; C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, 561 ; C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *D.*, 2004, chron. 9, 577.

Toutefois, la majorité des auteurs ne considère qu'il existe que ça et là un caractère préventif à certaines manifestations de la responsabilité civile¹⁰⁴. On peut ainsi sommairement citer le cas de la peine privée et les différents cas d'ouverture d'une action en responsabilité civile devant le juge des référés. Pour ces auteurs, le propre de la responsabilité civile est la réparation du dommage et non sa prévention.

19. Objectif, problématique et hypothèse. En tout état de cause, la prévention ne fait pas l'unanimité. Notre objectif étant de *découvrir la réalité empirique de la prévention dans le droit de la responsabilité civile*, il convient alors de rechercher, au cas par cas, s'il existe des manifestations préventives de la responsabilité civile. La problématique de la première partie de cette étude se situe dans le *questionnement du droit sur l'existence de manifestations préventives de la responsabilité civile* : questionnement des données positives du droit (droit positif) et questionnement du discours sur le droit (droit fondamental). Pour guider notre recherche, on peut retenir comme *définition des "manifestations préventives", les effets de la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile en vue d'éviter la survenance ou les conséquences d'un dommage*. Nous émettons l'hypothèse que ces manifestations préventives existent et non pas été intégrées dans le discours de la doctrine.

Dans un premier temps, il s'agira de repérer les manifestations préventives de la responsabilité civile et de les caractériser (Titre 1). A ce stade, *un constat fondamental pour tout le reste de l'étude fera jour. Les manifestations préventives sont exclusivement jurisprudentielles*. Il reviendra à l'étude, dans un second temps, de qualifier les manifestations préventives. De prime abord, leur nature commune ne s'impose pas. Ne sont-elles que le reflet de l'effet prophylactique propre au droit civil¹⁰⁵ ? Peuvent-elles être rattachées à la notion de réparation ? Les qualifications ne manquent pas non plus. Sont-elles des manifestations de la fonction de peine privée¹⁰⁶ ou de la fonction de cessation de l'illicite¹⁰⁷ ? Les qualifications alternatives à la qualification de sanction sont nombreuses. Grâce à notre constat fondamental, il conviendra de démontrer que *les manifestations préventives, étant jurisprudentielles, partagent ensemble la nature de sanction juridique*. Néanmoins, cette qualification se heurte à une conception stricte de la sanction qui règne actuellement dans la doctrine civiliste. Il sera nécessaire de *proposer une autre conception de la sanction en théorie du droit* pour permettre de *définir la notion de sanction préventive en droit de la responsabilité civile* (Titre 2).

Titre 1 : La recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile

Titre 2 : La qualification de sanction des manifestations préventives de la responsabilité civile

¹⁰⁴ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008.

¹⁰⁵ Ph. MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669.

¹⁰⁶ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 250, préf. G. VINEY, 1995.

¹⁰⁷ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t. 71, préf. R. BOUT et avant propos de Ph. Le TOURNEAU, 2008.

TITRE 1

LA RECHERCHE DES MANIFESTATIONS PREVENTIVES DE LA RESPONSABILITE CIVILE

20. Problématique. Les textes du droit commun de la responsabilité civile visent à réparer un préjudice réalisé. Qu'en est-il lorsque la victime potentielle d'un dommage sait que celui-ci se réalisera prochainement ? La responsabilité civile est-elle inopérante ? De même, qu'en est-il des dommages continus, c'est-à-dire des dommages dont la réalisation s'échelonne dans le temps ? La responsabilité civile peut-elle intervenir alors que le dommage n'est pas terminé ? Autrement dit, existe-t-il des hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile peut être engagée alors que le préjudice n'est pas juridiquement admis ?

21. Hypothèse et objectif. Ces questions ne demeurent pas sans réponse à la fois dans la doctrine et dans le droit positif. Pour l'heure, il n'est pas question de savoir si ces réponses modifient notre lecture du droit de la responsabilité civile. Il convient d'étudier avant tout les différents cas où la responsabilité civile peut être engagée d'une manière préventive, c'est-à-dire avant que le dommage ne soit réalisé ou consolidé. Pour mener à bien cette recherche, il est nécessaire de parcourir toutes les données positives du droit. *Dans la mesure où l'objet de recherche est celui de la prévention du dommage, par définition, la condition du préjudice n'est pas remplie. En d'autres termes, la spécificité des manifestations préventives ne peut pas s'évincer des conditions traditionnellement admises comme nécessaire à l'engagement de la responsabilité civile. Au contraire, nous émettons l'hypothèse qu'il est possible de spécifier ces manifestations par une recherche de leurs caractères communs.* Dès lors, notre objectif est de montrer que les manifestations préventives forment un tout unitaire parce qu'elles partagent les mêmes caractères.

22. Pour ce faire, la recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile peut s'effectuer en deux temps. En premier lieu, l'étude partira à la recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile lorsque le dommage n'est pas réalisé (Chapitre 1). En second lieu, l'étude recherchera les manifestations préventives de la responsabilité civile lorsque le dommage, une fois réalisé, perdure dans le temps (Chapitre 2). Le bon sens commande en effet de rechercher le degré de prévention des manifestations préventives de la responsabilité civile. La prévention de la réalisation du dommage entraîne une mise en œuvre de la responsabilité civile beaucoup plus précoce que la prévention des conséquences futures d'un dommage déjà réalisé. Cette *distinction entre les manifestations préventives de la réalisation du dommage de celles des conséquences du dommage*¹⁰⁸ permettra plus après de tirer des

¹⁰⁸ La distinction entre la prévention du dommage avant que le risque ne soit pris et une fois le risque encouru n'est pas inédite. La Convention de Lugano l'introduit en droit international dans ses articles 18 et 19. Mme Boutonnet en a fait la transposition en droit de la responsabilité civile. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 715, p. 347.

conclusions quant à la nature de ces manifestations et quant à leur influence sur le droit de la responsabilité civile.

Chapitre 1. Les manifestations préventives de la réalisation du dommage

Chapitre 2. Les manifestations préventives des conséquences du dommage

CHAPITRE 1

LES MANIFESTATIONS PREVENTIVES DE LA REALISATION DU DOMMAGE

23. Problématique. Le dommage n'est pas toujours un fait unique se produisant en un instant. Il est des dommages qui résultent d'une succession de faits à travers le temps si bien qu'il n'est pas toujours évident de savoir quand le dommage advient en lui-même. À quel moment la responsabilité civile se manifeste-t-elle d'une manière préventive ? Existe-t-il des manifestations préventives de la responsabilité civile avant que le moindre fait à l'origine d'un possible dommage ne soit commis ? Au contraire, la responsabilité civile ne se manifeste-t-elle préventivement qu'à partir d'un certain moment de réalisation des faits concourant à un dommage ? En d'autres termes, quelle est la somme des faits réalisés nécessaires à une manifestation préventive de la responsabilité civile ? Cette dernière permet-elle d'anticiper la réalisation même du dommage ou seulement de faire cesser les faits pouvant conduire à la réalisation d'un dommage ?

24. Hypothèse. Ces questions ne sont pas sans réponse dans la doctrine. Notamment en certains droits spéciaux, on sait que la condition du préjudice n'est pas nécessaire pour engager une action en concurrence déloyale, par exemple. De même le fait de concurrence déloyale n'a pas à être commis pour que l'action en responsabilité puisse être engagée. Nous émettons alors l'hypothèse qu'il existe une *anticipation de la réalisation du dommage* aux côtés d'une *cessation de la réalisation du dommage*.

25. Pour valider cette hypothèse, l'étude cherchera successivement s'il existe une anticipation de la réalisation du dommage (Section 1) ou seulement une cessation de la réalisation du dommage (Section 2).

SECTION 1. L'anticipation de la réalisation du dommage

26. Problématique. Le dommage est souvent représenté par un accident en droit de la responsabilité. Cette représentation commune ne préjuge cependant ni d'une généralité ni d'une essentialité. Nombre de dommages sont prévisibles ; le dommage ne se réduisant pas à un événement purement aléatoire. Lorsque la victime potentielle a connaissance d'un fait qui pourrait être à l'origine d'un dommage s'il se produisait, le droit de la responsabilité civile lui offre-t-elle un moyen de le prévenir ? Autrement dit, on peut très bien imaginer, dans la diversité des faits, des hypothèses où la victime a connaissance avec certitude du projet d'un voisin, d'un concurrent, ou plus largement d'un tiers. Mais la responsabilité civile offre-t-elle également des manifestations préventives lorsque la connaissance de la victime potentielle de la réalisation d'un dommage est tout à fait incertaine ? Plus largement encore, lorsque l'état des connaissances scientifiques ne permet pas de connaître les conséquences préjudiciables d'un fait ou d'un acte juridique ? Encore une fois, à partir de quel degré de prévention la responsabilité civile présente-t-elle des manifestations ?

27. Hypothèse. Certaines études, notamment des thèses, ont montré quel pouvait être le potentiel du principe de précaution en droit de la responsabilité civile. Or, ces dernières années ont vu émerger les premières applications de ce principe dans certains contentieux des antennes relais, et des médicaments défectueux. Nous émettons alors l'hypothèse qu'il existe déjà en droit positif une anticipation de la réalisation incertaine du dommage en sus d'une anticipation de sa réalisation certaine.

28. Pour valider cette hypothèse, l'étude recherchera, en premier lieu, s'il existe des manifestations préventives consistant en une anticipation de la réalisation certaine du dommage (§1) et, en second lieu, s'il existe des manifestations préventives consistant en une anticipation de la réalisation incertaine du dommage (§2).

§1. L'anticipation de la réalisation certaine du dommage

29. Si elles existent, les manifestations de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage dérogent à la condition du préjudice puisqu'il s'agit précisément de l'anticiper. La recherche de leur unité doit alors s'orienter sur leurs caractères communs (A) et leurs fondements juridiques (B).

A. Etendue et caractères des manifestations

30. Après avoir parcouru l'étendue des manifestations (1), nous rechercherons leurs caractères propres (2).

1. Etendue des manifestations

31. Certaines manifestations préventives permettent d'agir directement sur la cause de la réalisation du dommage (a), tandis que d'autres agissent indirectement sur la situation pouvant le faire naître (b).

a. L'anticipation directe de la réalisation certaine du dommage

32. Quelque soit l'étendue des manifestations découvertes (i), il convient de les éclairer à la lumière de l'histoire du droit et du droit comparé (ii).

i. Manifestations

33. Aussi surprenant cela puisse-t-il paraître, les manifestations tendant à éviter la réalisation certaine d'un dommage font déjà parties du droit positif de la responsabilité civile. Elles sont néanmoins peu nombreuses et sont circonscrites aux domaines relevant de la prévision. Impossible de prévenir la réalisation d'un accident de la route devant le juge civil ! Il est nécessaire que la victime potentielle ait accès à l'information qui laisse présager le dommage. Si

les mesures préventives ne sont pas nombreuses et si l'hypothèse d'un dommage doit être connue, l'étendue des manifestations demeure néanmoins vaste. Afin d'éclairer notre recherche davantage en profondeur qu'en surface, l'étude gagnera en pertinence en se concentrant sur deux domaines particuliers. Il s'agit, en premier lieu, des mesures ordonnées en cas d'atteintes au droit au respect de la vie privée (α) et, en second lieu, des mesures ordonnées en cas d'atteintes au droit de la concurrence (β).

α . Atteintes au droit au respect de la vie privée

34. Atteintes à l'honneur et à la réputation¹⁰⁹. L'affaire dite des cadets de Saumur est un exemple bien connu en doctrine¹¹⁰. L'amicale des cadets de Saumur saisit le juge d'une demande de modification du titre, d'ajout d'un avertissement avant le générique et de la suppression d'une scène d'un projet de film relatant les combats livrés à Saumur durant la seconde Guerre Mondiale. La Cour a fait droit à cette demande en condamnation de l'atteinte portée à l'honneur et à la réputation des cadets causée par le choix de romancer le scénario. Il s'agissait de prévenir le fait dommageable - la projection du film - qui risquait d'entraîner un dommage - une atteinte à la réputation et à l'honneur des cadets ; la certitude du risque étant alors établie par des éléments de preuve se rapportant au scénario. Ce dernier élément est le plus délicat à apprécier. Il reste soumis à l'appréciation du juge. En ce sens, la personne, sujet d'une biographie qui souhaiterait agir également contre l'atteinte faite à son honneur et à sa réputation le pourrait-elle seulement une fois le manuscrit écrit et non au stade de l'ébauche du synopsis¹¹¹. En outre, le juge ne peut aider la partie demanderesse à obtenir l'information qui prouve la certitude du risque de dommage. Si la victime potentielle ne fournit pas les épreuves de la biographie, l'éditeur ne peut être condamné à les lui communiquer¹¹². En revanche, si la demande ne concerne qu'un passage particulier d'un ouvrage sur le point de paraître, nul doute que le juge, face à une demande sérieuse, ordonnera la communication du manuscrit¹¹³. Au plus près des faits, on constate que le pouvoir d'interprétation du juge est grand et qu'il commande le choix de la mesure par une pondération des intérêts en présence¹¹⁴.

¹⁰⁹ V. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 234, 1995, préf. J. FOYER ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, PUAM, 3^e éd., n° 73, pp. 127 et s. ; P. BERCHON, « Responsabilité fondée sur la faute, atteinte aux droits de la personnalité, réalisation », *Juris-Classeur responsabilité civile et assurances*, fasc. 133-1, n° 82 et s., pp. 24 et s.

¹¹⁰ CA Paris, 5 janv. 1972, *D.* 1972, jur., p. 445, note J. DUTERTRE ; *RTD civ.*, 1973, p. 358, obs. G. DURRY, confirmant TGI Paris, 15 juin 1970, *JCP, G.*, 1970, II, 16550, obs., R. LINDON.

¹¹¹ TGI Paris, 18 nov. 1999, *JD*, n° 044889.

¹¹² CA Paris, 26 avril 2000, *JD*, n° 118399.

¹¹³ En ce sens, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, note 1216, n° 290-1, p. 293.

¹¹⁴ Sur la théorie de la pondération des intérêts, V. G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2006, p. 340 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, "Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts", *Mélanges Rigaux*, 1993, Bruylant, p. 495.

35. Atteintes à la propriété littéraire et artistique. Très proches de ces considérations, sans qu'il y ait atteinte à l'honneur, le droit de la propriété intellectuelle peut également être protégé avant que ne se réalise le fait susceptible de produire un dommage. Il en a ainsi été jugé de la colorisation d'un film en noir et blanc contre l'avis de son auteur¹¹⁵, de la sortie d'un film sous le même nom qu'un livre dont l'auteur craignait le risque de confusion¹¹⁶ ou de la publication d'un article contenant les détails techniques de la réalisation d'un décodeur pirate pour accéder à une chaîne de télévision cryptée¹¹⁷. Dans ces exemples, *le fait dommageable est constitué par l'action de rendre public – publication, diffusion – et rend certain le risque de dommage s'il ne s'était agi de prononcer des mesures préventives.*

Spécifiquement en matière de délit de presse, il convient de conclure à plus de circonspection. Selon une jurisprudence aléatoire, l'article 1382 du Code civil tantôt s'applique subsidiairement¹¹⁸ tantôt disparaît au profit de la loi 29 juillet 1881¹¹⁹. Cette dernière position semblait être celle vers laquelle se destine définitivement la première Chambre civile de la Cour de cassation¹²⁰. La doctrine n'a pas manqué de critiquer cette position qui priverait de considérations nombre de requêtes du fait du domaine restreint de la loi de 1881¹²¹. Un récent arrêt est venu à nouveau rééquilibrer le domaine d'application de l'article 1382 du Code civil par rapport à la loi de 1881¹²². Un commentateur a pu se féliciter de la restauration du droit commun¹²³. Mais jusqu'à quand¹²⁴ ?

36. Droit au respect de la vie privée et droit d'expression. Ces manifestations illustrent le conflit pouvant exister entre la liberté d'expression et le respect de la vie privée. La liberté d'expression peut également conduire à d'autres atteintes fondamentales. Une étude récente a proposé de regrouper sous les termes « droit général d'expression » un ensemble disparate de règles de responsabilité au sein de différents régimes juridiques spéciaux comme l'article 9 du Code civil en matière de respect de la vie privée, la loi du 29 juillet 1881 en matière de délit de

¹¹⁵ CA Paris, 17 juin 1998, *D.*, 1998, IR, p. 227.

¹¹⁶ CA Paris, 16 janv. 2002, *Bull. inf. C. cass.*, n° 568, arrêt n° 1287.

¹¹⁷ CA Paris, 29 nov. 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, 1, p. 28.

¹¹⁸ Civ. 1^{ère}, 1^{er} fév. 2006, *Bull. civ. I*, n° 574 ; 12 déc. 2006, *JCP, G.*, 2007, II, 10010, note B. DE LAMY ; Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, *Bull. civ. I*, n° 273 sur la diffamation.

¹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 126 ; *D.* 2006, note Th. HASLER, p. 485 ; *D.* 2006, note G. LECUYER, p. 768 ; *Gaz. Pal.*, 16-17 déc. 2005, obs. S. LASFARGEAS.

¹²⁰ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2007, *Balkany et autre c/ association Cristal et autre*, n° 03-20.506, *Bull. civ. II*, n° 19.

¹²¹ P. JOURDAIN, chron. Responsabilité civile, *RTD civ.*, avr./juin 2007, p. 352, *spéc.*, p. 356-357 ; E. DREYER, « Disparition de la responsabilité en matière de presse », *D.* 2006, chron. 1337 ; G. VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de liberté d'expression », *mélanges B. BOULOC*, Dalloz, p. 1167 ; J. TRAULLE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", 2006.

¹²² Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, *JCP, G.*, 2008, II, 10006, note E. DREYER.

¹²³ E. DREYER, *note préc.*, pp. 36 et 37.

¹²⁴ Nous ne développerons pas cette jurisprudence dans la mesure où elle ne met pas en œuvre une manifestation préventive. En effet, le fait dommageable était réalisé. En l'espèce, une association de commerçants avait distribué une lettre révélant que l'auteur d'un article qui critiquait les commerçants locaux s'était renié en demandant leur soutien lors d'une élection quelques mois auparavant.

presse, ou bien au sein des régimes communs de responsabilité civile et pénale¹²⁵. M. Lécuyer qui en est l'auteur met alors en évidence une véritable responsabilité du fait de l'expression fondée sur la faute. Selon son analyse, il n'y a pas un type général de faute d'expression ni même un ensemble de cas prescrits. La faute d'expression naît de la résolution d'un conflit d'intérêt entre la liberté d'expression, d'une part, et, un autre intérêt, juridiquement protégé par la responsabilité, d'autre part. La protection qu'accorde la responsabilité à l'intérêt juridiquement protégé par rapport à la liberté d'expression est graduelle¹²⁶. Elle est maximale, nous décrit l'auteur, en cas d'atteinte à la propriété intellectuelle ou à la personnalité, et modérée en cas d'atteinte à l'honneur ou à l'institution judiciaire. Cette responsabilité conduit au prononcé de sanctions personnelles qui ont pour effet de dissuader, et de sanctions objectives qui ont pour effet d'anticiper ou de faire cesser l'atteinte¹²⁷. C'est au sein de ces dernières qu'il existe un ensemble de mesures préventives que nous avons présentées.

D'autres exemples peuvent être trouvés en cas d'atteintes au droit de la concurrence.

β. Atteintes au droit de la concurrence

37. Atteintes au droit de la concurrence. Un auteur a pu écrire au sujet de la législation de la concurrence qu'« aux notions classiques de faute et de préjudice ont été substituées celles de faute et de troubles économiques »¹²⁸. Une thèse récente développe cette dernière notion qu'elle dénomme trouble concurrentiel¹²⁹ et montre comment ses manifestations modifient les conditions d'engagement de la responsabilité civile¹³⁰. Une rapide lecture du droit civil de la concurrence amènerait à croire que son fondement réside dans la faute, celle, générale de l'article 1382 du Code civil, ou celles, spécifiques, des articles du livre IV du titre IV du Code de commerce¹³¹. L'auteur démontre au contraire que le trouble concurrentiel requiert plus de précision. En matière d'entente ou d'abus de position dominante, si le trouble, lorsqu'il est voulu, révèle une faute de concurrence¹³², son anormalité est également sanctionnée¹³³. L'auteur met ainsi en évidence un trouble anormal de concurrence en tant que fait générateur autonome de responsabilité¹³⁴. Au delà de la démarche de l'auteur, nombre de manifestations préventives peuvent être aisément repérées. En voici en matière de concurrence déloyale.

¹²⁵ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, th. préc., not.*, p. 384 sur le droit général d'expression.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 62 et s.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 472 et s.

¹²⁸ C. GIVERDON, « Les délits et quasi-délits commis par le commerçant dans l'exercice de son commerce », *RTD com.* 1953, p. 855, *spéc.*, p. 867, n° 32.

¹²⁹ D'autre emploi la qualification de dommage, N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, PU de Perpignan, 2000, préf. Y. SERRA.

¹³⁰ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", préf. J. GHESTIN, 2004, chapitre II « La déformation du droit de la responsabilité civile pour les besoins du droit de la concurrence », pp. 465 et s.

¹³¹ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006, n° 21, p. 23.

¹³² M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. préc.*, n° 475 et s. et n° 488 et s.

¹³³ *Ibid.*, n° 490 et s.

¹³⁴ *Ibid.*, n° 501 et s.

38. Atteintes causées par l'exercice d'une activité déloyale « L'action en concurrence déloyale ou pour parasitisme est une action en responsabilité civile »¹³⁵. Elle requiert la preuve d'un préjudice. Nombreuses sont cependant les décisions de la Cour de cassation qui relèvent « qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice »¹³⁶. Une présomption de préjudice est ainsi retenue. En matière de concurrence, la publicité faite par le commerçant avant que l'offre ne soit accessible laisse le temps à ses concurrents d'agir préventivement. Ce peut être le cas d'une vente à prix soldés en dehors des périodes légales, par exemple¹³⁷. De même, la vente d'un produit similaire à celui d'un concurrent¹³⁸ en elle-même ou dont le personnel du distributeur n'est pas en mesure de conseiller la clientèle sont d'autres exemples¹³⁹. Plus largement, toute activité professionnelle est concernée. Si des consultations juridiques sont prévues par des professionnels ne remplissant pas les conditions requises¹⁴⁰, si une vente aux enchères publiques est projetée par un huissier dans une ville où est établi un commissaire-priseur¹⁴¹, ou s'il s'agit de vendre un objet volé¹⁴², ou bien encore si une chaîne de télévision décide de diffuser un film le mercredi soir, jour de sa sortie au cinéma¹⁴³, alors le juge des référés pourra prononcer une mesure d'interdiction.

ii. Comparaison des manifestations

39. Ainsi, l'anticipation de la réalisation certaine du dommage se manifeste certes avant que le dommage ne se réalise, mais bien davantage, avant que les faits à son origine ne soient eux-mêmes exécutés. Autrement dit, les faits qui pourraient inévitablement engendrer un dommage ne sont pas encore qualifiables d'illicites ou d'anormaux dans la mesure où ils ne sont pas actuels. Retrouve-t-on pareilles manifestations dans l'histoire du droit (a) et dans le droit québécois (b) ?

¹³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE et PAYET, *Droit de la concurrence, op. cit.*, n° 426.

¹³⁶ Com. 14 juin 2000, *Bull.*, n° 126 ; Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 01-15706 ; 3 juin 2003, pourvoi n° 01-15145 ; 14 juin 2000, *Bull.*, n° 126 ; 22 fév. 2000, pourvoi n° 97-18728 ; *Contrats conc. consom.* 2000, n° 81, obs. MALAURIE-VIGNAL.

¹³⁷ CA Bourges, 24 juill. 2001, *JD*, n° 152289.

¹³⁸ Sur l'interdiction de diffuser des prospectus publicitaires et de proposer à la vente des machines dont l'extrême ressemblance avec celles produites par un concurrent a été constatée, Com., 16 févr. 1997, *Bull.*, IV, n° 52 ; Sur l'interdiction faite à une entreprise de diffuser un journal d'annonces ayant pour titre le surnom donné à un autre journal d'annonces publicitaires, Civ. 2^{ème}, 9 mars 1978, *JCP*, G., 1978, IV, 152.

¹³⁹ CA Paris, 18 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 372. V. également, J. CALVO, « Médicament, notion à contenu variable ? », *Gaz. Pal.*, 1987, 1, doct., p. 476.

¹⁴⁰ TGI Niort, 3 févr. 1993, *JCP*, G., 1993, II, note R. MARTIN ; TGI Strasbourg, 22 avril 1993, *JD*, n° 604198.

¹⁴¹ TGI Bar-le-Duc, 21 nov. 2001, *Bull. inf. C. cass.*, n° 559, arrêt 718. A propos d'un commissaire-priseur, CA Paris, 5 nov. 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 159, note J.-P. MARCHI.

¹⁴² TGI Paris, 7 déc. 1998, *JD*, n° 050801.

¹⁴³ CA Paris, 19 oct. 1998, D. 1989, p. 212, note C. DEBBASCH, approuvé par Civ. 1^{ère}, 5 mars 1991, n° 88-19745.

40. La prévention sous Rome. Il est traditionnellement présenté que la responsabilité civile en droit romain est fondée sur la *Lex Aquilia*¹⁴⁴. Il serait néanmoins erroné de conclure que le droit romain ne connaissait pas le fondement du risque. Or, c'est par son intermédiaire qu'il a été démontré l'existence de manifestations préventives en responsabilité civile romaine¹⁴⁵. Un auteur soutient que le droit romain oriente la responsabilité autour de deux axes fondamentaux : la prévention des risques et la réparation de leurs conséquences préjudiciables¹⁴⁶. Les exemples sont d'ailleurs très marquants. En ce sens, une action permettait d'anticiper les menaces que des pluies abondantes font courir aux propriétés voisines¹⁴⁷. Contenue dans la loi des XII tables, cette action était interprétée par certains auteurs comme pouvant trouver application en amont de l'acte dommageable quand un voisin se sentait simplement menacé par de l'eau s'écoulant de la propriété mitoyenne. Le prêteur prononçait alors directement une contrainte à l'adresse du voisin afin de contenir l'écoulement probable de l'eau sans attendre la réalisation du préjudice. La jurisprudence classique en droit romain a repris cette action en détournement des eaux de pluie. Toutefois, elle en a précisé le régime et imposé une nouvelle condition. Pour intenter cette action, il devait être prouvé l'intervention humaine du voisin sur le cours naturel de l'eau¹⁴⁸. Concrètement, un sillon, une fausse, ou une tranchée creusée par l'homme favorisant l'écoulement de l'eau vers un fonds tiers était un fait de nature à engager sa responsabilité sur le fondement de cette action. Le prêteur en venait alors à demander la démolition d'un ouvrage empêchant l'écoulement naturel des eaux pluviales, la reconstruction d'une digue naturelle prévenant la réalisation de dommages, l'aplanissement d'un terrain sur lequel des fosses ou des sillons avaient été creusés, l'abattage d'arbres plantés en bordure de terrain et retenant l'eau sur le fond supérieur, le nettoyage d'un fossé faisant frontière entre deux fonds, *etc.*¹⁴⁹.

41. Autres actions romaines. Cet exemple est loin d'être isolé dans la responsabilité civile romaine. Dans ce même esprit préventif, il existait une action contre le danger d'écroulement d'un bâtiment voisin. La *cautio damni infecti* est l'exemple d'action préventive romaine le plus célèbre et qui est toujours présenté dans nos manuels¹⁵⁰. Elle conduisait le prêteur à obliger le détenteur d'un bâtiment à l'entretenir de telle sorte qu'il ne s'effondre pas et ne cause aucun dommage. Si l'action était à l'origine de la jurisprudence romaine engagée à l'encontre des vices

¹⁴⁴ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, 1897, p. 4 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 2, Montchrestien, 6e éd., 1970, pp. 35-40 ; J.-PH. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002, n° 607 et s.

¹⁴⁵ G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun.*, Bruylant, Bruxelles, préf. B. SCHMIDLIN, 2006, deuxième partie intitulée « la responsabilité civile pour le risque en droit romain ».

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹⁴⁷ L'*actio aquae pluviae acendae*, *ibid.*, pp. 61 et s.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 63.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁵⁰ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 8.

des maisons, elle fût par la suite étendue aux vices des terrains eux-mêmes¹⁵¹. De même la responsabilité civile romaine pouvait être engagée à l'encontre d'une utilisation dommageable d'un bâtiment¹⁵². Par cette action, il s'agissait de prévenir la chute des choses posées ou suspendues à un bâtiment. Plus exactement, il existait deux actions¹⁵³. La seconde présente un aspect préventif direct. Sur son fondement, le prêteur pouvait interdire de manière absolue le fait de poser des objets sur un bâtiment¹⁵⁴. Toujours dans cette même finalité préventive, le droit romain comportait une action contre les animaux sauvages consistant à prévenir les dommages qu'il pouvait engendrer¹⁵⁵. Le prêteur pouvait dès lors interdire sous quelques conditions la possession d'un animal sauvage. Interdiction absolue au début de la jurisprudence romaine, elle s'est par la suite conditionnée à la probabilité et à la fréquence dans la qualification du risque de dommage¹⁵⁶.

42. Ces actions en responsabilité civile romaine montrent que l'anticipation de la réalisation du dommage était davantage formalisée que les manifestations préventives découvertes en droit positif français. La doctrine contemporaine a déjà fait le lien entre notre histoire du droit et l'existence d'une anticipation de la réalisation du dommage. En ce sens, certains ont-ils pu écrire que « ce n'est plus tant le dommage que l'on cherche à anticiper que la création même de l'état de fait dangereux »¹⁵⁷. *Nous avons pareillement fait le même constat. Le fait à l'origine du dommage dans les manifestations préventives découvertes n'a pas à être réalisé pour que la responsabilité civile soit engagée.* Cette particularité est bien évidemment circonscrite à quelques exemples dans les domaines étudiés. Retrouve-t-on pareilles manifestations en droit québécois ?

β. Comparaison avec le droit québécois

43. Charte québécoise des droits et libertés de la personne. Le droit québécois de la responsabilité civile présente également des manifestations préventives. Leur découverte est plus aisée qu'en droit français en ce qui concerne les atteintes au droit d'expression et plus largement à la vie et à l'intégrité de la personne humaine. En effet, le Québec a adopté une

¹⁵¹ G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun., th. préc.*, p. 71. V. égal., CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, th., Université de Savoie, 2008, n° 429. Du même auteur, V. *Les potentialités du renouveau de l'actio damni infecti pour la prévention et la réparation des dommages environnementaux*, poster, Colloque, La responsabilité environnementale, Le Mans, 27 et 28 novembre 2008, accessible sur internet : <http://www-sfde.u-strasbg.fr/palmares%20posters%201.pdf>.

¹⁵² G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun., th. préc.*, pp. 77 et s.

¹⁵³ *Actio de deiectis et effusis et Actio de positis ac suspensis.*

¹⁵⁴ G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun., th. préc.*, p. 87.

¹⁵⁵ *Actio de feris, ibid.*, p. 96.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 99.

¹⁵⁷ G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun., th. préc.*, p. 87. Deux auteurs sont cités : C. F. GLÜCK et M. KASER.

charte dénommée *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁵⁸ garantissant un ensemble de « droits à »¹⁵⁹ aux citoyens québécois. Le domaine de la charte est très large ; il couvre le droit à la solitude, le droit à l'image, le droit au contrôle des informations personnelles, le droit à la liberté, le droit à l'honneur, le droit à la dignité, le droit à la réputation, la liberté d'opinion et d'expression de la presse, *etc.* Les atteintes portées à ces différents droits et libertés ont été qualifiées par certaines décisions de justice comme exorbitantes du droit commun de la responsabilité civile¹⁶⁰. Cependant, la jurisprudence n'est pas fixée et la doctrine majoritaire rattache, au contraire, les actions intentées sur le fondement de la charte au droit commun de la responsabilité québécoise¹⁶¹. On retrouve alors les mêmes manifestations qu'en droit français. Par exemple, en ce qui concerne le droit à l'image, la simple prise par un appareil photographique de l'image de quelqu'un dans un lieu public constitue une faute et engage la responsabilité de son auteur en l'absence de réalisation d'un dommage¹⁶². Quelque soit le droit violé, la responsabilité civile au Québec présente une finalité préventive plus prégnante qu'en France en raison de l'existence d'un recours particulier. En effet, lorsqu'il est matériellement possible, un recours en injonction peut être fait par la victime d'une atteinte à l'un de ses droits garantis par la charte. Ce recours en injonction se démarque du traditionnel recours en dommage en ce qu'il permet d'anticiper ou de faire cesser l'atteinte. « Opposition aux dommages et intérêts qui constituent un remède indemnitaire intervenant après la réalisation d'une atteinte aux droits, l'injonction est un remède qui protège l'intégrité des droits en empêchant la réalisation même d'une atteinte dommageable aux droits d'une personne »¹⁶³. L'injonction¹⁶⁴ est assez proche du référé en droit français¹⁶⁵. Elle provient de la *Common Law*¹⁶⁶ anglaise. Son caractère préventif

¹⁵⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 ; J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Ed., Yvon Blais, 6^e éd., Québec., 2003, n° 235 et s ; A. POPOVICI, "Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec ", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1998, p. 128.

¹⁵⁹ Sur cette notion en droit français, M. PICHARD, *Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. "Recherches juridiques", 2006.

¹⁶⁰ *Béliveau St-Jacques c. Federation des employées et employés des services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, commentaires M. BOODMAN, (1997) 8 *Sup. C. Law Rev.* (2d) 74 ; M. DRAPEAU, « les conséquences de l'arrêt Béliveau St-Jacques sur les droits de recours des victimes de harcèlement discriminatoire ayant causé une lésion professionnelle », dans *Développements récents en responsabilité civile*, Cowansville, 2^e éd. Yvon Blais, 1997, p. 1.

¹⁶¹ J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile, op. cit.*, n° 236. *Contra*, A. POPOVICI, "Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec ", *loc.cit.*, pp. 146 et s. ; A. POPOVICI, De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit de la responsabilité civile : un mariage raté ?, Conférences Meredith, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49. G. OTIS, «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise (1991) 51 *R. du B.* 561, 566 et s. ; M. DRAPEAU, «La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne», (1994) 28 *R.J.T.* 31.

¹⁶² Art. 36 al. 3 C. c. *Bolduc c. S.S.Q., société d'assurance inc.*, [2000] R.R.A. 144 (C.S.).

¹⁶³ G. MASSE, *L'injonction et le droit privé québécois, une mésalliance*, Université de Montréal, mémoire de maîtrise, 1978, p. 16.

¹⁶⁴ Cf. *infra*, n° 93.

¹⁶⁵ L. PRUJINER, *Contribution à une théorie du droit judiciaire d'urgence : étude comparative de l'injonction interlocutoire et du référé*, thèse, Université Laval, 1979. *Adde* – G. MASSE, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 *R. du B.* 659.

est reconnu précisément parce qu'il n'est pas exigé la preuve de la réalisation d'un dommage¹⁶⁷. « Toutes les injonctions sont tournées vers l'avenir, en ce sens qu'elles cherchent à prévenir ou à éviter un préjudice plutôt qu'à indemniser un dommage déjà subi »¹⁶⁸.

44. L'injonction *quia timet*. Au-delà du droit québécois, le droit canadien de la responsabilité civile en *Common Law* connaît un type d'injonction spécifiquement préventive. Il s'agit de l'injonction *quia timet*. Plusieurs arrêts de la Cour Fédérale du Canada ont donné une définition de cette mesure. « Lorsque le demandeur n'a pas encore subi le dommage, on se trouve confronté aux problèmes de prédiction. Le demandeur poursuit *quia timet* – parce qu'il craint – et le jugement sur le bien-fondé de l'injonction doit être rendu sans que l'on bénéficie de preuves sur la nature du préjudice infligé au demandeur. On demande au tribunal de prédire un dommage dans l'avenir et que ce dommage est d'un genre qui devrait être empêché par voie d'injonction »¹⁶⁹. En d'autres termes, « mesure de redressement temporaire et discrétionnaire, une injonction interlocutoire est (...) une mesure qui porte atteinte à la liberté d'action d'un défendeur sur le fondement d'un préjudice futur inféré »¹⁷⁰. En ce qui concerne la responsabilité civile, ces injonctions sont rendues pour éviter un risque de confusion, notamment en droit des marques¹⁷¹. En ce sens, la jurisprudence exige la preuve de l'existence du risque, la probabilité d'un préjudice futur et la certitude de sa nature irréparable de sorte que seule l'injonction soit appropriée. En effet, si le préjudice futur est présumé de part l'article 20 de la Loi sur les marques de commerce¹⁷², les tribunaux apprécient strictement son caractère irréparable en dommages et intérêts. « Le terme « irréparable » a trait à la nature du préjudice plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre »¹⁷³. L'injonction *quia timet* est également prononcée en matière de nuisance¹⁷⁴, l'équivalent de la théorie des troubles anormaux du voisinage. En ce domaine, il

¹⁶⁶ L. PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249 ; P.-A. GENDREAU, F. THIBAUT, D. FERLAND, B. CLICHE et M. GRAVEL, *L'injonction*, Conswanville, éd. Yvon Blais, 1998, p. 1-9.

¹⁶⁷ « Il se peut qu'avant même l'existence de tout préjudice, la future victime ait de bonnes raisons de croire à sa manifestation prochaine ; peut-elle alors requérir une injonction ? La réponse est certes affirmative ; il serait, en effet, illogique d'obliger une personne à attendre une première atteinte à son droit, laquelle peut parfois être irréparable, avant d'en obtenir la cessation », G. MASSE, *L'injonction et le droit privé québécois, une mésalliance, mémoire, préc.*, pp. 16-17.

¹⁶⁸ R. SHARPE, *Injunctions and Specific Performance*, Aurora, 3e éd., 2000, pp. 30, 31. Traduction établie par le juge McKay à partir de la première édition de 1983 dans l'arrêt *Ciba-Geigy Ltd c. Novapharm Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 1836 ; 77 C.P.R. (3d) 428.

¹⁶⁹ *Ciba-Geigy Ltd c. Novapharm Ltd, préc.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.* ; *Sports Authority Inc. c. Vineberg* [1995] A.C.F. n° 622, 61 C.P.R. (3d) 155 ; *Imax Corp. c. Showmax Inc.*, [2000] A.C.F. n° 69 ; 5 C.P.R. (4th) 81 ; *A. Lassonde Inc. c. Island Oasis Canada Inc.* (C.A.), [2000] A.C.F. n° 186 ; 5 C.P.R. (4th) 165, en appel, seul les frais ont amené à revoir le jugement de première instance, *V. A. Lassonde Inc. c. Island Oasis Canada Inc.* (C.A.), [2000] A.C.F. n° 2123.

¹⁷² L.R.C. (1985), modifiée.

¹⁷³ *Imax Corp. c. Showmax Inc., préc.*, n° 62.

¹⁷⁴ L. BELANGER-HARDY et D. BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en common law*, Editions Yvon Blais, 2005, Chapitre 19, pp. 917 et s.

existe un mode de réparation encore plus préventif que l'injonction. « La *Common Law* accorde à une partie visée par une nuisance le privilège de prendre les choses entre ses propres mains et de voir, de façon paisible, à la suppression de la nuisance surtout lorsqu'il y a urgence et qu'il serait illogique d'attendre de comparaître devant les tribunaux pour régler le problème. Ainsi, si le terrain d'une personne est inondé parce que le voisin a oublié de fermer son réservoir d'eau, il est possible de pénétrer sur son terrain pour fermer le robinet »¹⁷⁵.

L'anticipation de la réalisation certaine du dommage ne semble donc pas au regard de l'histoire du droit, du droit québécois et du droit canadien, une anomalie française. Au contraire, on peut constater qu'elle est moins systématique dans le droit positif et surtout moins représentée par la doctrine française.

b. L'anticipation indirecte de la réalisation certaine du dommage

45. De manière indirecte, il est possible non pas d'éviter la survenance d'un dommage, mais de préserver la situation encore non dommageable. Pour ce faire, le juge des référés dispose de mesures conservatoires, d'information, d'instruction, et d'expulsion.

46. Mesures conservatoires et de sauvegarde. Certainement des à l'étendue du pouvoir du juge des référés qui peut prendre des mesures purement conservatoires tout en ne déclarant pas la situation illicite¹⁷⁶, les manifestations préventives sont diverses et ne manquent alors pas d'efficacité. Elles ont pour but de sauvegarder la situation actuelle alors que le fait dommageable n'est pas réalisé mais qu'il existe un risque de dommage. On retrouve, sans étonnement, les mêmes types d'atteintes que pour les mesures de prévention directe. Mais au lieu d'interdire, ces mesures de sauvegarde se concrétisent par des saisies, mises sous scellés, séquestres, ou encore par la nomination d'un administrateur provisoire¹⁷⁷.

46-1. Saisie, séquestre et mise sous scellés. En cas de risque d'atteinte à l'honneur et à la réputation, la saisie d'un écrit ou d'un film peut être ordonnée¹⁷⁸. Lorsque la revue incriminée est d'ores et déjà en kiosque, c'est-à-dire lorsque le fait dommageable est réalisé, la saisie ne semble plus possible. Le bon sens l'impose ; une mesure conservatoire en tel cas n'est plus efficace¹⁷⁹. Parfois même, toutes mesures préventives seraient sans effet si bien qu'une réparation par équivalent sous forme de dommages intérêts sera préférée par le juge contrairement à la demande

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 942.

¹⁷⁶ CA Paris, 27 sept. 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, 2, p. 735.

¹⁷⁷ En matière commerciale, V, J.-Cl. MARIN, « La mission du juge dans la prévention des abus », *RJ Com*, nov. 1991, n° spécial, Loi de la majorité, p. 110.

¹⁷⁸ CA Paris, 16 mars 1965, *JCP*, 1966, A, II, 14223, note R. LINDON, *RTD civ.*, 1965, p. 88 ; TGI Paris, 24 févr. 1975, *D.*, 1975, p. 438, note R. LINDON ; TGI Paris, 20 juin 1973, *D.*, 1974, p. 766, note R. LINDON.

¹⁷⁹ En ce sens, CA Paris, 19 juin, 1987, *Le Pen c/ Le canard enchaîné*, *JCP*, G., 1988, II, 20957 ; *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 430. V. M. Bertin, « L'image prise par le droit », *Gaz. Pal.*, 1987, 2, doct., p. 506.

dont il est saisi¹⁸⁰. La saisie est un moyen préventif efficace mais peut sembler peu dissuasive. Elle est alors souvent complétée par l'astreinte et même par le contrôle d'un huissier qui sera chargé de surveiller les opérations et la bonne foi de l'éditeur¹⁸¹.

En cas de risque de concurrence déloyale, la saisie ou la mise sous scellés des produits peuvent être ordonnés afin d'éviter que les concurrents ne s'en emparent¹⁸². En ce sens, ont été saisis des produits nazis qu'un commerçant s'apprêtait à vendre¹⁸³, des produits destinés à la vente faisant l'objet d'un contrat de distribution sélective¹⁸⁴ ou encore des produits destinés à la vente sous une marque contrefaite¹⁸⁵. Les biens litigieux peuvent également être confiés à un séquestre qui aura pour mission de les conserver provisoirement¹⁸⁶. Seuls les biens strictement nécessaires à la sauvegarde des intérêts en présence lui seront confiés¹⁸⁷.

46-2. *Nomination d'un administrateur provisoire*¹⁸⁸. Pour éviter que la situation ne devienne dommageable dans l'entreprise ou la copropriété, un administrateur provisoire peut être nommé en référé. Il aura pour tâche de diriger le groupement ou de gérer temporairement un patrimoine en cas d'indivision successorale ou des biens appartenant à un absent, *etc.* Nommé à temps, tout dommage résultant d'une mauvaise gestion pourra être évité. Le juge aura ainsi recours au prononcé de telle mesure en cas de mésentente entre les associés¹⁸⁹, ou lorsque l'organe de direction sera absent¹⁹⁰, par exemple. Plus largement, pour anticiper une crise au sein de la société mais également pour préserver les droits des tiers¹⁹¹ et, par conséquent, pour éviter tout dommage au-delà du fonctionnement interne de l'entreprise, un huissier, un contrôleur de gestion ou un observateur de gestion peuvent être nommés par le juge des référés¹⁹². Ces

¹⁸⁰ TGI Paris, 23 juin 1984, *RTD civ.*, 1985, p. 439. Au lieu du retour des numéros de la revue ou de la rétention de ceux en instance de routage, le juge attribue des dommages-intérêts provisionnels. CA Paris, 11 juin 1986, *D.*, 1987, p. 107. Le juge ordonne la mise sous séquestre des fonds recueillis par la vente d'un livre.

¹⁸¹ TGI Paris, 30 nov. 1983, *D.*, 1984, p. 111.

¹⁸² Com., 22 juill. 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 184.

¹⁸³ Civ. 2^{ème}, 12 févr. 2004, *JCP*, G., 2004, IV, 1690.

¹⁸⁴ Com. 15 mars 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 108.

¹⁸⁵ CA Versailles, 1^{er} mars 1990, *Gaz. Pal.*, 1990, 2, somm., p. 715.

¹⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, *Bull. civ.*, I, n° 161.

¹⁸⁷ Civ., 10 mai 1960, *JCP*, G., 1960, IV, p. 18.

¹⁸⁸ M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, PUAM, 2004, n° 77 et s.

¹⁸⁹ Com., 17 janv. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 28.

¹⁹⁰ Com., 26 nov. 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 279.

¹⁹¹ Le tiers à l'entreprise peut en effet demander qu'un mandataire soit chargé de veiller à la bonne application des directives judiciaires et de faire rapport des manquements observés, le cas échéant, au juge. En ce sens, pour un tiers-cédants d'actions, CA Paris, 27 févr. 1980, *Rev. Soc.* 1981, p. 109 ; Com., 7 juin 1988, *Bull. Joly.*, 1988, p. 581 ; pour le tiers-bénéficiaires d'un nantissement d'actions, CA Lyon, 30 mars 1978, *Rev. Soc.* 1979, p. 320 et s., note Ph. MERLE, Com. 19 déc. 1989, *Dr. Sociétés*, 1990, n° 157, CA Paris, 26 févr. 1986, *JCP*, E., 1986, I, n° 15379, note A. VIANDIER.

¹⁹² Sur ces nouveaux mandataires, C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. CATALA, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 323, 1999, n° 261 et s.

mesures conservatoires sont plus souples et d'une moindre gravité par rapport à la nomination d'un administrateur provisoire¹⁹³.

47. Mesures d'instruction ou d'information. Afin de rechercher la teneur et l'ampleur du dommage probable, le juge peut prononcer des mesures d'instruction ou d'information. Que ce soit sur le fondement des articles 145, 808 ou 809 CPC, peut être désignés par le juge un technicien chargé d'une mission d'information¹⁹⁴ ou un expert¹⁹⁵. Plus généralement toute production de pièces peut être ordonnée¹⁹⁶. Pour obtenir l'information nécessaire à la prévention du dommage, il peut même être ordonné à un tiers que soit révélée l'adresse d'un débiteur indélicat et discret¹⁹⁷.

En conclusion, notre étude a démontré l'existence de *deux types de manifestations préventives anticipant la réalisation du dommage : les mesures de prévention directe agissant directement sur le fait potentiellement dommageable et les mesures de prévention indirectes agissant sur la situation pouvant faire naître le fait potentiellement dommageable.*

Ces deux manifestations préventives partagent-elles les mêmes caractères ?

2. Caractères des manifestations

48. La recherche des caractères des manifestations préventives est un objectif essentiel dans notre recherche. En effet, pour savoir si les manifestations préventives forment un ensemble unitaire, on ne peut le percevoir en questionnant les conditions d'engagement d'une action en responsabilité dans la mesure où il s'agit précisément d'intervenir avant le dommage, et dans le cas des mesures d'anticipation, avant même le fait dommageable. Cette recherche de l'unité des manifestations préventives doit se faire par d'autres voies parmi lesquelles celle des caractères communs, partagés par les manifestations préventives. En ce qui concerne les mesures de prévention directe (a) et les mesures de prévention indirectes (b), les caractères propres à chacune d'entre elles se rejoignent.

¹⁹³ En ce sens, M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, th. préc., n° 98.

¹⁹⁴ TGI Evry-Corbeil, 4 janv. 1974, *D.*, 1974, p. 783, note Davillier. TGI Paris, 22 févr. 1974, *D.* 1974, p. 783, TGI Nanterre, 29 juin 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, 1, Somm., p. 135.

¹⁹⁵ Civ. 3^{ème}, 30 nov. 1976, *JCP, G.*, 1977, IV, p. 20 ; *D.*, 1977, IR, p. 103 ; TGI Paris, 2 oct. 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, p. 196 ; TGI Paris, 10 févr. 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, 2, p. 573, note M. PEISSE.

¹⁹⁶ TGI Paris, 25 oct. 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, 1, p. 75. Egalement, TGI Paris, 28 juin 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, 1, somm., p. 122.

¹⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, *D.*, 1993, p. 421, note GUIHO.

a. Caractères des mesures de prévention directe

49. Les manifestations des mesures de prévention directe du fait dommageable présentent-elles des caractéristiques communes ? Il semble *a priori* que la réponse doit être négative tant la profusion du nombre et des types de mesures prononcées ont été constatés.

50. Caractères non déterminants. De prime abord, trois raisons concourent à l'absence de cohérence de l'ensemble des mesures de prévention directe du fait dommageable. En réalité, ces raisons mettent en lumière des caractères non déterminants qu'il faut dégager dans un second temps des caractères déterminants propres à spécifier les mesures de prévention directe.

50-1. Un domaine vaste. Tout d'abord, le domaine des mesures de prévention du fait dommageable est vaste. Nous avons été contraints de retenir des sous-domaines plus circonscrits à défaut de quoi toutes les règles de responsabilité ayant la possibilité d'être engagées avant la réalisation du dommage eurent constitué l'étude. Ainsi, les mesures de prévention directe du fait dommageable n'ont pas pour caractéristique d'être apparentées à un champ particulier de la responsabilité civile. Le domaine juridique n'est pas un caractère qui leur soit déterminant.

50-2. Hétérogénéité des mesures de prévention directe. Ensuite, les mesures de prévention directes du fait dommageable ne recouvrent pas un type particulier de sanction. Les mesures peuvent être provisoires ou définitives, négatives ou neutres, subjectives ou objectives. Quant à leur catégorie, les mesures peuvent être des mesures conservatoires¹⁹⁸, de remise en état¹⁹⁹, de cessation de l'illicite, ou de réparation en nature²⁰⁰. Du fait de leur hétérogénéité, le type et la catégorie des mesures ne sont pas des caractères déterminants.

50-3. Diversité des fondements. Enfin, les mesures de prévention directe du fait dommageable ne proviennent pas d'un unique texte de loi. Certaines sont rendues au fond sur le fondement des articles 1382 et s. du Code civil²⁰¹. D'autres sont rendus par le juge des référés²⁰². Pour l'action en trouble de voisinage, aucun texte même n'est visé mais un principe général du droit désormais

¹⁹⁸ La mesure conservatoire est prise « pour éviter que la situation suspectée d'illicéité ne se consume entièrement ou ne s'aggrave avant que le juge du fond puisse se prononcer sur la réalité de son illicéité. (...) Il s'agit de conserver en l'état pour préserver l'efficacité du jugement au fond à venir », C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 105, p. 109. Voir également, J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2e éd., 2002, n° 400 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1961, n° 1292 ; R. PERROT, « L'évolution du référé », in *Mélanges P. HEBRAUD*, p. 650, n° 8 et 9 ; J. VIATTE, « Les pouvoirs du juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1976, II, p. 709 ; B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000, préf. J. MESTRE ; M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit social", t. 36, 2002, n° 117 et s.

¹⁹⁹ La mesure de remise en état est prise pour « corriger une situation de fait dont l'illicéité est d'ores et déjà manifeste : il s'agit de remettre en état en adoptant les mesures correctives qui s'imposent », *ibid.*

²⁰⁰ Sur les mesures de cessation de l'illicite et de réparation en nature, Cf. *infra*, section 2, n° 86 et s.

²⁰¹ C'est le cas de l'affaire des Cadets de Saumur par exemple. Pour d'autres manifestations jurisprudentielles, F. AUBERSON, *La prévention du dommage, éléments pour une conception subjective en droit privé français*, th. préc., pp. 66 et s.

²⁰² Parmi les exemples précités : CA Paris, 17 juin 1998, *D.*, 1998, IR, p. 227.

bien connu. Au fond, en l'absence de tout visa, certains arrêts sont rendus en équité²⁰³. La diversité des sources textuelles de ces mesures ne pourrait pas être plus étendue. Leur fondement juridique n'est pas un caractère déterminant.

51. Caractère déterminant. On constate néanmoins un point commun terminologique. Les manifestations présentées sont désignées par le terme de mesure et non de sanction. Cette terminologie dénote-elle la nature préventive d'un effet de droit que le droit positif s'interdit de dénommer sanction ? Il n'appartient pas aux présents développements de répondre à cette interrogation mais de la formuler. Pour l'heure, deux caractères déterminants sont identifiables.

51-1. Caractère proportionné. Les mesures de prévention directe sont prononcées en proportion du risque de dommage encouru. Que ce soit la nature de la révélation qui sera faite dans la presse, ou l'étendue du trouble concurrentiel que subirait déloyalement la victime par exemple, la mesure préventive sera choisie en fonction de la gravité du dommage qui pourrait en résulter. Plus précisément, les manifestations présentées précédemment illustrent l'exigence de proportionnalité entre la mesure prise et la certitude de la réalisation du risque. Tant pour les atteintes au droit d'expression que pour les atteintes au droit de la concurrence, la mesure sera proportionnelle au degré de certitude de réalisation du dommage. Ainsi, selon l'espèce, des mesures d'attente, des mesures de suspension, ou des mesures d'interdiction constitueront le choix possible offert au juge. Ce constat ne déroutera pas le juriste du droit de la responsabilité civile pour qui la proportion de la réparation du préjudice se fait également à raison du dommage et non de la gravité de la faute²⁰⁴.

51-2. Caractère adéquat – origine. Les mesures de prévention directe sont choisies afin de s'adapter le plus précisément au fait dommageable dont il convient d'éviter la réalisation. Ce caractère se justifie par l'existence d'un principe juridictionnel plus large dit de la sanction adéquate. Ce principe, étudié par M. Jacques-Henri Robert²⁰⁵, énonce que le juge civil peut créer des sanctions non prévues par les textes afin de résoudre justement le litige. Les origines de ce caractère se situent donc dans le pouvoir de l'*imperium* du juge, ce qui, par ailleurs, n'est pas sans poser de problème quant à l'application du principe de légalité²⁰⁶. Historiquement, « l'avènement du principe de légalité, la subordination de l'autorité judiciaire à la loi supposait que le législateur s'appliquât à sanctionner soigneusement les règles qu'il posait. Puisqu'il ne l'a

²⁰³ Parmi les exemples précités : CA Paris, 5 janv. 1972, *D.* 1972, jur., p. 445, note J. DUTERTRE ; *RTD civ.*, 1973, p. 358, obs. G. DURRY, confirmant TGI Paris, 15 juin 1970, *JCP*, G., 1970, II, 16550, obs., R. LINDON.

²⁰⁴ Seule la responsabilité pénale fait varier le montant de la réparation en fonction de la gravité de la faute commise par le coupable. Cependant, en responsabilité civile, le mécanisme n'est pas inexistant. En ce sens, voir les dommages et intérêts majorés, *infra*, n° 170 et s.

²⁰⁵ J.-H. ROBERT, *Les sanctions prétorienne en droit privé français*, th., Paris II, 1972.

²⁰⁶ « Le principe de la sanction adéquate a été énoncé et, surtout à une époque récente, appliqué sans que soit posée ni résolue la question, pourtant préalable, de l'application du principe de légalité à l'*imperium* du juge », *ibid.*, p. 26 et plus encore, « bien que contradictoires, le principe de la légalité des sanctions et celui de la sanction adéquate paraissent coexister sans que jamais l'on puisse énoncer le critère qui délimite leurs domaines respectifs », *ibid.*, pp. 32-33.

pas fait, en dépit du pouvoir illimité que lui a conféré la Révolution, l'autorité judiciaire a suppléé sa carence »²⁰⁷. Ainsi le principe de la sanction adéquate trouve-t-il ses origines.

51-3. Caractère adéquat – manifestation. On retrouve très exactement ce principe à travers le caractère adéquat des mesures de prévention. Par exemple, le juge saisi d'un recours en diffamation préférera agir avant l'impression de l'ouvrage en prononçant une mesure d'interdiction de publication plutôt qu'après la publication où une mesure d'interdiction de diffusion serait moins efficace et plus difficile à mettre en œuvre. Les mesures de prévention directe s'adaptent au fait dommageable dans un souci d'efficacité préventive. En ce sens, leur hétérogénéité est compréhensible. Il n'existe pas une grande catégorie de mesure de prévention pour prévenir un fait dommageable, comme c'est le cas des dommages-intérêts pour réparer un préjudice, mais diverses catégories : mesure conservatoire, mesure de remise en état, mesure de cessation de l'illicite, mesure de réparation en nature. L'expression "mesure préventive" n'est pas une catégorie appartenant au droit positif. En revanche, ce peut être une proposition doctrinale pour englober ces diverses catégories. Nous pourrions la formuler plus après lorsqu'il conviendra d'analyser si les mesures de précaution s'en distinguent ou non.

En conclusion, les caractères des mesures de prévention directe ressortent de leur nature judiciaire et non du fondement juridique contenu dans le texte des normes de la responsabilité. En est-il de même en ce qui concerne les mesures de prévention indirecte ?

b. Caractère des mesures de prévention indirecte

52. *Les mesures de prévention directe nous apparaissent posséder deux caractères : un caractère proportionné au risque de dommage et un caractère adéquat.* Ces deux caractères découlent de la grande adaptabilité des mesures prononcées au risque de dommage dont il s'agit d'éviter la réalisation. On retrouve un des deux caractères pour les mesures de prévention indirecte.

53. Caractère proportionné à la situation. En premier lieu, les mesures de prévention indirecte présente un caractère proportionné. Si elles ne sont pas proportionnées au risque de dommage, comme les mesures de prévention directe, elles le sont à la situation potentiellement dommageable. La différence d'objet de la proportionnalité se conçoit aisément en raison de la différence d'objectif visé par ces mesures. *Les mesures de prévention indirecte ne visent pas à éviter un dommage mais à préserver de tout dommage une situation particulière.* Nommer un administrateur provisoire vise à préserver un certain équilibre en vue d'éviter la liquidation judiciaire tandis qu'interdire la publication d'un ouvrage potentiellement diffamatoire tend directement à éviter la diffamation. Dans le premier cas, la mesure est proportionnée à la situation de la société et non à la procédure de liquidation probable tandis que dans le second la mesure est proportionnée à l'ampleur de la diffamation possible et non à celle du seul manuscrit.

²⁰⁷ J.-H. ROBERT, *Les sanctions prétorienne en droit privé français, th. préc.*, pp. 31-32.

54. Caractère non adéquat. En second lieu, la mesure de prévention indirecte ne présente aucunement de caractère adéquat. Au contraire, la mesure ordonnée est d'un type général. Il peut s'agir d'une saisie, d'un séquestre, d'un administrateur provisoire, *etc.* Elles sont ordonnées sur le fondement d'un texte précis contrairement aux mesures de prévention directe dont le choix même demeure sous la libre souveraineté du juge.

55. Effet de droit, sanction juridique et mesure juridique. Les mesures de prévention du fait dommageable ne nous apparaissent pas provenir d'un domaine particulier du droit de la responsabilité civile. Leur cohérence n'appert ni de l'appartenance à une catégorie particulière, ni d'un régime spécifique. La dimension préventive qui les unit semble provenir de caractère extrinsèque et intrinsèque propres. Intrinsèquement, c'est-à-dire en tant que sanction judiciaire, les mesures de prévention du fait dommageable ont un caractère proportionné au risque de dommage pour les mesures de prévention directe et à la situation potentiellement dommageable pour les mesures de prévention indirectes. Extrinsèquement, c'est-à-dire en tant que conséquence d'une possible violation d'une règle de responsabilité civile, les mesures de prévention du fait dommageable sont prononcées en la présence d'un risque de dommage. En outre, ces mesures sanctionnent la future réalisation d'un fait potentiellement dommageable bien que non encore illicite. Le discours législatif et judiciaire, s'ils ne conceptualisent pas ces sanctions préventives, usent néanmoins d'une terminologie particulière. *Les effets de droit prononcés pour anticiper un risque certain de dommage revêtent le qualificatif de mesure. Le terme de sanction ne leur échoie pas.* Ce constat rend nécessaire une étude des liens et des différences entre les notions d'effet de droit, de sanction juridique et de mesure juridique²⁰⁸.

La recherche des caractères communs aux mesures de prévention directe et indirecte fait émerger leur unité à travers leur caractère adéquat et leur terminologie de mesure juridique. La recherche de leurs fondements permet-elle également de trouver leur unité ?

B. Fondements des manifestations de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage

56. Les manifestations que nous avons mises au jour sont le fruit tant du juge des référés (1) que du juge du fond (2).

1. Fondements des manifestations du juge des référés

Les manifestations de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage sont l'application des référés généraux des articles 808 et 809 CPC ou de référés spécifiques.

57. Référés généraux. Les articles 808 et 809 CPC sont les deux fondements principaux en matière de référés. Ils fondent à la fois les manifestations de l'anticipation de la réalisation

²⁰⁸ Cf. *infra*, n° 258, 259, 395 et 396.

certaine et incertaine du dommage. Le premier de ces articles exige les conditions d'urgence et d'absence de contestation sérieuse, deux conditions bienvenues en matière de référé. L'urgence est une notion assez floue qui se nourrit de la casuistique pour se définir. Il n'en demeure pas moins qu'elle est une notion temporelle restant à l'appréciation souveraine du juge. On peut seulement dire qu'il y a urgence « quand un retard de quelques jours, peut-être même de quelques heures, peut devenir préjudiciable à l'une des parties »²⁰⁹. La condition d'urgence doit impérativement être relevée par le juge, bien qu'il puisse le faire implicitement²¹⁰. La Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur la qualification de l'urgence, ce qui en fait une notion de pur fait. Seconde condition, l'absence de contestation sérieuse²¹¹ est également une notion casuistique. « Par contestation sérieuse, on entend celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots »²¹². C'est avant tout une notion qui garantit que le juge demeure sur le terrain du provisoire. S'il est contraint de trancher une question au fond, alors il n'y a pas absence de contestation sérieuse²¹³. Néanmoins, l'article 808 CPC permet au juge des référés de statuer lorsqu'il y a une contestation sérieuse. Dans ce cas, le texte exige l'existence d'un différend si bien que l'objet du litige portera sur la présence même d'une contestation sérieuse²¹⁴.

Quant au second fondement, l'article 809 CPC, la doctrine constate la *quasi*-disparition de ces deux conditions d'interventions – l'urgence et l'évidence²¹⁵. Cet article, par sa souplesse, élargit à des horizons non délimités l'étendue des manifestations préventives. Le plaideur sait y recourir en esquivant par là même l'article 808 mais également d'autres procédures comme celle des référés devant le Conseil de la concurrence²¹⁶. L'article 809 est un puits sans fond. Les cas de référés spécifiques s'émancipent-ils également des conditions de l'article 808 CPC ?

58. Référés spéciaux. Les manifestations recensées de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage ont fait apparaître différents cas de référés spéciaux. En ce qui concerne les atteintes à la vie privée, l'article 9 du Code civil permet d'empêcher une atteinte à l'intimité de la vie privée par une ordonnance en référé s'il y a urgence. Le texte n'a cependant pas été appliqué à la lettre ; la jurisprudence ayant déclaré que la seule constatation de l'atteinte caractérise urgence²¹⁷. L'article 9-1 du même code prévoit une procédure de référé spécifique pour les atteintes au respect de la présomption d'innocence ; la loi du 29 juillet 1982 aménage un référé spécifique

²⁰⁹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 26^e éd., 2001, n° 242. V. également, S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, action, 5^e éd., 2006, n° 124, p. 131.

²¹⁰ Civ. 1^{ère}, 20 janv. 1976, *Bull. civ.*, I, n° 24. Une simple mention « vu l'urgence » suffit également, Civ. 2^{ème}, 27 nov. 1957, *Bull. civ.*, II, n° 706.

²¹¹ Sur cette notion, V. ROUSSE, *Gaz. Pal.*, 1974, doct., p. 837 ; LYONNET, *RJ com.*, 1975, p. 3 ; RONDEAU-RIVIER, *Gaz. Pal.*, 1991, doct. p. 355.

²¹² J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*

²¹³ Civ. 1^{ère}, 26 avr. 1978, *JCP*, G., 1979, II, 19251, note COUCHEZ.

²¹⁴ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1278.

²¹⁵ Cf. *infra*, n° 253 et s.

²¹⁶ En ce sens, E. PUTMAN, « Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence », *RRJ*, 1997-3, p. 889 et s., *spéc.*, p. 897.

²¹⁷ Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *D.* 2001, 2434, note SAINT-PAU, *LPA*, 2 févr. 2001, note DERIEUX, *Comm. com. Elec.* 2001, n° 94, obs. A. LEPAGE ; Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2000, *D.* 2001, 885, *D.* 2001, 892, étude GRIDEL.

pour assurer l'efficacité du droit de réponse ; et la loi du 4 janvier 1993 prévoit un cas de référé-insertion pour protéger la présomption d'innocence. En dehors de ce domaine, nous pouvons noter l'existence d'un référé spécifique en cas d'atteinte à l'hygiène et à la sécurité. Le code du travail institue en effet des cas de référé préventif concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs. Il est reconnu à l'inspecteur du travail la qualité pour agir en référé. La plupart de ces interventions visent à faire cesser une réalisation en cours d'un dommage²¹⁸. On peut cependant noter que la loi prévoit que l'inspecteur du travail puisse intervenir en amont, s'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résultant de l'inobservation des obligations spécifiques de prévention et de coordination des entreprises²¹⁹. En ce qui concerne le droit de la concurrence, le référé contrefaçon permet en l'absence de contestation sérieuse sur l'existence de la contrefaçon d'éviter la réalisation d'un préjudice. Un référé spécial a été créé par l'article 54 de la loi de 1984 en matière de brevets d'invention et a été étendu aux marques par l'article 20 de la loi du 4 janvier 1991²²⁰.

2. Fondements des manifestations du juge du fond

59. L'anticipation de la réalisation certaine du dommage se manifeste également au fond. L'article 1382 C. civ demeure, avec l'article 1383, le fondement traditionnel²²¹. La responsabilité pour faute assure une prévention spéciale des dommages pour les activités industrielles polluantes, par exemple²²². Elle sanctionne surtout une obligation générale de prudence²²³. En ce qui concerne spécifiquement l'anticipation du dommage, l'article 1382 C. civ. a pris le relais de

²¹⁸ Cf. *infra*, section 2.

²¹⁹ S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privée", préf. G. VINEY, 2006, n° 61.

²²⁰ J.-P. STENGER, *Sanctions de la contrefaçon*, J.-Cl. Brevets, Fasc. 4680, 2001 ; Ph. DEVESA et J.-M. MOUSSERON, *Actions complémentaires à l'action en contrefaçon*, J.-Cl. Brevet, Fasc. 4650, 2000 ; J. AZEMA, « Nouveaux apports législatifs au droit des brevets d'invention », *D.* 1985, chron., p. 92 ; B. GORCHS, "Référé spéciaux et droit commun", *RRJ, numéro spécial, Cahier de méthodologie juridique*, 18, les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative, 2003, pp. 2933 et s., *spéc.*, p. 2978.

²²¹ C'est le cas de l'affaire des Cadets de Saumur par exemple. Pour d'autres manifestations jurisprudentielles, F. AUBERSON, *La prévention du dommage, éléments pour une conception subjective en droit privé français, th. préc.*, pp. 66 et s.

²²² G. VINEY, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", *JCP, G.*, I, 1996, 3900, n° 10 ; G. WIEDERKEHR, "Dommage écologique et responsabilité civile", in *Les hommes et l'environnement, Mélanges en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche*, 1998, p. 513, *spéc.*, pp. 520-521.

²²³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 473 ; Ph. Le TOURNEAU, "Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 19 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, préf. R.O. DALCQ, LGDJ, Bruylant, 1988, n° 289 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages, th. préc.*, n° 420.

la *cautio damni infecti* romaine. En effet, l'article 1386 C. civ. intervient *a posteriori*²²⁴. Seul l'article 1382 permet d'empêcher la réalisation du dommage que constitue la construction menaçant de tomber en ruine²²⁵.

60. En dehors de la responsabilité pour faute, certaines décisions sont rendues en équité²²⁶. D'autres sont rendues sur le principe prétorien de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage.

Nous constatons dès lors une grande diversité des fondements. L'existence vérifiée de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage se spécifie donc non par les conditions traditionnelles de la responsabilité, ni par un fondement juridique particulier, mais par des caractères communs liés à leur origine jurisprudentielle.

§2. L'anticipation de la réalisation incertaine du dommage

61. Problématique. Lorsque le fait potentiellement à l'origine d'un dommage probable n'est pas encore produit, la responsabilité civile peut être engagée. Au-delà, la responsabilité civile peut-elle être engagée alors même que la certitude de la réalisation prochaine du dommage n'est pas rapportée ? Au contraire, l'état des connaissances scientifiques doit-il permettre de prouver le caractère dommageable pour que la responsabilité soit retenue juridiquement ?

62. Hypothèse. Certains auteurs soutiennent que dans sa fonction préventive, la responsabilité civile permettrait d'anticiper la survenance de dommage même lorsque le risque est improbable, incalculable²²⁷. C'est le cas lorsque l'information, plus généralement, l'état des connaissances techniques et scientifiques ne permet pas de conclure à une certitude. L'incertitude est la seule donnée constatée. Ainsi, il faut entendre l'incertitude comme le doute né « des conséquences d'un évènement qui consiste à se demander si tel fait entraîne tels dommages »²²⁸. Le principe de précaution est la norme juridique qui prend en compte les dommages incertains. Force est de constater, de prime abord, que le principe de précaution, en soi, ne fait pas partie des normes applicables en droit de la responsabilité civile. Cependant, nous émettons l'hypothèse que sa logique d'anticipation du dommage se répercute sur certaines sanctions en responsabilité.

²²⁴ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, th. préc., n° 628 ; V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 344, préf. J. HUET, 2000 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Thémis, 1992, n° 199 et 211.

²²⁵ S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, th. préc., n° 420.

²²⁶ Parmi les exemples précités : CA Paris, 5 janv. 1972, *D.* 1972, jur., p. 445, note J. DUTERTRE ; *RTD civ.*, 1973, p. 358, obs. G. DURRY, confirmant TGI Paris, 15 juin 1970, *JCP*, 1970, II, 16550, obs., R. LINDON.

²²⁷ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 582 et 583.

²²⁸ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, th. préc., n° 457. V., également, F. EWALD, « Philosophie de la précaution », *L'année Sociologique*, 1996, n° 2, p. 383, spéc. p. 398 ainsi que N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, PUAM, préf. G. WIEDERKEHR, 2005.

63. Il convient alors de rechercher quel est le domaine du principe de précaution en droit (A) afin de questionner ensuite sa possible appartenance au droit de la responsabilité civile (B).

A. La recherche du domaine de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage

64. Le droit communautaire et le droit public français offrent des manifestations de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage par l'application du principe de précaution. Dans un premier temps, la présentation des domaines dans lesquels le principe s'applique (1) nous permettra de rechercher, dans un second temps, s'il existe de manière informelle de semblables manifestations préventives en responsabilité civile (2).

1. Le domaine des manifestations

65. En droit communautaire et international. Le principe de précaution puise ses origines dans le principe de prévoyance allemand, le *vorsorgeprinzip*, formulé dans la loi sur les produits chimiques de 1970 afin de dédommager les atteintes à la vie humaine dues à des produits chimiques aux effets nocifs reportés dans le temps²²⁹. Il a ensuite été étendu à l'environnement en 1976, a été conceptualisé philosophiquement notamment par Hans Jonas²³⁰ et a gagné la scène internationale au point huit du préambule de la [Convention de Rio sur la diversité biologique](#)²³¹. En droit communautaire, l'article 174-2 du Traité sur l'Union européenne l'évoque pour la première fois²³². Ainsi, le principe de précaution est originairement un principe du droit de l'environnement. Il s'est rapidement étendu au droit de la santé publique²³³. L'article 174-1 dudit traité précise que le domaine de l'environnement inclut la protection de la santé des personnes. La jurisprudence européenne fonde son interprétation de la sécurité sanitaire à la lumière du principe de précaution²³⁴.

²²⁹ P. LASCOUMES, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », *L'Année sociologique*, 1996, t. 46, n° 2, p. 359, *spéc.*, pp. 360 et s.

²³⁰ H. JONAS, *Le principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, 1979, éd. du Cerf.

²³¹ Le préambule en son point huit énonce que les signataires notent « qu'il importe au plus au point d'anticiper et de prévenir les causes de la réduction ou de la perte sensible de la diversité biologique à la source et de s'y attaquer ».

²³² L'article énonce que « La politique de la Communauté [...] vise un niveau de protection élevé [...]. Elle est fondée sur le principe de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur - payeur. »

²³³ M.-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », in *Principe de précaution*, dossier coordonné par Ch. NOVILLE, *D.*, 2007, n° 22, p. 1514, *spéc.*, p. 1518. Plus généralement, V. K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire*, l'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2002 ; en matière de responsabilité civile, A. ROUYERE, « La responsabilité civile en matière de risques sanitaires. Audaces, et concessions des textes européens », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, n° 4, pp. 399 et s.

²³⁴ La Cour de Justice des Communautés Européennes rend régulièrement des décisions fondées sur le principe de précaution depuis 1998. CJCE, 5 mars 1998, *National Farmers' Union*, C-180/98 ; CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, aff. C-180/96, Rec. CJCE I-2269, pt.100 ; CJCE, 13 déc. 2001, *Commission c/ France*, AJDA 2002, 164, note T. Harmoniaux ; dernièrement, CJCE, 20 oct. 2005, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-6/04, etc. Pour une

Ce champ d'application couvre de vastes problématiques, du droit des médicaments²³⁵ au droit des consommateurs²³⁶ en passant par les OGM²³⁷, et il semble que les mesures ordonnées en dépassent même les frontières. En effet, l'ensemble des technologies demeure potentiellement sous l'emprise du principe²³⁸. Ainsi le droit des biotechnologies reposant sur les directives de 1990 et 2001²³⁹ est soumis à ce principe. Les toutes nouvelles nanotechnologies n'y sont pas encore assujetties. Si certains estiment que leur nature devrait y échapper²⁴⁰, l'extension du domaine juridique du principe de précaution est un sérieux contre argument.

66. En droit public français. La jurisprudence administrative en droit interne va également en ce sens. Le domaine originaire de l'environnement prévu dans la loi Barnier²⁴¹ et spécifié par la Charte adossée à la Constitution²⁴² s'étend aux problématiques sanitaire et technologique²⁴³. Le droit de l'urbanisme est un exemple commun aux deux ordres de juridictions.

67. Contentieux des antennes relais. Le Conseil d'Etat est régulièrement saisi depuis 2002 de demandes d'annulation d'ordonnances rendues en référé par les Tribunaux administratifs ne suspendant pas les décisions municipales s'opposant à l'installation d'antennes relais de

liste exhaustive, V. R. VANNEUVILLE et S. GANDREAU, *Le principe de précaution saisi par le droit : les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution.*, Rapport fait à la demande du Ministère de l'écologie et du développement durable, La documentation française, Réponses environnement., 2006, Annexe : jurisprudence sur le principe de précaution, p. 159. Pour une analyse des décisions de la Cour en matière de sécurité sanitaire, M. DEGUERGUE, « Précaution et sécurité sanitaire à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, janv./mars 2004, p. 80.

²³⁵ La procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments repose implicitement sur une logique de précaution sans mentionner néanmoins le principe de précaution.

²³⁶ Les derniers arrêts de la CJCE sont rendus en ce sens. V. CJCE, 20 oct. 2005, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-6/04

²³⁷ J. BOUDANT, « Principe de précaution et risques : l'exemple des OGM », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, n° 4, pp. 415 et s.

²³⁸ En ce sens, M.-A. HERMITTE, *ibid.*

²³⁹ Directives 90/220/CE et 2001/18/CE.

²⁴⁰ J.- P. DUPUY, *Petite métaphysique des tsunamis*, Le Seuil, 2005.

²⁴¹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dispose en son article premier que l'article L 200-1 du Code rural est modifié pour accueillir « le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable. »

²⁴² La Charte de l'environnement a été incluse dans le bloc de constitutionalité par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005. Elle prévoit le principe de précaution en son article 5 ainsi formulé : « 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 de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption des mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Pour une analyse, M. VERPEAUX, « La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution », *Environnement*, avr. 2005, p. 6.

²⁴³ Pour la présentation d'autres mesures concrètes de précaution, v. N. VOIDEY, *Le risque en droit civil, op. cit.*, pp. 297 et s.

téléphonie mobile²⁴⁴. Le contrôle du Conseil s'effectue sur l'urgence des faits. La majorité des arrêts rendus se range derrière l'expertise ne retenant pas l'hypothèse de risques pour la santé. Le juge soupèse deux intérêts en présence, l'autorisation délivrée aux sociétés de téléphonie mobile pour couvrir le territoire d'une part, et la présence ou non de risques sérieux prouvés pour la santé publique, d'autre part. Les juridictions de premier degré, en référé, ordonnent facilement la suspension des travaux des compagnies de téléphonie mobile. Au contraire, le Conseil d'Etat n'abonde en ce sens que si la couverture du territoire est déjà effective²⁴⁵. Sinon, en l'absence de risques étayés pour la santé²⁴⁶, les ordonnances en référés sont annulées²⁴⁷. Dans un arrêt remarqué, une Cour d'appel avait annulé une ordonnance rendue en référé favorable à l'installation d'une station radioélectrique à Cagnes-sur-Mer. Le Conseil d'Etat avait sévèrement annulé l'arrêt pour erreur de droit²⁴⁸. Il est vrai que l'arrêt d'appel inversait quasiment la charge de la preuve en demandant la preuve d'un risque zéro à la compagnie. Comme le rappelle le commissaire Yann Aguila, « le principe de précaution, c'est agir, même si on n'est pas certain de l'existence d'un risque. Ce n'est pas ne rien faire tant que l'on n'est pas certain de l'absence de risque »²⁴⁹.

En dehors de cette problématique des antennes-relais, le Conseil d'Etat recourt au raisonnement induit par le principe de précaution sans le mentionner explicitement. Ce fut le cas dans l'affaire du sang contaminé²⁵⁰ même si la détermination du moment où l'Etat est en faute conclut davantage à un défaut de prévention. Egalement, le contentieux de l'exposition à l'amiante n'entre en voie de condamnation qu'à partir de l'établissement de la certitude du risque²⁵¹. Le principe de précaution est latent, seulement latent.

68. On constate ainsi que le principe de précaution n'a pas vertu à s'appliquer dans toute la sphère du droit. Son domaine est circonscrit par les textes internationaux, communautaires et

²⁴⁴ V. J.-V. BOREL et D. DEL PRETE, « Antennes-relais de téléphonie mobile : indépendance des législations et principe de précaution », *Droit de l'environnement*, n° 133, nov. 2005, p. 256.

²⁴⁵ CE, 28 avr. 2004, *SFR c/ commune de Saint-Sylvain-d'Anjou*, n° 260049.

²⁴⁶ Pourtant, il a été démontré que les risques sanitaires ne sont pas des hypothèses non scientifiques. Actuellement, les expertises ne retiennent que les effets nocifs avérés représentés exclusivement par les effets thermiques alors que les effets physiques et psychiques conduisant à des leucémies, neurinomes (tumeurs bénignes du nerf auditif), œdèmes, migraines, modifications de l'activité de certains gènes, souffrances neuronales et céphalées ont été mis en évidence. V. M.-F. DELHOSTE, « Portables et antennes : une protection sanitaire des populations insuffisante », *RRJ*, 2006-3, p. 1578.

²⁴⁷ CE, 22 mai 2002, *Société SFR*, n° 236223 ; CE, 22 août 2002, *SFR c/ commune de Vallauris*, n° 245624 ; CE, 13 nov. 2002, *Société SFR*, n° 244773 ; CE, 22 nov. 2002, *commune de Quincy-sous-Sénart*, n° 247414 ; CE, 19 mai 2003, *Société SPM Télécom*, n° 251850 ; CE, 23 oct. 2003, *Commune de Saint-Cyr-l'Ecole c/ Société Orange France*, n° 258245 ; CE, 20 avr. 2005, *Société Bouygues Télécom*, n° 248233.

²⁴⁸ CE, 20 avr. 2005, *Société Bouygues Télécom*, n° 248233.

²⁴⁹ Y. AGUILA, « Le principe de précaution n'est pas applicable en droit de l'urbanisme », *AJDA*, 6 juin 2005, p. 1191.

²⁵⁰ CE, 9 avr. 1993, *D..., G..., B..., Lebon*, p. 100 ; *RFDA* 1993, p. 583 ; *D.*, 1993, jur., p. 312, concl. LEGAL ; *D.* 1994, Somme., p. 63, obs. TERNEYRE et BON ; *AJDA*, 1993, p. 344, étude MAUGÛE et TOUVET.

²⁵¹ CE, 3 mars 2004, n° 241150 à 241153, *RFDA* 2004, p. 612, concl. PRADA-BORDENAVE ; *AJDA* 2004, p. 974, chron. DONNAT et CASAS ; *D.* 2004, jur., p. 973, note ARBOUSSET et 2005, panorama 33, obs. FRIER.

internes. Cependant, tant en droit communautaire qu'en droit interne, les mesures de précaution ordonnées sur son fondement dépassent le strict champ d'application originaire du principe. La découverte de ses domaines d'application oriente alors notre recherche de sa présence en responsabilité civile.

2. La recherche de manifestations

69. Contentieux des antennes-relais. Pour sa part, la Cour de cassation n'a pas encore été saisie de la problématique des antennes-relais. Il faut néanmoins noter l'existence d'un jugement²⁵² confirmé en appel par un arrêt²⁵³ se référant respectivement explicitement et implicitement au principe de précaution. L'installation d'une antenne sur le toit d'une école a ainsi été déplacée sur injonction du Tribunal de Grasse alors même que le risque des ondes électro-magnétiques pour la santé n'était pas rapporté avec certitude. Ce risque incertain de dommage a été pris en compte sous couvert du principe de précaution jumelé à la théorie des troubles anormaux de voisinage. Le fondement du principe de précaution a néanmoins été retiré dans l'arrêt confirmatif rendu par la Cour d'appel. Cette dernière voie semble être suivie par les décisions postérieures. En effet, un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre²⁵⁴ confirmé par la Cour d'appel de Versailles²⁵⁵ a accueilli la demande d'enlèvement d'une antenne-relais sur le seul fondement de la théorie du trouble anormal de voisinage. Le raisonnement judiciaire opéré est le suivant. Aucun trouble lié à l'antenne-relais n'est prouvé mais « exposer son voisin, contre son gré, à un risque certain et non pas hypothétique comme prétendu en défense constitue en soi un trouble de voisinage ». Dans son commentaire, Mme Boutonnet n'a pas manqué de rappeler que la théorie des troubles de voisinage concerne les troubles produisant des effets concrets auxquels on ne peut assimiler un risque de dommage sanitaire²⁵⁶. De surcroît, le juge ne tient pas compte de la nature hypothétique du risque de dommage ressortissant de l'état des connaissances scientifiques confondant incidemment la précaution et la prévention. Cet arrêt conduit à indemniser un « préjudice d'angoisse » qui naît de la crainte d'être exposé à des ondes possiblement néfastes pour la santé. Le trouble se résoudrait alors à la fois en un risque et en un préjudice, ce que l'on serait tenté de rattacher à la notion de « risque préjudiciable » proposé par M. Trébulle²⁵⁷. Le risque encouru est indemnisé car il constitue un préjudice en soi. Or, ici, il ne s'agit plus d'un risque encouru concrètement, mais du risque engageant juridiquement l'action en responsabilité, ce que Mme Boutonnet appelle « le risque, condition de droit ». Cette

²⁵² TGI Grasse, 17 juin 2003, *RCA*, 2003, chron. 29, S. KOWOUVIH.

²⁵³ CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *D.*, 2004, p. 2678, note M. BOUTONNET.

²⁵⁴ TGI Nanterre, 18 sept. 2008, *D.* 2008, 2916, note M. BOUTONNET. V. égal. TGI Toulon, 26 mars, *Dr. envir.* 2006, 164, note D. DEHARBE et E. HICTER.

²⁵⁵ CA Versailles, 4 févr. 2009, *D.* 2009, AJ, 499 ; *D.* 2009, 819, note M. BOUTONNET, « Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? ». Pour une critique virulente de l'application du principe de précaution dans ce contentieux et en général dans tout le droit, J.-Ph. FELDMAN, "Le trouble voisinage du principe de précaution", *D.* 2009, 1389.

²⁵⁶ M. BOUTONNET, "La théorie des troubles anormaux de voisinages et le principe de précaution : une conciliation difficile", *ibid.*, 2008, 2916.

²⁵⁷ F.-G. TREBULLE, obs. sous Civ. 2^{ème}, 24 févr. 2005, *JCP*, G., 2005, II, 10100.

extension de la notion de trouble est jugée déraisonnable par l'auteur²⁵⁸ qui plaide pour une application claire et explicite du principe de précaution sous-tendu dans ce contentieux. « L'expérience du passé y invite tant elle démontre que le temps des fictions ne dure pas et que le paradigme de référence finit par s'ouvrir »²⁵⁹. Dernièrement, cette clarification a animé la lettre de l'ordonnance de référé rendue par le Tribunal de grande instance de Créteil qui a décidé que « le principe de précaution fait obstacle à l'installation d'antennes relais projetées par la société Orange France »²⁶⁰.

70. Le contentieux du fait des médicaments défectueux. Par ailleurs, les juridictions du fond sont depuis ces dernières années réceptives aux potentialités du principe de précaution en cas de responsabilité du fait des médicaments défectueux. En l'état actuel de nos connaissances, il n'est pas scientifiquement établi que certains médicaments comme le distilbène²⁶¹, l'hormone de croissance²⁶², l'isoméride²⁶³, le cholchimax et le zyloric²⁶⁴ ou que certains vaccins comme l'engerix B²⁶⁵ soient à l'origine de maladies graves comme le syndrome de Lyell, le cancer du vagin ou la sclérose en plaque. Les juges du fond ont néanmoins tendance à considérer qu'il existe un risque faible que les expertises n'excluent pas. En l'absence de lien de causalité établissant avec certitude l'origine médicamenteuse du dommage, les juridictions retiennent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes. Ce faisant, elles appliquent le principe de précaution sur l'une des trois conditions d'engagement de la responsabilité : le lien de causalité.

70-1. La position favorable des juges du fond. En ce sens, la Cour d'appel de Versailles²⁶⁶ a confirmé le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre²⁶⁷ condamnant le

²⁵⁸ Egal. en ce sens, F. ROME, « La guerre des ondes », *D.* 2009, Editorial, p. 793.

²⁵⁹ M. BOUTONNET, « Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? », *note préc.*, p. 820.

²⁶⁰ TGI Créteil, 11 Août 2009, *Puybaret et a. c/ SA Orange France*, Jurisdata n° 2009-007359. Auparavant, TGI Angers, 5 mars 2009, *JCP*, G. 2009, II, 10099, note J.-V. Borel.

²⁶¹ CA Versailles, 30 avr. 2004, *SA UCB Pharma c/ Bobet*, comm. P.-L. NIEL, « L'affaire du Distilbène : un nouveau pas vers une application du principe de précaution en matière de responsabilité civile », *LPA*, 22 juin 2005, n° 123, p. 22, Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *UCB Pharma*, comm. 164, Ch. RADE, *RCA*, mai 2006, p. 14 ; chron. P. JOURDAIN, *RTD civ.*, juill./sept. 2006, p. 565.

²⁶² Civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Institut Pasteur c/ Raymonde X. et autres*, comm. 89, Ch. RADE, *RCA*, 2006 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.*, avril/juin 2006, p. 323, *JCP*, G., n° 21-22, 24 mai 2006, II, 10082, note L. GRYNBAUM.

²⁶³ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Laboratoire Servier c/ X.*, comm. 90 Ch. RADE, *RCA*, 2006 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.*, avril/juin 2006, p. 323 ; *JCP*, G., n° 21-22, 24 mai 2006, II 10082, note L. GRYNBAUM.

²⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, *Sté Glaxosmithkline c/ Carro et a. et SA Laboratoire Aventis c/ Sté Glaxosmithkline et a.*, *JCP*, G., 2005, I, 149, p. 1227, obs. G. VINEY et *JCP*, G., 2005, II, 10085, note L. GRYNBAUM.

²⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, chron. Ch. RADE, « Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation envahie par le doute », *RCA*, nov. 2003, p. 4 ; chron., G. VINEY, *JCP*, G., 2004, I, 101, p. 23. ; Civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, comm. L. NEYRET, « La défectuosité : nouvel enjeu du contentieux du vaccin contre l'hépatite B », *D.*, 2006, n° 19, p. 1273 ; *JCP*, G., 2005, II, 10085, note L. GRYNBAUM.

²⁶⁶ CA Versailles, 2 mai 2001, *SA Smithkline Beecham c/ A. Morice ép. Jeanpert, CPAM de Sarreguemines*, n° 98-06839, Juris-Data n° 2001-187652.

laboratoire producteur du vaccin contre l'hépatite B. En l'espèce, une salariée ayant l'obligation de se vacciner avait contracté les premiers symptômes de la sclérose en plaques dès la première injection du vaccin. Moins de deux mois plus tard, le diagnostic de la maladie était établi. Deux arrêts avant dire droit conclurent respectivement à la nécessité de faire une expertise et à la nomination d'un collègue d'expert ayant pour mission de caractériser l'imputabilité du vaccin dans la maladie. Si le rapport conclut à l'absence de lien de causalité certain, il n'évinçait pas la possibilité d'un risque faible. D'autres éléments, tel que l'absence de prédisposition de la victime, l'apparition rapide des symptômes, la mention du risque dans le dictionnaire Vidal, sa reconnaissance par l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS) et par le laboratoire dans une lettre écrite à la victime et le fait que la Caisse de Sécurité Sociale et la Direction Générale de la Santé ont accepté d'indemniser la victime, ont permis à la Cour de constater un ensemble de « présomptions suffisamment graves, précises et concordantes permettant de conclure que, pour Madame Y., la vaccination avec l'ENGERIX B, a eu un rôle précipitant ou déclenchant de la sclérose en plaques dont elle est atteinte ».

Pour ces juridictions du fond, le caractère préventif du principe de précaution est reconnu dans la signification de l'obligation de sécurité qui pèse sur le producteur du médicament mais non dans la nature des mesures prononcées. En effet, les décisions mentionnées conduisent à des mesures de réparation pécuniaires du préjudice subi. Il faut évidemment relativiser ceci. En effet, les juridictions étant ici saisies une fois le dommage réalisé, il ne peut en être autrement.

70-2. *La jurisprudence réticente de la Cour de cassation.* Cependant, si les juges du fond semblent ouverts au principe de précaution, il n'en est pas de même de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 23 septembre 2003²⁶⁸, l'arrêt d'appel a été cassé au motif que la possibilité non exclue scientifiquement d'une association entre le vaccin et la maladie ne permettait pas de retenir le lien de causalité entre le dommage et le produit et, par conséquent, le défaut de sécurité de ce dernier. Plus récemment, la Cour s'est portée sur le terrain de la défectuosité du produit plutôt que sur celui du lien de causalité. Dans deux arrêts du 24 janvier 2006, la Cour applique *quasiment* littéralement l'article 6 de la directive de 1985²⁶⁹ sur la responsabilité des produits défectueux. Outre le champ d'application restreint²⁷⁰ et la notion de producteur étroite²⁷¹, le

²⁶⁷ TGI Nanterre, 5 juin 1998, *Janiak c/ Touzet*, *Dalloz affaires* n° 144, 14 janv. 1999, p. 66 ; *D.*, 1999, somm., p. 336, obs. J.-C. GALLOW.

²⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2003, chron. Ch. RADE, « Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation envahie par le doute », *RCA*, nov. 2003, p. 4 ; chron., G. VINEY, *JCP*, G., 2004, I, 101, p. 23.

²⁶⁹ Directive (CE) n° 85/374 du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposée en droit français par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 et codifiée aux articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

²⁷⁰ Restriction du champ d'application temporel : pour les produits mis en circulation avant la loi du 19 mai 1998, les articles 1382 et 1147 sont applicables mais interprétés à la lumière de la directive. Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998, *RTD civ.*, 1998, p. 684, obs. P. JOURDAIN. Pour les produits mis en circulation entre 1985 et 1998, la directive ne peut servir à l'interprétation du droit commun, qu'il s'agit d'un délai de prescription. Civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, *Institut Pasteur c/ Raymonde X. et autres*, comm. 89, Ch. RADE, *RCA*, 2006 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.*, avril/juin 2006, p. 323, *JCP*, G., II, 10082, n° 21-22, 24 mai 2006, note. L. GRYNBAUM. Or, selon M. GRYNBAUM, un délai de

défaut de sécurité du produit est une notion strictement délimitée. La défectuosité doit ressortir de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de la mise en circulation du produit. Sur ces différents éléments, la Cour estime, en conformité avec la CJCE²⁷², que le moment de la mise en circulation coïncide avec le dessaisissement du produit dans le réseau de la vente-distribution, et que la présentation du produit, sa notice notamment, faisant référence aux risques sans que le rapport bénéfice/risque pour le patient ne lui soit défavorable empêche de considérer le produit comme défectueux. La Cour de cassation ne retient alors pas le principe de précaution en concevant que le risque faible n'équivaut pas à un défaut de sécurité²⁷³.

En outre, le principe de précaution ne peut être directement invoqué et ce en raison du risque de développement. En effet, le risque de développement est une cause exonératoire de la responsabilité du fabricant tant en droit français²⁷⁴ qu'en droit québécois²⁷⁵. En d'autres termes, le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Cette cause exonératoire est toutefois strictement circonscrite. L'état des connaissances ne résulte pas seulement du secteur d'activité du producteur mais de la connaissance scientifique en général²⁷⁶. De plus, il s'agit du niveau le plus avancé tel qu'il existait avant la mise en circulation du produit, ce qui inclut la recherche scientifique de toute la

transposition de trois ans était laissé aux Etats membres. Il en conclut alors que le droit commun peut être interprété à la lumière de la directive à compter du 30 juillet 1988. Quant à la question du délai de prescription, toujours selon l'auteur, l'arrêt précité écarte le délai prévu par la directive et renvoi au délai de droit commun – dix ans en matière contractuelle et trente ans en matière délictuelle. Restriction du champ d'application matériel : le choix offert à la victime entre la responsabilité sans faute ou pour faute a été limité par la CJCE. La Cour européenne dans deux arrêts a interprété l'article 13 de la directive comme laissant la possibilité à la victime entre le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux ou la responsabilité pour faute. La responsabilité sans faute de droit commun est exclue. V. CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, *Rec CJCE*, 2002, I, p. 3827 ; CJCE, *Skov Aeg*, aff. C-402/03, *Europe*, 2006, comm. 95, L. IDOT.

²⁷¹ L'article 1386-6 du Code civil définit le producteur comme le fabricant à titre professionnel d'un produit fini, le producteur d'une matière première ou encore le fabricant d'une partie composante. Le vendeur, loueur ou tout autre fournisseur professionnel ne peuvent être responsable selon la CJCE qui a condamné la France pour l'avoir prévu dans la loi de 1998. CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, *Rec CJCE*, 2002, I, p. 3827. « Le fournisseur, tel qu'un supermarché par exemple, ne pourra voir sa responsabilité recherchée qu'à la double condition que le producteur demeure inconnu et que le fournisseur n'indique pas dans un délai de trois mois son propre fournisseur ou le producteur », L. GRYNBAUM, *note préc.*, p. 1059.

²⁷² CJCE, 9 févr. 2006, *Declan O'Byrne*, aff. C-127/04, *JCP*, G., 2006, II, 10083, note J.-Cl. ZARKA.

²⁷³ Et ce depuis un arrêt de 2005, Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *RTD civ.*, 2005, p. 607. En ce sens, V., P. JOURDAIN, *RTD civ.*, avril/juin 2006, p. 323, *spéc.*, p. 326.

²⁷⁴ Art. 1386-11 al. 4 C. civ. Cf. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 780.

²⁷⁵ Art. 1473 C. c. Q. Cf., J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile, op. cit.*, n° 155, p. 119.

²⁷⁶ CJCE, 29 mai 1997, Aff. C 300-95, *Com. CE contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, D.*, 1997, IR, p. 185.

communauté des chercheurs et pas seulement le département *Recherche et développement* de l'entreprise du producteur²⁷⁷.

70-3. *Reviement de jurisprudence de la Cour de cassation.* Pour ces raisons, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence dans trois arrêts rendus le 22 mai 2008²⁷⁸. Sur des faits similaires aux espèces précédemment exposées, la Cour reconnaît pour la première fois la responsabilité du laboratoire pharmaceutique en présence de présomptions graves précises et concordantes du lien de causalité. Ce dernier reçoit cependant une acception davantage juridique que scientifique – le doute scientifique demeurant. Quant à la défectuosité, le rôle de la notice semble essentiel. En présence d'une mention du risque dans le dictionnaire Vidal, le laboratoire a été rendu responsable en raison de l'absence d'information de ce risque dans la notice de son vaccin. Trois espèces ont ainsi donné lieu à un revirement de jurisprudence qui reste toutefois mesuré en raison de deux pourvois similaires qui ont, quant à eux, été rejetés le même jour²⁷⁹. Désormais, pour la Cour de cassation, il est possible d'apporter la preuve de la causalité et de la défectuosité par des présomptions graves, précises et concordantes, ce qui ne renverse pas la charge de la preuve et ce qui n'est possible qu'en l'absence de tout autre facteur de contamination propre à la victime²⁸⁰. Autant dire que la preuve est très difficile à rapporter pour les victimes qui sont encore majoritairement déboutées au fond. Cette difficulté relativise de beaucoup la portée du revirement de jurisprudence et fait dire à certain que la solution ne peut désormais venir que des pouvoirs publics qui pourraient aligner le sort des victimes des effets de la vaccination contre l'hépatite B sur celles du HIV²⁸¹.

70-4. *Confirmation du revirement.* Malgré ces difficultés de preuve, la position de la première Chambre civile a été réaffirmée dans ce contentieux de la vaccination contre l'hépatite B. L'attendu final est clair : « si les études scientifiques versées aux débats par la société Sanofi Pasteur MSD n'ont pas permis de mettre en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaque ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, elles n'excluent pas, pour autant, un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaque »²⁸².

71. Le caractère réparateur des mesures de précaution actuelles. De prime abord, il faut effectivement reconnaître que le contentieux de la responsabilité civile ayant recours au principe

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *Bull civ.* I, n° 221, 222 et 223 ; I. GALLMEISTER, *D.* 2008, AJ, 1544 ; L. GRYNBAUM, « Vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation gagne du temps », *JCP, G.*, 2008, II, 10131 ; J. PEIGNE, note sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *RDSS* 2008, 578 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.*, juill/sept, 2008, p. 492 ; Ch. RADE, « Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : le tournant ? », *RCA*, 2008, chron. 8.

²⁷⁹ C. SINTEZ, "Responsabilité du fait des médicaments défectueux : trois arrêts attendus pour un revirement mesuré", *art. préc.*

²⁸⁰ En ce sens, Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2009, *D.*, 2009, 1544, obs. I. GALLMEISTER.

²⁸¹ En ce sens, Ch. RADE, « Vaccin contre l'hépatite B et maladie de Guillain-Barré », note sous Civ. 1^{ère}, 22 janv. 2009, *RCA*, 2009, commentaire 58, p. 26.

²⁸² Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2009, n° de pourvoi 08-11073. Arrêt de rejet du pourvoi dirigé contre la Cour d'appel de Lyon, 22 nov. 2007.

de précaution, celui de la responsabilité du fait des produits défectueux, ne conduit pas à ordonner des mesures préventives avant la prise du risque incertain. Les contentieux concernés font appel au principe de précaution pour l'appréciation des obligations et non pour le prononcé de la mesure. Il conduit alors aux prononcés de mesure de réparation. Ainsi que l'évoque un auteur, une certaine confusion est entretenue entre précaution et indemnisation notamment en raison de l'indemnisation du simple risque de dommage²⁸³. Il n'existe donc qu'une seule jurisprudence ayant abouti à une mesure préventive – le prononcé d'une injonction – au sein de la problématique des antennes-relais. *De lege ferenda*, quels pourraient être les manifestations de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage ?

72. Manifestations possibles du caractère préventif des mesures civiles de précaution. Le caractère préventif des mesures de précaution peut être pris en compte avant la prise de risque mais également après. Avant que le risque ne soit pris, le juge pourrait ordonner des injonctions de faire, des interdictions²⁸⁴ ou accorder certaines autorisations d'exercice sous condition comme « ordonner des travaux pour garantir davantage la sécurité, imposer un système d'alerte plus rigoureux, exiger le respect de certaines normes »²⁸⁵.

Après que le risque soit pris, le juge pourrait ordonner à l'agriculteur cultivateur d'un champ d'OGM de renforcer les mesures de sécurité comme le périmètre de sécurité pour prévenir la pollution génétique²⁸⁶. Une association de défense de l'environnement pourrait demander l'arrêt du rejet de produit toxique par une société dans la rivière proche de l'usine en cas de risque graves et irréversibles²⁸⁷. Les manifestations possibles de sanctions préventives sont indénombrables.

B. La question de l'appartenance de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage au droit de la responsabilité civile

73. Est-il de la nature de la responsabilité civile de prendre en compte le principe de précaution ? Le principe de précaution ne doit-il pas demeurer dans la sphère publique, dans les mains du pouvoir public ? Sans aller jusqu'à répondre à ces questions d'opportunité, le droit de la responsabilité civile peut-il accueillir la logique de précaution ? Serait-ce dénaturer la responsabilité que l'y accueillir ? La question de l'appartenance du principe de précaution à la responsabilité civile mérite d'être traitée en deux points. En premier lieu, il est utile de rechercher si la logique de précaution n'est pas seulement une logique plus poussée que celle de

²⁸³ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", préf. P. JOURDAIN et avant propos de J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, 2004, n° 274.

²⁸⁴ Par exemple, une interdiction d'ouvrir son usine pour manquement au respect de l'environnement, *Lamy Environnement, Installations classées*, n° 815.23.

²⁸⁵ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, th. préc., n° 715.

²⁸⁶ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 468, préf. C. THIBIERGE, 2006, n° 986.

²⁸⁷ A. GUEGAN, "L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile", *RJE*, 2, 2000, p. 147, spéc., p. 168.

la prévention inhérente à la responsabilité civile (1). En second lieu, il conviendra alors de rechercher précisément si les particularités du principe de précaution dérogent à la nature même de la responsabilité civile (2).

1. L'appartenance de la logique de précaution au droit de la responsabilité civile

74. Notions de précaution et de prévention²⁸⁸. La notion de précaution se comprend aisément en rappelant l'étymologie du terme. Le vocable précaution provient du latin *praecautio* composé de *prae* qui signifie avant et de *cautio* qui signifie garde. *Prae* s'applique à l'avenir, celui qui demeure pour partie inconnu des lois de la science tandis que le verbe latin *cavere* dénote la méfiance²⁸⁹. La précaution est ainsi étymologiquement une méfiance face à l'incertitude de l'avenir. Elle se distingue de la prévention qui « consiste à prendre les mesures nécessaires à la non-survenance d'un évènement prévisible ou, en tout cas, probabilisable »²⁹⁰.

75. Standard de précaution. Les notions de précaution et de prévention sont très proches. Des particularités les distinguent néanmoins.

75-1. En premier lieu, la nature de l'incertitude n'est pas la même. En ce qui concerne les risques de dommage du fait d'un défaut de prévention, l'incertitude repose simplement sur les faits. On ne sait pas s'ils vont se produire. Un mur en bois en s'effondrant va-t-il provoquer un incendie ? En ce qui concerne les risques de dommage du fait d'un défaut de précaution, l'incertitude repose sur l'état de nos connaissances. Les différentes réalisations de murs en amiante par un ouvrier en 1990 provoqueront-elles un cancer ? Le temps est une donnée commune aux deux exemples et il suffirait d'attendre pour savoir. Cependant, lorsqu'il convient d'agir préventivement, on perçoit bien la différence. On ne sait pas si le dommage surviendra, mais on sait que si le mur s'effondre il est possible qu'il soit la cause d'un incendie alors que l'on ne savait pas en 1990 si l'amiante pouvait être la cause d'un cancer²⁹¹.

75-2. En second lieu, à travers cette distinction, on perçoit néanmoins ce qui rapproche les deux notions. Elles font appel à un standard de comportement pour juger de la normalité des actes ou omissions du preneur de risque. Le standard²⁹² est un élément de la règle de droit qui « se

²⁸⁸ N. VOIDEY, *Le risque en droit civil, th. préc.*, pp. 161 et s.

²⁸⁹ A. REY, « Le mot du mois, un principe : la précaution », *Bulletin de l'ordre des médecins*, mai 2000, p. 16.

²⁹⁰ G.-J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, chron., 1995, p. 299, *spéc.*, p. 301.

²⁹¹ Pour plus de pertinence, l'exemple doit être resitué à l'époque des affaires de l'amiante dans les années 90. Depuis, le risque a été scientifiquement établi même si des doutes étaient déjà présents lors des premières réglementations de son utilisation en 1978. G. DEFRANGE, « Amiante, une bombe à retardement », *L'argus*, juin 1996, pp. 31 et s.

²⁹² Sur la notion de standard, S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité.*, LGDJ, 1980 ; A. AL-SANHOURY, "Le standard juridique", in *Etudes Gény. Les sources du droit*, Sirey, II, 1937, p. 144 ; Les standards dans les divers systèmes juridiques, colloque organisé par la Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, Association Internationale de Méthodologie Juridique, RRJ, 1988, n° 4, p. 885 ; J. -L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. "Méthode du droit", 4^e éd., 2004, p.

borne à formuler la façon normale de se conduire, sans abstraction ni généralisation »²⁹³. Inclus dans l'énoncé juridique de la règle²⁹⁴, le standard permet au juge de confronter un comportement spécifique à la normalité d'un comportement statique ou idéal²⁹⁵. Sont ainsi recherchées les mesures préventives qui auraient été prises par un homme moyen, un bon père de famille, dans les conditions dans lesquelles se trouvait le preneur de risque. S'il n'a pas agi conformément à la normalité exigée par le standard, alors qu'il savait que le dommage pouvait survenir, le juge pourra déduire un défaut de prévention²⁹⁶. En d'autres termes, il justifiera la présence d'une faute. Le standard de prévention est ainsi un standard usuel du droit de la responsabilité civile²⁹⁷. Au contraire, dans l'hypothèse où le preneur de risque ne savait pas qu'il pouvait résulter un risque de son comportement, ce sera alors un défaut de précaution qui pourra lui être reproché. La précaution ne se réduit pourtant pas qu'à un élément d'une règle de droit. À côté du standard, elle peut également être une norme à part entière, plus précisément un principe juridique.

76. Principe de précaution. Pour sa part, le principe de précaution contient un standard de comportement mais excède cette qualification. En effet, si certains auteurs estiment le contraire en le qualifiant d'obligation ou d'attitude particulière²⁹⁸, il a été pertinemment démontré que le principe de précaution est un principe de situation « se contentant de décrire le fait que certains dommages appellent des mesures de prévention »²⁹⁹. Autrement dit, le risque naît moins d'une attitude du preneur que d'une configuration des lieux et des activités. *Les mesures de précaution sont alors moins prononcées en fonction d'une faute de précaution*³⁰⁰ qu'en fonction de la nature de la situation.

76-1. Deux précisions méritent d'être apportées. D'une part, les premières applications jurisprudentielles du principe de précaution en responsabilité civile donnent davantage raison aux auteurs ayant soutenus que ce principe conduirait moins à un nouveau principe de responsabilité qu'à un renforcement de la faute civile. C'est en effet le cas du contentieux du distillène qui fait intervenir la logique de précaution au cœur de la responsabilité du fait des

200. Sur le standard de précaution, P. LASCOUMES, "La précaution, un nouveau standard de jugement", *Esprit*, nov. 1997, p. 129.

²⁹³ A. AL-SANHOURY, "Le standard juridique", *op. cit.*, p. 146.

²⁹⁴ En ce sens, M. NAVARRO, « Standard et règles de droit », *colloque préc.*, p. 837, n° 8.

²⁹⁵ S. RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", in *Les notions à contenus variables en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Travaux du Centre National de Recherche de Logique*, Bruylant, Bruxelles, 1984.

²⁹⁶ On se reportera alors au premier paragraphe de cette section pour prendre connaissances des manifestations des sanctions préventives dans ce cas.

²⁹⁷ En ce sens, M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, p. 12.

²⁹⁸ P. KOURILSKY ET G. VINEY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, 1998, Paris, éd. O. Jacob : La documentation française, 2000, p. 20.

²⁹⁹ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, p. 12.

³⁰⁰ Pourtant, un certains nombres d'auteurs estiment que le principe de précaution en droit de la responsabilité civile conduirait à un renforcement de la responsabilité pour faute. Voir, D. JACOTOT, « Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute, RJE », n° spécial, janv. 2001, p. 91 ; F. COLLART DUTILLEUL, "Regards sur les actions en responsabilité à la lumière de l'affaire de la vache folle", *RD rur.*, 1997, p. 226, *spéc.* p. 232.

produits défectueux par l'entremise de l'obligation de vigilance pesant sur les laboratoires³⁰¹, et du contentieux du vaccin contre l'hépatite B par l'entremise de l'obligation de sécurité. D'autre part, et incidemment, on constate que si le raisonnement induit par le principe de précaution a bien émergé du droit positif de la responsabilité, il conduit paradoxalement à des mesures de réparation et non de prévention³⁰². En outre, toutes les situations ne sont pas soumises au principe de précaution, son domaine étant légalement et constitutionnellement circonscrit.

Ainsi, prévention et précaution se distinguent davantage par une différence de degré que de nature. Ce qui les distingue, c'est la nature de l'incertitude. Ce qu'elles partagent, c'est un standard de comportement.

2. La conciliation des caractères du principe de précaution avec la nature de la responsabilité civile

77. Poursuivant notre recherche des caractères dans une quête d'unité des manifestations préventives, nous constatons que le principe de précaution présente deux caractères particuliers. Il conduit à des mesures provisoires (b) et proportionnées (a). Ces caractères ont-ils pour conséquence de déroger aux règles de la responsabilité civile ?

a. Le caractère proportionné

78. Spécificité du caractère proportionné des mesures de précaution. Le caractère proportionné des mesures de précaution conduit à prononcer des mesures non pour prévenir la réalisation d'un dommage mais pour anticiper la prise de risque. La mesure doit alors être proportionnée au risque incertain³⁰³, « c'est-à-dire à son niveau de gravité et de certitude »³⁰⁴. Pour ce faire, un bilan coût/avantage permet de choisir la mesure de précaution la plus adéquate. La majorité des auteurs ne retiennent dans cette balance que des intérêts économiques. Au contraire, un certain nombre d'auteurs croissant plaident pour y inclure les valeurs sociales, éthiques, écologiques ou scientifiques³⁰⁵. Ce caractère proportionné est-il exorbitant du droit de la responsabilité civile ?

³⁰¹ CA Versailles, 30 avr. 2004, *SA UCB Pharma c/ Bobet*, note P. -L. NIEL, *LPA*, 22 juin 2005, n° 123, p. 22 ; note A. GOSSEMENT, *D.* 2004, 2071 ; comm. n° 22, Ch. RADE, *RCA*, 2004 ; Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *Sté UCB Pharma c/ Dlle C.* et Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, *Sté UCB Pharma c/ Dlle B.*, comm. n° 164, Ch. RADE, *RCA*, mai 2006, p. 14 ; chron. P. JOURDAIN, *RTD civ.*, juill./sept. 2006, n° 4, p. 565.

³⁰² Cf. *supra*, n° 71.

³⁰³ En ce sens, P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, *op. cit.*, p. 216.

³⁰⁴ F. EWALD, "Qu'est-ce qu'une situation de précaution ?", *Risques*, n° 46, juin 2001, p. 109 ; C. NOUVILLE, « Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé », in *Le principe de précaution*, colloque au Palais du Luxembourg organisé par le Centre de Recherche en Droit Privé de Paris I, 10 déc. 1999, in *LPA*, vol. 239, 30 nov. 2000 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 722, p. 352.

³⁰⁵ C. LEPAGE, « L'indispensable principe de précaution », *Risques*, juin 1999, n° 38, p. 101 ; P. LASCOUMES, "La précaution, un nouveau standard de jugement", *loc. cit.*, p. 137 ; L. BOY, « Le principe de précaution, de la morale

79. Caractère proportionné et réparation du dommage. Selon la formule traditionnelle, le principe de réparation intégrale commande de réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice³⁰⁶. Plutôt que de proportionnalité, la doctrine parle d'adéquation ou d'équivalence³⁰⁷. Il n'en demeure pas moins que l'exigence est la même³⁰⁸ et nous prendrons les différentes terminologies pour synonymes³⁰⁹. La réparation doit ainsi être égale au préjudice en étant proportionné à l'ampleur du dommage et non à la gravité de la faute. La pratique judiciaire calcule les dommages et intérêts au moyen de barèmes communs à toutes les juridictions faisant correspondre une fourchette forfaitaire avec un type de dommage – moral, matériel, etc.³¹⁰. Ce calcul s'opère au moment où le juge statue³¹¹ et tient alors compte de l'évaluation du dommage après le jugement³¹². Dès lors, le caractère proportionné n'est pas fixe mais s'adapte au fait jusqu'à la décision juridique finale. Si certains³¹³ estiment que cette pratique des barèmes impératifs est opérée en violation du principe de réparation intégrale et constitue une violation des articles 5 et 1382 du Code civil, d'autres³¹⁴ soutiennent qu'une autre interprétation du principe pourrait être donnée par la Cour de cassation, sans outrepasser ses pouvoirs, afin de rendre conforme l'utilisation des barèmes à une idée plus contemporaine du principe de réparation intégrale³¹⁵.

En résumé, le caractère proportionné est bien présent en responsabilité civile en ce qui concerne la réparation des dommages. On le retrouve également pour la cessation du trouble.

au droit », *La recherche*, déc. 1999, n° 326, p. 89 ; B. ETRINGER, « La précaution, une vinaigrette stabilisée », *Journal des Tribunaux*, oct. 1998, n° 5898, p. 669.

³⁰⁶ La formule est de G. DURRY, in *Le préjudice, Questions choisies*, Actes du colloque du CREDO, RCA, n° hors série, mai 1998, rapport de synthèse, p. 32. Sur le principe de réparation intégrale, v. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLAUD-DULIAN, 2002.

³⁰⁷ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2521 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, op. cit., n° 40 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t. 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n° 1285 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2006, n° 858 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 725 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, op. cit., n° 285 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. préc., p. 297.

³⁰⁸ Elle est fixée par la jurisprudence. En ce sens, Req., 24 mars 1942, *DA*, 1942, p. 118.

³⁰⁹ Certains auteurs opèrent une distinction. En ce sens, v. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 535.

³¹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 5^e éd., 2004.

³¹¹ Y. CHARTIER, « La date de l'évaluation du préjudice », in *Le préjudice, Questions choisies, colloque organisé par la Faculté de droit de Paris XII, 12 déc. 1997, RCA, numéro spécial*, mai 1998, p. 24.

³¹² Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution du dommage après le jugement », in *Le préjudice, Questions choisies, ibid.*, p. 28.

³¹³ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLAUD-DULIAN, 2002, n° 383, p. 336.

³¹⁴ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", préf. Y. LEQUETTE, 2005, n° 358, p. 272.

³¹⁵ Se reporter à l'exposé historique du principe de réparation intégrale fait par Mme Grare, *ibid.*, n° 277.

80. Caractère proportionné et cessation du trouble. Lorsque le dommage n'a pas encore disparu, il peut être ordonné de faire cesser le trouble qui en est à l'origine. La doctrine majoritaire qualifie de mesures de réparation en nature les sanctions rendues dans ce but³¹⁶. Tant le mode de réparation que le choix de la mesure ne limite pas le pouvoir souverain du juge du fond³¹⁷. En revanche, la Cour de cassation exerce un contrôle de l'adéquation de la mesure au trouble à faire cesser³¹⁸. Ainsi, ce caractère proportionné se retrouve en termes similaires à celui de la réparation du dommage.

On peut alors conclure que le caractère proportionné des mesures prises sur le fondement du principe de précaution n'est pas exorbitant du droit de la responsabilité civile. Il s'en démarque néanmoins sur le point suivant. Le caractère proportionné met traditionnellement en lien un fait et un dommage. Avec la précaution, la proportion s'établit entre un fait et un risque de dommage. Nous ne voyions là qu'une particularité. En est-il de même du caractère provisoire ?

b. Le caractère provisoire

81. Contrairement au caractère proportionné, le caractère provisoire ne marque pas communément les sanctions prononcées au fond par le juge civil. Bien qu'on le retrouve exclusivement dans les mesures rendues en référé, il n'est pas pour autant incompatible avec l'intervention au fond du juge de la responsabilité civile.

82. Caractère provisoire et mesure de précaution. Le principe de précaution est un outil juridique que ses détracteurs mentionnent souvent comme contraire au progrès scientifique et pouvant nuire à ce dernier par sa capacité à paralyser au lieu d'agir. Le caractère provisoire des mesures de précaution peut apparaître comme une garantie contre cette dérive. Prévu par la majorité des textes³¹⁹, le caractère provisoire conduit à prendre des mesures temporaires et réversibles³²⁰. Principe de situation, le principe de précaution s'applique à un moment donné selon un contexte non figé. Si la nature ou le degré du risque change, ou bien encore si l'état des connaissances évolue, il faut pouvoir appliquer de nouvelles mesures sans que les premières fassent obstacle.

³¹⁶ Cf. *infra*, n° 229.

³¹⁷ La Cour de cassation rappelle régulièrement que les juges du fond possèdent un « pouvoir souverain d'apprécier les mesures propres à faire cesser le trouble illicite », v., not., Civ. 2^e, 9 oct. 1996, *JCP*, G., 1996, IV, n° 2329 ; Civ. 2, 12 nov. 1997, *RCA*, fév. 1998, p. 11 ; Civ. 3., 12 fév. 2004, *JCP*, G., 2004, IV, n° 1690.

³¹⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 41 ; F. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 858 ; D. COURTIEU, « Théorie des troubles de voisinage », in *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances*, Fascicule 265-10, n° 87.

³¹⁹ Cf. H. BELVEZE, « Lignes directrices pour l'application du principe de précaution », in *Le principe de précaution, significations et conséquences*, E. ZACCAÏ et J.N. MISSA (éditeurs), Bruxelles, Presses de l'U.L.B., 2000, p. 39.

³²⁰ En ce sens, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre, op. cit.*, p. 150 ; *Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire*, groupe de travail présidé par M.-O. Gailing et F. Collart-Dutilleul, adopté à l'unanimité par le Conseil National de l'Alimentation, 20 sept. 2001, point 1.1.2.

83. Définition du provisoire en droit. Que signifie le provisoire en droit ? Dans le langage courant, est provisoire ce qui attend un état définitif. Dans le langage juridique, le provisoire est ce qui peut toujours être révisé, modifié, ou rétracté par l'effet d'une autre décision³²¹. *Le provisoire en droit ne signifie donc pas temporaire mais révisable.* En effet, les jugements rendus en référé ne revêtent pas l'autorité de la chose jugée, car ils ne traitent pas de l'affaire au fond mais statue sur un chef de la demande³²². Les mesures ordonnées peuvent ainsi être remises en cause par l'appréciation du juge au fond. Juridiquement, on observe donc un glissement du provisoire vers le temporaire³²³. Si ce constat est opérant sur le terrain des référés, est-il probable au fond ?

84. Compatibilité entre le caractère provisoire et les manifestations de la responsabilité civile au fond. Le droit de la responsabilité civile ne méconnaît pas le caractère temporaire de ses manifestations. Un auteur a pu démontrer que certains dommages corporels et troubles de voisinages étaient révisables dans leur évaluation sans porter atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée³²⁴. Selon lui, il convient de constater l'évolution du dommage et de concevoir que le second jugement statue alors sur un dommage nouveau ou différent de celui apprécié lors du premier jugement. Le caractère provisoire des mesures de précaution peut alors s'intégrer sans difficulté dans le droit de la responsabilité civile.

Pour conclure, les caractères proportionné et provisoire des mesures de précaution, bien que particuliers, ne sont pas incompatibles avec le droit positif de la responsabilité civile. Une nouvelle fois nous décelons dans le caractère proportionné ce qui fait l'unité des manifestations préventives de la responsabilité civile.

85. Conclusion de section. Le droit positif de la responsabilité civile offre deux types de manifestations préventives de la réalisation du dommage. D'une part, *la responsabilité civile peut intervenir alors que le fait à l'origine d'un dommage potentiel ne se soit produit.* En effet, il y a dans certains cas un laps de temps entre le fait d'écrire un propos diffamant ou entre le fait de préparer un acte de concurrence déloyale, par exemple, et le dommage qui pourrait en résulter une fois le fait rendu public, ou plus largement une fois le fait produit. Si la potentielle victime en a connaissance, nous avons montré que la responsabilité civile lui offre la possibilité d'intenter une action afin d'anticiper la réalisation du dommage. L'étude a par ailleurs montré que ces manifestations préventives n'étaient pas des anomalies : l'histoire du droit et l'étude de quelques droits étrangers, notamment celui du droit québécois, possèdent également des manifestations similaires. D'autre part, *la responsabilité civile peut intervenir alors que le fait à l'origine d'un dommage potentiel n'est pas connu pour engendrer des conséquences préjudiciables.* En d'autres

³²¹ R. PERROT, « Du provisoire au définitif », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à M. Drai*, p. 447 ; C. GIVERDON, *Juris-classeur Procédure civile*, Fascicule 234, n° 9 et s. ; *Encyclopédie Dalloz*, Référé civil, généralités, n° 10.

³²² S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile, op. cit.*, n° 4969.

³²³ En ce sens, J. NORMAND, « Chronique de jurisprudence en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.*, 1997, p. 499. Également, C. GIVERDON, *art. préc.*, Fascicule 232, n° 17.

³²⁴ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 728, pp. 356-357.

termes, la victime et plus largement l'état des connaissances scientifiques ne savent pas si tel fait entraîne matériellement tel dommage. Nous avons néanmoins trouvé des hypothèses en dehors de la responsabilité civile où le droit pouvait intervenir. C'est la problématique du principe de précaution. En responsabilité civile, si le principe ou plus exactement la logique qu'il induit se retrouve, les manifestations ne peuvent être qualifiées de préventives. En effet, *la mise en œuvre par la responsabilité civile de la logique de précaution conduit pour l'heure à des mesures de réparation à l'exception du contentieux des antennes relais de téléphonie mobile.*

Pour résumer, *la responsabilité civile peut être engagée avant la réalisation du fait dommageable et conduire au prononcé de mesures d'anticipation du dommage de deux types : mesure de prévention ou mesure de précaution selon que le risque de dommage est connu ou non.* Bien qu'elles aient des caractères qui leurs soient propres, ces mesures forment un ensemble unitaire grâce au caractère qu'elles partagent : celui de la proportionnalité.

L'anticipation de la réalisation du dommage existe. Elle se distingue de la cessation qu'il convient maintenant d'étudier.

SECTION 2. La cessation de la réalisation du dommage

86. La responsabilité civile permet-elle de faire cesser la réalisation en cours du dommage ? Autrement dit, existe-il des manifestations de la responsabilité visant à interdire certains faits susceptibles de causer un dommage ou visant à les faire cesser lorsqu'ils sont commis ? Si de telles manifestations existent en droit français mais également dans les droits étrangers et dans l'histoire du droit (§1), il convient alors de mettre en évidence leurs caractères propres pour en découvrir l'unité. (§2).

§1. Les manifestations de la cessation de la réalisation du dommage

87. La cessation de la réalisation du dommage présente des manifestations nombreuses en droits positifs français et étrangers (A). Tout comme pour l'anticipation, la cessation n'est pas prononcée sur un fondement juridique unique et elle échappe aux traditionnelles conditions de la responsabilité civile (B).

A. Etendue des manifestations de la cessation de la réalisation du dommage

88. Les manifestations de la cessation de la réalisation du dommage ont fait davantage l'objet d'étude que les manifestations de l'anticipation. La doctrine qualifie de telles manifestations de mesure de réparation en nature ou de mesures de cessation de l'illicite. Sans prendre parti pour l'instant, il apparaît de prime abord que pour mieux recenser ses manifestations, il convient de distinguer celles qui visent à faire cesser la réalisation illicite d'un dommage (1) de celles qui visent à faire cesser la réalisation anormale du dommage (2).

1. Les manifestations de la cessation de la réalisation illicite du dommage

89. Les manifestations de la cessation de la réalisation illicite du dommage recouvrent un domaine très étendu (a). Il est intéressant de mettre en perspective la présentation de ses manifestations par une étude de droit comparé (b).

a. Etendue des manifestations en droit français

90. Mesures de cessation du fait illicite générateur d'un risque de construction. Les mesures de cessation les plus communément prononcées le sont traditionnellement pour prévenir « un dommage imminent causé par une construction ou une situation nouvelle »³²⁵. Il s'agit alors

³²⁵ L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933, n° 37, p. 40.

d'ordonner de construire ou de démolir tout un édifice³²⁶ ou une cloison seulement³²⁷ en cas de risque d'incendie ou de ruine. Plus récemment, la jurisprudence a étendu le prononcé de mesures de cessation à des risques divers. En ce sens, un échafaudage ou un panneau implanté sans précaution entraînent un risque de cambriolage³²⁸ ; un parcours de golf mal dessiné³²⁹, un tas de paille sèche mal stocké³³⁰, ou un lac artificiel mal entretenu³³¹ sont sources d'un risque d'insécurité. Ce dernier semble être la catégorie regroupant l'ensemble des autres risques. Dans toutes ces manifestations, les mesures de cessation sont prises en raison d'un manque de prudence et de précaution générateur d'une atteinte au droit de sécurité d'un voisin, propriétaire d'un commerce ou d'une habitation. Pourtant, la théorie des troubles anormaux de voisinage n'est pas systématiquement le fondement de telles mesures de cessation. Plus largement, elles sont fondées sur la fonction de cessation de l'illicite de la responsabilité civile de droit commun, et relève, de ce fait, des articles 1382 et 1383 du Code civil³³².

91. Mesure de cessation du fait illicite générateur d'un risque de confusion. C'est avant tout en droit de la concurrence où le risque de confusion est présent. On peut distinguer deux cas de confusion, celle due à l'utilisation d'un produit, d'une part, et celle due à l'utilisation d'un droit, d'autre part. Le premier cas de confusion se rencontre facilement. Il s'agit d'utiliser un présentoir³³³, une enseigne³³⁴ ou un produit de vente³³⁵ semblable à celui d'un concurrent. Là encore, il s'agira de faire cesser le risque engendré avant qu'il ne conduise à un dommage mais après que le fait à son origine se soit réalisé. Concrètement, le présentoir installé conduit à un risque de confusion qu'il convient de faire cesser avant qu'un client n'achète les produits présentés en pensant acquérir le produit sujet de l'imitation. L'autre type de confusion porte généralement sur le nom de la société. Un ouvrier peut être amené à reprendre le nom de l'entreprise délaissé par son patron pour un nouveau et faire naître alors un risque de confusion pour la clientèle de ce dernier³³⁶. Sur internet, un commerçant peut utiliser comme nom de domaine le nom de la société d'un concurrent et faire ainsi naître un risque de confusion pour l'internaute³³⁷.

³²⁶ CA Rennes, 23 mars 1843, *S.* 1844, 2, p. 204.

³²⁷ CA Bordeaux, 18 mai 1849, *D.* 1850, 2, p. 86 ; CA Sedan, 17 décembre 1901, *S.*, 1904, 2, p. 217.

³²⁸ CA Paris, 2 nov. 2001, *JD* n° 187718 ; CA Paris, 4 nov. 1986, *D.* 1986, *IR*, p. 459.

³²⁹ CA Grenoble, 22 mai 2000, *JCP*, G. 2001, IV, n° 1717 ; CA Montpellier, 5 nov. 2002, *JD* n° 241093 approuvé par Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 738, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2005, somm., p. 186, obs. D. MAZEAUD ; *RCA*, nov. 2004, comm. 336.

³³⁰ Civ. 2^{ème}, 24 févr. 2005, *JCP*, G., 2005, II, 10100, note F.-G. TRÉBULLE ; *JCP*, G., 2005, I, 149, n° 6, obs G. VINEY ; *JCP*, G., 2005, I, 181, n° 5, obs. H. PÉRINET-MARQUET.

³³¹ Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2002, *JCP*, G., 2004, I, 101, n° 5, obs G. VINEY ; *RD imm.*, 2003, p. 322, obs. F.-G. TRÉBULLE.

³³² Voir la thèse de C. BLOCH précédemment citée.

³³³ T. com. Nanterre, 11 avril 1990, *JD* n° 000015.

³³⁴ CA Montpellier, 10 nov. 1998, *JD* n° 112666.

³³⁵ Com., 14 déc. 1999, *Propri. Indus*, Avril 2002, p. 25, note J. SCMIDT-SZALEWSKI. En l'espèce, un modèle de boîtier téléphonique non protégé par un brevet avait fait l'objet d'une imitation.

³³⁶ CA Bordeaux, 28 juin 2000, *Gaz. Pal.*, 12-13 janv. 2001, somm., p. 31.

³³⁷ Com., 7 juill. 2004, *D. aff.* 2004, n° 29, p. 2151.

Le risque de confusion est susceptible d'exister dans tous les domaines juridiques³³⁸. Il peut engendrer un dommage économique s'il vient à se réaliser. En droit de l'environnement, le risque est autre.

92. Mesure de cessation du fait illicite générateur d'un risque environnemental. La législation prévoit différentes dispositions pouvant faire naître des mesures de cessation du trouble illicite générateur d'un risque environnemental. Ces dispositions proviennent davantage du droit communautaire et international que du droit interne. On peut néanmoins noter la présence de l'article 216-13 du Code de l'environnement disposant de l'édition de mesures de cessation à fin de préservation de la qualité de l'eau. Au niveau communautaire, on déplorera l'absence de mécanisme général malgré la récente directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale. Seul l'auteur d'une activité susceptible de polluer est prié dans l'article 6.1.a de prendre « toutes les mesures pratiques (...) en vue de limiter ou de prévenir de nouveaux dommages environnementaux ». Il faut alors se reporter à l'article 18, c de la Convention de Lugano en date du 21 juin 1993 prévoyant qu'une association de défense peut demander « une injonction à l'exploitant pour que celui-ci prenne, après évènement, des dispositions de nature à prévenir un dommage ». Il s'agit bien de mesures de cessation et non de prévention, le fait dommageable s'étant réalisé comme l'expression « après l'évènement » le souligne. Comme le rappelle M. Neyret, on est loin de l'action en cessation spécifique au dommage environnemental du droit belge³³⁹.

92-1. La jurisprudence française présente cependant quelques manifestations exemplaires de mesures de cessation du risque environnemental. Si le juge peut ordonner au pollueur de réaliser des travaux afin de réduire le risque, comme la réalisation d'une station d'épuration³⁴⁰, il prononcera également la fermeture pure et simple de l'activité³⁴¹ ou la destruction de l'ouvrage polluant³⁴², ou bien encore l'interdiction de rejets d'eaux résiduaires dans un ruisseau³⁴³. Les mesures de cessation se cumulent aussi dans un souci d'efficacité³⁴⁴. Pour ce risque, il apparaît cependant que les mesures de cessation ne puissent être prises dans les conditions strictes telles que nous les avons dégagées du risque de construction. En effet, le dommage est très souvent déjà réalisé. Pour autant, on parlera toujours de mesure de cessation en raison de la non-disparition du fait dommageable à l'origine du risque. Concrètement, si la mesure vise à empêcher la réalisation de dommages futurs en présence d'un risque et d'un fait générateur

³³⁸ Par exemple, en matière électorale, sur le risque de confusion en raison d'une affiche de campagne, CA Paris, 22 nov. 1989, *JCP*, G. 1990, II, 21507, obs. N.S.

³³⁹ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile, th. préc.*, n° 970, p. 613. Voir, également, J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruylant, 2001, n° 310 et s.

³⁴⁰ Civ. 3^{ème}, 12 févr. 1974, *JCP*, G., 1975, 18106.

³⁴¹ Civ. 2^{ème}, 30 mai 1969, *Bull. civ.* II, n° 22, *JCP*, G., 1969, II, 16069, note C. MOURGEON. V, également, G.-J. MARTIN, *De la responsabilité pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Publications périodiques spécialisées, 1976, n° 153.

³⁴² Civ. 3^{ème}, 22 mars 1997, *JCP*, G., 1997, IV, 1473, *Bull. civ.*, III, n° 113.

³⁴³ TGI Quimper, ord. Réf., 9 déc. 1994, *Dr. Env.*, mars-avril, 1993, p. 35, note R. LEOST.

³⁴⁴ En ce sens, la suspension de l'activité peut se conjuguer avec la réalisation de travaux à fin de suppression des troubles, Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 209 ; *D.* 2004, IR, p. 2349.

toujours présent, elle sera qualifiée de mesure de cessation. S'il s'agit d'agir sur le dommage résultant du même risque, alors que le fait générateur existe encore, nous qualifions ces mesures de réparation.

b. Etendue des manifestations en droit comparé

93. En droit québécois, les injonctions que nous avons déjà étudiées dans la section précédente³⁴⁵, permettent de demander la cessation d'un fait illicite. L'histoire de l'injonction rapportée par la doctrine québécoise retrace son origine dans le droit anglais³⁴⁶. L'injonction revêt ainsi le qualificatif de remède d'équité, c'est-à-dire un remède laissé à la disposition du juge pour compléter ou réviser certaines notions juridiques. En droit anglais, l'injonction est apparue au XV^e siècle avec les premières manifestations de *l'equity*. *L'equity* consistait à cette époque en une nouvelle juridiction et, de fait, une nouvelle source de droit développée par le chancelier spécialement pour émettre des injonctions³⁴⁷. Cette dernière était accordée pour prévenir un préjudice qui s'avérerait irréparable sans le prononcé d'une telle mesure et qui ne pourraient être adéquatement réparé par une indemnisation monétaire³⁴⁸. Par la suite, les cours de *Common Law* sur le fondement du *Common Law Procedure Act* de 1854 purent émettre des injonctions et étaient même seules compétentes en matière de diffamation, par exemple³⁴⁹. Dans l'histoire du droit québécois, c'est sous le règne de Louis XIV que la Cour d'appel du Québec à l'occasion d'un vide juridique s'est appuyé sur une interprétation très large d'un recours existant pour s'accorder le pouvoir d'émettre des ordonnances de la nature d'une injonction³⁵⁰. Cette reconnaissance fut raccordée à la notion d'équité et non à un pouvoir inhérent de la Cour supérieure³⁵¹. Par la suite, la Cour Suprême du Canada s'est également prononcée sur cette question dans une affaire célèbre³⁵². Cependant le législateur québécois dû intervenir en raison d'une dissidence entre les magistrats. C'est alors qu'en 1878 l'injonction fut consacrée légalement en s'inspirant non pas du référé utilisé en droit français mais des dispositions du Code de procédure de la Louisiane³⁵³. En droit positif, il faut noter que la demande en injonction est un recours exceptionnel dont l'appréciation est laissée à la discrétion de la cour. Deux critères

³⁴⁵ Cf. *supra*, n° 43.

³⁴⁶ P.-A. GENDREAU, F. THIBAUT, D. FERLAND, B. CLICHE et M. GRAVEL, *L'injonction*, *op. cit.*, cf. introduction. D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, Les éditions Yvon Blais Inc., vol. n° 2, 1997, p. 342.

³⁴⁷ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 10^e éd., 1992, p. 277.

³⁴⁸ G. MASSE, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 *R. du B.* 659, p. 668.

³⁴⁹ *Common Law Procedure Act* 1854, 17 et 18 Vict. C. 125, sections 81, n° 82.

³⁵⁰ *Bourgoin c. Montreal Northern Colonization Railway Co.*, (1875) 19 *L.C.J.* 57 (Q.B.). Voir aussi J. BOUCHARD, L'injonction et l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, mémoire de maîtrise, Université Laval, 1988, pp. 29 et s.

³⁵¹ *Carter c. Breakey*, (1877) 3 *Q.L.R.* 113 (C.S.).

³⁵² *Côté c. Morgan*, (1881) 7 *R.C.S.* 1.

³⁵³ *Acte pourvoyant à ce que le bref d'injonction puisse être obtenu en certains cas, et réglant la procédure à cette fin*, S.Q. 1878, c. 14 ; G. MASSE, « L'exécution des obligations via l'astreinte française et l'injonction québécoise », (1984) 44 *R. du B.* 659.

principaux ont été précisés par la jurisprudence³⁵⁴. Le demandeur doit montrer que le droit qu'il défend sera raisonnablement reconnu par un jugement au fond et que seule l'injonction permet de prévenir un dommage grave ou irréparable. Si le recours en injonction est exceptionnel, il jouit également d'un caractère universel. Autrement dit, il peut être engagé quelque soit la matière juridique. Découlant de son caractère exceptionnel, l'injonction est un recours exclusif. D'ailleurs, si le recours en dommages et intérêts peut compenser le préjudice futur, par exemple une perte pécuniaire, la demande d'injonction sera rejetée³⁵⁵. Pour conclure, on peut donner quelques exemples jurisprudentiels d'injonctions prononcées en responsabilité civile³⁵⁶ mais on ne peut être exhaustif du fait de la systématisme de ce recours.

94. Le droit allemand est un exemple type des manifestations de la cessation de la réalisation du préjudice. En effet, il est reconnu systématiquement la possibilité de faire cesser un fait illicite au côté de la possibilité de réparer le dommage réalisé. Le Code civil allemand contient quelques dispositions spéciales³⁵⁷ mais c'est la jurisprudence allemande qui a étendu à toute la responsabilité civile la fonction de cessation de l'illicite³⁵⁸. Les manifestations couvrent alors « les atteintes illicites à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'autrui »³⁵⁹. L'action tendant à prévenir ou à faire cesser un fait illicite est dénommée action défensive et jouit d'un régime distinct de la classique action en réparation du préjudice. En effet, les actions défensives ne requièrent pas du demandeur la preuve d'une faute et d'un préjudice existant. Concrètement, le droit allemand distingue bien la demande de cessation du

³⁵⁴ *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166.

³⁵⁵ *Julien c. Hyppobec Inc.*, [1978] C.A. 193 ; *Hoffman-Laroche Ltd. C. Frank W. Horner Ltd.*, [1970] C.A. 559 ; *Guaranteed Pure Milk Co. Limited c. Patry*, [1957] B.R. 54; *Laplante c. Hamelin*, [1957] B.R. 417; *Sodem Inc. c. Brossard (Ville de)*, J.E. 95-585 (C.S.); *Laidlaw Medical Services Ltd. IServices médicaux Laidlaw Ltée c. Régie régionale de la santé et des services sociaux de Montréal-Centre*, J.E. 94-809 (C.S.) ; *Nouveautés Camac Inc. C. Promotions atlantiques Inc.*, J.E. 94- 796 (C.S.) ; *Stag Management Canada Ltée c. Banque Royale du Canada*, J.E. 94-1631 (C.S.) ; *Arteco Concept Construction Inc. C. Hôpital Notre-Dame*, J.E. 86-562 (C.S.) ; *Gulf Canada Ltée c. Gaz Bar Jacola Inc.*, J.E. 83-446 (C.S.).

³⁵⁶ *Munroe c. Whitworth*, [1995] R.J.Q. 2388 (C.A.) ; [1995] R.D.I. 484 (C.A.) ; *Royer c. Trépanier*, [1990] R.D.J. 492 (C.A.) ; *Stevens c. Taxis Coop de Trois-Rivières*, [1989] R.D.J. 84 (C.A.) ; *Société coinamatic Inc. C. Armstrong*, [1984] C.A. 23 ; [1984] R.D.J. 7 (C.A.) ; *Royal Bank ofCanada c. Propriétés Cité Concordia Ltée*, [1983] R.D.J. 524 (C.A.) ; *Toulouse c. Laiterie St-Georges Ltée*, [1978] C.A. 210 ; *Aqua-Rive Inc. C. Malenfant*, C.A.M. 200-09-000673-928 ; *Bisson c. Poudrier*, 1992] R.D.I. 677 (C.S.) ; *Gaz Métropolitain Inc. c. Caisse populaire Riviera*, [1992] R.D.I. 31 (C.S.) ; *Allan c. Émond*, [1992] R.D.I.358 (C.S.) ; *Place Lebourg- neuf(1986) Inc. c. Gestion dentaire Dal-Veau Inc.*, J.E. 91-633 (C.S.) ; *Barbeau c. Société en Commandite Multicentre*, J.E. 91-1232 (C.S.) ; *Place Desjardins Inc. C. Bokobza*, [1980] C.S. 1100 ; *Banque canadienne impériale de commerce c. L.O. Laporte Ltée*, [1972] C.S. 774 ; *Constant c. Vachon*, [1947] C.S. 205.

³⁵⁷ Art 12 du BGB (action en interdiction ou cessation de l'usage abusif du nom patronymique d'autrui) ; art 1004 (action en cessation du trouble de propriété) ; art. 862 (action en cessation du trouble de possession) ; art. 97 (action en cessation d'une atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins) ; pour d'autres exemples, Cf. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 85-1.

³⁵⁸ *Ibid.*, n° 9 et n° 85-2.

³⁵⁹ *Ibid.*, n° 9.

fait illicite³⁶⁰ de la demande d'interdiction du fait illicite³⁶¹ faisant ainsi écho aux deux sections de notre chapitre.

95. Le droit communautaire n'est pas en reste. La *quasi* totalité des directives européennes relatives à un domaine de la responsabilité civile prévoit que les états membres se dotent de moyens juridiques nécessaires pour que puisse être ordonnée l'interdiction ou la cessation du fait illicite, et ce, indépendamment des questions de faute et de préjudice. Par exemple, il en est ainsi dans la directive de 1984 concernant les publicités trompeuses et les publicités comparatives³⁶² ou encore de la directive de 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle³⁶³. Récemment, la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales distingue systématiquement les mesures tendant à la cessation des pratiques déloyales de celles tendant à la réparation de ses conséquences³⁶⁴. On peut voir en ces manifestations l'influence du droit allemand. Les juristes français pourraient s'en offusquer. Néanmoins, ce serait oublier l'existence de telles manifestations dans l'histoire de notre droit à commencer par le droit romain.

96. En droit romain, à l'époque classique, le prêteur permettait les actions en revendication, ainsi que les actions confessoires par lesquelles le titulaire d'une servitude troublé dans son exercice pouvait obtenir du juge qu'il fasse promettre, sous caution, au défendeur de mettre fin au trouble porté à l'exercice de la servitude. Par la suite, la cessation de l'illicite devint systématique avec le développement de l'institution des interdits qui instaura une fonction de police civile³⁶⁵. Ces interdits constituaient des injonctions prohibant un comportement particulier ou garantissant la cessation d'un trouble possessoire ou encore mettant un terme à l'usage excessif qui était fait du fond voisin. Il faut néanmoins constater que ces injonctions ne constituaient pas de véritables condamnations en nature : « en cas d'inexécution, le *praetor* se contentait d'accorder une *actio* au demandeur, *actio* qui avait pour objet, à l'image de toutes les actions romaines, une condamnation pécuniaire »³⁶⁶. M. Bloch illustre bien dans sa thèse que c'est dans l'Ancien-droit que la pérennisation des interdits conduisit à de véritables condamnations en nature. Contrairement à ce que le lecteur pourrait penser, le Code Napoléon ne mit pas un frein à cette évolution. Selon le même auteur, l'article 1382 du Code Napoléon permettait à la « pratique [de trouver] un fondement sur lequel les juridictions civiles ne [manquèrent] pas de s'appuyer pour assurer la cessation des abus à la liberté d'expression, des troubles illicites de voisinages, des actes de concurrence déloyale »³⁶⁷.

³⁶⁰ Action dénommée *Unterlassungsanspruch*.

³⁶¹ Action dénommée *Beseitigungsanspruch*.

³⁶² Cf. art.4 de la directive du 10 septembre 1984, *JOCE*, n° L 250, 19 sept. 1984, p. 17.

³⁶³ Cf. Art. 9 et 11 de la directive du 29 avril 2004, *JOCE*, n° L 157, 30 avr. 2004, p. 45.

³⁶⁴ Art. 11 de la directive n° 05/29, *JOCE*, 11 juin 2005, n° L 149, p. 22.

³⁶⁵ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 353. Adde – F.-L. de KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les romains*, trad. C. CAPMAS, Paris, 1870, pp. 338 et s.

³⁶⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 5-1.

³⁶⁷ *Ibid.*, n° 5-3. L'auteur cite de la jurisprudence de la fin du XIXème siècle pour chacun de ces trois exemples. Nous la reproduisons ici. Pour la cessation des abus à la liberté d'expression : CA. Paris, 17 avr. 1858, *D.* 1860, 2, p. 109 (injonction faite à l'éditeur d'un livre sous menace de saisie de corriger les passages calomnieux d'un ouvrage).

Au vu de cette étude succincte de droit comparé, il semble que le droit français soit plus réticent à reconnaître les manifestations de la cessation. Du moins, la cessation de la réalisation du dommage n'est pas strictement distinguée de la réparation des conséquences du dommage contrairement au droit québécois, au droit allemand, au droit communautaire, et au droit romain, notamment. On ne peut en revanche conclure que de telles manifestations n'existent pas en droit positif. C'est davantage leur unité qui semble faire défaut. En outre, d'autres manifestations de la cessation de la réalisation du dommage existent.

2. Les manifestations de la cessation de la réalisation anormale du dommage

97. Position du problème. Quel type de fait est susceptible de faire l'objet d'une manifestation préventive de la cessation de sa réalisation ? De prime abord, il semble que la cessation concerne le fait illicite. Cependant, le fondement des mesures de cessation n'est pas toujours le même. L'article 1382 du Code civil ne recouvre pas toutes les manifestations de la cessation du dommage. Les mesures de cessation ordonnées en cas de trouble manifestement illicite sont parfois rendues sur le fondement du principe juridique de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage. L'anormalité serait-elle un type de violation juridique synonyme de l'illicéité ?

98. Positivité de la distinction³⁶⁸. Certains auteurs ont démontré l'existence d'une responsabilité pour trouble illicite de voisinage se distinguant d'une responsabilité pour trouble anormal de

Pour la cessation des troubles illicites de voisinage : Civ. 8 juin 1857, *D.* 1857,1, p. 293 ; *S.* 1858,1, p. 305 (condamnation à déplacer de 50 mètres une fosse à engrais nauséabonde installée en limite de la propriété voisine) – Req., 24 avr. 1865, *D.* 1866, I, p. 35 ; *S.* 1866,1, 169 (condamnation de l'exploitant d'une salle de spectacle à agrandir son vestibule et à accroître le nombre d'urinoirs pour éviter le stationnement de spectateurs et le dépôt d'immondices devant la maison voisine) – Req., 19 mai 1868, *D.* 1868, I, p. 486 (condamnation de l'exploitant d'une usine de produits chimiques à réaliser les aménagements nécessaires pour cesser de polluer les eaux d'un fleuve) – Civ. 29 juill. 1885, *S.* 1886, I, p. 166 (injonction faite à un carrier d'observer la réglementation en matière d'explosions de mines) – et les arrêts cités par R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, I, Sources des obligations, t. TV, 1924, not. p. 169 et pp. 401 et s. *Adde*, s'agissant de l'exercice abusif du droit de propriété : CA Colmar, 2 mai 1855, aff. Doerr, *DP* 1856, H, p. 9 (condamnation à démolir la fausse cheminée élevée dans l'unique dessein de paver le voisin de lumière) – Req., 3 août 1915, aff. Clément-Bayard, *DP* 1917,1, p. 79 ; *S.* 1920,1, p. 300 (condamnation à abattre les piques de fer dressées par le voisin de l'exploitant d'un hangar de ballons dirigeables dans le seul but d'empêcher les ballons de décoller). Pour la cessation des actes de concurrence déloyale : CA Paris, 29 déc. 1852,1, *D.* 1853, 2, p. 163 (condamnation d'un restaurateur à cesser d'imiter la devanture d'un établissement concurrent) – CA Lyon, 31 déc. 1889, *D.* 1890,2, p. 320 (idem) – CA Pau, 23 févr. 1863, *D.* 1863, 2, p. 117 (condamnation d'un concurrent à retirer de ses prospectus toute référence à une médaille qu'il n'avait pas) – Req., 18 déc. 1900, *D.* 1901,1, p. 135 (cessation d'une usurpation de nom commercial) – Req., 15 janv. 1901, *D.*, 1902, p. 294 ; *J.* 1902, I, p. 274 (condamnation à cesser des faits tendant à créer une confusion entre deux concurrents) – Req., 1^{er} juill. 1908, *D.* 1908,4, p. 487 (condamnation à cesser d'imiter un concurrent dans l'étiquetage et l'habillage de bouteilles de champagne). Et les nombreux arrêts cités par R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 171, n° 2.

³⁶⁸ Le terme positivité ici employé fait référence à une recherche de l'appartenance d'un objet (ici une distinction) au droit positif. Pour une utilisation similaire, v. par exemple, sur le caractère positif de la règle spontanée, P. DEUMIER, *Le droit spontané, th. préc.*, n° 227, p. 208.

voisinage³⁶⁹. Il apparaît qu'une telle distinction est présente dans la jurisprudence de la Cour suprême. Le droit de l'urbanisme est propice à distinguer la responsabilité pour trouble illicite fondée sur l'article 1382 du Code civil et la responsabilité pour trouble anormal fondée sur le principe selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage ». Les arrêts ne manquent pas depuis la solution retenue en 1975³⁷⁰. Un arrêt rendu en 1998 par la troisième Chambre civile exprime clairement la distinction³⁷¹. Des voisins se plaignaient de la construction d'un cabanon leur occasionnant un trouble. La Cour d'appel avait ordonné la démolition de l'ouvrage au motif que le trouble anormal était constitué par la violation des règles de l'urbanisme. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la faute qui aurait pu entraîner la responsabilité du maître de l'ouvrage sur le fondement de l'article 1382 d'une part, et de ne pas avoir caractérisé le trouble d'anormal qui aurait pu entraîner la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage, d'autre part. Autrement dit, *alors que les deux responsabilités peuvent être engagées par des voisins troublés, si la première nécessite une faute, la seconde n'implique que l'existence d'un trouble anormal. La Cour de cassation distingue alors nettement une responsabilité pour trouble anormal de voisinage fondée sur le principe juridique dégagé par la jurisprudence, de la responsabilité pour trouble illicite fondée sur la norme fondamentale de l'article 1382 du Code civil.*

99. Limite de la distinction. Cependant, la Cour de cassation restreint l'application de la responsabilité pour trouble illicite de voisinage. Sa jurisprudence semble en effet retenir l'engagement de cette dernière uniquement en cas de violation d'une disposition légale ou réglementaire particulière³⁷². En présence d'une faute de négligence, seule la responsabilité pour trouble anormal peut être engagée, ce qui marque une certaine relativité de la distinction entre les deux types de responsabilité.

³⁶⁹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 286. En sens inverse mais sans argument de droit positif, L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile, th. préc.*, n° 959.

³⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 27 mai 1975, *D.* 1976, jur., p. 318, note G. VINEY ; *D.* 1976, jur., p. 546, note C. LARROUMET. Le pourvoi soutenait que le trouble anormal ne pouvait être constitué par la seule inobservation d'une réglementation ce à quoi la Cour répondit que « les riverains d'une zone industrielle sont tenus de supporter les inconvénients normaux résultant d'un tel voisinage, mais non ceux causés par l'inobservation ou l'observation tardive par un industriel d'obligations mises à sa charge par l'Administration dans l'intérêt public ». Civ. 3^{ème}, 22 mai 1997, *BJDU*, 1^{er} nov. 1997, note. G. DEVILLE ; *JCP*, N., 1997, p. 761, étude A. CHAIBOU ; *JCP*, G., 1997, I, 4060, obs. H. PERINET-MARQUET ; Civ. 2^{ème}, 7 avril 2005, *JD*, n° 027953.

³⁷¹ Civ. 3^{ème}, 11 févr. 1998, *D.* 1999, jur., p. 529, note S. BEAUGENDRE ; *JCP*, G., 1998, I, 171, obs. H. PERINET-MARQUET.

³⁷² Par exemple, sur la démolition d'un garage édifié en violation de la zone *non oedificandi* de 3 mètres de largeur en bordure de chaque fonds prescrite par le plan d'aménagement de la commune, Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1965, *aff. Cliquet, Rev. Dr. Publ.*, 1966, p. 145, note. M. WALINE ; *RTD civ.* 1965, p. 833, obs. J.-D. BREDIN. Sur un édifice construit à 5 mètres de la limite séparative de deux fonds en infraction à la réglementation de l'urbanisme qui imposait une distance de 13.5 mètres générant une perte d'ensoleillement et des nuisances phoniques, Civ. 3^{ème}, 30 sept. 1998, *D.* 1999, jur., p. 374, note F. KANDERIAN ; *Droit envir.*, juin 1999, n° 69, p. 11, obs. D.G. Sur l'extension d'une maison en violation du plan d'occupation des sols, Civ. 3^{ème}, 24 sept. 2003, n° 02-12533. V., plus largement, J. MORAND, « Le droit des tiers au respect, par les constructeurs, des règles d'urbanisme », *JCP*, G., 1974, I, 2661 ainsi que M. BIASCA, « Permis de construire et droits des tiers », *Gaz. Pal.*, 1966, 1, doct., p. 127.

Poursuivant notre quête d'unité des manifestations préventives, les manifestations de la cessation de la réalisation du dommage puisent-elles leur unité dans un fondement juridique ?

B. Fondements des manifestations de la cessation de la réalisation du dommage

100. Lorsqu'il est permis d'anticiper un dommage, il est possible de demander la cessation de sa réalisation. Les manifestations sont dès lors plus vastes que celles que nous avons répertoriées pour l'anticipation de la réalisation du dommage. S'agissant du juge des référés, la cessation de la réalisation du dommage peut être fondée sur les articles 808 et 809 CPC, ou sur les différents articles prévoyant des référés spéciaux³⁷³. S'agissant du juge du fond, les articles 1382 et 1383 C. civ. peuvent également fonder la cessation de la réalisation du dommage. La théorie des troubles anormaux du voisinage est un autre fondement possible.

A nouveau, nous constatons la grande diversité des fondements des manifestations préventives de la réalisation du dommage.

Au contraire, leurs caractères permettent-ils de les spécifier ?

§2. Les caractères des mesures de la cessation de la réalisation du dommage

101. La recherche des caractères est essentielle dans la découverte des manifestations préventives. En identifiant des caractères communs, cette recherche permet de représenter les manifestations préventives au sein d'un ensemble unitaire. Poursuivant cette voie, l'exposé des caractères propres aux mesures de cessation de l'illicite (A) précédera celui des caractères propres aux mesures de cessation de l'anormal (B).

A. Les caractères des mesures de cessation de l'illicite

102. Trois caractères sont propres aux mesures de cessation. Outre les caractères adéquat et proportionné qui se vérifient une nouvelle fois, la mesure de cessation du fait générateur illicite se démarque par un caractère objectif.

103. Caractère adéquat. La catégorie des mesures de cessation recouvre un ensemble de manifestations hétérogènes. Cette diversité est la marque des mesures qui s'adaptent à chaque type de trouble. Dès lors, il peut s'agir d'ordonner de manière adéquate une mesure de démolition, de construction ou de limitation d'un ouvrage ou d'une activité. Nous avons

³⁷³ Compléter avec les numéros 229 et s.

également présenté pour le risque de confusion des mesures visant à retirer un objet, une marque ou un nom.

104. Caractère objectif. La mesure de cessation ne dépend pas de la qualification d'un comportement. Elle est objective en ce qu'elle se fonde sur l'illicéité d'un fait constitutif d'un trouble. Incidemment, le trouble manifestement illicite seul suffit à ordonner une mesure de cessation du fait générateur d'illicéité. La mesure n'est pas conditionnée à la preuve d'une faute et d'un préjudice. Seul le fait illicite doit être constitué.

105. Caractère proportionné. Le caractère proportionné se retrouve également pour les mesures de cessation. Une telle mesure sera ordonnée en proportion du degré d'illicéité du fait générateur. Ainsi, le juge, dans son pouvoir de qualification et d'appréciation souveraine, préférera-t-il, selon les faits, ordonner la démolition totale d'un ouvrage ou seulement un pan de mur d'une habitation menaçant ruine. Les exemples sont multipliables à l'infini et rencontrent le bon sens.

Ces caractères sont très proches de ceux des mesures de cessation de l'anormal.

B. Les caractères des mesures de cessation de l'anormal

106. Caractères communs entre mesures d'anticipation et mesure de cessation. Les mesures de cessation ne se différencient pas des mesures d'anticipation. Elles conduisent concrètement aux mêmes injonctions de faire ou de ne pas faire si bien que certains les assimilent et font de l'anticipation et de la cessation deux synonymes³⁷⁴. Nous serons néanmoins conduit à critiquer cette confusion³⁷⁵. Pour l'heure, une différence est notable. Elles ont chacune un caractère adéquat et un caractère proportionné au risque de dommage pour les mesures d'anticipation, et au trouble pour les mesures de cessation.

107. Caractères différents entre les mesures de cessation de l'illicite et de l'anormal. En revanche, la distinction entre la responsabilité pour trouble anormal et pour trouble illicite a permis récemment à un auteur de dégager une distinction entre deux types de mesures ordonnées par le juge³⁷⁶. Selon M. Bloch, lorsqu'il convient de faire cesser le fait dommageable découlant du trouble illicite, une mesure de cessation est prononcée afin de prévenir ou de stopper l'illicéité dudit fait. La mesure de cessation se résout alors en une injonction de faire ou de ne pas faire proportionnée à l'attitude qui a engendré la situation illicite. Au contraire, lorsqu'il s'agit de trouble anormal, une mesure de réparation en nature est ordonnée afin de pallier l'excès

³⁷⁴ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 352 et s., ainsi que cette citation, « Il n'y a pas effectivement de différence fondamentale – sinon temporelle – entre empêcher un dommage de se réaliser et l'empêcher de continuer », n° 76, p. 70.

³⁷⁵ Cf. *infra*, n° 753.

³⁷⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 286 à 288.

engendré. La mesure de réparation en nature se résoudra également en une injonction de faire ou de ne pas faire ou en dommages et intérêts. Et comme les mesures de cessation, elle sera librement choisie par les juges du fond sans contrôle effectué par la Cour de cassation³⁷⁷. Elle sera néanmoins proportionnée au dommage résultant ou susceptible de résulter de l'anormalité du trouble. La responsabilité pour trouble illicite de voisinage se résout en mesure de cessation de l'illicite alors que la responsabilité pour trouble anormal de voisinage fonde le prononcé de mesure de réparation. En effet, les mesures ordonnées pour faire cesser le trouble de voisinage n'ont pas pour but d'indemniser le voisin mais de réclamer à son endroit le respect du devoir général de précaution raisonnable qu'il aurait dû de lui-même suivre³⁷⁸. « Il ne s'agit pas, contrairement à l'opinion générale, de réparation en nature du trouble anormal de voisinage, mais bien de cessation d'un trouble illicite de voisinage. (...) C'est la violation d'une règle de juste conduite entre voisins que le juge sanctionne et c'est uniquement au respect de cette règle juridique qu'il appelle l'agent pour l'avenir »³⁷⁹.

108. Critiques. Il nous semble que cette position doit être rejetée. D'une part, nous constatons que dans la jurisprudence, la distinction n'est pas toujours aisée³⁸⁰. Il est des cas nombreux où la responsabilité pour trouble anormal ne vise pas à compenser un excès mais à prévenir sa

³⁷⁷ Par exemple, Civ. 2^{ème}, 12 nov. 1997, *RCA*, 1998, 2, n° 48, p. 11. V., sur ce point, J. NORMAND, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 65, préf. R. PERROT, 1965, n° 122.

³⁷⁸ Quelques exemples : injonction faite au propriétaire de clore les animaux de ferme qu'il laisse divaguer sur le fonds voisin, TGI, Draguignan, 11 juil. 2000, *D.* 2001, jur., p. 3004, note. A. BUGADA. Injonction faite à un refuge de prendre les mesures d'insonorisation qui s'imposent du fait de la proximité avec un habitation, Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1966, *D.* 1966, jur., p. 378. Condamnation du propriétaire d'un chien bruyant à prendre toutes mesure apte à faire cesser le trouble, CA Versailles, 4 juil. 1986, *D.* 1986, IR, p. 476. Injonction faite au propriétaire d'un coq à le maintenir à une certaine distance du fonds voisin, CA Dijon, 2 avr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 601, note GOGUEY. Injonction faite à un propriétaire de golf de réaménager le parcours afin d'éviter que les balles n'endommagent les habitations voisines, CA Grenoble, 22 mai 2000, *JCP, G.*, 2001, IV, n° 1717, et dans le même sens, CA Montpellier, 5 nov. 2002, *JD* n° 241093, approuvé par Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 738, note. P. JOURDAIN, *D.* 2005, somm., p. 186, obs. D. MAZEAUD, *RCA*, nov. 2004, comm. 336. Interdiction adressée à un propriétaire d'entasser à l'extérieur de chez lui toutes sortes d'objets de récupération et de rebuts ménagers nauséabonds sur un terrain situé dans une zone industrielle, Civ. 2^{ème}, 21 janv. 1987, *Bull. civ.*, II, n° 22, p. 12. Condamnation d'un restaurateur à cesser d'encombrer le couloir qui permet aux habitants de l'immeuble d'accéder à l'escalier menant aux étages, CA Montpellier, 18 juin 2002, *JD* n° 205219.

³⁷⁹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle.*, th. préc., n° 286.

³⁸⁰ Par exemple, la Cour de cassation a retenue la responsabilité pour trouble anormal de voisinage à l'encontre de l'exploitant d'un haras stockant des meules de paille sèche ainsi que des machines usagées, et des véhicules à la lisière du fonds voisin. En l'espèce, l'anormalité du trouble a été caractérisée par le risque de combustion des meules de paille et par la laideur esthétique des véhicules. Si le premier risque peut fonder l'anormalité, le second ne le peut. La Cour eût du appliquer sa propre distinction et caractériser la faute sur le fondement d'une responsabilité pour trouble illicite de voisinage. Ne le faisant, les juges du fond parviennent ainsi à limiter le droit de propriété sans être soumis à un quelconque contrôle de la Cour de cassation. En effet, si la faute est soumise à un contrôle de la Cour suprême, il n'en est pas de même de l'anormalité. Civ. 2^{ème}, 24 févr. 2005, *JCP, G.*, 2005, II, 10100, note. F.-G. TRÉBULLE ; *JCP, G.*, 2005, I, 149, n° 6, obs. G. VINEY ; *JCP, G.*, 2005, I, 181, n° 5, obs. H. PERINET-MARQUET.

réalisation lorsque la situation préjuge d'un excès potentiel, futur³⁸¹. D'autre part, la même confusion entre l'anormalité et l'illicéité préside à cette position doctrinale. Pour M. Bloch, on ne peut prévenir qu'un fait illicite et non dommageable car seul le premier repose sur un devoir légal préexistant duquel une faute pourra naître lors de sa violation. Or, force est de constater que la jurisprudence exige également qu'un propriétaire adapte préventivement son attitude afin d'éviter tout excès pouvant engendrer un trouble anormal à son voisin même si ledit propriétaire ne dispose pas des moyens pour qualifier comme le juge son attitude de normale ou d'anormale. Conséquemment, les mesures prises sur l'une ou l'autre des deux types de violation juridique ne leur sont pas propres. *Les mesures de cessation du trouble anormal existent et des mesures de réparation du même trouble comme des mesures de cessations du trouble illicite leur coexistent.*

108-1. Dès lors, le caractère propre aux mesures de cessation du fait dommageable ne réside pas dans son illicéité mais dans l'existence d'un trouble dont l'origine illicite ou anormale importe peu. Prospectivement, peut-être serait-il souhaitable de suivre la position de l'auteur. Cependant, actuellement, telle n'est pas la position de la jurisprudence française. Dans la mesure où ces deux positions entraînent des conséquences différentes quant à notre sujet, il ne nous est pas permis d'adhérer au souhaitable sans analyser l'existant. Or, *le droit positif démontre l'existence de deux types de mesures de cessation du fait dommageable : des mesures de cessation de l'illicite d'une part et, des mesures de cessation de l'anormal, d'autre part. Dès lors, le caractère propre aux mesures de cessation se situe plus en amont dans l'existence d'un trouble.*

En résumé, la recherche des caractères des manifestations de la cessation de la réalisation du dommage fait apparaître leur unité. Elles ont trois caractères en commun : le caractère proportionné, le caractère adéquat et le caractère objectif.

109. Conclusion de section. Certaines situations, qualifiées en droit de troubles, présentent un laps de temps entre les conséquences préjudiciables d'un même dommage. La responsabilité civile offre un moyen d'action en vue de prévenir ce dommage par l'entremise de certaines actions en cessation. Dès lors, des mesures de cessation du trouble sont ainsi ordonnées en vue de prévenir la réalisation du dommage alors que le fait générateur perdure. Ces mesures se spécifient par rapport à celles de l'anticipation du fait dommageable en ce que l'illicéité ou

³⁸¹ Outre l'existence de cas jurisprudentiels à la lisière de la distinction que M. Bloch reconnaît de lui-même (Cf. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle.*, th. préc., n° 129, l'exemple qu'il prend pour présenter sa distinction ne nous convainc pas. L'auteur écrit que « les frontières entre la cessation de l'illicite et la réparation se conçoivent également assez bien lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage futur qui n'a pas encore commencé à se réaliser. Le cas est certes rare. Mais il n'est pas que d'école comme en témoigne, par exemple, cet arrêt récent de la Cour de cassation qui approuve la condamnation du propriétaire d'un lac maintenant ses eaux à un niveau anormalement haut à des dommages et intérêts couvrant le coût des travaux nécessaires au voisin situé en aval pour se prémunir, par ses propres moyens, contre les conséquences du débordement prévisible de la retenue d'eau. C'est en revanche de cessation de l'illicite qu'il se serait agi si la victime avait réclamé au juge d'ordonner à l'exploitant du lac de maintenir ses eaux au niveau que la prudence impose », *ibid.*, n° 128, commentant Req., 15 mai 1861, *D.* 1861, 1, p. 329. Précisément, alors qu'il n'y a pas encore de dommage, le juge ordonne des dommages et intérêts, mesure de réparation afin de faire cesser le fait illicite en vue d'éviter le dommage futur !

l'anormalité du fait est manifeste. Le fait à l'origine du dommage est déjà produit. Seul le risque de dommage leur est commun bien qu'il présente un caractère moins hypothétique en ce qu'il est souvent un risque de renouvellement du dommage. *On peut alors conclure qu'il existe aux côtés des mesures d'anticipation du dommage, des mesures de cessation du fait générateur. Ces mesures de cessation sont prononcées au cours de la réalisation du fait générateur contrairement aux mesures d'anticipation qui sont prononcées avant que le fait dommageable ne se soit produit. Les mesures d'anticipation et de cessation concourent ensemble à la prévention du dommage mais à des stades différents. Il importe donc de bien distinguer le fait dommageable actuel du fait dommageable potentiel.*

L'étude a par ailleurs montré qu'il existait deux types de responsabilité mettant en œuvre une action en cessation. La jurisprudence distingue assez nettement la cessation de l'illicite, de la cessation de l'anormal. *In fine*, l'étude du régime de ces actions permet de conclure à une double spécificité : les conditions de préjudice et de faute ne sont pas exigées. Selon nous, bien que jouissant d'un régime propre, la cessation de la réalisation du dommage fait partie intégrante de la responsabilité civile.

110. Conclusion de chapitre. Il s'évince du droit de la responsabilité civile un ensemble de manifestations dont il appert deux catégories. Selon que le fait possiblement à l'origine d'un dommage futur se soit produit ou non, les mesures ordonnées sur le fondement d'une action en responsabilité civile tendent soit à anticiper sa survenance soit à faire cesser sa réalisation.

Les premières peuvent être qualifiées de *mesures d'anticipation du fait dommageable*. *Elles ont pour objectif d'éviter que ne se réalise le fait matériellement susceptible de provoquer un dommage dans un avenir certain ou improbable.*

Les secondes sont traditionnellement qualifiées de *mesures de réparation en nature*. *La doctrine et les conclusions de notre étude montrent pareillement qu'il ne s'agit pas de réparation mais de cessation d'un fait générateur illicite ou anormal.*

Les mesures d'anticipation et de cessation présentent deux caractères communs. Elles sont adéquates en nature (à l'exception des mesures de prévention indirecte) et proportionnées au risque de dommage (ou à la situation potentiellement dommageable pour les mesures de prévention indirecte), pour les premières, et au trouble, pour les secondes.

La responsabilité civile présente également des manifestations préventives des conséquences du dommage.

CHAPITRE 2.

LES MANIFESTATIONS PREVENTIVES DES CONSEQUENCES DU DOMMAGE

111. Problématique. La plupart des constats dressés en droit de la responsabilité civile quant à sa fonction préventive concernent les manifestations préventives de la réalisation du dommage³⁸². Lorsqu'il convient de réparer un préjudice, l'idée de prévention est-elle totalement exclue ? Existe-il des réparations ayant une finalité ou un caractère préventif ? En quoi de telles réparations se rapprocheraient-elles des mesures d'anticipation et de cessation de la réalisation du dommage ?

112. Hypothèse. Un premier tour d'horizon permet de voir que la réparation du préjudice n'est pas seulement mise en œuvre pour réparer strictement un dommage réalisé. La théorie de la responsabilité a intégré la réparation du dommage futur admise en jurisprudence. La réparation de ce dernier est conçue comme une exception si la preuve du caractère certain du préjudice est rapportée. Nous émettons l'hypothèse qu'il existe d'autres cas de réparation préventive du préjudice. On pourrait alors rapprocher deux formes de réparation préventive : la réparation par anticipation d'un dommage qui, matériellement, n'a pas encore eu lieu et la réparation par dissuasion d'un dommage afin qu'il ne soit pas imité ou réitéré.

113. Il convient dès lors de préciser ce que recouvrent, d'une part, les manifestations préventives de la réparation anticipée du dommage (Section 1) et, d'autre part, les manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage (Section 2) afin d'induire pour chacune d'elles leurs caractères propres et de rechercher la spécificité de leurs conditions par rapport aux trois conditions traditionnellement exigées pour la réparation du préjudice.

SECTION 1. Les manifestations préventives de la réparation anticipée du dommage

114. Dommages et intérêts et réparation anticipée. Les dommages et intérêts ne sont pas systématiquement des indemnités octroyées *a posteriori*. Si le dommage n'est pas encore

³⁸² En ce sens, v. le traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin qui, dans son troisième tome sur les effets de la responsabilité, dépeint à grands traits ce que nous avons développé dans le chapitre précédent. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 7 et s. Ce qui n'empêche pas les auteurs de constater la dimension préventive des sanctions classiques que sont les dommages-intérêts : « Parfois, les dommages et intérêts sont destinés à financer les mesures permettant la disparition du risque. (...) Ces solutions montrent combien l'idée de prévention est aujourd'hui présente dans le droit de la responsabilité civile », G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 278, p. 89.

survenu, ou, si ses conséquences ne sont pas encore advenues, une réparation anticipée³⁸³ peut être demandée par une action en responsabilité civile. Concrètement, il s'agit d'octroyer des dommages et intérêts en cas de risque de dommage, de dommage futur et d'exposition à un risque – exemples soumis à notre étude.

115. Cette réparation anticipée vise les hypothèses où le préjudice est admis alors que l'atteinte matérielle ne s'est pas produite³⁸⁴. Il s'agit ainsi de réparer par anticipation le dommage alors que ses conséquences juridiques sont d'ores et déjà admises. L'hypothèse inverse n'est pas à exclure, bien au contraire. En effet, dans certains cas, l'atteinte matérielle peut être réparée alors que ses conséquences juridiques ne sont pas encore définitivement admises comme préjudiciables. Il s'agit concrètement d'allouer des dommages et intérêts provisionnels ou des dommages et intérêts moratoires en présence d'un dommage réalisé qui n'est pas encore préjudiciable juridiquement à la victime. Autrement dit, la première réparation anticipée a pour objet les conséquences matérielles du dommage tandis que la seconde a pour objet les conséquences juridiques du dommage.

116. Ainsi présenté, la réparation anticipée pourrait apparaître comme un principe clair. Or, il n'en est pas exactement ainsi. La notion de dommages et intérêts rend compte d'une pluralité d'emploi préventif. Il convient de rechercher ce qui particularise cette sanction propre à la responsabilité civile lorsqu'elle est prononcée pour la réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage, d'une part (§1), et pour la réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage, d'autre part (§2) en tâchant de montrer, notamment pour cette dernière, les insuffisances d'une telle approche.

§1. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage

117. La réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage porte sur deux objets. D'une part, des dommages et intérêts peuvent être octroyés par anticipation du dommage futur (B), d'autre part, des dommages et intérêts peuvent être prononcés par anticipation de l'exposition à un risque (C). La réparation anticipée peut également être prononcée en amont du dommage en portant sur le risque de dommage (A).

³⁸³ L'expression de « réparation anticipée » ne s'évince ni du droit positif ni de la doctrine. Dans le même sens, on peut néanmoins citer les propos de M. Chartier sur le dommage futur : « Mais ce dommage futur peut aussi être *indemnisé par avance*, avant même de se réaliser, dans la mesure où la certitude est assez grande qu'il se concrétisera », Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", 1996, n° 15, p. 22, les soulignés sont de nous. Au-delà de la doctrine du droit de la responsabilité civile, l'expression « réparation anticipée » se retrouve dans la thèse de M. A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 349, préf. A. BENABENT, 2001, n° 170. *Adde, infra*, n° 156.

³⁸⁴ Nous prendrons à notre compte la distinction entre le dommage et le préjudice pour conceptualiser ce phénomène, Cf. *infra*, n° 458.

A. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du risque de dommage

118. Les dépenses défrayées pour éviter la survenance d'un risque de dommage ne sont pas toujours indemnisées (1). Si elles sont bienvenues en doctrine, cette dernière plaide pour que leurs caractères propres soient de véritables conditions (2).

1. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des dépenses destinées à prévenir un risque de dommage

119. Refus de la réparation anticipée du risque de dommage dans le domaine de la santé.

Certains juges du fond ont déjà admis que les dépenses occasionnées par des patients, de leur propre chef, pour éviter la survenance d'un dommage constituaient un préjudice réparable. En ce sens, un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon avait indemnisé le patient de ses frais d'intervention des suites de sa volonté de se faire retirer une sonde cardiaque défectueuse lui faisant courir un risque mortel³⁸⁵. La même Cour avait pourtant refusé dans le même cas l'indemnisation en raison de la décision prise d'une surveillance médicale accrue des porteurs de sondes. Cette surveillance mise en place aurait pu suffire si certains patients n'avaient pas décidé de se faire explanter la sonde. La Cour de cassation jugea en ce sens³⁸⁶. Elle considéra que le patient s'étant fait explanter la sonde à titre préventif avait été soumis à un risque qui ne s'était pas réalisé, et que, dès lors, son préjudice étant éventuel, il ne pouvait être réparé. Elle censura néanmoins l'arrêt d'appel en reconnaissant un préjudice moral. Cette solution ne manqua pas de faire réagir la doctrine. Comme le note M. Jourdain, « prétendre, pour rejeter les demandes, que ces préjudices ont un caractère éventuel est plutôt injurieux pour les victimes. (...) La vraie question tenait à l'existence du lien de causalité entre la défectuosité des sondes et les préjudices résultant de l'intervention chirurgicale que la victime avait décidée : cette initiative de la victime avait-elle pour effet de rompre le lien de causalité ? »³⁸⁷. Et M. Jourdain de poursuivre en rappelant que si l'initiative de la victime ne découle pas directement du fait générateur, alors elle rompt la chaîne des causes et ne peut être indemnisée. Ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce selon lui.

120. Accueil de la réparation anticipée du risque de dommage dans les rapports de

voisinage. La Cour de cassation ne procède pas au même raisonnement en matière de voisinage. Un premier arrêt exprime assez clairement la dette de réparation pesant sur le propriétaire d'un fonds des mesures prises pour éviter un risque de dommage³⁸⁸. En l'espèce, le maire de la commune, face à la « défaillance » du propriétaire, avait pris un arrêté afin de procéder aux travaux de ravalement d'une façade naturelle dont un rocher menaçait de tomber. Le propriétaire,

³⁸⁵ CA Lyon, 8 juin 2006, *RCA* 2006, comm. 305, obs. Ch. RADE.

³⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2006, *JCP*, G., 2007, II, 10052, note S. HOCQUET-BERG, *RCA* 2007, comm. 64, obs. Ch. RADE, *RTD civ.*, avr/juin 2007, chron. P. JOURDAIN, p. 352.

³⁸⁷ P. JOURDAIN, *note préc.*, p.353.

³⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2007, *Bull. civ.* 2007, I, n° 372, *JCP*, G., 2008, I, 125, n° 7, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

invité à indemniser la commune de ses frais, soutint dans son pourvoi que l'obligation légale de la commune tirée de l'article L. 2212-4 du Code général des collectivités territoriales laissait à la charge de cette dernière les mesures prises par elle. La Cour de cassation rejeta cet argument en prenant bien soin de caractériser la faute de négligence du propriétaire dans son défaut de prendre les mesures à même de faire cesser le risque dont la réalisation était imputable. Cette jurisprudence a été confirmée toujours à propos d'un risque d'éboulement d'une falaise mais entre deux propriétaires privés³⁸⁹. Les travaux occasionnés par le premier propriétaire laissaient courir un tel risque selon son voisin. Ce dernier demanda l'indemnisation des frais d'installation d'une « parade confortative » qu'il avait dû réaliser pour prévenir ce risque. La Cour fit droit à sa demande dans la mesure où le risque était bien certain et où les dépenses étaient bien réelles.

Les dépenses destinées à prévenir un risque de dommage sont de plus en plus indemnisées par la jurisprudence. Cette réparation anticipée présente des caractères propres que la doctrine a davantage sériés que la Cour de cassation.

2. Les caractères propres aux dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des dépenses destinées à prévenir un risque de dommage

121. La responsabilité civile ne répare pas les dommages hypothétiques³⁹⁰ et tel n'est pas le cas des mesures destinées à prévenir un risque de dommage dans la mesure où elles sont réelles et qu'elles constituent de ce fait un préjudice réparable. *De lege lata*, la jurisprudence étant récente et assez sporadique, les conditions nécessaires pour que telles mesures préventives soit indemnisées ne sont pas clairement identifiées par la Cour de cassation. La doctrine plaide en revanche pour que les dépenses soient raisonnables et que la réalisation du dommage soit imminente. L'article 1344 du rapport Catala dispose ainsi que : « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées »³⁹¹.

122. *De lege ferenda*, cette proposition semble donc être plus stricte que le droit positif. Dans les espèces étudiées, il n'était pas requis que le risque de dommage soit imminent. Le caractère proportionné des dépenses effectuées, en revanche, ne fait pas de doute. La réparation apparaît bien anticipée dans la mesure où le dommage final ne s'est pas réalisé. Au contraire, le dommage intermédiaire résidant dans les frais occasionnés pour éviter le dommage final, est réparé compte tenu de cet objectif. La prévention se retrouve ainsi paradoxalement au cœur de la réparation.

³⁸⁹ Civ. 2^{ème}, 15 mai 2008, *RCA* 2008, comm. 214, obs. Ch. RADÉ, *JCP*, G., 2008, I, 186, n° 1, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *RTD civ.* 2008, chron. P. JOURDAIN, p. 679.

³⁹⁰ Civ. 3^{ème}, 14 fév. 2007, *Bull. civ.* III, n° 23, *RDI*, 2007, 247, obs. F.-G. TREBULLE.

³⁹¹ P. CATALA, *et alii*, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, La Documentation française, 2005.

Le droit positif connaît plus traditionnellement de la réparation anticipée à travers l'admission de la réparation du dommage futur.

B. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du dommage futur

123. Paradoxe. Le dommage futur est réparable en droit de la responsabilité civile. L'hypothèse pourrait sembler paradoxale pour qui ne distingue pas le dommage du préjudice³⁹². En effet, la réparation anticipée consiste, dans cette hypothèse, à indemniser un préjudice alors qu'il n'existe pas, ce qui, au sens strict pour les mêmes auteurs, est contraire à l'exigence qu'ils ont de l'existence d'un préjudice pour engager une action en responsabilité. Bien au contraire, la réparation anticipée se fonde selon nous sur un préjudice existant. Ce qui est futur, c'est le dommage, c'est-à-dire le fait, et non ses conséquences en droit que ce dernier prend en compte avant sa réalisation. *La réparation anticipée du dommage se définit alors comme la réparation du préjudice certain dont le dommage n'est pas encore réalisé.*

La découverte de dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du dommage futur ne se vérifie qu'en cas de préjudice certain (1). Lesdits dommages et intérêts présentent dès lors des caractères qui leur sont propres (2).

1. Des dommages-intérêts prononcés pour la seule réparation du préjudice certain

124. La jurisprudence distingue le dommage futur du dommage éventuel (a). Seul le premier est réparable. Toutefois, cette distinction n'est pas purement conceptuelle. Elle recouvre une frontière fondée sur le caractère certain du préjudice soumis à l'appréciation judiciaire (b).

a. La distinction entre le dommage futur et le dommage éventuel

125. Principe. Il est reconnu tant en doctrine³⁹³ qu'en jurisprudence³⁹⁴ que le préjudice dont le dommage ne s'est pas encore réalisé peut être réparé. La réparation anticipe la réalisation du

³⁹² Sur la distinction entre le dommage et le préjudice, Cf. *infra*, n° 458.

³⁹³ H.- L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, 6^è éd., n° 216 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983, n° 15 et s., G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 275 et s., F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 670 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, n° 258 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 228 et s.

³⁹⁴ Com. 19 juill. 1971, *D.*, 1972, somm. p. 62 ; Crim., 23 nov. 1971, *D.*, 1972, p. 225, rapport LECOURTIER ; Civ. 2^{ème}, 3 nov. 1971, *D.*, 1972, p. 666, note Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS ; Crim., 7 janv. 1975, *JCP*, G., 1975, IV, p. 58-59 ; CA Orléans, 23 oct. 1975, *JCP*, G., 1977, II, 18653, note Ph. Le TOURNEAU ; Civ. 2^{ème}, 14 févr. 1985, *Bull. civ.*, II, n° 41 ; Crim., 7 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 245 ; Civ., 1^{ère}, 16 juin 1998, *Bull. civ.*, I, n° 216 ; *D. aff.*, 1998, p. 1356 ; *Contrats, concurr. consom.*, 1998, comm. n° 129, obs. L. LEVENEUR, CA Lyon, 25 nov. 2004, *RCA*, 2005, comm. n° 236, obs. RADE.

dommage mais pas le préjudice. L'arrêt de principe date de 1932³⁹⁵. Un couple souhaitait obtenir réparation du préjudice causé par l'obligation légale de supporter l'installation d'une ligne téléphonique sur leur fonds terrestre. En outre, il requérait la réparation anticipée des dommages inévitablement engendrés par l'entretien et le fonctionnement futur de la ligne sur leur propriété. L'arrêt de la Cour de cassation leur octroya des dommages et intérêts en motivant le principe de la réparation anticipée sur l'existence d'un préjudice certain mais non éventuel.

La distinction entre le dommage futur et le dommage éventuel réside ainsi dans la seule admission de la réparation du premier. Le dommage futur est celui qui existe déjà « en puissance »³⁹⁶ dans la mesure où « la certitude est assez grande qu'il se concrétisera »³⁹⁷. La distinction repose ainsi sur un critère qui est celui de la certitude de la réalisation du dommage. Deux conditions s'y ajoutent.

126. Conditions. L'arrêt de cassation imposa également deux conditions au principe de la réparation anticipée du dommage futur. L'arrêt de principe cité *supra* exige que le dommage futur soit la prolongation certaine d'un état de choses actuel, d'une part, et qu'il soit susceptible d'estimation immédiate, d'autre part. La première condition apparaît comme une définition précise du dommage futur. Le dommage futur est une prolongation certaine dans le futur d'un fait actuel. Autrement dit, cette définition semble restreindre le dommage futur au préjudice actuel ayant des conséquences dans l'avenir qu'il convient de prendre en compte par un seul jugement statuant sur le principe de la réparation. Le dommage futur est réparable s'il est un préjudice continu. Ce qui est donc anticipé n'est pas tant la réalisation d'un dommage futur que les conséquences futures d'un préjudice actuel au motif bien admis que « l'aléa qui affecte le *quantum* du dommage ne doit pas faire obstacle à l'admission du principe de la réparation »³⁹⁸. Cette première condition, véritable définition du dommage futur, semble ainsi restreindre ce dernier aux hypothèses d'indemnisation des conséquences futures des dommages. La seconde condition va également dans le sens d'une conception stricte du dommage futur. Ce dernier doit être susceptible d'estimation immédiate pour être réparé. Ainsi énoncé par la Cour, cette condition ne permet pas de largesse dans la prévision judiciaire.

Ces conditions historiques cernent ainsi strictement le principe de la réparation anticipée du dommage. Leur évolution tend à prouver que la frontière entre le dommage futur et éventuel s'est déplacée.

³⁹⁵ Civ. 27 nov. 1844, *S.* 1844, 1, p. 211 ; *D.* 1845, 1, p. 13 ; Req. 20 févr. 1849, *D.* 1849, 1, p. 148 ; Civ., 1^{er} Juin 1932, *S.*, 1933, 1, p. 49, note. H. MAZEAUD ; *D.*, 1932, 1, p. 102, rapport PILON ; *Gaz. Pal.*, 1932, 2, p. 363.

³⁹⁶ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 15, p. 22.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 277.

b. La frontière entre le dommage futur et le dommage éventuel

127. Deux éléments concourent à concevoir la distinction entre le dommage futur et le dommage éventuel en termes de frontière³⁹⁹. Le premier élément a trait au caractère certain. Le second élément a trait à l'évolution des conditions nécessaires au principe de la réparation anticipée.

128. Du caractère certain du préjudice. La doctrine prête traditionnellement trois caractères au préjudice⁴⁰⁰. Celui-ci doit être certain, direct et légitime⁴⁰¹. Toutefois, certains auteurs estiment que le caractère certain du préjudice est redondant de la preuve de son existence⁴⁰². La jurisprudence de la Cour de cassation exige parallèlement que le dommage doive exister⁴⁰³ et que le demandeur de la réparation en apporte la preuve – le critère de la certitude s'appréciant dès lors par rapport à la personne de ce dernier⁴⁰⁴. Le caractère certain du préjudice n'est donc pas un caractère particulier. Un auteur a pu démontrer justement qu'il était complémentaire de l'exigence d'actualité du préjudice⁴⁰⁵. Selon nous, le caractère certain est également redondant de cette exigence d'actualité. Tel que l'écrivaient MM. Flour et Aubert, « l'exigence de l'actualité ne fait que renforcer celle de la certitude »⁴⁰⁶. Le caractère certain est une condition négative ; c'est l'assurance que le dommage n'est pas hypothétique⁴⁰⁷. D'ailleurs, c'est ce que requiert l'arrêt de principe par sa première condition, celle de la prolongation certaine d'un état de chose actuel. La jurisprudence refuse en effet de réparer des dommages purement hypothétiques tels que la suppression éventuelle d'une pension d'invalidité⁴⁰⁸. En outre, l'évolution des conditions posées par cet arrêt nécessite de reconsidérer le caractère certain du préjudice.

³⁹⁹ Certains auteurs font référence à l'existence de cette frontière. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 227 parlant de « ligne de partage » ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 20, p. 28, « la frontière n'est pas toujours simple à tracer » ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 276, « La frontière entre le dommage "virtuel ou potentiel", qui est jugé certain, donc réparable, et le dommage "éventuel", qui ne l'est pas, est en effet très floue ».

⁴⁰⁰ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, ainsi que M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*

⁴⁰¹ Civ. 1^{ère}, 2 avr. 1997, *RCA*, 1997, n° 236, p. 17.

⁴⁰² M. BRUSCHI, "Les caractères du préjudice", in *Lamy Droit de la responsabilité*, D. MAZEAUD (dir.), n° 218 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 275 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 17 ; L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM, préf. Ph. DELEBECQUE, 2003, n° 82 et s. *Contra* – X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, *th. préc.*, « La condition de certitude de la lésion d'un intérêt protégé par notre droit est sans doute la plus importante de toute », n° 174 et s., pp. 212 et s.

⁴⁰³ Civ., 24 nov. 1942, *Gaz. Pal.*, 1943, I, p. 50.

⁴⁰⁴ Civ. 2^{ème}, 28 nov. 1979, *Bull. civ.*, II, n° 277, p. 191.

⁴⁰⁵ L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, *th. préc.*, n° 83.

⁴⁰⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, A. Colin, 10^e éd., 2003, n° 132.

⁴⁰⁷ En ce sens, « A la lumière de la jurisprudence, il nous semble que l'exigence d'actualité doit en effet être rattachée à celle de certitude présente ou future du dommage, et non à la question du *quantum* de ce dernier. L'actualité signifie donc que le préjudice éventuel est écarté de toute réparation », L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, *op. cit.*, n° 83.

⁴⁰⁸ Crim., 5 juill. 1976, *JCP*, G., 1976, IV, p. 196. *Adde*, la jurisprudence recensée par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, note 389 sous le n° 276 – Civ 3^{ème}, 31 mai 1989,

129. Des conditions de réparation anticipée. Quant à la première condition, la prolongation certaine d'un état de chose actuel est retenue plus largement par la jurisprudence que l'aurait laissé présager la formulation de l'arrêt de principe. Si le gros du contentieux concerne en effet les conséquences futures des dommages corporels⁴⁰⁹, l'évolution jurisprudentielle de cette condition montre que le domaine de la réparation anticipée du dommage futur s'est élargi à la garantie décennale⁴¹⁰, aux accidents de chasse⁴¹¹, et même à la servitude⁴¹² ! Il n'est ni nouveau ni iconoclaste de faire remarquer que la notion de certitude est « relative »⁴¹³ et qu'elle est soumise à l'appréciation judiciaire. Quant à la seconde condition, on peut raisonnablement constater qu'elle s'est assouplie⁴¹⁴ pour ne pas dire qu'elle a simplement disparu. Malgré un arrêt contraire de la chambre criminelle⁴¹⁵, le principe de responsabilité est acquis⁴¹⁶ et une provision peut être allouée même si le juge ne dispose pas de « bases d'évaluation suffisamment

RD imm., 1990, p. 87, obs. Ph. MALINVAUD, en ce qui concerne la garantie légale des constructeurs ; Civ 2^{ème}, 14 févr. 1985, *Bull. civ.*, II, n° 41, en ce qui concerne le supplément d'arrage d'une pension de vieillesse ; Civ 2^{ème}, 20 juin 1990, *Bull. civ.* II, n° 142, en ce qui concerne le remboursement de frais futurs d'hospitalisation ; Civ 2^{ème}, 15 janv. 1997, *RCA*, 1999, comm., n° 118, en ce qui concerne le choix d'une mère d'arrêter ses activités professionnelles dans l'avenir ; Com. 12 mai 1998, *Bull. civ.*, I, n° 216, *Contrats, concurr., consom.*, 1998, comm. n° 129, obs. L. LEVENEUR, *D. aff.*, 1998, p. 1356, en ce qui concerne la perte d'une chance hypothétique ; Civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, *JCP*, G., 2001, II, 10089, note D. GUIHAL, en ce qui concerne un risque potentiel de dommage.

⁴⁰⁹ En ce sens, v. la jurisprudence recensée par Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 18 à 20 ainsi que G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 277-1, p. 85, note n° 397. Par exemple, Crim. 2 juin 1964, *Bull. crim.*, p. 402 ; *D.* 1964, p. 629, prise en compte des conséquences futures de l'altération des facultés physiques et intellectuelles dû à un traumatisme crânien. Dans le même sens sur des faits similaires, Crim., 7 nov. 1979, *Bull. crim.*, n° 309, p. 842 ; *D.* 1980, IR, p. 307 ; Ch. Mixte, 29 mai 1970, *Bull. crim.*, n° 176, p. 420 ; *D.* 1971, p. 111 ; *JCP*, G., 1970, II, 16468, IV ; 20 oct. 1971, *Bull. crim.*, n° 279, p. 687. Sur l'impossibilité possible de poursuivre ses études du fait de la disparition de son père, Civ. 2^{ème}, 4 janv. 1978, *JCP*, G., 1978, IV, p. 79.

⁴¹⁰ La garantie décennale couvre non seulement les dommages actuels mais également les conséquences futures des vies dont la réparation a été demandée au cours de la période de garantie. Civ. 3^{ème}, 26 janv. 1993, n° de pourvoi, 91-12231 ; Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2003, *Bull. civ.*, III, n° 70, p. 150 ; Civ. 3^{ème}, 11 avril 2004, *Bull. civ.*, III, n° 187, p. 169 ; Civ. 3^{ème}, 18 janv. 2006, *Bull. civ.*, III, n° 17, p. 14 ; CA Versailles, 20 sept. 2001, n° de pourvoi, 1998-5933 ; CA Toulouse, 21 juin 1999, n° de pourvoi 1998-01437.

⁴¹¹ Civ. 2^{ème}, 18 oct. 1995, *Bull. civ.*, II, n° 244, p. 142 ; Civ. 2^{ème}, 19 mars 1997, *Bull. civ.*, II, n° 80, p. 45 ; Civ. 2^{ème}, 25 oct. 2001, *Bull. civ.*, II, n° 160, p. 109.

⁴¹² CA Riom, 11 oct. 1984, cassé par, Civ. 3^{ème}, 25 mars 1987, n° de pourvoi 85-11049.

⁴¹³ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 16, p. 22. L'auteur rapproche son propos de celui des professeurs Mazeaud et Tunc : « le juriste emploie dans un sens relatif des mots qui ont normalement un sens absolu ou, en tout cas, plus proche de l'absolu. Le préjudice certain, c'est bien souvent celui qui est tellement vraisemblable que le droit le prend en considération, le préjudice éventuel, celui qui est tellement éventuel qu'on ne peut le prendre en considération », H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 216. Adde – L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, *th. préc.*, n° 91.

⁴¹⁴ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, 277-2.

⁴¹⁵ Crim. 25 janv. 1973, *Bull. crim.*, n° 44 ; 19 mars 1975, *Bull. crim.*, n° 85.

⁴¹⁶ Par les Chambres civiles, Civ. 2^{ème}, 19 avr. 1958, *Bull. civ.*, II, n° 264. Puis par la Chambre criminelle, Crim., 10 mai 1979, *Bull. crim.*, n° 171 ; *RTD civ.*, 1980, p. 579, obs. G. DURRY.

fermes »⁴¹⁷. En droit, la provision pouvant atteindre la totalité de l'indemnisation⁴¹⁸, dans les faits, la provision est toujours demandée et systématiquement allouée.

130. L'autonomie discutable du caractère certain par rapport à l'existence et à l'actualité du préjudice, ainsi que l'évolution des conditions de réparation anticipée du dommage futur nous forcent à constater que *la frontière entre le dommage futur et le dommage éventuel demeure sous la souveraine appréciation des juges du fond*. Ce n'est pas sans incidence sur les caractères propres aux dommages et intérêts prononcés pour anticiper le dommage futur.

2. Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts prononcés par anticipation du dommage futur

131. Les dommages et intérêts sont alloués par anticipation sous certaines conditions (a), et présentent ainsi des caractères propres (b).

a. Conditions de l'allocation des dommages et intérêts pour la réparation anticipée du dommage futur

132. Les dommages et intérêts ne sont alloués en cas de réparation du dommage futur que lorsqu'un préjudice et un risque certain de réalisation du dommage existent.

133. Préjudice existant. Le droit positif exige en effet que le préjudice soit certain. En d'autres termes, le préjudice doit exister alors que le dommage peut n'être que futur. Cette exigence se démarque très nettement de celle des mesures préventives étudiées dans le premier chapitre où un risque de préjudice suffisait. En revanche, nous avons bien montré que dans la jurisprudence récente, la condition de l'estimation immédiate du préjudice n'était plus exigée⁴¹⁹.

134. Risque certain de réalisation du dommage. Le dommage futur ne signifie donc pas que le dommage doive exister. Un simple risque de dommage, voilà ce que signifie le dommage futur. Toutefois, il ne s'agit pas du même risque que celui que nous avons rencontré pour les mesures préventives. Il faut préciser, d'une part, qu'il s'agit d'un risque certain contrairement à celui exigé pour les mesures de précaution, et d'autre part, d'un risque de réalisation du dommage. En effet, tandis que les mesures préventives sont ordonnées en présence d'un risque lié à l'existence plus ou moins certaine du dommage, les dommages et intérêts sanctionnant la réparation du dommage futur sont alloués en présence d'un risque lié à leur réalisation plus ou moins prochaine. Autrement dit, pour les premières, on ne sait pas si le dommage peut se produire, tandis que pour les secondes, on ne sait pas si le dommage se produira.

⁴¹⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 86.

⁴¹⁸ Sur la provision, Cf. *infra*, n° 156.

⁴¹⁹ Cf. *supra*, n° 129.

b. Caractères des dommages et intérêts alloués pour la réparation anticipée du dommage futur

135. La sanction du dommage futur consiste en la réparation par des dommages et intérêts. Les caractères de ces dommages et intérêts proviennent du principe de réparation intégrale. En effet, de ce principe découlent trois caractères et une marge d'interprétation difficile à qualifier.

136. Caractère intégral. Contrairement aux diverses mesures préventives que nous avons étudiés dans le premier chapitre⁴²⁰, les dommages et intérêts ne sont pas proportionnés à un risque ou au dommage lui-même. Ils sont calculés pour réparer intégralement le préjudice selon la formule célèbre : tout le préjudice, rien que le préjudice⁴²¹. *En un sens, on peut dire qu'ils sont proportionnés à l'intégralité du préjudice.* Ce caractère pourrait faire obstacle à l'indemnisation des dommages futurs. En effet, comment réparer l'intégralité d'un préjudice dont le dommage ne s'est pas encore réalisé ? Deux éléments permettent d'apporter une réponse. D'une part, ce serait sans compter sur la technique de la provision qui autorise le juge à allouer des dommages et intérêts provisionnels avant d'avoir fixé définitivement le *quantum* du dommage. Cette technique est très importante quant à notre sujet et sera étudiée dans la prochaine section⁴²². D'autre part, il convient de rappeler que la dette de responsabilité est une dette de valeur au jour du jugement⁴²³. Est-ce à dire que le montant des dommages et intérêts est évalué *a priori* du dommage qui pourrait s'avérer plus important ? Si la réponse est affirmative, elle n'est pas préjudiciable aux victimes grâce aux deux autres caractères.

137. Caractère adéquat. Encore une fois, le caractère adéquat des manifestations préventives des conséquences du dommage n'est pas le même que celui des manifestations préventives de la réalisation du dommage. Pour ces dernières, il s'agit d'une adéquation en nature⁴²⁴. *Pour chaque*

⁴²⁰ Cf. *supra*, n° 32 et s.

⁴²¹ La jurisprudence a énoncé ce principe, Civ. 2^{ème}, 8 avril 1970, *Bull. civ.*, II, n° 111. Sur le principe de réparation intégrale ou équivalence quantitative, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.* ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 57 et s. ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 112 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2523 et s. sur la réparation appropriée ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 859 et s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 722 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 338 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations, op. cit.*, § 285 sur l'adéquation de la réparation au préjudice ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. AVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 369 et s. ; Adde – M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, pp. 297 et s.

⁴²² Cf. *infra*, n° 151 et s.

⁴²³ G.-L. PIERRE FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, thèse, Paris, 1974, préf. P. RAYNAUD, pp. 54 et s. ; J.-F. PILLEBOUT, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », *Mélanges D. HOLLEUX, Litec*, pp. 357 et s. ; R. LICHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 225, préf. P. MAYER, 1992 ; Y. CHARTIER, « La date de l'évaluation du préjudice », *RCA*, mai 1998, numéro spécial sur l'indemnisation du préjudice, p. 24. Certains auteurs préconisent une évaluation du préjudice au jour de sa réalisation, F. DERRIDA, « L'évaluation du préjudice au jour de la réparation », *JCP, G.*, 1951, I, p. 958 ; H. MAZEAUD, « Les rentes flottantes », *D.*, 1951, ch. 17.

⁴²⁴ Cf. *supra*, n° 51-2, 51-3, et 103.

type de risque de dommage possible, un type de mesure préventive adéquat. Au contraire, il n'existe que les dommages et intérêts pour réparer adéquatement un préjudice. Dès lors, l'adéquation au préjudice ne peut se faire qu'en valeur et non en nature : un seul type de mesure mais un quantum adéquat à la diversité des préjudices possibles. Concernant la réparation des dommages futurs, le quantum des dommages et intérêts parvient à être en adéquation au préjudice grâce à un type de réparation particulier. Il s'agit de la réparation périodique sous forme de rente⁴²⁵. Elle est très souvent employée lorsque l'étendue du dommage non encore réalisé est difficilement prévisible⁴²⁶. Toutefois, la Cour de cassation ne permet pas que les juges du fond prononcent des condamnations à un montant indéterminé⁴²⁷. En revanche, une clause de révision permet de fixer la rente à une certaine somme et de permettre par la suite de la réévaluer pour des motifs précis et prévus⁴²⁸. Ce caractère adéquat susceptible de permettre une réparation anticipée est doublé du caractère évolutif des dommages et intérêts.

138. Caractère évolutif. Adéquat en valeur, les dommages et intérêts permettent efficacement de réparer les dommages futurs également en raison de leur caractère évolutif. Trois éléments y concourent. Tout d'abord, une réparation conditionnelle peut être prononcée. Certes, il n'est pas possible en droit positif d'obliger la victime à affecter les dommages et intérêts alloués à la réparation effective du dommage proprement dit. Les sommes allouées peuvent être dépensées librement⁴²⁹. En revanche, une partie des dommages et intérêts peut être conditionnée à la constatation d'un développement probable mais non certain du dommage⁴³⁰. Ensuite, les dommages et intérêts peuvent être révisibles. En raison d'une ligne ferme de la Cour de cassation, rares sont les hypothèses où la révision se fait à la baisse⁴³¹. En revanche, en cas d'aggravation du dommage, même si une clause de révision n'a pas été prévue par le jugement, une indemnisation complémentaire peut être attribuée à la demande de la victime⁴³², même pour

⁴²⁵ V. G. FOUGERE et J. LANDEL, *De l'intérêt d'indemniser sous forme de rente. L'assurance française*, 1990, p. 326 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 73 et 73-2.

⁴²⁶ Sur les premiers arrêts rendus, Req. 19 mai 1868, *S.*, 1869, I, p. 114 ; *D.* 1868, I, p. 486 ; Req. 17 avril 1872, *S.*, I, p. 76 ; *D.* 1872, I, p. 352 ; Req. 5 juin 1882, *S.*, 1884, I, p. 71 ; *D.* 1883, I, p. 271.

⁴²⁷ Crim. 9 nov. 1976, *JCP*, G., 1976, IV, p. 392 ; 23 nov. 1976, *JCP*, G., 1976, IV, p. 9 ; Civ. 6 mai 1987, *D.*, 1987, IR, p. 151.

⁴²⁸ Civ. 2^{ème}, 12 oct. 1972, *JCP*, G., 1974, II, 17609, note S. BROUSSEAU, *D.*, 1974, p. 536, note P. MALAURIE, Civ. 1^{ère}, 10 févr. 1972, *RGAT* 1973, p. 240, *D.*, 1972, somm., p. 157 ; *Adde* – P. JOURDAIN, obs. *RTD civ.*, 1993, p. 144 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, pp. 391 à 397.

⁴²⁹ Crim. 22 févr. 1995, *Bull. crim.*, n° 77, obs. G. VINEY, *JCP*, G., 1995, I, 3893, n° 22 ; *RTD civ.*, 1996, p. 402, obs. P. JOURDAIN ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 56-1.

⁴³⁰ *Ibid.*, n° 73-1 ; P. JOURDAIN, obs. *RTD civ.*, 2000, p. 576, n° 1, commentant un arrêt sur la responsabilité notariale, Civ. 1^{ère}, 29 févr. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 72, *RCA*, 2000, comm. 161, *Defrénois*, 2000, p. 733, obs. J.-L. AUBERT.

⁴³¹ Elle est même interdite en cas de dommages et intérêts alloués sous forme de capital, Req., 30 déc. 1946, *JCP*, G., 1947, II, 3500, *D.*, 1947, p. 178, *RGAT*, 1947, p. 181, note. A. BESSON, *Gaz. Pal.*, 1947, p. 183. Il faut une clause de révision pour les rentes, Civ. 2^{ème}, 12 oct. 1972, *préc.*

⁴³² Civ. 2^{ème}, 18 nov. 1960, *Bull. civ.*, 1960, II, 465 ; Civ. 2^{ème}, 19 juin 1968, *Bull. civ.*, 1968, II, 129 ; Civ. 2^{ème}, 29 mai 1973, *D.*, 1973, IR, p. 175 ; *JCP*, G., 1973, IV, p. 270 ; Civ. 2^{ème}, 19 déc. 1973, *JCP*, G., 1974, IV, p. 47 ; Soc., 5 juill. 1972, *JCP*, G., IV, p. 217 ; Civ. 2^{ème}, 17 janv. 1974, *JCP*, G., 1975, II, 18062, note S. BROUSSEAU, *D.*, 1974,

des frais nouveaux⁴³³. La demande faite par un tiers, généralement la sécurité sociale, est moins suivie d'effet⁴³⁴. Enfin, les dommages et intérêts s'adaptent très facilement aux conséquences futures des dommages, ce qui correspond pour une partie à la problématique des dommages futurs. Après avoir été censurée en jurisprudence⁴³⁵, la prise en compte des conséquences futures du dommage dans l'évaluation de son montant est désormais admise⁴³⁶.

139. Pouvoir modérateur. Ces caractères permettent de moduler le *quantum* des dommages et intérêts aux surprises de la vie. Ils illustrent concrètement l'existence et les modalités de la réparation anticipée du dommage futur. Force est de constater que cette réparation repose sur une marge certaine d'appréciation judiciaire. Pourtant le pouvoir modérateur du juge⁴³⁷ dans l'évaluation de la réparation n'est reconnu ni par la loi⁴³⁸ ni par la jurisprudence de la Cour de cassation⁴³⁹. Cette « allergie »⁴⁴⁰ est semble-t-il due au principe de réparation intégrale. Toutefois, les caractères que nous venons de mettre en relief démontrent que ce principe souffre de nombreuses exceptions et que, dans les faits, les juges du fond possèdent une large marge d'interprétation.

Les dommages et intérêts alloués en cas d'exposition à un risque présentent des caractères très proches.

somm., 84 ; obs. G. DURRY, *RTD civ.*, 1975, p. 542, n° 4 ; Civ. 2^{ème}, 27 mai 1974, *D.*, 1974, IR, p. 110 ; Civ. 2^{ème}, 14 janv. 1975, *D.*, IR, p. 67. Adde – G. DURRY, *RTD civ.*, 1979, p. 369.

⁴³³ Civ. 2^{ème}, 29 mai 1973, *Bull. civ.*, II, n° 185. Cet arrêt est un arrêt de revirement. Sur la jurisprudence antérieure, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 79, note de bas de page n° 219.

⁴³⁴ Civ. 2^{ème}, 9 déc. 1999, *Bull. civ.*, II, n° 188 ; Civ. 2^{ème}, 3 févr. 1999, *Bull. civ.*, II, n° 25 ; Civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, *Resp civ. et assur.*, 2000, comm. n° 257 et note H. GROUDEL.

⁴³⁵ Sur la censure du souci de prévenir le renouvellement des faits délictueux, Crim., 8 févr. 1977, *D.*, 1977, IR, p. 145. Sur la censure d'une indemnisation d'un dommage hypothétique, Civ. 2^{ème}, 27 mars 1974, *D.*, 1974, IR, p. 164 ; Civ. 2^{ème}, 20 juin 1990, *Bull. civ.*, II, n° 142.

⁴³⁶ Sur la prise en considération des conséquences normalement prévisibles, Soc., 18 mars 1975, *JCP, G.*, 1975, IV, p. 153 ; Soc., 4 juin, 1975, *D.*, 1975, IR, p. 162 ; Civ. 2^{ème}, 11 oct. 1989, *Bull. civ.*, II, n° 176.

⁴³⁷ G. CORNU, *Droit civil, Précis Domat*, 1980, n° 181 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 494 et n° 455.

⁴³⁸ Ce pouvoir modérateur avait été spécifiquement exclu par l'Assemblée Nationale lors de l'examen de la loi du 3 janv. 1968 sur la protection des incapables majeurs. V. *JO*, 20 déc. 1966, Débats Ass. Nat., p. 5712 et *JO*, 18 mai 1967, Débats Sénat.

⁴³⁹ Civ., 27 oct. 1946, *JCP, G.*, 1946, II, 3348, note P. -L. P. ; Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *JCP, G.*, 1964, II, 15140, note P. ESMEIN, *RTD civ.*, 1965, p. 137, note R. RODIERE.

⁴⁴⁰ L'expression est des professeurs G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 59.

C. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée de l'exposition à un risque

140. La réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage est triple. Elle permet en outre l'indemnisation de l'exposition à un risque. Cette dimension apparaît en droit positif dans certaines hypothèses (1) dont les caractères propres permettent de montrer toute la cohérence de la réparation anticipée du dommage (2).

1. La réparation anticipée de l'exposition à un risque

141. Dommage futur et perte d'une chance. L'étude du dommage futur conduit traditionnellement la doctrine à l'étude de la perte d'une chance⁴⁴¹. Pourtant, si le premier procède d'une réparation anticipée tel n'est pas le cas de la seconde. La perte d'une chance est actuelle ; elle consiste seulement à envisager ce qu'aurait pu être les conséquences d'une chance et d'un gain manqué. Elle conduit à l'indemnisation de la perte et non de ses conséquences futures. La réparation n'est pas une réparation anticipée mais une appréciation par des éléments hypothétiques d'un préjudice présent. Si la perte d'une chance ne ressort donc pas de l'étude des manifestations préventives, il n'en est pas de même de l'exposition à un risque qui s'en dégage. En effet, la distinction est opérée par certains auteurs (a) et se rencontre dans la jurisprudence (b).

a. La distinction entre la perte d'une chance et l'exposition à un risque

142. Proposition doctrinale. Dans sa thèse sur l'obligation d'information, Mme Murielle Fabre-Magnan propose de distinguer la perte d'une chance de l'exposition à un risque⁴⁴². Selon l'auteur, « il faut distinguer une chance au sens le plus courant du terme, c'est-à-dire la probabilité de réalisation d'un événement heureux, d'un risque qui correspond au contraire à la probabilité de survenance d'un événement malheureux. *La perte d'une chance est alors la perte d'une possibilité de réaliser un gain, tandis que l'exposition à un risque est la survenance d'une*

⁴⁴¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 279 et s., pp. 89 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1417 et s. ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, op. cit., n° 22 et s., pp. 31 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 259 et s., pp. 711 et s., Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 222 et s., pp. 113 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 671 et s., pp. 631 et s. ; Adde – M. BRUSCHI, "Les caractères du préjudice", in *Lamy droit de la responsabilité*, n° 218-21 et s. ; I. VACARIE, « La perte d'une chance », *RRJ*, 1997, 903 ; F. CHABAS, « La perte d'une chance en droit français », Colloque sur les *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131 ; C. RUELLAN, « La perte d'une chance en droit privé », *RRJ*, 1999, 729.

⁴⁴² M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 221, préf. J. GHESTIN, 1992, n° 621 et s., pp. 493 et s. On peut néanmoins préciser que la distinction avait déjà été perçue en doctrine. En ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Cujas, 2^{ème} éd., 1990, n° 242, p. 137.

possibilité de subir un préjudice »⁴⁴³. La distinction provient très nettement d'un arrêt cité par l'auteur⁴⁴⁴. La Cour de cassation avait estimé qu'une agence de voyage n'ayant pas vérifié que l'hôtelier non assujetti à l'assurance et qui n'en avait pas conclu une avait manqué à son obligation d'information à l'égard de ses clients. L'agence avait par conséquent exposé les voyageurs à un risque possible de n'être pas indemnisés. Au contraire, la Cour d'Appel avait conclu à la perte d'une chance par privation d'un recours contre un assureur qu'elle avait en l'espèce rejeté en raison du défaut de caractère certain de la perte. La Cour de cassation insista dans son arrêt de cassation sur la réparation intégrale du préjudice en cas d'exposition à un risque contrairement à la réparation partielle entraînée par la perte d'une chance. La différence de nature engendrant une différence de régime, on comprend en quoi la distinction prend tout son sens.

143. Critique doctrinale. Pour autant, certains auteurs rejettent cette distinction. C'est notamment le cas de M. Philippe Brun⁴⁴⁵. Selon cet auteur, cette distinction revient à indemniser un dommage éventuel par l'entremise de la notion d'exposition à un risque – réparation non permise en droit de la responsabilité civile. A l'appui de sa critique, il cite deux arrêts ayant été analysés faussement selon lui comme prononçant la réparation d'une exposition à un risque. Le premier arrêt condamnait le propriétaire d'un étang à indemniser son voisin en raison de son niveau maintenu anormalement haut⁴⁴⁶. Cette indemnisation est jugée selon d'autres auteurs⁴⁴⁷ comme la sanction du risque possible d'inondation tandis que selon M. Philippe Brun l'indemnisation portait sur le risque régulièrement réalisé par le passé d'inondation du fond voisin. Cette critique ne nous paraît pas pertinente dans la mesure où elle ne prend pas en compte les termes de l'arrêt visant explicitement « le risque de rupture de la digue » et plus largement, parce qu'elle ne dit rien de l'arrêt de principe au fondement de la distinction exposée explicitement.

Si cette distinction est critiquable et ne cerne pas toujours de très près la jurisprudence, nous la ferons néanmoins nôtre. Elle répond en effet, du point de vue des effets de droit, à la définition de la réparation anticipée que la seule notion de perte d'une chance ne permet pas. C'est ce qu'il convient de montrer par l'analyse de l'ensemble de ses manifestations.

⁴⁴³ *Ibid.*, n° 622, p. 494.

⁴⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1983, *Bull. civ.* I, n° 253, p. 228.

⁴⁴⁵ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 223 et *spéc.*, note infrapaginale n° 37, p. 114.

⁴⁴⁶ Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2002, *JCP*, G., 2004, I, 101, n° 5 et s.

⁴⁴⁷ En ce sens, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 278, not. note infrapaginale n° 412 ; ainsi que, G. VINEY, note sous arrêt, *JCP*, G., 2004, I, 101, n° 5 et s.

144. Domaine. Tel que distingué de la perte d'une chance, l'exposition à un risque se déploie avant tout en cas de violation d'une obligation d'information⁴⁴⁸. Cependant, il convient de ne pas circonscrire trop strictement le domaine de l'exposition à un risque que l'on retrouve plus largement dans des situations de fait. Cette compréhension large du domaine est primordiale car la violation de l'obligation d'information ne conduit pas à une réparation anticipée contrairement aux situations de fait.

145. L'exposition à un risque du fait de la violation d'une obligation d'information. Pour mieux cerner ce domaine, l'obligation d'information du médecin peut être traitée séparément de l'obligation d'information des autres professionnels. Le gros du contentieux concerne en effet la faute médicale. En ce sens, le manquement à l'obligation d'information par le médecin conduit le patient à être exposé à un risque de dommage⁴⁴⁹. Par exemple, le risque de paralysie faciale dû à une intervention chirurgicale conduit à exposer la patiente à un risque de dommage lorsque le médecin omet de l'en informer⁴⁵⁰. On remarquera que certains arrêts considèrent qu'il s'agit d'une perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé⁴⁵¹. La frontière est très délicate à établir en pratique. En règle générale, on peut néanmoins vérifier que *grosso modo*, lorsque le médecin a omis d'informer le patient des risques d'une opération, la qualification d'exposition à un risque sera retenue, tandis que lorsque le médecin a omis d'informer le patient de l'existence d'un traitement, la qualification de la perte d'une chance de guérison ou d'amélioration sera appliquée⁴⁵². Au-delà de la faute médicale, tout professionnel soumis à une obligation d'information peut être tenu responsable d'une exposition à un risque. Il en a été ainsi jugé pour l'obligation d'information pesant sur un teinturier quant aux risques inhérents au nettoyage d'une robe de mariée⁴⁵³ ou encore de l'obligation d'information pesant sur une caisse mutuelle quant à la décision de sa maison mère de la possible adhésion d'un assuré à une assurance invalidité décès à laquelle il devait souscrire pour bénéficier par la suite d'un emprunt⁴⁵⁴.

⁴⁴⁸ L'obligation d'information en général jouit d'un régime favorable aux victimes. Cependant, après une droite ligne jurisprudentielle, quelques arrêts récents viennent marquer le pas. En ce sens, L. NEYRET, "La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels", *D., chron.*, 2008, 804.

⁴⁴⁹ Pour d'autres exemples jurisprudentiels que ceux cités ci-après, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 373.

⁴⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1986, *Bull. civ.*, I, n° 24, p. 21. Pour d'autres exemples, v. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 1979, *JCP*, G., 1979, IV, p. 145, *D.*, 1979, IR, p. 250 ; Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1979, *JCP*, G., 1980, IV, p. 93. L'exposition à un risque est proche d'une incertitude du lien de causalité, v., par exemple, Crim., 9 juin 1977, *Bull. crim.*, n° 212, *JCP*, G., 1978, II, 18839, note R. SAVATIER ; Crim. 9 janv. 1979, *JCP*, G., 1980, II, 19272, note F. CHABAS ; Crim., 7 janv. 1980, *D.* 1981, IR, p. 257, obs. J. PENNEAU ; Crim. 30 janv. 1978, *RTD sanit et soc.*, 1979, p. 349, obs. DUBOIS ; Civ. 1^{ère}, 8 juill. 1986, *JCP*, G., 1986, IV, 278.

⁴⁵¹ Civ. 1^{ère}, 7 févr. 1990, *Bull. civ.*, I, n° 39, p. 30.

⁴⁵² En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, th. préc.*, n° 631, pp. 502 et 503.

⁴⁵³ Civ. 2^{ème}, 7 mars 1978, *Bull. civ.*, I, n° 94, p. 77.

⁴⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, th. préc.*, n° 634, pp. 504 et s.

Cependant, force est de reconnaître que ce domaine de l'exposition à un risque ne met pas en œuvre une réparation anticipée du dommage. Dans ces exemples jurisprudentiels, la réparation a lieu une fois le dommage réalisé. La violation d'une obligation d'information n'est pas sanctionnée par une réparation anticipée. Ce n'est pas le cas de l'exposition à un risque du fait d'une situation de fait.

146. L'exposition à un risque du fait d'une situation de fait. Certaines situations factuelles, de par leur caractère dangereux, exposent les personnes à divers risques. Le mode de réparation le plus souhaitable et le plus recherché par les juges du fond consiste en une réparation en nature ou en une cessation du fait illicite à l'origine de cette situation dangereuse⁴⁵⁵. Cette situation factuelle est qualifiée juridiquement de trouble⁴⁵⁶. Lorsqu'il n'est pas possible de faire cesser le trouble afin de prévenir un risque de dommage, l'exposition à un risque permet de mettre en œuvre une réparation anticipée. Concrètement, il ne sera pas ordonné au fauteur de trouble de le faire cesser mais il sera alloué à la potentielle victime des dommages et intérêts pour le risque de dommage auquel elle est exposée. En ce sens, la jurisprudence indemnise des risques de dommage dus à des installations⁴⁵⁷, à des opérations médicales⁴⁵⁸, ou à des actions déloyales⁴⁵⁹ ou illégales⁴⁶⁰ quand il n'est pas possible de faire cesser le trouble mais encore temps de prévenir artificiellement le risque de dommage en l'indemnisant préventivement. En somme, *la réparation anticipée du risque de dommage due à une exposition au risque est le pendant de la cessation de l'illicite. Le premier indemnise préventivement tandis que le second anticipe par la prévention.*

Toutefois, au sortir de cette étude, seule l'exposition à un risque du fait d'une situation de fait est indemnisée par une réparation anticipée. Ce n'est pas le cas de la perte d'une chance. Il convient dès lors de dégager les caractères propres aux dommages et intérêts alloués par la réparation anticipée de l'exposition à un risque.

⁴⁵⁵ Nous avons étudié et distingué la cessation de l'illicite de la réparation en nature précédemment. Cf. *infra*, n° 229

⁴⁵⁶ Cf. *infra*, n° 449 et 781.

⁴⁵⁷ Sur l'installation d'un réservoir de fuel dans une zone résidentielle créant un risque d'aggravation des conséquences d'un incendie éventuel, Civ. 2^{ème}, 16 juill. 1982, cité par, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, note de bas de page n° 412, n° 278, p. 88 ; sur le risque inhérent à un branchement irrégulier du réseau d'évacuation des eaux usées d'une copropriété sur celui des voisins, Civ 3^{ème}, 29 juin 1983, *JCP*, G., 1983, IV, p. 290 ; sur le risque d'une chute de pierre dont le gardien doit indemniser les voisins, Civ. 2^{ème}, 25 mars 1991, *RCA*, 1991, comm. n° 283 ; Sur le risque de rupture d'une digue créée par l'aménagement anormal des lieux par le propriétaire d'un étang, Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2002, *JCP*, G., 2004, I, 101, n° 5 et s, obs. G. VINEY.

⁴⁵⁸ Sur le risque de mort dû à l'ablation d'un organe, Civ 2^{ème}, 13 mars 1967, *D.*, 1967, p. 591.

⁴⁵⁹ Sur le risque de confusion dans l'esprit de la clientèle en raison d'un acte de concurrence déloyale, Com., 14 mai 1985, *JCP*, G., 1985, IV, 1985, p. 258.

⁴⁶⁰ Sur le risque pour la sécurité des biens du propriétaire de photographies qui ont été reproduites à son domicile sans autorisation, TGI Paris, 8 janv. 1986, *D.*, 1987, somm., p. 138, 1^{ère} esp.

2. *Les caractères propres aux dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée de l'exposition à un risque*

147. La recherche de ces critères permet de constater la grande cohérence que prend la réparation anticipée du dommage. En effet, les caractères propres aux dommages et intérêts alloués à la réparation de l'exposition à un risque sont les mêmes que ceux alloués pour la réparation du dommage futur à l'exception d'un seul. Comme pour les dommages futurs⁴⁶¹, les dommages et intérêts alloués pour réparer l'exposition à un risque exigent un préjudice existant et un risque certain de réalisation du dommage. En revanche, ils nécessitent en outre la constitution d'un trouble.

148. Préjudice existant. La distinction proposée en doctrine et présente en jurisprudence entre la perte d'une chance et l'exposition à un risque démontre bien que la réparation anticipée de ce dernier nécessite un préjudice existant. En effet, seule l'exposition à un risque est réparée intégralement.

149. Risque certain de réalisation du dommage. Il faut également constater comme pour la réparation du dommage futur, que les dommages et intérêts sont alloués lorsque l'on a la certitude qu'il y a un risque de réalisation du dommage – risque que nous avons pu distinguer de celui de l'existence du dommage⁴⁶².

150. Trouble. Cette exigence d'un risque certain de dommage est d'autant plus remarquable qu'elle provient juridiquement de la constatation d'un trouble. Nous avons en effet montré que seule l'exposition à un risque du fait d'une situation de fait était réparé par anticipation et que cette situation de fait était qualifié juridiquement de trouble⁴⁶³.

De cette recherche sur les caractères, on peut conclure que la réparation de l'exposition à un risque se démarque de celle du dommage futur dans l'existence d'un trouble. Les dépenses destinées à prévenir un dommage, le dommage futur et l'exposition à un risque partagent ensemble les caractères intégral, adéquat en valeur, évolutif et la reconnaissance d'un pouvoir modérateur. *Cette grande proximité des caractères communs aux dommages et intérêts démontre la cohérence de ce que nous proposons de nommer la réparation anticipée des dommages en droit de la responsabilité civile.*

Cette réparation anticipée s'exprime également par l'anticipation des conséquences juridiques du dommage.

⁴⁶¹ Cf. *supra*, n° 133 et 134.

⁴⁶² Cf. *supra*, n° 134.

⁴⁶³ Sur la notion de trouble, Cf. *infra*, n° 449 et 781.

§2. Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage

151. La réparation anticipée n'a pas pour seul objet les conséquences matérielles du dommage. La responsabilité civile sanctionne également de manière préventive ses conséquences juridiques. Plus précisément, cette réparation anticipée permet de prévenir ses conséquences immédiates (A) ou ses conséquences futures (B). Dans ce dernier cas, la réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage souffre d'une incohérence logique.

A. Des dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences juridiques immédiates

152. Les conséquences immédiates du dommage sont juridiquement réparées alors même que le préjudice n'est pas admis au fond. Cette réparation prend la forme de dommages et intérêts provisionnels. Dans certaines hypothèses, les dommages et intérêts provisionnels sont alloués de manière préventive (1) en raison de leurs caractères propres (2).

1. L'allocation de dommages et intérêts provisionnels

153. En quoi certains dommages et intérêts ont-ils une nature provisionnelle (a) et une finalité préventive (b) sont les deux interrogations qui retiendront notre attention.

a. La nature provisionnelle de certains dommages et intérêts

154. Dommages et intérêts provisionnels⁴⁶⁴. Lorsque le dommage ne peut être fixé dans son montant en raison de son caractère continu notamment, la réparation du préjudice peut néanmoins être versée sous forme de dommages et intérêts provisionnels. « Prononçant une décision avant-dire droit⁴⁶⁵ ou un jugement mixte⁴⁶⁶, le tribunal usera de cette mesure lorsqu'il ne dispose pas en l'état de tous les éléments nécessaires pour déterminer immédiatement le montant des dommages et intérêts »⁴⁶⁷. Il va sans dire que lorsque le dommage peut d'ores et déjà être chiffré, il n'est point besoin de recourir à la provision⁴⁶⁸. Par exemple, la jurisprudence a recours aux dommages et intérêts provisionnels lorsque le dommage corporel n'est pas encore

⁴⁶⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 73-1 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, pp. 395 et s.

⁴⁶⁵ Art. 482 CPC.

⁴⁶⁶ Art. 544 al. 1^{er} CPC.

⁴⁶⁷ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2653.

⁴⁶⁸ CA Agen, 14/11/05, Jacqueline X... c/ Bernard Y, Anne-Marie Z ; CA Caen, 7 janv. 1979, D. 1974, 782.

consolidé⁴⁶⁹. On a pu parler en ce sens de réparation anticipée⁴⁷⁰ car le jugement définitif n'est pas encore rendu. Les dommages et intérêts provisionnels peuvent être alloués tant au fond qu'en référé. Il est ainsi reconnu que le référé-provision⁴⁷¹ et la provision en soi⁴⁷² ont un caractère préventif en procédant à une réparation anticipée. Mais précisément, que préviennent-ils ? Quelle est leur finalité ?

b. La finalité préventive des dommages et intérêts provisionnels

155. De prime abord, on constate l'existence d'un dommage et d'un préjudice. La provision anticipe la réparation définitive, non la survenance d'un dommage ou d'un préjudice futur. De plus, on ne saurait trouver dans les motifs des juges du fond des raisons explicitement préventives. Or, la doctrine a toutefois mis en évidence le succès foudroyant de cette technique en cette matière et notamment en raison du caractère préventif du référé-provision⁴⁷³. La question de la finalité préventive des dommages et intérêts se pose donc avec la plus grande acuité. Selon nous, il appert que les dommages et intérêts provisionnels tirent leur nature de la notion juridique de provision elle-même.

156. Notion de provision⁴⁷⁴. La provision est par nature une technique propre à garantir par anticipation le risque de préjudice. Les dommages et intérêts n'en sont qu'une illustration. La

⁴⁶⁹ CA Paris, 11 janv. 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, somm., 186 ; Adde – G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 73-1.

⁴⁷⁰ L'expression est employée par M. Boujeka dans sa thèse. A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français, th. préc.*, n° 170.

⁴⁷¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, op. cit.*, n° 245 ; PLUYETTE, note sous TGI Paris, 3 août 1983, *Gaz. Pal.*, 13 oct. 1983.

⁴⁷² La justification de la provision réside dans la « nécessité de procurer aux victimes une réparation anticipée », A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français, th. préc.*, n° 170 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 654, p. 788.

⁴⁷³ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2654 et 2655. M. Chartier estime que c'est la plus innovation depuis Napoléon, Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 654. Sur le référé-provision, *J.-Cl. Proc. Civ.*, par C. GIVERDON et J. MIGUET, fasc. 215-2, n° 18. ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1991, n° 1300 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, op. cit.*, n° 245 ; J.-P. ROUSSE, « Feue l'urgence dans le référé-provision », *Gaz. Pal.*, 1977, doct. 536 ; J. VINCENT, *Les pouvoirs du juge en matière de provision*, Etudes KAYSER, 1979, p. 417 ; « Les incidents de provision », *Journées études avoués*, Limoges, 25-28 oct. 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, Doct. 598 ; Rapp. PERROT, *Gaz. Pal.*, 1980, Doct. 314 ; BERTIN, *Gaz. Pal.* 1982, doct. 497 ; DONNIER, « Procédure d'ordre et référé-provision », *JCP, N.*, 1983, 191 ; COUCHEZ, « Le référé-provision, mesure ou démesure ? », *Mélanges Raynaud*, 1985, 161 ; O. DELGRANGE, « Des limites apportées par la jurisprudence à l'efficacité du référé provision », *JCP, G.*, 1998, I, 3331 ; A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français, th. préc.*, n° 165 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 654 et s.

⁴⁷⁴ A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français, th. préc.* ; J. VINCENT, "Le pouvoir du juge en matière de provision", in *Etudes P. Kayser*, PUAM, 1979, p. 417. La doctrine s'est davantage penchée sur la provision de la lettre de change : P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales, études comparative de Droits cambiaires français et américain*, Economica, 1986 ; V. TARDON, *La provision de la lettre de change : droit comparé*, loi uniforme, Lausanne, 1937 ; R. VOEGELI, *La provision de la lettre*

provision « apparaît toujours comme une somme d'argent que la loi ou la convention oblige une personne (généralement un débiteur) à constituer, à titre temporaire, pour garantir une autre personne (généralement un créancier) contre les effets de la réalisation probable d'un évènement futur et dommageable »⁴⁷⁵. Au cœur de cette technique, les notions de risque, de dommage et de garantie ne sont pas étrangères au juriste de la responsabilité civile. Si elle couvre un vaste domaine en garantissant le paiement d'un chèque, d'une lettre de change, d'une créance contractuelle ou en garantissant l'exécution rapide d'une créance sur ordre d'un juge ou bien encore l'exactitude des comptes annuels d'une entreprise, la provision anticipe les conséquences néfastes qu'un risque fait courir à un droit existant. Cette nature anticipatoire déjà mise en évidence⁴⁷⁶ recouvre une des dimensions de la prévention des dommages⁴⁷⁷. Que la responsabilité civile y ait souvent recours, et la fonction préventive de ce droit ne s'en trouve que davantage démontrée.

La notion de provision fait ressortir la notion de risque de dommage. Or, nous avons constaté que les dommages et intérêts provisionnels sont alloués lorsque l'atteinte et ses conséquences juridiques existent déjà. Est-ce à dire que le caractère préventif de cette sanction n'est pas pertinent ? L'étude des caractères des dommages et intérêts provisionnels à travers leur régime nous apportera une réponse à cette apparente contradiction.

2. Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts provisionnels

157. Les caractères des dommages et intérêts provisionnels sont cohérents (a) contrairement aux conditions de leur allocation (b).

a. Caractères propres aux dommages et intérêts provisionnels

158. En tant que dommages et intérêts, les dommages et intérêts provisionnels possèdent naturellement les mêmes caractères que ceux que nous avons dégagés pour la réparation anticipée des dommages⁴⁷⁸. On peut néanmoins vérifier une certaine adaptation. En ce qui concerne le caractère proportionné, nous avons souligné que les dommages et intérêts indemnisent intégralement le préjudice. Précisément, lorsque le montant ne peut être chiffré, ce sont les dommages et intérêts provisionnels qui sont alloués. Dans ce cas, il n'en demeure pas moins que la proportion se fait, sinon de fait, juridiquement par rapport à l'intégralité du

de change, LGDJ, Paris, Lausanne, 1947, G. ENDREO, *La provision, garantie du paiement de la lettre de change*, th. Nantes, 1980 ; R. PATEY, *De la provision en matière de lettre de change et de chèque*, th. Paris, 1903 ; G. BAICOIANU, *La provision en matière de lettre de change et de chèque*, th. Paris, 1906 ; P. HAOUR, *La provision dans les effets de commerce*, th. Montpellier, 1919.

⁴⁷⁵ A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, th. préc., n° 4.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, n° 483 et s. Sur l'anticipation en droit, J.-C. HALLOIN, *L'anticipation*, th. Poitiers, 1979 ; sur l'anticipation en droit commercial, M. BUOT DE L'EPINE, *La notion d'anticipation en droit commercial*, th. Paris, 1976 ; H. SEBBAH MEZDOUR, *Le rôle des anticipations dans l'analyse économique*, th. Paris I, 1983.

⁴⁷⁷ Sur les trois dimensions de la prévention juridique, Cf. *supra*, n° 13.

⁴⁷⁸ Cf. *supra*, n° 133-134, 147-150.

préjudice subi. D'ailleurs, en cas d'obligation contractuelle déterminée dans leur montant, nous avons vu que des dommages et intérêts provisionnels peuvent être alloués à 100 % et ce, même en référé. En ce qui concerne le caractère adéquat, là encore, les dommages et intérêts provisionnels s'adaptent en valeur au préjudice, et non en nature comme pour les mesures préventives. En ce qui concerne le caractère évolutif, la nature provisionnelle de ces dommages et intérêts conforte leur finalité préventive ; le juge pouvant les faire varier avec le temps.

b. Conditions d'allocation des dommages et intérêts provisionnels

159. Un régime souple – indice d'un pouvoir modérateur. Que ce soit au fond⁴⁷⁹ ou en référé⁴⁸⁰, le juge de la responsabilité peut allouer à titre provisionnel des dommages et intérêts. Toujours au fond, seulement si le montant n'est pas contestable en référé⁴⁸¹, les dommages et intérêts provisionnels peuvent atteindre l'intégralité de la dette⁴⁸². On ne saurait faire plus efficace. En référé, les dommages et intérêts provisionnels sont soumis à une seule condition : il ne doit pas exister une contestation sérieuse de l'obligation. Ce régime apparaît très souple d'autant plus que cette condition n'a pas toujours été soumise au contrôle de la Cour de cassation⁴⁸³ et que la condition de l'urgence a disparue⁴⁸⁴. On constate par ce régime très souple que le juge possède une très large appréciation du montant des dommages et intérêts provisionnels. Il peut même les allouer à titre symbolique en référé⁴⁸⁵ ! Ce n'est pas la première fois que nous faisons ce constat. Nous verrons qu'il a une incidence sur la notion même de sanction juridique⁴⁸⁶.

160. Un préjudice très hypothétique. Le régime des dommages et intérêts provisionnels ne fait en rien ressortir une exigence particulière – la preuve d'un nouveau risque de préjudice qui attesterait de leur caractère préventif. Pourtant, nous avons constaté aux côtés de la doctrine en quoi les dommages et intérêts provisionnels mettaient en œuvre une réparation anticipée. Nous

⁴⁷⁹ Pour quelques exemples jurisprudentiels, Civ. 2^{ème}, 7 avr. 2005, n° de pourvoi 04-13074 ; Civ. 2^{ème}, 19 avr. 1958, *Bull. civ.* II, n° 254 ; CA Paris, 11 janv. 1980, *RTD civ.*, 1980, p. 579, obs. G. DURRY, Civ. 2^{ème}, 23 mai 1977, *JCP*, G., 1977, IV, p. 187 ; TGI Avesne sur Helpe, 8 juill. 1976, *JCP*, G., 1977, II, 18556, note. R. SAVATIER.

⁴⁸⁰ L'article 809 al. 2 CPC dispose du référé-provision. En matière de concurrence déloyale, CA Paris, 13 mars 2002, n° de pourvoi 2001-18567 ; en matière de délit de presse, CA Versailles, n° de pourvoi 1998-5737.

⁴⁸¹ Soc, 18/05/05, n° de pourvoi 03-43331 ; Com. 20 janv. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 40 ; *Gaz. Pal.* 1981, I, 332, note BERTIN, *RTD civ.*, 1981, 679, obs. NORMAND ; TGI Paris, 3 août 1983, *Gaz. Pal.*, 13 oct. 1983, note PLUYETTE. V. PERROT, *Rev. trim.* 1987, 155 ; NORMAND, *Rev. trim.*, 1987, 798.

⁴⁸² Cf. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2654.

⁴⁸³ Civ 1^{ère}, 4 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n° 239, *D.* 2001, 1580, note BOUJEKA ; Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, *Bull. Civ.* I, n° 268 ; *RTD civ.*, 2001, 428, obs. NORMAND. *Contra*, Civ. 3^{ème}, 6 déc. 2000, n° 1634 (*sci de la lys*). Depuis un arrêt d'Assemblée Plénière, la Haute Cour contrôle l'appréciation portée par le juge. Ass. Plén., 16 nov. 2001, *JCP*, G., 2001, II, 10646, note A.P. ; *D.* 2002, 598, note C. PUIGELIER ; *Petites Affiches*, 5 mars 2002, note A. BOUJEKA ; *RGDA* 2002-2, 315, note J. BEAUCHARD.

⁴⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 4 nov 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, p. 352, obs. J. NORMAND, *RTD civ.*, 1977, p. 371 ; Civ. 3^{ème}, 31 mai 1978, *D.*, 1979, IR, p. 512, obs. JULIEN.

⁴⁸⁵ Civ. 2^{ème}, 11 oct. 1989, *Bull. civ.* 1989, II, n° 174, p. 89 ; *Gaz. Pal.*, 1990, *aff. Unadif c/ Le Pen*.

⁴⁸⁶ Cf., *infra*, n° 416.

nous retrouvons devant une alternative difficilement appréhendable. Soit, la réparation anticipée mise en œuvre par les dommages et intérêts provisionnels recouvre un risque très hypothétique de survenance d'un préjudice. En ce sens, on concevrait qu'un dommage causant un préjudice créerait à nouveau un risque de préjudice s'il n'était pas rapidement réparé. Soit, il en ressort davantage que ce mode de réparation participe d'une technique permettant de pallier la longueur préjudiciable des procès. La prévention rencontre ici une limite entre une notion précise dotée d'un régime propre et l'effet prophylactique propre à chaque sanction juridique. Les dommages et intérêts provisionnels sanctionnent-ils un risque de préjudice à travers les conséquences hypothétiquement négatives de l'attente du jugement définitif ? Au contraire, la provision est-elle en responsabilité civile une technique facile et systématique purement procédurale ? Pour cette étude, il nous semble qu'il faille conclure à la nécessité d'une recherche détaillée entre la nature proprement préventive d'une sanction juridique et l'effet prophylactique propre au droit civil⁴⁸⁷. D'autant plus que la même conclusion peut être tirée à propos des dommages et intérêts moratoires.

B. Des dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du conséquences juridiques futures

161. Le droit de la responsabilité civile présente divers moyens susceptibles de prévenir le préjudice dû à un retard dans l'exécution d'une obligation. C'est le cas de l'exception d'inexécution par exemple ou plus largement des différentes applications de l'opposabilité⁴⁸⁸. On peut retenir dans le cadre de notre étude sur les sanctions en responsabilité civile, l'hypothèse d'un type particulier de dommages et intérêts : les dommages et intérêts moratoires. Leur allocation présente une finalité préventive (1) que la recherche des caractères permettra de mettre en évidence (2).

1. L'allocation de dommages et intérêts moratoires

162. Notion de dommages et intérêts moratoires⁴⁸⁹. Les dommages et intérêts moratoires se distinguent⁴⁹⁰ des dommages et intérêts compensatoires en ce qu'ils sanctionnent le retard dans l'exécution d'une dette et non le préjudice né d'un fait générateur⁴⁹¹. Ainsi classiquement

⁴⁸⁷ Cette étude sera menée à bien dans le deuxième chapitre du titre II de cette première partie.

⁴⁸⁸ J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, préf. D. MARTIN, 1984. L'introduction de thèse met bien en évidence l'opposabilité en tant que sanction juridique.

⁴⁸⁹ F. GREAU, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t. 21, préf. F. CHABAS, 2006.

⁴⁹⁰ Quelques arrêts les confondent néanmoins. V. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000, *RCA*, 2000, n° 209. Pourtant, il est reconnu qu'ils peuvent se cumuler. V. Civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, *D.* 1995, IR, 162.

⁴⁹¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 334 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2542 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 413 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 213 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 545.

distingués, il semblerait que les seconds se distinguent des premiers par l'existence d'un préjudice. Or, il n'en est rien. Le créancier ne pouvant disposer des sommes qui lui sont dues subit également un préjudice du fait de ce retard : celui de ne pouvoir faire fructifier la somme ou, simplement, de ne pouvoir y avoir recours comme il le souhaite. Les dommages et intérêts moratoires viennent ainsi sanctionner le retard dans le versement d'une dette que ce soit en matière contractuelle⁴⁹², délictuelle⁴⁹³ ou quasi contractuelle⁴⁹⁴.

163. Régime des dommages et intérêts moratoires. Ce mode de réparation jouit d'un régime particulier. La loi enserme précisément ses conditions d'application. Le taux à partir duquel les dommages et intérêts moratoires sont calculés, est fixé par la loi contrairement aux dommages et intérêts compensatoires⁴⁹⁵. En matière contractuelle, ces intérêts légaux courent à partir de la mise en demeure envoyée par le créancier⁴⁹⁶. En matière délictuelle, c'est à partir du jugement, en ce sens constitutif⁴⁹⁷, que le point de départ est fixé⁴⁹⁸.

Pourtant, le cadre législatif est plus souple en matière délictuelle⁴⁹⁹. Il en ressort une finalité préventive à travers les caractères propres aux dommages et intérêts moratoires.

2. Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts moratoires

164. Comme pour les dommages et intérêts provisionnels, les conditions d'allocation des dommages et intérêts moratoires (a) laissent davantage perplexes que leurs caractères (a).

⁴⁹² Par application de l'article 1153 C. civ. Sur le doute qui a envahi la doctrine quant à savoir si les dommages et intérêts moratoires pouvaient être retenus en matière délictuelle, Ph. MALAURIE, *D.*, 1974, p. 473 ; G. DURRY, obs., *Rev. trim.*, 1967, p. 404 et 1971, p. 387 ; B. BOULOC, *D.*, 1971, p. 567.

⁴⁹³ Par exemple, pour les indemnités de congés payés, Soc., 12 mai 1982, *Bull. civ.*, 1982, V, n° 292 et 293 ; Soc., 5 mars 1986, *Bull. civ.*, V, n° 66 ; Soc., 21 avr. 1988, *Bull. civ.*, V, n° 241. Pour une indemnité de non-concurrence, Soc., 19 juill. 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 461 ; pour une indemnité de préavis, Soc., 2 févr. 1983, *Bull. civ.*, V, n° 70. Le jurisprudence ne retient plus cette solution pour les créances de remboursement de la Sécurité sociale ou de l'Etat, Civ. 2^{ème}, 26 juin 1996, *Bull. civ.*, II, n° 188 ; *RCA*, 1996, chron., n° 36, H. GROUDEL ; *RTD civ.*, 1997, p. 149, obs. P. JOURDAIN. Pour une présentation de cette évolution jurisprudentielle, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 345.

⁴⁹⁴ Sur la restitution de l'indu, Civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, *Bull. civ.*, I, n° 154 ; Civ. 3^{ème}, 18 févr. 1987, *Bull. civ.*, III, n° 27 ; Ass. Plén., 2 avr. 1993, *Bull. civ.*, Ass. Plén., n° 9 ; *D.* 1994, somm. p. 14, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 1993, p. 820, obs. J. MESTRE ; Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Bull. civ.*, I, n° 178 ; *RCA*, 1997, comm. n° 258.

⁴⁹⁵ Sur la détermination du taux légal, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 335.

⁴⁹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 993.

⁴⁹⁷ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2504 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 344.

⁴⁹⁸ La solution est acquise de longue date en jurisprudence bien avant la réforme législative du 5 juillet 1985. V. Civ. 2^{ème}, 3 janv. 1963, *S.*, 1963, p. 161.

⁴⁹⁹ Art. 1153-1 C. civ.

a. Caractères propres aux dommages et intérêts moratoires

165. À nouveau, il faut ici convenir que les caractères intrinsèques propres aux dommages et intérêts moratoires sont les mêmes que ceux dégagés *supra* pour les dommages et intérêts sanctionnant un dommage futur. Ils sont propres aux dommages et intérêts en général. Toutefois, les dommages et intérêts moratoires présentent quelques particularités du fait du cadre légal plus prégnant. En premier lieu, le caractère intégral puise sa source dans les textes législatifs fixant le *quantum* des dommages et intérêts moratoires. En quelque sorte, la proportionnalité de cette sanction est prédéterminée par le législateur⁵⁰⁰. En ce sens, on peut conclure au caractère abstrait, voir fictif du caractère intégral. En revanche, en deuxième lieu, le caractère adéquat ne se particularise pas. Les dommages et intérêts moratoires sont adéquats en valeur tout comme les autres types de dommages et intérêts. En effet, cette sanction est propre à réparer par anticipation les conséquences d'un manque à gagner pour le créancier moins en raison de sa nature qu'en raison de son *quantum*. En dernier lieu, le caractère évolutif aurait pu paraître absent du fait de la prédétermination légale. Or, il n'en est rien. Nous allons en effet constater qu'en ce qui concerne les dommages et intérêts moratoires en matière délictuelle, leur régime plus souple met en œuvre un véritable pouvoir discrétionnaire dont le juge peut user pour faire déplacer leur date de départ. Ce caractère évolutif provient d'une condition qu'il convient de présenter.

b. Conditions d'allocation des dommages et intérêts moratoires

166. Préjudice existant. Le prononcé de dommages et intérêts moratoires nous fait constater qu'il existe « objectivement un dommage consistant en la privation d'une somme d'argent »⁵⁰¹. En outre ce dommage engendre un préjudice « irréfragablement présumé »⁵⁰². L'alinéa 2 de l'article 1153 précise en effet que « ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ». Si les dommages et intérêts moratoires sont prononcés pour réparer un préjudice existant, en quoi sont-ils préventifs ?

167. Pouvoir discrétionnaire. En ce qui concerne les indemnités de responsabilité civile, le juge ne fait pas que constater la créance ; il la liquide au jour du jugement. Or, sur le point de départ des intérêts moratoires, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation qualifié de discrétionnaire⁵⁰³ en vertu de l'article 1153-1 C. civ. Il peut avancer ou reculer⁵⁰⁴ ce point de départ, ce dont il use assez facilement⁵⁰⁵. Depuis la réforme de 1985, la jurisprudence a reconnu aux juridictions du

⁵⁰⁰ Nous faisons référence à la notion de prédétermination développée par Gérard Timsit. Nous reviendrons dans la deuxième partie de thèse sur la pertinence de cette notion sur celle de la sanction juridique. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1991. Pour une présentation succincte et globale de sa conception du droit, v. G. TIMSIT, "Sur l'engendrement du droit", *RDV*, 39, 1988, 44.

⁵⁰¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 347-1, p. 624.

⁵⁰² L'expression est de Mme Viney et M. Jourdain, *op. cit.*, n° 335.

⁵⁰³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 347, p. 623.

⁵⁰⁴ Sur le caractère moratoire des intérêts antérieurs au jugement, *ibid.*, n° 347-1.

⁵⁰⁵ Dès avant la réforme de 1985, Civ. 2^{ème}, 17 mai 1973, *Bull. civ.* II, n° 169 ; Crim. 26 mars 1974, *JCP*, G., 1974, IV, p. 177 ; *D.* 1974, somm., p. 58 ; Civ. 1^{ère}, 22 juill. 1975, *Bull. civ.*, I, n° 244 ; Civ. 3^{ème}, 20 juill. 1976, *JCP*, G., 1976, IV, p. 312 ; *D.*, 1976, IR, p. 275 ; Civ. 1^{ère}, 28 mars 1977, *Bull. civ.*, I, n° 155 ; Civ. 2^{ème}, 27 janv. 1983, *Bull.*

fond qu'elles n'avaient pas l'obligation de motiver leur décision sur ce point⁵⁰⁶. Le caractère préventif des dommages et intérêts moratoires apparaît dans cette hypothèse. En ce sens, les juges du fond possèdent « un pouvoir d'anticipation dans le cours des intérêts »⁵⁰⁷. Ils peuvent ainsi « jouer » sur le départ de la dette pour anticiper des faits qui seraient préjudiciables au créancier. D'ailleurs, les articles 1153 et suivants du C. civ. n'ont-ils pas été remaniés dans le but de pallier préventivement le coût du procès civil ?⁵⁰⁸

168. Rapport avec les dommages et intérêts provisionnels. Ces développements ne sont pas sans faire écho à ceux des dommages et intérêts provisionnels. Nous étions en effet dubitatifs sur l'objet de la prévention de tels dommages et intérêts. Or, ne pourrait-on pas appliquer à ces derniers la solution présente dans la doctrine à propos des dommages et intérêts moratoires ? Tout comme ceux-ci, les dommages et intérêts provisionnels ne sont-ils pas alloués en raison d'un préjudice subi par le créancier du fait de l'impossibilité de faire fructifier ou plus largement d'user librement de la somme due ? Deux arguments nous empêchent de conclure en ce sens. D'une part, telle solution ne vaudrait pas pour les dommages et intérêts provisionnels alloués en référé. D'autre part, elle ne vaudrait pas davantage pour ceux octroyés au fond dans la mesure où, en droit positif, seul le jugement est constitutif de la dette de responsabilité. En d'autres termes, et tel que nous l'avons précédemment vu, la dette n'est pas due à compter de la réalisation du dommage mais à compter du jugement. Avant ce jugement, la dette n'est pas due au créancier, et ce dernier, ne subit pas de préjudice. En somme, le caractère préventif ne résulterait pas d'une notion juridique propre tel que le risque de préjudice mais dans le pouvoir d'interprétation du juge de la date et du montant de l'indemnité allouée.

En résumé, *les dommages et intérêts provisionnels et moratoires partagent ensemble un même caractère fondamental : celui du pouvoir d'interprétation du juge* reconnu par la doctrine : pouvoir modérateur pour les dommages et intérêts provisionnels et pouvoir discrétionnaire pour les dommages et intérêts moratoires.

169. Conclusion de section. Les dommages et intérêts, sanction de principe de la réparation civile, constituent une somme d'argent qui peut dans certains cas être allouée préventivement, c'est-à-dire, soit avant la réalisation de l'atteinte matérielle, soit avant l'admission de ses

Civ., II, n° 25 ; Civ. 3^{ème}, 10 mai 1983, *JCP*, G., 1983, IV, p. 225 ; Com. 30 mai 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 131 ; Civ. 1^{ère}, 29 oct. 1984, *JCP*, IV, p. 13.

⁵⁰⁶ Ass. Plén., 3 juill. 1992, *Bull. civ.*, Ass. Plén., n° 7 ; *JCP*, G., 1992, II, 21898, concl. DONTENWILLE, note A. PERDRIAU, *D.* 1992, somm., p. 304, note A. PENNEAU, *Defrénois*, 1992, p. 1453, obs., J.-L. AUBERT. Soc., 15 juin 1993, *Bull. civ.*, V, n° 568 ; Civ. 3^{ème}, 15 juin 1994, *ibid.*, III, n° 123 ; Com., 11 juill. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 210 ; Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *ibid.*, I, n° 88 ; *D.*, 1997, p. 407, note M. BILLIAU ; 14 oct. 1997, *Bull. civ.*, I, n° 272 ; 28 avr. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 152 ; *D. Aff.* 1998, p. 949 ; *RCA*, 1998, chron., n° 20 par H. GROUDEL ; *Defrénois*, 1998, p. 1049, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 1998, p. 920, obs. P. JOURDAIN ; 16 mars 1999, *Bull. civ.*, I, n° 95 ; Civ. 3^e, 15 mars 2000, *Bull. civ.*, I, n° 59 ; *RCA*, 2000, comm., n° 206.

⁵⁰⁷ L'expression est des professeurs G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 347, p. 623.

⁵⁰⁸ Sur ce point, V. cette étude jurisprudentielle très fouillée. P. ANCEL, et Ch. BEROUJON, (dir.), *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès, les intérêts de retard dans le procès civil*, GIP, mission de recherche droit et justice, 1999.

conséquences juridiques (la qualification du préjudice). La première hypothèse révèle *l'existence en droit positif d'un principe de réparation anticipée permettant au risque de dommage, au dommage futur et à l'exposition à un risque d'être sanctionnés préventivement*. La seconde hypothèse est plus incertaine. Si *le préjudice peut être réparé préventivement par l'octroi de dommages et intérêts moratoires en cas de retard dans l'exécution de la dette*, les dommages et intérêts provisionnels échappent à ce raisonnement et semble davantage apparaître comme une technique facilitant la rapidité des procédures. Les caractères propres à l'ensemble de ces manifestations font néanmoins ressortir le besoin d'une réflexion sur la notion de sanction par rapport à celle d'effet de droit⁵⁰⁹, d'une part, et sur le lien qui unit le pouvoir d'interprétation du juge et la sanction qu'il prononce⁵¹⁰, d'autre part.

Sur ce dernier point, en effet, la recherche des caractères communs aux dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du dommage fait apparaître l'ensemble de ces mesures comme un tout unitaire en raison du pouvoir d'interprétation exercé par le juge de la responsabilité civile. A nouveau, nous approfondissons notre constat fondamental de la nature exclusivement jurisprudentielle des manifestations préventives. *La mise en évidence de leurs caractères communs conduit à identifier un traitement judiciaire préventif des normes de la responsabilité civile s'émancipant de la lettre de leur énoncé*.

Il convient maintenant de présenter aux côtés des manifestations préventives de la réparation anticipée du dommage, les manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage.

⁵⁰⁹ Cf. *infra*, n° 358 et 395.

⁵¹⁰ Cf. *infra*, la théorie de la mise en effet des normes, n° 717 et s., et la figure 2 en annexe, p. 459.

SECTION 2. Les manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage

170. Peine privée⁵¹¹. Aux côtés des sanctions ayant pour nature la réparation d'un préjudice, d'autres sanctions mettent également en œuvre une finalité préventive bien que leur nature ne soit ni préventive ni réparatrice. Il s'agit de l'ensemble des sanctions répressives ayant une finalité préventive en raison de leur effet dissuasif⁵¹². Plus communément appelées peines privées, ces sanctions répressives font l'objet de deux faux constats. D'une part, la peine privée ne jouirait pas d'une grande vigueur en droit français comparativement à la *Common Law* anglaise ou américaine ou au droit civil québécois et, d'autre part, la peine privée serait contradictoire avec l'impératif de la réparation en droit de la responsabilité civile⁵¹³. Or, c'est là préjuger que la peine privée n'est qu'une peine en nature alors que notre jurisprudence montre également qu'elle a recours à la peine privée par la majoration des dommages et intérêts. Sous cet angle, il apparaît au contraire que le droit de la responsabilité civile en use de plus en plus et dans différents domaines.

171. Les quatre manifestations de la peine privée. A la lecture des données positives du droit de la responsabilité civile⁵¹⁴, il nous apparaît que la peine privée recouvre quatre manifestations. On entend par peine privée, en premier lieu, des dommages et intérêts punitifs, exemplaires ou

⁵¹¹ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Paris, 1904 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1947 ; O. ANSELME-MARTIN, *La responsabilité civile délictuelle objective*, Montpellier, 1991 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc. ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 442, préf. F. CHABAS, 2005 ; *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, colloque organisé par la Faculté de droit de Paris 5, 21 mars 2002, in LPA, 20 nov. 2002, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 455 et s. sur l'introduction d'une action à fin d'expiation ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, in RCA, vol. 6 bis, juin 2001, not. p. 68.

⁵¹² Sur le lien entre dissuasion et prévention : « ... de nombreux juristes (...) persistent à penser, à l'encontre d'un courant doctrinal et jurisprudentiel favorable à la désincarnation de cette discipline, que le droit de la responsabilité puise son originalité dans son aptitude à sanctionner la violation de nombreuses règles de comportement et donc, à prévenir, par la dissuasion, la commission d'actes préjudiciables », S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 2. L'expression « sanction répressive à finalité préventive » mettant en lien deux caractères de la sanction en les hiérarchisant l'un par rapport à l'autre n'est pas inédite. V. JACOMET, *Sanctions civiles à caractère pénal*, th. Paris, 1905.

⁵¹³ E. DREYER, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", *JCP*, G., I. 201, 2008, pp. 22-26 ; *Contra*, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc., n° 8, « (...) notre droit de la responsabilité persiste à ménager une certaine place à l'objectif de punition dans des hypothèses où la réparation du dommage ne pâtit pas de cet état des choses ».

⁵¹⁴ Au sens donné par M. Ghestin. J. GHESTIN, "Les données positives du droit", art. préc.

encore majorés, par voie judiciaire ou conventionnelle à travers la clause pénale⁵¹⁵, c'est-à-dire des dommages et intérêts évalués plus largement que la réalité préjudiciable du dommage⁵¹⁶. Les dommages et intérêts sont ainsi surévalués afin de punir l'auteur du préjudice⁵¹⁷. En deuxième lieu, la notion de peine privée est quelquefois utilisée en doctrine pour désigner un certain assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité civile afin de retenir plus durement la responsabilité de l'auteur du préjudice en vue de le punir⁵¹⁸. En ce sens, avant que l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation ne vienne récemment y mettre un terme⁵¹⁹, la deuxième Chambre civile⁵²⁰ considérait que certaines fautes de comportement du conducteur d'un véhicule victime d'un accident de la circulation, telle la conduite en état d'ivresse, étaient réputées causales. En d'autres termes, la réduction voire la suppression de l'indemnisation du conducteur pourtant victime de l'accident lui confère « les caractères d'une peine privée »⁵²¹. En troisième lieu, on peut déceler le caractère de peine privée dans certaines notions du droit des obligations lorsque leur régime s'attache à tirer des conséquences particulières à la mauvaise foi ou plus largement à la culpabilité de l'auteur du préjudice. C'est alors l'analyse du doyen Ripert du caractère pénal de la nullité pour vice de consentement⁵²², la sanction d'agissements coupables que constitue le dol pour Starck⁵²³, le recel des biens de la communauté pour l'ensemble de la doctrine⁵²⁴ ou bien encore le refus des restitutions consécutives à l'application des adages *Nemo auditur...* et *In pari causa...* pour Mme Thibierge⁵²⁵. En dernier lieu, la peine privée se manifeste par des mesures contraignantes telles que la diffusion de la condamnation civile dans la presse, le prononcé d'une astreinte, ou d'une amende civile. Ces quatre manifestations ne sont pas situées sur le même plan. La qualification de l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité civile en vue de punir l'auteur d'un préjudice nous

⁵¹⁵ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", préf. F. CHABAS, 1992. L'auteur soutient que « la clause pénale est une peine privée contractuelle qui, en cas de survenance d'un préjudice, se substitue à la réparation du droit commun tout en conservant sa spécificité », n° 496. V. également, les numéros 555 et suivants.

⁵¹⁶ Les dommages et intérêts alloués à titre de peine privée sont depuis longtemps analysés par la doctrine. J. TOURNIER, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, th., Montpellier, 1896.

⁵¹⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 242 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 13 et 14 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, op. cit., n° 4 à 6-5 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 661 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 45.

⁵¹⁸ En ce sens, S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *ibid.*

⁵¹⁹ Ass. Plen., 6 avr. 2007, *D.* 2007, AJ., p. 1199, obs. I. GALIMEISTER, et Jur., p. 1839, note H. GROUDEL ; *JCP*, G., 2007, II, 10078, note P. JOURDAIN.

⁵²⁰ Civ. 2^e, 4 juill. 2002, *Bull. civ.* II, n° 151 ; *D.* 2003. Jur. 859, note H. GROUDEL ; *RTD civ.* 2002. 829, obs. P. JOURDAIN ; 10 mars 2004, *Bull. civ.* II, n° 96 ; *D.* 2004. IR. 1069 ; 13 oct. 2005, *RCA* 2005, comm. n° 348, obs. H. GROUDEL.

⁵²¹ Ph. BRUN, *D.* 2007, p. 2897.

⁵²² G. RIPERT, *la règle morale*, 3^{ème} éd., p. 305, cité par B. Starck, STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 367.

⁵²³ B. STARCK, *ibid.*

⁵²⁴ A. JAULT, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 178 et s.

⁵²⁵ C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, t. 218, préf. J. GHESTIN, 1992, n° 907 et s.

semble faire appel à un sens figuré de la notion de peine privée. Quant à la troisième manifestation, les peines privées résultant du régime particulier de certaines notions en droit des obligations, elles opèrent une confusion entre fonction moralisatrice et fonction punitive de la responsabilité que nous allons présenter *infra*. Au sens propre, en tant que sanction juridique et pour demeurer dans son étude exclusivement technique, seuls les dommages et intérêts majorés et les mesures de contrainte retiendront notre attention.

172. Nous présenterons, en premier lieu, l'étendue (§1) et, en second lieu, les caractères propres (§2) aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage.

§1. L'étendue des manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage

173. Domaine. Prononcées sous la forme de dommages et intérêts majorés, les peines privées recouvrent un ensemble vaste de manifestations. Déjà en 1983, M. Chartier dénombrait l'existence de peines privées en droit des marques, en droit des donations, en cas de recel, ou de contrefaçon⁵²⁶. Dans sa thèse, Mme Carval distinguait les peines privées prononcées pour moraliser l'ordre économique de celles imposées pour la protection de la personne humaine⁵²⁷. Enrichie d'une profonde réflexion de droit comparé, l'étude de l'auteur mit à jour l'ampleur du domaine de la peine privée en responsabilité civile. Nous souhaiterions néanmoins introduire deux nouvelles distinctions que les développements suivants illustreront en détail.

174. Fonction punitive et fonction moralisatrice. En effet, contrairement à la position de Mme Carval⁵²⁸, notre lecture du droit fait ressortir que la fonction punitive ou dissuasive de la responsabilité civile ne doit pas être confondue avec sa fonction moralisatrice. Il appert de la recherche jurisprudentielle qui suit, que les dommages et intérêts majorés ne coïncident pas exactement avec l'existence d'une faute ou la volonté de dissuader pour l'avenir. Il faut bien distinguer différentes formes de peine privée : les dommages et intérêts majorés, d'une part, et les dommages et intérêts symboliques, d'autre part. Au sens strict, la peine privée prononcée sous la forme de dommages et intérêts majorés assure une fonction dissuasive par la volonté de rendre coupable l'auteur du préjudice aux yeux de la victime. Au sens large, la peine privée prononcée sous la forme de dommages et intérêts symboliques ou par la diffusion de la condamnation assure une fonction moralisatrice par la volonté de stigmatiser l'attitude de l'auteur du préjudice aux yeux de la société. Il y a certes une dimension morale dans les dommages et intérêts majorés, mais elle est seconde. *Ce qui relie la fonction punitive et la*

⁵²⁶ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, th. préc., n° 506.

⁵²⁷ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc.

⁵²⁸ « La leçon est donc claire : un système de droit peut fort bien soustraire sa responsabilité civile à l'emprise hégémonique de la faute sans, pour autant, renier en bloc les *racines morales* de cette discipline. Il lui suffit simplement de prendre en considération le fait que la condamnation à réparer, prise en charge par un assureur, ne peut plus jouer le *rôle punitif* qui a été le sien et donc forger à cet effet d'autres sanctions, qui pourront prendre la forme de peines privées », *ibid.*, n° 16. Les soulignés sont de nous et mettent en lumière le glissement opéré de la fonction moralisatrice à la fonction punitive.

*fonction moralisatrice réside dans ce qu'elles sont deux dimensions de la prévention. Tandis que la première dissuade concrètement par le poids d'une réparation dissuasive, la seconde dissuade abstraitement par le poids d'une contrainte préventive. La peine privée est la sanction de la dimension dissuasive de la prévention en responsabilité civile*⁵²⁹.

175. Réparation dissuasive du préjudice et répression préventive du préjudice. Ainsi distingués de la fonction moralisatrice, les dommages et intérêts majorés révèlent l'existence d'une *réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage : dissuader le responsable de commettre à nouveau un dommage*. Par l'entremise de la fonction punitive de la responsabilité civile, la peine privée est prononcée sous la forme de dommages et intérêts majorés. La peine privée ne peut donc pas être conçue comme l'antithèse de la réparation en responsabilité civile⁵³⁰. La sanction possède alors une nature réparatrice qui n'épuise pas toutes les manifestations de la peine privée. La dernière manifestation de la peine privée, les mesures contraignantes, parce qu'elle ne se substitue pas à la réparation mais s'y adjoint, est une véritable sanction de nature répressive ayant pour finalité la prévention. Et ce sont alors concrètement les amendes civiles et les astreintes. Dans leur cas, il s'agit de *réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage : forcer la réparation allouée pour l'accélérer et punir le responsable*. Dès lors, il convient de présenter, en premier lieu, l'ensemble des manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage prononcées sous la forme de dommages et intérêts majorés (A) pour mieux faire apparaître, en second lieu, le domaine véritable de ces manifestations par l'étude de deux types de peine privée consacrée par le législateur et abondamment prononcées par le juge de la responsabilité civile : l'astreinte et l'amende civile qui forment le domaine de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage (B).

A. L'allocation de dommages et intérêts majorés à titre de peine privée pour la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage

176. Telles que Mme Carval les a étudiées, les peines privées concernent tout autant les atteintes à la personne (1) qu'à l'ordre économique (2). Il est intéressant de revisiter cette présentation à l'aune des dix années qui se sont depuis lors écoulées.

⁵²⁹ En ce sens, un auteur américain a soutenu que c'était l'effet préventif qui était recherché par la double fonction de rétribution et de dissuasion de la peine privée. D. G. OWEN, « Punitive damages in products liability litigation », 74, *Michigan Law Review*, 1976, 1259.

⁵³⁰ Dans son étude de la clause pénale, M. Mazeaud montre néanmoins que l'histoire de cette notion tend à montrer que la réparation et la peine privée sont des qualifications juridiques exclusives l'une de l'autre, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, th. préc.*, n° 499 et s.

1. *Manifestations des dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes à la personne humaine*

177. Les dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes aux droits de la personnalité. Les actions en diffamation ou contre les atteintes à la vie privée sont des manifestations de la notion de peine privée clairement reconnues par la doctrine⁵³¹. Délaissant la responsabilité pénale soumise à un régime juridique plus strict⁵³², les victimes d'une atteinte au droit de la personnalité préfèrent agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en cas de propos diffamant ou sur le fondement de l'article 9 du Code civil en cas d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Tant au fond qu'en référé⁵³³, la tendance jurisprudentielle des trente dernières années dénote une augmentation de valeur constante de l'indemnité octroyée à la victime⁵³⁴. Certaines décisions insistent sur le caractère fructueux des fautes commises pour évaluer plus durement le *quantum* des dommages et intérêts⁵³⁵. En effet, les dommages et intérêts sont majorés en cas d'atteinte au droit de la personnalité en présence d'une faute lucrative⁵³⁶. La faute lucrative, présente à l'article 1371 du rapport Catala, est définie par Mme Viney, comme « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »⁵³⁷. La *common law* anglaise a également recours à la notion de faute lucrative⁵³⁸. Cependant, on notera une évolution importante. La faute lucrative ne suffit plus à engager une réparation punitive du préjudice ; la *common law* anglaise requiert désormais la preuve que le défendeur a exactement calculé le bien qu'il pourrait retirer de son acte⁵³⁹. Le droit québécois recourt également à la notion de faute lucrative lorsque la Charte des droits et libertés est mise en œuvre par les tribunaux⁵⁴⁰. L'article 49 alinéa 2 introduit l'idée de peine privée en responsabilité civile non sans provoquer une révolution⁵⁴¹. La question de la faute est donc importante. On constate, en droit français, que

⁵³¹ P. KAYSER, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », *Etudes offertes à Jean Macqueron*, Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, 1970, pp. 411 et s., *spéc.* n° 18 ; du même auteur, *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, 1995, préf. H. MAZEAUD, n° 201 ; R. LINDON, note sous CA Paris, 26 avr. 1983, *D.* 1983, Jur. p. 376.

⁵³² S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 24.

⁵³³ Art. 808 et 809 CPC.

⁵³⁴ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 29.

⁵³⁵ Paris, 4 janv. 1998, *D.* 1989, somm. p. 92, obs. AMSON ; Versailles, 23 sept. 1999, *CCE*, 2000, comm., n° 25. *Contra*, TGI, 5 mai 1999, *D.*, 2000, 269, note A. LEPAGE.

⁵³⁶ E. DREYER, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", ; D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, in *op. cit.*, p. 27 ; D. FASQUELLE et R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGA*, 2005, p. 351 et s. ; L. GRYNBAUM, « Une illustration de la faute lucrative » : le « piratage » de logiciel », *D.* 2006, p. 655.

⁵³⁷ G. VINEY, projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 sept. 2005, p. 148.

⁵³⁸ *Rookes v. Barnard*, (1964), A. C., p. 1129.

⁵³⁹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 30.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, n° 68 et s.

⁵⁴¹ L. PERRET, « De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit civil des contrats et de la responsabilité au Québec », *RGD* 1981, p. 131, not. p. 168. V. également, M. CARON, « Le droit à l'égalité dans le Code civil et dans la Charte québécoise des droits et libertés », *Revue du barreau*, 1985, p. 345 ; P. ROY, « La

« les juges du fond proportionnent souvent l'indemnité, non seulement à l'étendue du préjudice, mais aussi à la gravité de la faute »⁵⁴². Or, convient-il de retenir une faute intentionnelle ou seulement une faute lourde ? Si la faute intentionnelle semble plus proche de l'esprit de la peine privée, la faute lourde permettrait de l'accueillir plus largement dans les différents contentieux de la responsabilité civile⁵⁴³. Cependant, la jurisprudence ne nous offre pas de réponse à ce sujet puisque les juges ne peuvent motiver leur raisonnement en termes de peine privée mais doivent, pour échapper à la censure de la Cour de cassation⁵⁴⁴, se retrancher derrière leur pouvoir souverain d'appréciation⁵⁴⁵.

Ainsi, *le droit français fait une place importante aux dommages et intérêts majorés pour punir les auteurs de propos diffamants ou d'actes attentatoires à l'intimité de la vie privée*. Si le droit anglais et le droit québécois les accueillent plus largement qu'au sein de ces deux actions délictuelles, le droit français n'est pas en reste tant en ce qui concerne son usage masqué dans la jurisprudence actuelle que par l'accueil de plus en plus favorable de la doctrine contemporaine⁵⁴⁶. Les dommages et intérêts majorés pourraient alors être prononcés dans d'autres domaines, comme celui des atteintes graves au vivant⁵⁴⁷ ou celui des atteintes à l'intégrité corporelle.

178. Les dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes à l'intégrité corporelle. Telle qu'en *common law* américaine, les dommages et intérêts pourraient être alloués sous forme de peine privée à l'encontre des fabricants de produits défectueux et ainsi venir réparer une atteinte à l'intégrité corporelle. La transposition de la directive européenne aux articles 1386-1 et suivants du Code civil ne s'est pas faite en ce sens. L'article 1386-13 du même Code dispose que la responsabilité du fabricant peut être réduite ou supprimée mais n'envisage pas qu'elle puisse être aggravée. Bien au contraire, la France s'est battue pour que la réparation soit intégrale mais il demeure possible pour les autres Etats membres de prévoir une limitation globale de la responsabilité des fabricants⁵⁴⁸. On est loin de l'esprit de la peine privée ! Néanmoins, il faut rappeler que l'introduction de la peine privée dans le contentieux américain ne s'est pas fait facilement. Non seulement le législateur ne la prévoyait pas, mais la Cour Suprême ne l'a retenue qu'après l'instauration d'un vif et long débat dans la doctrine⁵⁴⁹. La

difficile intégration du concept de dommages exemplaires en droit québécois » in *Responsabilité civile et dommages : une constante évolution ; actes du colloque de l'Institut Canadien*, 7 déc. 1990, doc. IX.

⁵⁴² P. KAYSER, *art. préc.*, n° 17 et 18.

⁵⁴³ S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *op. cit.*, n° 11.

⁵⁴⁴ Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *Gaz. Pal.*, 1964, 2, p. 233 ; *RTD civ.*, 1965, p. 137, obs. R. RODIERE.

⁵⁴⁵ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 29, p. 32.

⁵⁴⁶ Nous faisons référence au rapport Catala notamment. *Contra*, L. GRYNBAUM, « Une illustration de la faute lucrative » : le « piratage » de logiciel », *art. préc.*

⁵⁴⁷ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 931 et s. L'auteur envisage la reconnaissance et le régime des dommages et intérêts punitifs en cas de comportements graves et dangereux à l'égard du vivant humain comme non humain.

⁵⁴⁸ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n° 292.

⁵⁴⁹ D. G. OWEN, « Punitive damages in products liability litigation », 74, *Michigan Law Review*, 1976, 1259, cité par S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 90, et 98-99.

disposition du rapport Catala mentionnant la peine privée n'est pas sans faire écho à l'évolution américaine. En revanche, s'il est fort à parier qu'elle soit bientôt introduite par le législateur français, elle concernera le droit commun du contrat – le droit communautaire ne la prévoyant pas dans le régime spécial de la responsabilité du fait des produits défectueux. N'y aurait-elle pas sa place ? De prime abord, la nature objective de cette responsabilité semble être un obstacle de taille. La peine privée consiste en des dommages et intérêts majorés en fonction de la gravité de la faute intentionnelle commise. Or, nulle faute n'est exigée dans un cas de responsabilité de plein droit, encore moins intentionnelle. Comment a-t-elle fait son entrée dans le contentieux américain ? Mme Carval nous rappelle que la *common law* américaine a opéré un glissement de la notion de faute intentionnelle à celle de mise en danger délibérée d'autrui⁵⁵⁰. Si le fabricant sait pertinemment qu'il existe un défaut de sécurité dans son produit, alors il met juridiquement en danger la vie de ses clients et la peine privée peut être modulée en fonction de ce danger. En droit français, le régime n'est pas très éloigné. Il s'agit bien d'une responsabilité objective depuis que la CJCE a fermé le choix du régime pour faute⁵⁵¹. Quant à la notion de défectuosité, condition d'engagement de la responsabilité des fabricants, s'il est avéré que le fabricant avait connaissance du défaut, le prononcé de dommages et intérêts majorés devrait être accueillis. Pourtant, la jurisprudence interprète très strictement le caractère défectueux du produit⁵⁵². Pour preuve, la simple mention du danger dans la notice d'un médicament, s'il ne remet pas largement en cause un rapport bénéfice/risque pour le patient, empêche le produit d'être caractérisé comme défectueux⁵⁵³. A cela, s'ajoute le risque de développement, cause d'exonération de la responsabilité des fabricants. La jurisprudence française contrainte par la directive européenne et son interprétation par la CJCE ne semble pas rejoindre son homologue américaine.

L'ordre économique semble davantage être un terrain propice au prononcé de dommages et intérêts majorés.

2. Manifestations des dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes à l'ordre économique

179. Les dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes au droit de la concurrence. Abus de position dominante, entente illicite, parasitisme, contrefaçon, le droit de la concurrence est une terre d'élection pour la responsabilité civile. L'accueil des règles du droit commun de la responsabilité civile par le droit spécial de la concurrence n'est pas sans quelques répercussions déformantes pour le premier. En effet, il a déjà été mis en lumière par la doctrine que les actions en responsabilité civile introduites par la violation d'une règle de concurrence amendaient à la fois la condition du fait générateur de responsabilité et celle du préjudice.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, n° 100.

⁵⁵¹ CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00 : *REC.* CJCE 2002, I, p. 3827.

⁵⁵² L. NEYRET, "La défectuosité : nouvel enjeu du contentieux du vaccin contre l'hépatite B", *D., chron.*, 2006, 1273.

⁵⁵³ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005, *JCP*, G., 2005, I, 149, n° 7, obs. G. VINEY ; *RTD civ.*, 2005, p. 607, obs. P. JOURDAIN ; *RCA*, 2005, comm., 189, obs. Ch. RADÉ ; *JCP*, G., 2005, II, 10085, note L. GRYNBAUM, J.-M. JOB.

180. Les particularités du fait générateur. Le fait générateur d'un dommage concurrentiel peut revêtir plusieurs formes. D'une part, il peut s'agir d'un fait fautif mais il faut alors retenir une conception particulière de la faute, une faute économique, qui s'étend de la faute intentionnelle jusqu'à la faute objective⁵⁵⁴. D'autre part, il peut s'agir d'un fait causal dans les cas où le trouble concurrentiel suffit à lui seul à engager la responsabilité d'un concurrent. Dans ce dernier cas, le trouble concurrentiel devient un fait générateur autonome de responsabilité. Dans l'hypothèse d'une entente ou d'un abus de position dominante, le trouble concurrentiel, en ce qu'il est voulu ou anticipé, est en réalité révélateur d'une faute de concurrence. Un auteur a cependant récemment soutenu qu'il existe des ententes ou abus de position dominante non voulues⁵⁵⁵. Selon Mme Chagny, il existe aux côtés des troubles concurrentiels fondés sur la faute, un trouble anormal de concurrence. Ainsi, « lorsque des troubles concurrentiels que les opérateurs concernés ne pouvaient anticiper sont condamnés en raison de leur excès, la déviance apparaît introuvable et la responsabilité objective semble fondée sur un principe selon lequel *nul ne doit être à l'origine d'un trouble anormal de concurrence* »⁵⁵⁶.

181. Les particularités du préjudice. Quant au préjudice, on constate unanimement qu'il n'est plus une condition d'engagement de la responsabilité concurrentielle. En effet, le dommage concurrentiel est depuis une doctrine ancienne caractérisé de licite⁵⁵⁷. La perte de clientèle, si elle s'inscrit dans un rapport de concurrence, est jugée essentielle au bon fonctionnement du marché intérieur. Un concurrent ne souffre alors d'un préjudice qu'en présence d'une faute. Selon une jurisprudence ancienne, « il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des faits fautifs »⁵⁵⁸. Et la doctrine de qualifier cette jurisprudence de

⁵⁵⁴ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. préc.*, n° 480, p. 473.

⁵⁵⁵ Par exemple, en matière d'abus de position dominante, la CJCE estime que « peut être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive, la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté du comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement compromise », CJCE, 21 avr. 1973, *Europemballage et Continental Can c/ Comm. CE*, aff. 6/72, *Rec.CJCE*, p. 215, pt. 29 ; GA-CJCE, pp. 239 et s., n° 28 ; *RTDE* 1973, pp. 463 et s., chron. J. DE RICHEMOND et pp. 420 et s., obs. A. JACQUEMIN ; *Cah. Dr. Eur.* 1974, p. 112, obs. J. VANDAMME ; Banque 1973, p. 622, chr. L. ANSELME-RABINOVITCH ; *JDI* 1974, p. 428, note R. SAINT-ESTEBEN. *Adde*, approb. A. Bienyamé, « L'application de l'article 86 du Traité de Rome et la décision Continental Can », *RTDE* 1972, pp. 65 et s. Pour un point de vue critique, L. FOCSANEANU, « L'article 86 du Traité de Rome et la décision Continental Can de la Commission de la CEE Une interprétation contestable d'un texte mauvais », *JCP, G.*, 1972, I, 2452. V. également R. GACHES, *Concurrence, efficacité et dynamique. Une analyse économique du droit communautaire de la concurrence*, th. Toulouse I, 1996, ss la dir. A. ALCOUFFE, *spéc.* pp. 191-197.

⁵⁵⁶ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. préc.*, n° 504, p. 498. Les soulignés sont de l'auteur.

⁵⁵⁷ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1, Sirey, 1952, pp. 508-509. Pour la présentation de quelques arrêts en ce sens, *ibid.*, n° 507, p. 502.

⁵⁵⁸ V. Com. 22 oct. 1985, *sté générale mécanographique c/ sté Etienne Bureau*, *Bull. civ. IV*, p. 206, n° 245 ; *D.* 1986, somm. pp. 339 et s., obs. Y. SERRA. Ayant admis les actes déloyaux d'une société à la création de laquelle avait participé le débiteur d'un engagement de non-concurrence, la Cour d'appel avait refusé d'accorder des dommages-intérêts au motif que lesdits actes étaient demeurés sans effet. La cassation intervient au double visa de la loi des 2 et 17 mars 1791 et des articles 1382 et 1383 du Code civil. V. aussi Com. 22 mai 1984, *sté Limermans c/ sté Patrick Alès*, *Bull. civ. IV*, p. 143, n° 172 : le tiers qui conserve à son service l'employé en connaissance de cause

dérogation aux règles du droit commun de la responsabilité civile en présumant le préjudice⁵⁵⁹ ou plus exactement en déduisant « l'existence du dommage de celle de la faute »⁵⁶⁰. Cette présomption de préjudice semble s'étendre à tout le droit de la concurrence. En ce qui concerne les pratiques discriminatoires, le préjudice, selon un arrêt, « se trouve suffisamment caractérisé par les constatations sur le désavantage dans la concurrence à auteur de la diminution des marges »⁵⁶¹. En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, une autre jurisprudence énonce que « le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie »⁵⁶². Un auteur estime également que ces jurisprudences « semble[nt] bien faire fi de la preuve du préjudice mais aussi de l'exigence relative au lien de causalité »⁵⁶³.

182. Peine privée. Ces particularismes sont-ils de nature à favoriser le prononcé de dommages et intérêts majorés ? La réponse est affirmative pour les auteurs ayant traité la question⁵⁶⁴. Pourtant, le principe de réparation intégrale semble être un obstacle à l'allocation de dommages et intérêts majorés. L'analyse de la jurisprudence révèle cependant que les juges du fond n'hésitent pas à mettre à l'écart le principe de l'équivalence entre préjudice et réparation. Quelquefois même, les magistrats rappellent le principe pour mieux le violer⁵⁶⁵ ! Concrètement, les juges du fond majoraient les dommages et intérêts en prenant en compte le montant des bénéfices illégitimes.

se rend complice de la violation de la clause de non-concurrence. Les juges du fond auraient dû « rechercher si par son comportement (...), il n'avait pas tenté de détourner la clientèle, provoquant ainsi un trouble commercial constitutif de préjudice ».

⁵⁵⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 4, n° 247, citent la concurrence déloyale comme « l'exemple le plus typique » de la présomption du dommage. « Ils se contentent souvent d'un préjudice « possible et admettent même qu'il soit présumé », observe S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, th. préc.*, p. 132, n° 125. Adde, J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF, Thémis, 1989, n° 169, 124, qualifie le dommage « d'éventuel, voire hypothétique, du moins pour ordonner la cessation des actes déloyaux ».

⁵⁶⁰ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, th. préc.*, n° 125 ; M. PEDAMON, *Droit commercial*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2000, n° 569, p. 53, « la faute engendre nécessairement le préjudice » ; L. MERMILLOD, *Essai sur la notion de concurrence déloyale en France et aux Etats-Unis*, th. Lyon, 1954, LGDJ, n° 56, p. 72 : « Les tribunaux n'hésitent généralement pas à ne plus requérir une preuve de l'existence du préjudice, mais à se contenter de la preuve de l'existence du procédé déloyal, inférant ainsi de la cause à l'effet ».

⁵⁶¹ T. Com. Paris 25 nov. 1996, Min. éco. c/ ITM, *PA* 1997, n° 67, p. 20.

⁵⁶² Com 10 janv. 1995, *Sogea Auvergne Limousin SNC et a., Rec.*, p. 7 ; *Contra* Paris 26 avr. 1994, *sté Fougua, Rec.*, p. 87 ; La pratique en 500 décisions, n° 277, p. 186. La même formation avait précédemment affirmé l'inverse, à propos d'une concertation portant sur des marchés de travaux : v. Paris 19 sept. 1990, *Recours de la société Herlicq et a., Rec.*, p. 171 : « le dommage causé à l'économie est présumé par loi dès lors que l'existence d'une entente est établie ». Elle semble s'être ralliée à la position de la Cour de cassation, Cf. Paris 12 déc. 2000, *Sogea Sud-Est, RJDA* 6/01, n° 732, p. 640, (non reproduit) ; *BOCC* du 23 janv. 2001, p. 33 : les pratiques de concertation en vue de l'attribution d'un marché public de travaux routiers « caractérisent une concertation en vue de l'attribution d'un marché public de travaux routiers ».

⁵⁶³ M.-L. IZORCHE, « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, Colloque des 24 -25 oct. 1997, Université de Perpignan ; *RTD Com.* 1998, p. 17, *spéc.*, n° 44, p. 36.

⁵⁶⁴ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, th. préc.*, n° 124 et s. et M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *th. préc.*, n° 531 et s.

⁵⁶⁵ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, *th. préc.*, n° 532, p. 524.

L'affaire Rothschild est un exemple désormais bien connu⁵⁶⁶. Un homonyme des consorts célèbres a été condamné à verser des dommages et intérêts aux victimes de ces agissements parasitaires qui tenaient en compte l'enrichissement obtenu dans le calcul du préjudice. Lorsque le fait générateur est fautif, la gravité de la faute de concurrence interfère dans le chiffrage du préjudice. Un auteur note ainsi que « la mauvaise foi joue un rôle original lorsque l'autre condition fondamentale de la responsabilité, le préjudice, est défailante ou dérisoire »⁵⁶⁷. Ces jurisprudences et analyses doctrinales sont désormais bien connues et la loi du 29 octobre 2007 sur la contrefaçon va en ce sens. En transposant la directive du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relatif au respect des droits de propriété intellectuelle⁵⁶⁸, la loi prévoit outre des mesures complémentaires, des mesures réparatrices. Deux méthodes d'évaluation des dommages et intérêts y figurent. La première méthode renvoie à la peine privée. Elle consiste à prendre en considération « les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subis par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé aux titulaires des droits du fait de l'atteinte »⁵⁶⁹. La prise en compte des bénéfices du contrefacteur est un signe qui dénote le caractère de peine privée des dommages et intérêts ainsi calculés. On conclura cependant que ce dispositif était déjà présent dans la jurisprudence. Cette officialisation permettra-t-elle le prononcé de dommages et intérêts majorés plus significatifs et plus systématique ? Seule la jurisprudence à venir nous le dira. Il n'en demeure pas moins que la question de l'effectivité de la peine privée demeure posée en matière de concurrence. Certains auteurs soutiennent en effet qu'en plus de déroger au droit commun de la responsabilité civile, il n'est pas certain que le prononcé de peines privées soit opportun⁵⁷⁰. Et d'aucun de lui préférer l'amende civile⁵⁷¹ comme il en existe en matière de pratiques restrictives de concurrence⁵⁷².

⁵⁶⁶ Paris 10 juill. 1986, *Helmut Rothschild et a. c/ consorts de Rothschild*, *JCP*, G., 1986, II, 20712, note E. AGOSTINI. V. aussi, E. AGOSTINI, « Les agissements parasitaires en droit comparé : le cas Helmut Rothschild », *JCP*, G., 1987, I, 3284.

⁵⁶⁷ A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », *RIDC* 1974, pp. 467 et s., *spéc.*, n° 44, p. 492.

⁵⁶⁸ Sur la directive, J.-P. MARTIN, « La directive européenne du 29 avril 2004 visant au respect des droits de propriété intellectuelle : aboutissement ou point de départ ? », *Prop. Ind.* 2004, étude 16. Sur la loi française du 29 octobre 2007, C. CARON, « La loi du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon », *JCP*, G., 2007. I. 205 ; J.-P. GASNIER, « Quelques observations à propos de la loi de lutte contre la contrefaçon », *Prop. Ind.* 2007, étude 25 ; T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *D.*, 2008, p. 700.

⁵⁶⁹ T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *ibid.*, n° 35.

⁵⁷⁰ D. FASQUELLE, et R. MESA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.*, 2005, 2666 ; L. GRYNBAUM, « Une illustration de la faute lucrative » : le « piratage » de logiciel », *art. préc.*

⁵⁷¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *Petites affiches*, n° 232, 20 nov. 2002, p. 36 ; et D. FASQUELLE et R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGDA*, 2005, p. 351. *Contra*, à propos de la loi du 15 mai 2001, et de l'article L. 442-6 C. com., M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations, th. préc.*, n° 536, p. 527. Pour une comparaison entre dommages et intérêt et amende civile, D. FASQUELLE, « Amendes civiles ou « dommages punitifs » ? », in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines*, colloque, *Gaz. Pal.*, 9-10 nov. 2001, pp. 50 et s.

⁵⁷² L. 442-6 C. com.

183. La nature réparatrice des dommages et intérêts majorés. Que ce soit pour protéger les droits de la personnalité ou l'ordre économique, le prononcé de dommages et intérêts majorés a pour but de réparer le préjudice en octroyant une indemnité surévaluée. Cette surévaluation conduit à punir l'auteur du préjudice mais il n'en demeure pas moins que la manifestation a une nature réparatrice. En effet, *ces dommages et intérêts majorés ne sont pas prononcés en sus de dommages et intérêts normaux mais à leur place*. Cela n'a pas toujours été ainsi en droit français⁵⁷³. En droit positif, les dommages et intérêts majorés sont bien une peine privée en ce que l'indemnité est octroyée à la victime et est calculée au-delà du préjudice qu'elle a subi mais une peine privée qui a pour nature la réparation du préjudice et pour finalité la punition de son auteur. La punition demeure seconde par rapport à la réparation. À proprement parler, les dommages et intérêts majorés, s'ils sont un type de peine privée, n'apparaissent pas comme une manifestation répressive. Pour résumer, leur nature est réparatrice et leur finalité est dissuasive en vertu de l'effet prophylactique propre au droit civil et en particulier, à la responsabilité civile⁵⁷⁴. Il n'en est pas de même des astreintes et des amendes civiles.

*B. Le prononcé des astreintes et des amendes civiles pour la réparation
dissuasive des conséquences juridiques du dommage*

184. L'astreinte (1) et l'amende civile (2) sont deux types de peine privée révélant l'existence de véritables manifestations répressives. Si la première est prononcée systématiquement, la seconde demeure exceptionnelle.

1. Le prononcé systématique de l'astreinte

185. L'astreinte est une mesure judiciaire devenue systématique dès lors que l'obligation n'est pas exécutée par le débiteur. Si elle a été qualifiée de peine privée (a), on ne peut, en raison de son caractère accessoire, la confondre avec la réparation punitive du préjudice dégageé au sujet des dommages et intérêts majorés (b).

⁵⁷³ M. Tournier, à ce sujet, note qu'« à Rome les dommages-intérêts jouent le rôle de moyen de contrainte et de peine à un triple point de vue : de par la volonté des parties, sous le nom de clause pénale ; en vertu d'une disposition de la loi ; c'est le *juramentum in litem* ; enfin sous la forme de condamnation par le juge ou le magistrat. Et toujours le caractère pénal et coercitif se manifeste par l'exagération du taux des dommages-intérêts. Dans l'ancien Droit au contraire, les auteurs sont unanimes pour recommander au juge la modération (...). On voit dans les dommages-intérêts un équivalent au préjudice causé par l'inexécution et non pas une menace pour intimider le débiteur ». (...) Le Code civil n'a fait que reproduire les traditions de l'ancien Droit en matière de dommages-intérêts. J. TOURNIER, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, op. cit., p. 25 et 35. Adde – G. GARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989.

⁵⁷⁴ La peine privée est introduite par Starck comme une nécessité de la prévention qui s'impose avec évidence pour tout système juridique. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., pp. 354 et s., spéc., p. 355.

a. La qualification de l'astreinte en peine privée

186. L'astreinte est désormais une institution bien établie en droit de la responsabilité civile⁵⁷⁵. La modification de la réforme de 1972 par la loi de 1991⁵⁷⁶ ainsi que la jurisprudence de la Cour de Cassation dessinent des contours clairs à cette notion juridique. Sa qualification de peine privée ne fait pas de doute. Si la loi n'en donne pas de définition générale, la jurisprudence a été au contraire plus prolix. Ce n'est pas une « mesure d'exécution forcée »⁵⁷⁷, « c'est une mesure de contrainte à caractère personnel »⁵⁷⁸ ou bien encore « une mesure destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation »⁵⁷⁹. Fondée sur le pouvoir de *l'imperium* du juge, l'astreinte consiste à « condamner le débiteur récalcitrant à payer pour chaque jour, semaine, mois ou années de retard, une certaine somme d'argent »⁵⁸⁰. Elle constitue donc une menace ayant pour rôle d'assurer l'exécution des obligations ou de sanctionner leur inexécution. À son propos, Mme Carval rappelle qu'elle « remplit, dans notre droit, les fonctions assumées, dans les pays de *common law*, par le délit du *contempt of court* »⁵⁸¹. Son aspect comminatoire⁵⁸², son « puissant effet dissuasif »⁵⁸³, l'étendue de son domaine et la particularité de son régime, tout concourent à sa qualification de peine privée.

187. Domaine de l'astreinte en responsabilité civile. Le domaine de l'astreinte en responsabilité civile est si vaste qu'il est plus aisé de présenter dans quel cas elle ne peut pas être prononcée. En toute logique, si l'obligation juridique que l'astreinte vise à exécuter ne peut pas

⁵⁷⁵ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, th. préc.*, n° 36 et s. ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 758 et s. ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2e éd., 1995, n° 6-5 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2583 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1023 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 208 ; H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité*, t. III, 1^{er} volume, 6^e éd., n° 2484 à 2507-13 ; DENIS, *L'astreinte judiciaire, nature et évolution*, thèse (dactyl.), Paris, 1973 ; F. CHABAS, « Les astreintes », *Jurisqueleur civil*, art. 1146-1155, Fasc. VIII, 6^e et 7^e cahiers ; P. ESMEIN, « Peine et réparation », *Mélanges Roubier*, t. II, p. 37 ; FREJAVILLE, « L'astreinte », *D.*, 1949, ch., p. 1 et « La valeur pratique de l'astreinte », *JCP, G.*, 1951, I, 910 ; P. RAYNAUD, « La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence récente », *Mélanges Secretan*, 1945, pp. 249 et s. ; KAYSER, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTD civ.*, 1953, p. 209 ; M.-L. RASSAT, « L'astreinte définitive », *JCP, G.*, 1967, I, 2609 ; L. DE RUSQUEC, « La nature juridique de l'astreinte en matière civile », *JCP, G.*, 1993, I, 3699.

⁵⁷⁶ F. CHABAS, « La réforme de l'astreinte (loi 5 juill. 1972) », *D.*, 1972, ch., p. 271 et sur la loi de 1991, H. CROZE, « La loi 91-650 du 9 juill. 1991 », *JCP, G.*, 1992, I, 3555, n° 35 à 40. ; F. CHABAS, « La réforme de l'astreinte », *D.*, 1992, ch., p. 299 ; R. PERROT, « L'astreinte : ses aspects nouveaux », *Gaz. Pal.* 1991, doc. 801. D. TALLON, *Gaz. Pal.*, 1992, doc. 474.

⁵⁷⁷ Civ. 2^{ème}, 17 déc. 1997, *D.* 1998, IR 34 ; *JCP, G.*, 1998, IV, 1294 ; *RCA* 1998, n° 76.

⁵⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 24 févr. 1999, *RCA* 1999, n° 169 ; *JCP, G.*, 1999, IV, 1695.

⁵⁷⁹ Civ. 3^{ème}, 17 févr. 1976, *Bull. civ.* III, n° 110.

⁵⁸⁰ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 6-5.

⁵⁸¹ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, th. préc.*, n° 37.

⁵⁸² Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 763.

⁵⁸³ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, ibid.*

l'être de façon certaine et absolue, l'astreinte ne pourra être retenue⁵⁸⁴. De même, les obligations marquées par *l'intuitu personae*, en raison du primat de la liberté individuelle⁵⁸⁵, ne peuvent donner lieu au prononcé d'une astreinte. Sinon l'étendue progressive du domaine d'application de l'astreinte⁵⁸⁶ conduit désormais à son prononcé pour toutes les obligations légales, délictuelles ou contractuelles ayant un caractère patrimonial, y compris celles de ne pas faire⁵⁸⁷. M. Le Tourneau observe qu'elle est un outil efficace du respect des droits de la personnalité⁵⁸⁸ et qu'elle est prononcée en responsabilité civile autant pour la cessation d'un fait illicite⁵⁸⁹, d'un acte de concurrence déloyale⁵⁹⁰, d'une activité causant un trouble de voisinage⁵⁹¹, que pour obtenir d'un débiteur qu'il s'acquitte de ses obligations⁵⁹².

188. Régime de l'astreinte. L'astreinte peut être prononcée sous deux formes différentes. Par défaut, elle est dite provisoire en ce qu'elle peut varier en fonction de la solvabilité et de la résistance du débiteur récalcitrant. Si l'astreinte provisoire ne parvient pas à faire exécuter l'obligation, une astreinte définitive peut être ordonnée. L'astreinte est dite définitive car son montant prévu par le jugement ne peut être modifié ensuite lors de sa liquidation. Le régime qui s'applique à ces deux types d'astreinte fait ressortir son caractère de peine privée pour deux raisons. La première réside dans l'appréciation de l'astreinte en fonction de la gravité de la faute à ne pas exécuter l'obligation. L'astreinte n'est donc pas quantifiée au regard du préjudice subi par le créancier⁵⁹³. C'est un trait distinctif de la peine privée que nous avons déjà mis en lumière. La seconde raison réside dans le pouvoir accordé au juge. Non seulement le juge peut choisir entre les deux types d'astreinte⁵⁹⁴, mais il peut également fixer librement le taux et la durée de l'astreinte⁵⁹⁵, il peut la liquider au chiffre qu'il estime juste⁵⁹⁶, il peut la réduire ou même la supprimer en ce qui concerne l'astreinte provisoire car en ce qui concerne l'astreinte définitive, le juge n'a pas la possibilité de modifier la somme fixée au départ. De surcroît, tout juge même en référé peut prononcer une astreinte⁵⁹⁷ sans motivation⁵⁹⁸ et le cours de celle-ci n'est pas suspendu

⁵⁸⁴ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2587.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Sur cette progression, voir, G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 6-5, p. 15.

⁵⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 16 juill 1992, *JCP*, G., 1993, 22017, note Ph. Le TOURNEAU.

⁵⁸⁸ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 1619 et 2587.

⁵⁸⁹ T. com. Seine, 18 janv. 1954, *D.* 1954, p. 284, Mesure de cessation de publication d'un journal dont le titre prête à confusion.

⁵⁹⁰ Soc., 13 nov. 1990, *Bull. civ.* V, n° 547.

⁵⁹¹ Civ. 2^{ème}, 16 juill 1992, *préc.*

⁵⁹² CA Poitiers, 19 mars 1956, *D.* 1956, 325.

⁵⁹³ Art. 36 al. 1 de la loi du 9 juill. 1991. Civ 2^{ème}, 28 oct. 1999, *RCA* 2000, n° 41.

⁵⁹⁴ Civ. 2^{ème}, 11 mars 1987, *D.* 1987, IR, 65.

⁵⁹⁵ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 2588 et G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *ibid.*

⁵⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1988, *D.* 1988, IR, 289.

⁵⁹⁷ Art. 491 al. 1^{er} CPC ; Civ. 2^{ème}, 18 févr. 1999, *D.* 1999, IR, 73 ; J. NORMAND, "Astreintes et référé", *RTD civ.* 1989, p. 128.

⁵⁹⁸ Civ. 3^{ème}, 23 oct. 1974, *Bull. civ.* III, n° 376, p. 285 ; *D.* 1975, IR, 11 ; Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 72, p. 58.

par l'appel lorsque l'arrêt maintient le jugement qui l'avait prononcé⁵⁹⁹. Le juge jouit donc d'un pouvoir discrétionnaire⁶⁰⁰ proche de ce qu'exprime l'esprit de la peine privée.

b. L'exclusion de l'astreinte de la réparation dissuasive du dommage

189. *L'astreinte est une véritable manifestation répressive ; elle ne concourt pas à la réparation dissuasive du préjudice mais à la répression préventive du préjudice.* En d'autres termes, elle est une menace à l'encontre de l'auteur du préjudice et non une indemnité en faveur de la victime. Ce constat ressort des caractères accessoires, indépendant et comminatoire de l'astreinte qui en font une mesure préventive très efficace.

190. Caractère accessoire et indépendant de l'astreinte en responsabilité civile. La première raison qui démontre que l'astreinte n'est pas une sanction réparatrice réside dans le caractère accessoire de l'astreinte. Cette dernière ne peut être prononcée que s'il existe une condamnation principale⁶⁰¹. L'astreinte suit le sort de la mesure de réparation dont elle doit assurer l'exécution ce qui explique certaines conditions de son application : son exécution provisoire ne peut pas être ordonnée sans celle de la condamnation principale ; en cas de pourvoi en cassation, l'astreinte n'est pas soumise à l'effet suspensif⁶⁰² ; si la condamnation principale se retrouve dans l'impossibilité d'être exécutée pour cas de force majeure ou de cas fortuit, l'astreinte même définitive est supprimée⁶⁰³ ; si la réparation elle-même est impossible, l'astreinte est également supprimée⁶⁰⁴ ; et enfin, si l'auteur du préjudice paie la liquidation de l'astreinte, il n'en est pas pour autant dispensé d'exécuter la mesure de réparation⁶⁰⁵. La seconde raison réside dans la reconnaissance légale de l'indépendance des dommages et intérêts à l'égard de l'astreinte souvent rappelée par la Cour de cassation⁶⁰⁶. Selon l'article 34 alinéa un de la loi du 9 juillet 1991, l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts, ce qui lui permet de dépasser la valeur du préjudice⁶⁰⁷. Cette disposition légale vient mettre un terme à une controverse doctrinale sur ce point⁶⁰⁸.

⁵⁹⁹ CA Rouen, 7 avr. 1970, *D.* 1970, 412, note F. CHABAS.

⁶⁰⁰ Expression de Mme Viney. M. Chartier emploie l'expression de « pouvoir absolu ». Cf. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*, note de bas de page n° 69 et Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, p. 906.

⁶⁰¹ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 764.

⁶⁰² *Crim.*, 5 juin 1979, *JCP*, G., 1979, IV, 262.

⁶⁰³ *Civ.* 3^{ème}, 17 déc. 1974, *D.* 1975, IR, 58 ; *Bull. civ.* III, n° 465, p. 360.

⁶⁰⁴ L'astreinte ne prend donc effet qu'après la notification de la condamnation au principal, *Civ.* 3^{ème}, 9 nov. 1976, *Bull. civ.* III, n° 402, p. 305 ; *D.* 1977, p. 561, note DENIS ; *Civ.* 3^{ème}, 18 nov. 1980, *Bull. civ.* III, n° 178, p. 133.

⁶⁰⁵ *Civ.* 1^{ère}, 12 juill. 1960, *S.* 1960, somm. 95.

⁶⁰⁶ *Civ.* 2^{ème}, 17 avril 2008, n° 07-10.065, *Bull. civ.* II, n° 88.

⁶⁰⁷ Cf. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 6-5, p. 17. TGI Paris, 31 janv. 1984, *D.* 1984, J., 283.

⁶⁰⁸ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 766. A l'époque où M. Tournier soutenait sa thèse en 1896, on peut noter qu'astreinte et dommages-intérêts sont des synonymes.

191. Caractère comminatoire de l'astreinte. Les caractères accessoire et indépendant de l'astreinte démontrent ainsi que cette peine privée à une nature répressive contrairement à la nature réparatrice des dommages et intérêts majorés. Mais alors, d'où provient sa finalité préventive ? L'astreinte possède un caractère comminatoire duquel lui provient sa finalité préventive⁶⁰⁹. En effet, avant d'être liquidée et de devenir pleinement peine privée, *l'astreinte est une menace, une mesure de contrainte ayant pour but de prévenir la continuité du préjudice*⁶¹⁰. *L'astreinte n'a donc pas pour effet de prévenir un préjudice, ou un risque de préjudice mais la continuité dans le temps des conséquences préjudiciables d'un dommage non encore réparé.*

192. Efficacité de l'astreinte en responsabilité civile. Et à ce titre, l'astreinte est une mesure très efficace. En effet, l'auteur du préjudice n'est pas assuré que le juge réduira le montant de l'astreinte au moment de sa liquidation qui peut alors s'avérer très importante. La somme accordée au titre de l'astreinte produit ensuite des intérêts au taux légal⁶¹¹ et est exécutoire par provision⁶¹². La menace se concrétise alors avec sévérité. Tant et si bien que certains juges l'ont prononcée d'une manière détournée lorsque les conditions de son application ne sont pas réunies. Mme Carval présente ainsi une ordonnance rendue par le Président du Tribunal de grande instance de Paris ayant prononcé à titre de provision sur dommages et intérêts une véritable astreinte dans le fait de demander le versement d'une somme de 40 francs pour chaque exemplaire non retourné d'un magazine qui faisant des révélations fautives sur l'intimité de la vie privée d'une personne⁶¹³. L'auteur et la doctrine en général notent cependant que, si l'astreinte jouit d'un caractère arbitraire, les magistrats en usent avec discernement⁶¹⁴.

2. Le prononcé exceptionnel de l'amende civile

193. L'amende civile, au contraire de l'astreinte, n'est pas monnaie courante. Prévue à l'article 32-1 CPC⁶¹⁵, elle n'est pas prononcée à titre d'effet des règles du droit commun de la responsabilité civile. Pourtant, le législateur moderne la prévoit de plus en plus. En ce sens, le dernier rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires⁶¹⁶, la récente loi portant réforme de la

⁶⁰⁹ *Ibid.*, n° 763. Au moment de liquider l'astreinte, le montant ne résulte que de l'appréciation par le juge du comportement de l'auteur du préjudice « dans une optique quasi-pénale observe Mme Viney. V. Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1987, *Bull. civ.* II, n° 48, p. 26 ; Civ. 3^{ème}, 18 mars 1987, *Bull. civ.* III, n° 53, p. 32

⁶¹⁰ Sur cette distinction avant et après liquidation de l'astreinte, cf. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, ibid.*

⁶¹¹ Sur le fondement de l'art. 1153-1 C. civ. ; Com. 19 mars 1991, *D.* 1991, IR, 112.

⁶¹² Art. 37 L. 9 juill. 1991.

⁶¹³ TGI Paris, 23 juin 1984, cité par S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, ibid.* Confirmé en appel. CA Paris, 12 nov. 1985 et accueilli par la Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1988, *JCP*, G., 1988 IV, p. 212.

⁶¹⁴ J. NORMAND, « Chronique de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1985, p. 436 ; S. CARVAL, *ibid.*, n° 39 et 40.

⁶¹⁵ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^e éd. refondue, 2004, n° 578 et s.

⁶¹⁶ H. MATSOPOULOU, « Un premier regard sur la dépenalisation de la vie des affaires », *D.* 2008, p. 864. « (...) le rapport présenté par Mme Hagelsteen propose de sanctionner ces pratiques par une amende civile avec un plafond fixé non pas en valeur absolue, mais en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise (5% du chiffre d'affaires réalisé en France) ».

protection juridique des majeurs⁶¹⁷ ou bien encore la loi du 9 septembre 2002 portant réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 sur les mineurs⁶¹⁸ et le décret plus ancien en droit des assurances⁶¹⁹. Dans ce flux très actuel, on observera tout de même un domaine de la responsabilité civile où l'amende civile a fait son entrée sous les foudres de la critique doctrinale : la sanction des pratiques restrictives de concurrence.

194. L'amende civile prononcée contre les pratiques restrictives de concurrence.

L'introduction de l'amende civile en droit de la concurrence est récente. Elle est prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce depuis la Loi NRE afin de sanctionner l'auteur d'une faute lucrative ayant entraînée un préjudice à des particuliers. Son montant s'élève à 2 millions d'euros⁶²⁰. Cet article a évolué jusqu'à la loi du 4 août 2008. A l'origine, il comptait cinq cas d'ouverture. Actuellement, il en compte dix et l'amende civile « peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ». Seuls le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent la demander, ainsi que la cessation des pratiques litigieuses, la nullité des clauses les stipulant, la répétition de l'indu, ainsi que la réparation des préjudices subis. La juridiction saisie, civile ou administrative, peut ordonner la publication de la décision ainsi que son insertion dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. En référé, l'astreinte peut également accompagner la cessation des pratiques ou toute autre mesure provisoire. La couverture ne saurait être plus grande !

195. L'amende civile, peine privée proche de l'astreinte. A l'époque de la discussion de la loi NRE, dommages et intérêts punitifs et amende civile étaient envisagés ensemble pour l'article L. 442-6. A ce sujet, M. Fasquelle estimait que l'amende civile fixée par le législateur conduit à moins d'arbitraire que l'estimation des dommages et intérêts punitifs⁶²¹. Cette différence n'est pas absolue. En effet, dans le rapport de M. Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires, il est préconisé de fixer le montant de l'amende civile non par un plafond mais en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise⁶²², un chiffre fixe (5%) selon nous trop abstrait compte tenu de la grande différence entre les entreprises.

⁶¹⁷ Nouveaux articles 388-3 et 417 C. civ. modifiés par les art. 4 et 7 de la Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs. Une amende civile est ainsi prononcée contre les personnes qui n'ont pas déféré aux injonctions prononcées contre les personnes chargés de la protection des majeurs.

⁶¹⁸ Art. 10-1 de la L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 disposant d'une amende civile contre les parents qui ne défèrent pas aux convocations judiciaires.

⁶¹⁹ Art. L. 211-14 C. ass. disposant que « si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime. »

⁶²⁰ Sur ce régime, M. BEHAR-TOUCHAIS et D. FERRIER, « Les pratiques restrictives de concurrence », *Cah. dr. entr.*, 2001, vol. n° 4, pp. 18 et s.

⁶²¹ D. FASQUELLE, « Concurrence déloyale : amendes civiles ou dommages punitifs », Exposé introductif, *Gaz. Pal.*, 9 et 10 novembre 2001, p. 1681.

⁶²² H. MATSOPOULOU, « Un premier regard sur la dépénalisation de la vie des affaires », *D.* 2008, p. 864, spéc. le n° 3.

Cela étant, il existe néanmoins des *différences entre dommages et intérêts punitifs et amende civile*. « En droit judiciaire privé, les textes du nouveau Code de procédure civile qui prévoient l'attribution de dommages et intérêts distinguent nettement entre l'amende civile et les indemnités réparatrices »⁶²³. En effet, l'amende civile n'exclut pas l'allocation de dommages et intérêts. Elle ne peut être demandée par la victime et son versement ne lui échoie pas. Elle ne concerne en rien la réparation du préjudice. Elle est une véritable mesure répressive à finalité préventive. Cette finalité préventive est reconnue à l'amende civile. Mme Béhar-Touchais rappelle d'une part que « si l'on cherche davantage à prévenir les pratiques condamnables dénoncées par Daniel Fasquelle, on a besoin d'autre chose que de la simple réparation du dommage », et d'autre part que « l'amende civile participe bien de la volonté législative d'éviter que la faute soit lucrative »⁶²⁴.

Les manifestations de la réparation dissuasive des conséquences du dommage sont assez diverses. Peut-on en trouver l'unité par l'identification de caractères communs ?

§2. Les caractères propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du préjudice

196. De l'étude des peines privées, nous avons dégagé les manifestations réparatrices ayant une finalité préventive (les dommages et intérêts majorés) des manifestations répressives à finalité préventive (les astreintes et les amendes civiles). Cette distinction se retrouve-t-elle au niveau de leur caractère (A) et de leur condition d'application (B) ?

A. Les caractères propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage

197. Les caractères propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage (1) mettent en évidence leur nature réparatrice contrairement à la nature répressive des manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage (2).

1. Les caractères propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage

198. Caractère proportionné. Par principe, les dommages et intérêts sont une mesure intégrale, c'est-à-dire strictement proportionnée au montant du préjudice. Nous avons pu le vérifier en ce qui concerne les dommages et intérêts sanctionnant un dommage futur, l'exposition à un risque ainsi que pour les dommages et intérêts provisionnels et moratoires. Les dommages et intérêts

⁶²³ Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Dommages et intérêts », *Dalloz encyclopédie*, 1997, n° 13.

⁶²⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 2002, n° 232, pp. 36-44.

majorés échappent à ce constat. Au contraire, les dommages et intérêts majorés sont proportionnés à la gravité de la faute commise ou, à défaut de faute dans certains cas de concurrence déloyale, à l'anormalité du trouble concurrentiel. Cette particularité du caractère proportionné propre aux dommages et intérêts majorés est due au rejet du principe de réparation intégrale. L'étude du régime de ces dommages et intérêts majorés a effectivement montré que les juges du fond mettent à l'écart le principe de l'équivalence entre préjudice et réparation lorsqu'ils proportionnent l'indemnité allouée à la gravité de la faute commise. M. Boris Starck propose d'aller plus loin. Selon lui, ce que la majorité estime n'être que des exceptions au principe de réparation intégrale est plus exactement révélateur de l'existence d'un principe de la réparation graduée selon les fautes⁶²⁵. Nous proposerons pour notre part un autre principe gouvernant les effets de la responsabilité civile⁶²⁶.

199. Caractère non adéquat. Les dommages et intérêts majorés s'émancipent des autres formes de dommages et intérêts que nous avons précédemment étudiées par leur caractère non adéquat. Par adéquat, nous avons montré en se fondant sur l'étude de M. Robert⁶²⁷ qu'une sanction est prononcée en tenant compte de la réalité du préjudice ou plus largement de l'injustice que subit un sujet de droit à cause d'un acte ou d'un fait juridique. Or, le propre de la peine privée est de ne pas tenir compte de la victime mais de l'auteur du préjudice. En ce sens, les dommages et intérêts majorés, parce que surévalués en valeur, ne sont pas une sanction adéquate ; ils sont volontairement évalués sans adéquation avec la réalité préjudiciable. Alors qu'ils sont alloués à la victime, ils sont prononcés discrétionnairement à l'encontre de l'auteur du préjudice d'où leur nature de peine privée. Ce qui, du reste, n'est pas sans choquer certains auteurs estimant que les dommages et intérêts majorés entraînent un enrichissement sans cause de la victime⁶²⁸.

200. Pouvoir discrétionnaire. Enfin, les dommages et intérêts majorés procèdent d'un pouvoir discrétionnaire très fort. De notre étude des différentes formes de dommages et intérêts, il ressort

⁶²⁵ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., pp. 384 à 387.

⁶²⁶ Cf. *infra*, n° 654 et s.

⁶²⁷ J.-H. ROBERT, *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, th. préc. Cf. *supra*, n° 51-2.

⁶²⁸ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 385. Il est intéressant de citer le passage du Traité des professeurs Mazeaud afin de comprendre comment l'auteur rejette leur raisonnement : « Il est souverainement injuste de ne pas accorder à la victime une réparation complète lorsque le responsable a seulement commis une faute légère. On oblige la victime à supporter définitivement un préjudice, alors qu'elle est restée étrangère à sa réalisation. Le juge dispense l'auteur de la faute d'une partie de la réparation. Mais qu'il y prenne garde. Il se croit seulement indulgent et c'est un cadeau qu'il fait au responsable avec l'argent de la victime. Et – inversement il est foncièrement inéquitable d'obliger le responsable à une indemnité qui dépasse le dommage sous prétexte que la faute est grave. La victime n'a droit à aucun cadeau, et c'est un cadeau que lui fait le juge avec l'argent du responsable. Le juge se croit généreux, mais la générosité est facile avec l'argent des autres... ». Et Starck de commenter, « Il est facile de voir que ce raisonnement contient une pétition de principe. Pour proclamer *injuste* l'appauvrissement ou l'enrichissement de la victime, il faut démontrer au préalable que la justice, ou plus exactement le droit, exige une réparation uniforme établie sur une base immuable. Or, c'est là l'objet propre de la controverse. Si l'idée de peine privée est juste en soi, il devient évident que « l'enrichissement » ou « l'appauvrissement », si tant est que l'on doive encore employer ces termes, auront une base *légitime*, une *cause*, et toute critique disparaîtrait de ce fait ». Les soulignés sont de l'auteur.

effectivement toujours l'existence d'un pouvoir modérateur du juge notamment du fait de l'inexistence de barèmes de calcul précis. En matière de peine privée, il s'agit véritablement d'un pouvoir discrétionnaire dans la mesure où l'évaluation de la gravité d'une faute dépend d'un jugement en fait difficilement objectivable. Nous avons néanmoins pu noter que les juges eux-mêmes en France procédaient avec discernement loin des fastes des jugements américains. Ceux qui redoutent toujours le gouvernement des juges ne trouveront pas matière ici.

2. Les caractères propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage

201. On peut considérer que l'astreinte et l'amende civile sont deux manifestations représentatives des sanctions répressives de la responsabilité civile. Leur caractères en attestent.

202. Caractère non adéquat. L'astreinte comme l'amende civile n'est pas une sanction adéquate. Elles sont toutes les deux surévaluées en valeur soit par le juge, pour la première, soit par le législateur, pour la seconde. De ce caractère non adéquat ressort leur nature punitive. Nous avons en effet montré qu'elles pouvaient atteindre un montant très important, jusqu'à 2 millions d'euros en ce qui concerne l'amende civile sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence.

203. Caractère proportionné. L'astreinte est proportionnée à la solvabilité et à la culpabilité du débiteur. Son montant est librement fixé par le juge en fonction de la capacité de résistance du débiteur, c'est-à-dire sa capacité économique et sa capacité à être récalcitrant à l'exécution de l'obligation. Fixées par un jugement premier, elle peut être liquidée à un autre montant. Si l'amende civile est plafonnée par le législateur, elle possède également un caractère proportionné puisque le juge la fixe au montant qu'il estime nécessaire en dessous du plafond. Comme l'astreinte, l'amende civile est évaluée en fonction des comportements déviants entraînant un trouble ou des comportements illicites entraînant une faute. La solvabilité du débiteur et sa culpabilité seront aussi deux facteurs le guidant dans l'évaluation du montant de l'amende civile.

204. Pouvoir discrétionnaire. Il ressort de ce caractère proportionné que la libre fixation du montant de l'astreinte de l'amende civile révèle l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. Ce dernier est néanmoins encadré en cas d'amende civile par un plafond légal.

205. Caractère provisoire – seul caractère non déterminant. En revanche le caractère provisoire n'est pas déterminant parce qu'il concerne uniquement l'astreinte. En effet, cette sanction ne devient peine privée qu'une fois liquidée. Si le débiteur exécute l'obligation, alors la menace que constitue l'astreinte n'a pas lieu d'être et sa liquidation non plus. L'astreinte a donc un caractère provisoire. Au contraire, l'amende civile n'est pas une menace mais une sanction constatant la violation d'une norme. Elle a un caractère définitif.

Les caractères des manifestations de la réparation dissuasive des conséquences du dommage font ressortir la nature réparatrice de celles prononcées pour prévenir les conséquences

matérielles et la nature répressive de celles prononcées pour prévenir les conséquences juridiques du dommage. Elles se distinguent également par leur conditions.

B. Les conditions propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage

206. La recherche des conditions des manifestations réparatrices (1) précédera celle des manifestations répressives (2).

1. Les conditions propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage

207. Faute lucrative ou autre faute grave. Les dommages et intérêts punitifs visent à punir lourdement l'auteur d'un préjudice en raison de sa faute. L'estimation des dommages et intérêts se fait ainsi selon la gravité de la faute commise. En cas de réparation d'une concurrence déloyale, la faute est dite lucrative. Elle profite à l'auteur du préjudice en dépit des sanctions qu'il sait encourir. Il en est de même en cas d'atteinte à la vie privée. Notre étude précédente l'a montré. *La faute grave, lucrative ou non, constitue ainsi le maître étalon de l'estimation des dommages et intérêts majorés. Cette estimation est surévaluée précisément en raison de la commission d'une faute.*

208. Préjudice licite. En revanche, la condition du préjudice importe peu. Le préjudice est dit licite en raison du jeu de la concurrence. En soi, les concurrents agissent pour se prendre entre eux des parts de marché. Dès lors, un préjudice pourrait être caractérisé à chaque fait de concurrence. Pour éviter cet illogisme, le préjudice est dit licite. Ainsi, en matière de concurrence déloyale, seule la faute importe. De nouveau, on constate qu'il revient à la notion de faute de constituer la base de l'estimation des dommages et intérêts.

Ce n'est pas le cas pour les manifestations répressives.

2. Les conditions propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage

209. Préjudice ou inexécution illicite. L'astreinte comme l'amende civile nécessite la commission d'un préjudice. Ce dernier est dit continu dans la mesure où l'inexécution de l'obligation du débiteur est condition du prononcé de l'astreinte. En d'autres termes, si l'obligation est exécutée, l'astreinte cesse. Elle n'est qu'une menace qui a pour but de prévenir que l'inexécution ne s'inscrive dans la durée. Au contraire, l'amende civile est due lorsque le préjudice est réalisé au même titre que la réparation à laquelle elle se surajoute. L'astreinte comme l'amende civile ne se confond pas avec les dommages et intérêts en ce qu'elles sont versées en sus.

210. Condamnation principale. Une seconde condition est nécessaire. Ces mesures ne sont possibles qu'en cas de condamnation principale au fond comme en référé. Pour l'amende civile, la condamnation sera prononcée par une juridiction civile uniquement. L'astreinte, quant à elle, peut être prononcée par une juridiction pénale, civile ou administrative.

En résumé, les manifestations réparatrices (dommages et intérêts majorés) et répressives (astreintes, amendes civiles) de la réparation dissuasive des conséquences du dommage ont en commun un caractère proportionné, un caractère non adéquat et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire. Les premières ont pour objet la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage tandis que les secondes visent les conséquences juridiques du dommage. Si elles ont une finalité préventive et des caractères communs, on ne peut pas conclure à l'appartenance de ces manifestations à un même ensemble cohérent. En effet, le caractère proportionné n'est pas le même. Dans le cas des dommages et intérêts majorés, la proportionnalité se fait bien sur la mesure à prendre par le juge, comme c'est le cas pour toutes les manifestations préventives répertoriées depuis le début de cette étude. Au contraire, le caractère proportionné de l'astreinte et de l'amende civile a pour objet la personne condamnée, le civilement responsable. En somme, on retrouve la preuve de la nature proprement répressive de ces peines privées dans l'objet particulier de leur caractère proportionné. *Les manifestations dissuasive des conséquences juridiques du dommage (astreinte, amende civile) ne sont pas des manifestations préventives mais répressives* qu'il convient d'exclure de l'ensemble unitaire qui se dessine nettement depuis le début de l'étude.

211. Conclusion de section. Les manifestations préventives de la responsabilité civile se retrouvent également lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice en mettant l'accent sur la dissuasion. C'est la problématique de la peine privée. Or, la peine privée est une notion qui recouvre elle-même plusieurs manifestations. Nous en avons démontré quatre et étudié deux. D'une part, nous avons montré qu'il existait une *réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage sous la forme de dommages et intérêts majorés*. De ces dommages et intérêts surévalués en valeur, la prévention est présente par sa finalité. Par cette surévaluation, on dissuade l'auteur de récidiver et les autres prétendants de commettre un préjudice qui leur apparaîtra lourdement sanctionné. On retrouve ainsi le caractère proportionné propre aux manifestations préventives de la responsabilité civile. D'autre part, nous avons montré qu'il existe aussi, en parallèle, une *réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage*. Il s'agissait alors d'étudier l'astreinte et l'amende civile. Ces deux mesures, extérieures au droit de la responsabilité civile, se surajoutent à la réparation et possèdent une finalité préventive identique aux dommages et intérêts majorés : la dissuasion. Cependant, leur caractère proportionné n'est pas le même que celui de ces derniers. Les manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage sont en réalité l'expression d'une *répression préventive du préjudice qui se distingue des autres types de peines privées en ce qu'elle ne consiste pas à réparer le dommage mais uniquement à condamner son auteur*.

212. Conclusion de chapitre. Aux côtés des manifestations préventives de la réalisation du dommage, ce chapitre a montré qu'il coexistait des manifestations préventives des conséquences du dommage. Ces manifestations recouvrent deux réalités. Elles s'évincent de la jurisprudence,

d'une part, lorsque l'atteinte ne s'est pas matériellement réalisée mais que ses conséquences juridiques sont admises (dépenses destinées à prévenir un dommage, dommage futur, exposition à un risque) ; d'autre part, lorsque l'atteinte s'est produite mais que ses conséquences juridiques sont en cours de qualification (dommages et intérêts provisionnels, dommages et intérêts moratoires). Le droit positif de la responsabilité civile contient un ensemble de manifestations permettant de prévenir les conséquences désagréables pour la victime venant du délai séparant dans le temps l'atteinte matérielle et la reconnaissance de ses conséquences juridiques. Ainsi, nous avons mis au jour l'existence d'une réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage conditionnée à l'admission de ses conséquences juridiques et une réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage conditionnée à la réalisation de ses conséquences matérielles. Cette découverte illustre la distinction faite dans la doctrine entre le dommage (atteinte matérielle) et le préjudice (conséquence juridique sur la personne et son patrimoine). Ainsi éprouvée, cette distinction sera reprise et intégrée à notre représentation de la responsabilité civile⁶²⁹. Elle permet de représenter clairement le fait que la responsabilité civile peut être engagée préventivement lorsqu'il y a dissociation du dommage et du préjudice⁶³⁰.

Les manifestations préventives des conséquences du dommage forment un tout cohérent à raison d'un caractère qu'elles partagent : celui du pouvoir d'interprétation du juge variant en intensité selon la mesure prononcée : pouvoir modérateur pour les manifestations de la réparation anticipée (hormis les dommages et intérêts moratoires), pouvoir discrétionnaire pour les manifestations de la réparation dissuasive.

213. Conclusion de titre. Les manifestations préventives existent en droit de la responsabilité civile. Elles sont prononcées par la jurisprudence en vue de prévenir le dommage et ce, à différents stades⁶³¹. **Avant la réalisation du fait dommageable**, les manifestations préventives de la responsabilité civile consistent soit en des mesures préventives d'anticipation du risque connu de dommage soit en des mesures de précaution du risque inconnu de dommage. Ces manifestations s'illustrent notamment dans les contentieux des atteintes à la vie privée, des atteintes au droit de la concurrence, des produits défectueux ainsi que des antennes relais de téléphonie mobile. Leur spécificité est d'être prononcées avant même que le fait matériel ne soit produit. Autrement dit, l'illicéité du fait potentiellement à l'origine d'un dommage n'a pas été rapportée. Par exemple, il s'agit d'anticiper le dommage qui résulterait de la publication future d'un livre qui contiendrait des propos diffamants. En outre, ce risque de dommage peut être inconnu de l'état actuel des connaissances scientifiques et engendrer néanmoins l'application de la responsabilité civile dans une logique de précaution comme c'est le cas dans le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile. **Au cours de la réalisation du fait dommageable**, les manifestations préventives consistent en des mesures de cessation de l'illicite en l'absence de dommage réalisé. Effectivement, la réalisation du fait matériel peut durer dans le temps et constituer juridiquement un trouble n'engendrant pas immédiatement un dommage. La responsabilité civile peut alors être engagée pour ordonner la cessation du trouble en vue d'éviter que le dommage ne se produise. **Après la réalisation du fait dommageable**, les manifestations

⁶²⁹ Cf. *infra*, n° 458.

⁶³⁰ Cf. *infra*, n° 453 à 459.

⁶³¹ Cf. *infra*, fig. 1, Des manifestations préventives aux sanctions préventives, p. 458.

préventives consistent en des dommages et intérêts anticipés. Ces manifestations sont prononcées dans deux hypothèses. D'une part, la responsabilité civile peut être prononcée alors même que la qualification du préjudice n'est pas définitivement admise. Le juge de la responsabilité n'attend pas que le préjudice soit rapporté au fond pour allouer en référé des dommages et intérêts provisionnels qui peuvent atteindre 100 % du dommage souffert. D'autre part, la responsabilité civile est également prononcée lorsque le préjudice est juridiquement établi mais que la réalisation matérielle du dommage n'est pas advenue. L'allocation de dommages et intérêts provisionnels s'effectue alors en cas de dommage futur, de l'exposition à un risque ainsi que pour les dépenses futures destinées à prévenir un risque de dommage. **Après la qualification du fait dommageable**, *les manifestations préventives consistent en des peines privées civiles majorées en valeur.* Elles permettent au juge peut retenir la responsabilité civile en prévention des comportements futurs de l'auteur du dommage. En effet, il existe des cas où la faute de ce dernier conduit à retenir une réparation dissuasive sous forme de dommages et intérêts surévalués par rapport à l'atteinte subie. De même, une amende civile peut être imposée légalement en ce sens.

Au sortir de cette étude des données positives du droit, un constat se fait jour. *Les manifestations préventives de la responsabilité civile sont exclusivement jurisprudentielles. Autrement dit, elles puisent leur origine dans le traitement judiciaire des normes du droit de la responsabilité et non directement dans la lettre de ces dernières.* En effet, L'étude des manifestations préventives de la responsabilité civile fait ressortir tout un ensemble hétérogène et hétéroclite de mesures. Dès lors, il importait de rechercher si ces manifestations représentaient un même phénomène ou, au contraire, si elles étaient l'expression de différents phénomènes. Pour le savoir, nous avons recherché leurs caractères. Il s'est avéré que les manifestations préventives, aussi diverses soit-elles, partagent un ensemble homogène de caractères : adéquat, proportionné, évolutif, et fruit d'un pouvoir d'interprétation (modérateur ou discrétionnaire). Ces caractères forment une famille : ils ont en commun leur nature judiciaire. *Cette caractérisation des manifestations préventives de la responsabilité civile est fondamentale. Elle dénote l'existence d'un traitement judiciaire préventif des normes de la responsabilité civile.* Dans le cas des manifestations préventives des conséquences du dommage, ce traitement particulier est reconnu explicitement en doctrine par l'identification du pouvoir modérateur et discrétionnaire du juge. En revanche, ce pouvoir n'est pas reconnu pour les manifestations préventives de la réalisation du dommage alors qu'il s'évince du travail d'interprétation exercé par le juge (et non des textes des normes) dans la mesure de la proportionnalité de la sanction et dans l'intensité de l'adéquation de la sanction. En somme, *le pouvoir d'interprétation du juge est explicite et reconnu pour les manifestations préventives des conséquences du dommage tandis qu'il est implicite et ignoré dans le cas des manifestations préventives de la réalisation du dommage.*

Les chapitres suivants n'auront de cesse de tirer tous les enseignements de ce traitement judiciaire préventif des normes de la responsabilité civile, à commencer par la recherche de sa qualification dans le discours du droit de la responsabilité civile.

TITRE 2

LA QUALIFICATION DE SANCTION DES MANIFESTATIONS PREVENTIVES DE LA RESPONSABILITE CIVILE

214. Problématique. Les manifestations préventives de la responsabilité civile ont des caractères communs propres à en induire une qualification unitaire. Cette qualification unitaire des manifestations préventives est-elle présente en doctrine ? Si la réponse est positive, alors l'ensemble des manifestations recensées pourra être conçu comme l'expression d'une même notion. À l'inverse, s'il existe plusieurs qualifications alors il conviendra de trier parmi ces manifestations préventives et de proposer une typologie fondée sur leurs différences.

215. Hypothèse. Cette problématique de la qualification des manifestations préventives de la responsabilité civile nécessite ainsi de rechercher les qualifications actuellement présentes tant en doctrine qu'en droit positif. Or, nous constaterons qu'il en existe un certain nombre mais qu'aucune ne permet de recouvrir l'ensemble des manifestations répertoriées. Cependant, nous émettons l'hypothèse que les qualifications existantes éclairent chacune une facette différente des manifestations à partir d'une même notion - celle de la sanction. Cette hypothèse de bon sens corrobore notre constat fondamental de la nature exclusivement jurisprudentielle des manifestations préventives de la responsabilité civile. Pourtant, la qualification de sanction n'est pas avancée en doctrine et la notion de sanction ne semble pas permettre de qualifier les manifestations préventives de la responsabilité civile. Alors, la qualification de sanction qui peut s'induire des différentes qualifications actuelles n'aurait de sens qu'en revisitant la notion de sanction juridique en théorie du droit.

216. Dans un premier temps, il nous apparaîtra qu'il n'existe pas de qualification de sanction des manifestations préventives (Chapitre 1). Dans la mesure où les qualifications alternatives procèdent de la notion de sanction, corroborant notre constat fondamental, nous proposerons dans un second temps de montrer en quoi la qualification de sanction est la seule pertinente en ce qui concerne les manifestations préventives (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'absence de la qualification de sanction des manifestations préventives
Chapitre 2. La pertinence de la qualification de sanction des manifestations préventives

CHAPITRE 1.
L'ABSENCE DE LA QUALIFICATION DE SANCTION DES MANIFESTATIONS
PREVENTIVES

217. Problématique. Le terme "sanction" est d'un emploi très facile. Il est marqué par une grande polysémie. De prime abord, on pourrait facilement convenir que les manifestations préventives de la responsabilité civile sont des sanctions. Ce terme, peu souvent défini et, en même temps, jouissant de multiples définitions, est devenu une notion usuelle, relevant du bon sens. Peut-on convenir que, comme toutes les normes, celles de la responsabilité civile sont sanctionnées et que les manifestations de la responsabilité civile ne sont rien d'autres que les sanctions des normes de la responsabilité civile ?

218. Hypothèse. Une réponse positive ne rendrait pas compte des propos de la doctrine ni du langage judiciaire. Il faut tenir compte que, par automatisme, la sanction est connotée négativement à l'image de la peine, et rétroactivement, ce qui la distingue très nettement de la prévention. Nous émettons l'hypothèse qu'il existe une conception usuelle de la sanction juridique qui empêche de qualifier comme telles les manifestations préventives de la responsabilité civile.

219. Au contraire, il existe un ensemble de qualifications alternatives à celle de la sanction (Section 1) et cette dernière apparaît impossible en raison de la notion juridique de sanction sur laquelle elle s'appuie et qui se heurte à l'idée de prévention (Section 2).

SECTION 1. La présence de qualifications alternatives à la qualification de sanction

220. Problématique. Quelles sont les qualifications proposées par la doctrine en adéquation avec le droit positif ? Traditionnellement, les qualifications en responsabilité civile des manifestations de celle-ci sont axées autour de la notion de réparation. Plus récemment, ou du moins en marge de ses qualifications traditionnelles, il existe d'autres qualifications des manifestations de la responsabilité civile dont il n'est pas certain qu'elles se soient émancipées de la notion de réparation. Ces qualifications sont-elles pertinentes en ce qui concerne les manifestations préventives ?

221. Hypothèse. Les qualifications des manifestations de la responsabilité civile traditionnellement avancées s'orientent autour de la notion de réparation. D'autres plus récentes font intervenir la peine privée et la cessation de l'illicite. Notre hypothèse consiste à montrer que chacune de ces qualifications n'éclairent qu'une partie des manifestations préventives répertoriées par notre étude et qu'incidemment, elles ne peuvent pas être retenues pour les désigner toutes.

222. Il convient alors de valider cette hypothèse en présentant les qualifications traditionnelles (§1) puis les qualifications nouvelles (§2) des manifestations préventives de la responsabilité civile présentes en doctrine.

§1. Les qualifications traditionnelles des manifestations préventives

223. Les manifestations de la responsabilité civile sont qualifiées de dommages et intérêts (B) ou de mesure de réparation en nature (A). Ces qualifications conviennent-elles aux manifestations préventives ?

A. La qualification de mesure de réparation en nature

224. La qualification de mesure de réparation en nature semble *a priori* une bonne qualification. Ce pressentiment résulte en réalité d'une indétermination de ce mode de réparation (1). Conséquemment, la qualification de mesure de réparation en nature est incomplète (2).

1. Une qualification indéterminée

225. La réparation en nature est une qualification indéterminée tant dans sa notion (a) que dans son contenu (b).

a. L'indétermination du mode de réparation en nature

226. Un mode de réparation résiduel. La réparation en nature est un mode de réparation du préjudice qui ne se conçoit pas en soi mais par opposition au mode de réparation du préjudice par équivalent. C'est une catégorie résiduelle qui recueille toutes les réparations du préjudice sous d'autres formes que la réparation pécuniaire. D'ailleurs, elle occupe une place inégale selon les auteurs. Certains y consacrent de longs développements⁶³² mais la majorité des auteurs ne s'y attarde pas⁶³³. Les professeurs Mazeaud ont été les premiers à concevoir la réparation en nature⁶³⁴. Ils ont développé une conception téléologique dans laquelle la réparation en nature est dotée d'un caractère prioritaire en ce qu'elle est prononcée obligatoirement pour le juge, par rapport à la réparation par équivalent tendant à compenser le dommage par l'octroi à la victime d'un avantage équivalent. Cette conception n'est plus majoritaire. On distingue actuellement la réparation en nature de la réparation pécuniaire ou en valeur. La distinction est appréhendée du

⁶³² G. VINEY et P. JURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 26 et s.

⁶³³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 858 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 732 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op.cit.*, n° 339.

⁶³⁴ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, par F. Chabas, Obligations, théorie générale*, 8e, éd., Montchrestien, 1991, n° 621 et s.. *Adde* – Ph. CONTE, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Responsabilité du fait personnel, n° 291 et s.

point de vue de la victime : la réparation est pécuniaire lorsque la victime reçoit une somme d'argent ; elle est en nature lorsque la victime reçoit un avantage non pécuniaire⁶³⁵. En soi, la réparation en nature est un mode de réparation indéterminée. En est-il de même de son contenu ?

b. L'indétermination du contenu de la réparation en nature

227. Catégorie résiduelle, la réparation en nature a pour objet toute forme de réparation du préjudice autre que pécuniaire si bien que son contenu est également indéterminé. Toutefois, la majorité des auteurs s'accorde à la distinguer de l'exécution en nature tandis que certains auteurs la distinguent de la cessation de l'illicite. Il convient d'éclairer le contenu de la réparation en nature à travers ces deux distinctions.

228. Distinction entre exécution en nature et réparation en nature⁶³⁶. Rares sont les auteurs qui assimilent l'exécution en nature à la réparation en nature⁶³⁷. Pour la majorité d'entre eux, l'exécution en nature consiste à contraindre le débiteur à exécuter l'obligation à la source du litige. L'idée de compensation ou d'équivalence est exclue. L'exécution en nature concerne les cas où précisément il est possible de demander l'exécution de l'obligation qui ne l'a pas été. Au contraire, la réparation en nature impose au débiteur d'exécuter une nouvelle obligation contribuant à atténuer ou à supprimer le dommage. L'exécution en nature puise sa source dans l'obligation même alors que la réparation en nature est une mesure imposée par le juge. La première ressort de l'étude du droit des obligations tandis que la seconde est propre à la responsabilité civile⁶³⁸.

229. Distinction entre cessation de l'illicite et réparation en nature. Cette distinction est assez récente. La doctrine classique assimile la cessation de l'illicite à la réparation en nature et certains auteurs actuels également⁶³⁹. À l'appui de cette position, les textes de loi sont sans équivoque. Les articles 1382 et suivants du Code civil sont ainsi formulés que seule la réparation du préjudice est visée. On notera toutefois que les énoncés plus récents des règles de responsabilité comme celles des articles 9, 9-1, 10, ou encore 16-2 du même Code font clairement la distinction. Il n'en demeure pas moins que la doctrine assimile traditionnellement la cessation de l'illicite à la réparation en nature. C'est là avant tout l'héritage d'une conception extensive de la notion de réparation représentant à elle seule la responsabilité civile et que la

⁶³⁵ F. LEDUC, « La créance de réparation », *Lamy Droit de la responsabilité*, 2000, n° 296-9.

⁶³⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 14-1.

⁶³⁷ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 1305 et s.

⁶³⁸ *Contra*, L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 18, « Est-il possible qu'il y ait réparation en nature ? Sans doute, si on pouvait arriver à remettre les choses dans le même état que si le dommage ne s'était jamais produit, il y aurait alors réparation véritable, et cette réparation idéale serait la réparation en nature. Mais alors, le problème de la responsabilité civile n'existerait plus. Il suppose en effet nécessairement l'existence du dommage et l'action qui tend à la disparition du dommage n'est pas l'action en responsabilité. Si le défendeur arrive par un moyen quelconque à anéantir les effets de sa faute, il n'y a plus lieu à action en responsabilité. Le jugement qui assurerait la remise des choses en même et semblable état ne serait pas un jugement sur la responsabilité de l'auteur de l'acte ».

⁶³⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 34 et s.

thèse de M. El-Kholy résume clairement⁶⁴⁰. Selon l'auteur, la cessation du fait illicite et la réparation du dommageable ont lieu à deux stades différents. La cessation du fait illicite n'existe que pour prévenir un dommage potentiel et ne se différencie alors de la réparation que parce qu'elle s'attaque directement à la source. L'essentiel réside cependant dans la fin du processus qui s'avère être identique dans les deux cas. Que la prévention réside dans la cessation du fait illicite ou dans la réparation en nature du fait potentiellement dommageable importe peu, dans les deux cas, le dommage est évité⁶⁴¹. À tout le moins, cette position semble être accueillie dans les ouvrages généraux⁶⁴².

Néanmoins, certains auteurs font la distinction⁶⁴³ ainsi qu'elle existait en droit romain⁶⁴⁴ et qu'elle est présente dans certains droits étrangers⁶⁴⁵. Du reste, elle semble même avoir été

⁶⁴⁰ A. EL-KHOLY, *La réparation en nature*, th. Paris, Impr. univ. du Caire, 1957.

⁶⁴¹ *Ibid.*, n° 47 et s.

⁶⁴² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 899 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 249 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 385 ; A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 10^e éd., 2005, n° 696 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 1432 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, par F. Chabas, Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 621 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 9^e éd., 2005, n° 717 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 339 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 34 et s.

⁶⁴³ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 732 et s., spéc. n° 734 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 2441 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 38, p. 86 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 150, p. 568 ; M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail, th. préc.*, pp. 92 et s. ; G. ENDREO, « Le régime de la réparation dans le cadre de la responsabilité civile », *J-Cl. Civ.*, fasc. 201, retiré depuis 1996 et cité par E. JOLY-SIBUET, *La restitution en droit pénal. De la dimension nouvelle d'un concept classique*, th. Lyon III, 1990 ; C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, th. préc.*, n° 405, p. 240-241 ; B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé*, PUAM, préf. J. MESTRE, 1995, n° 128, p. 119.

⁶⁴⁴ Il revient à l'allemand Jhering d'avoir dégagé les racines romaines de la distinction. L'auteur nous rappelle que le droit romain distinguait les situations d'injustice subjective des situations d'injustice objective. La situation première est constitutive d'une faute, c'est une lésion coupable, tandis que la seconde résulte d'un état de fait. Une différence de régime accompagnait cette distinction. La sanction de la lésion coupable résidait dans l'obligation de réparer le dommage alors que celle de la lésion non coupable consistait dans la cessation de l'état de fait objectivement injuste. Grosso modo, la distinction entre la cessation de l'illicite et de la réparation était sous cette forme présente en droit romain. R. VON JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, t.I, De la faute en droit privé*, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, 1888, pp. 5 à 30. L'analyse classique du droit romain centrée sur la prééminence de la notion de faute est à rapprocher d'une thèse récente divergeant sur ce point : G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun.*, th. préc.

⁶⁴⁵ En droit allemand, les actions défensives (*Abwehrensprüche*) visant à prévenir ou à faire cesser le fait illicite, sont clairement séparées des actions en réparation du préjudice (*Schadensersatzansprüche*). L'interdiction ou la cessation d'un fait illicite ne sont ainsi pas soumises à la preuve d'une faute et d'un préjudice contrairement à la réparation du préjudice. En droit communautaire, la distinction est également de droit positif. Elle n'appert pas d'une norme générale mais est présente dans la directive du 10 sept. 1984 sur les publicités trompeuses et les publicités comparatives à l'article 4 (JOCE n° L 250, 19 sept. 1984, p. 17), dans la directive du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle en ses articles 9 et 11 (JOCE, n° L 157, 30 avr. 2004, p. 45) ainsi

formulée avant l'hypothèse inverse de l'assimilation. On peut en retracer l'émergence à travers trois étapes.

229-1. La première étape est clairement explicite bien qu'assez isolée. Elle appert d'un développement consacré à la « cessation de la chose illicite » dans la thèse du doyen Savatier⁶⁴⁶. Selon l'auteur, l'article 1382 du Code civil implique la faculté de prévenir le préjudice et non pas seulement sa réparation. Le contraire qui consisterait alors à attendre inéluctablement l'accomplissement du dommage pour agir serait un « manque absolu de logique »⁶⁴⁷. Par la suite, le doyen Savatier remplaça cette distinction au sein du droit de la responsabilité civile dans son traité. « La condamnation à la simple cessation d'un état de chose illicite »⁶⁴⁸ constituée notamment de la restitution d'un objet détenu sans droit, de la cessation d'un acte de concurrence déloyale, de la mise à terme d'une servitude usurpée ou de l'usage irrégulier d'un nom d'autrui est distinct de la « reconstitution en nature d'un état de chose détruit »⁶⁴⁹ comportant, par exemple, la suppression des malfaçons par le constructeur, la publication d'une rectification par le diffamateur ou la nullité d'un acte dolosif. La distinction est ainsi fondée que la cessation n'est pas une réparation et n'appelle aucune responsabilité. Il peut accessoirement en découler une responsabilité si un préjudice se réalise des suites du fait illicite. La cessation de l'illicite se dégage alors de la réparation en nature par son exclusion du champ de la responsabilité civile.

229-2. La deuxième étape fonde et prolonge cette position. Elle naît de la réflexion de Mme Lucienne Ripert dans sa thèse consacrée à la réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle⁶⁵⁰. La cessation de l'illicite se distingue d'autres types de condamnations en nature à travers une classification tripartite : coexistent, tout d'abord, les mesures visant à empêcher la réalisation ou la continuation du dommage⁶⁵¹, avec ensuite, les procédés techniques particuliers de réparation⁶⁵², et enfin, les peines privées tendant à punir l'auteur du fait délictueux⁶⁵³. Ces mesures de condamnation en nature sont exclues de la responsabilité civile par l'auteur en raison de leur fonction non réparatrice. En effet, la réparation est la seule fonction propre à la responsabilité civile que Mme Ripert propose d'ailleurs de remplacer par celle de compensation. L'apport de la thèse est en effet bien connu et se résume en cette citation : « Tout dommage est irréparable. Il peut seulement y avoir compensation, et il n'est d'autre forme de compensation que l'indemnité pécuniaire »⁶⁵⁴. Conséquemment, la cessation de l'illicite se dégage de la

que dans l'article 11, 2° de la directive sur les pratiques commerciales déloyales (JOCE 11 juin 2005, n° L 149, p. 22). Dans ces trois exemples, la cessation du fait illicite est clairement distincte de la réparation du préjudice en ce que la première contrairement à la seconde ne requiert pas l'existence d'une faute et d'un préjudice.

⁶⁴⁶ R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, pp. 134 et s.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 135.

⁶⁴⁸ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2° éd., 1951, n° 594, p. 169.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, n° 294, p. 170.

⁶⁵⁰ L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1933.

⁶⁵¹ *Ibid.*, n° 35 et s., p. 39.

⁶⁵² *Ibid.*, n° 44 et s., p. 48.

⁶⁵³ *Ibid.*, n° 49 et s., p. 53

⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 34, p. 38.

réparation en nature non en raison d'une différence de nature mais du fait de leur appartenance à une catégorie distincte de condamnation au sein d'une classification échappant au champ de la responsabilité civile.

229-3. La troisième étape marque l'approfondissement de cette distinction et notamment de son régime. En ce sens, la thèse de Mme Roujou de Boubée en est le commencement⁶⁵⁵. Outre une distinction nette entre, d'une part, la réparation du dommage entendue dans une acception découlant de celle de Mme Ripert et, d'autre part, le rétablissement de la situation juridique violée⁶⁵⁶, l'auteur précise qu'au sein de cette notion de rétablissement une nouvelle distinction doit être opérée. Le rétablissement peut naître de la suppression du préjudice ou de la suppression de la situation illicite⁶⁵⁷. La suppression du préjudice consiste soit à prévenir le préjudice soit à le faire cesser lorsque sa réalisation a débutée ou est certaine. Contrairement aux auteurs précédents, la suppression du préjudice fait partie intégrante du droit de la responsabilité civile⁶⁵⁸ car il y a là une différence conceptuelle sans conséquence en droit positif⁶⁵⁹. La suppression de la situation illicite se dégage de la réparation, quant à elle, en raison d'une différence de régime juridique. D'ailleurs, c'est tout l'apport de la thèse de Mme Roujou de Boubée sur ce point. En effet, les mesures prononcées à l'encontre de la source du préjudice doivent être distinguées de celles ordonnées contre le préjudice lui-même en raison de leur caractère obligatoire. En effet, si la réparation en nature est facultative, le juge ayant toujours la faculté de choisir souverainement le mode de réparation le mieux adapté, la cessation de la situation illicite demandée par une partie ou proposée par le responsable est obligatoire⁶⁶⁰. Si ce caractère obligatoire avait déjà été mis en exergue par le doyen Savatier, ce dernier contrairement à Mme Roujou de Boubée considérait que la cessation de l'illicite échappait au droit de la responsabilité civile.

Dès lors, que reste-il à l'intérieur de la réparation en nature ainsi distinguée de l'exécution en nature et de la cessation de l'illicite ? Ce mode de réparation se retrouverait, selon nous, centré autour de la notion de condamnation à exécuter une nouvelle prestation ou un nouvel acte juridique. Les condamnations à exécuter une nouvelle prestation sont fréquentes. Elles conduisent à des mesures de restitution ou bien de restauration d'un bien matériel⁶⁶¹. Quant

⁶⁵⁵ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*

⁶⁵⁶ *Ibid.*, titre 2 de la première partie.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, chapitre 1 et 2 du sous-titre 2 de la première partie, respectivement pp. 197 à 208 et pp. 209 à 253.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, pp. 204-206.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 218.

⁶⁶¹ Sur la restitution d'objets usurpés ou indûment détenus, Civ. 1^{ère}, 20 janv. 1953, *JCP*, G., 1953, II, 7677, note P. ESMEIN ; sur la condamnation à refaire un travail mal exécuté, Civ. 3^{ème}, 28 févr. 1969, *Bull. civ.* III, n° 182 ; Civ. 3^{ème}, 31 mai 1971, *D.*, 1971, somm., p. 139 ; Civ. 3^{ème}, 25 oct. 1976, *D.* 1977, IR, p. 76 ; Orléans, 17 mai 1973, *D.* 1974, somm., p. 7 ; Civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *JCP*, G., 1984, IV, p. 93 ; Paris, 12 mars 1987, *D.*, 1987, IR, p. 99 ; Civ. 3^{ème}, 10 janv. 1990, *Bull. civ.* III, n° 5 ; sur la restauration ou le remplacement d'un bien matériel détruit ou détérioré, Civ., 3^{ème}, 12 déc. 1973, *JCP*, G., 1974, IV, p. 35, *D.* 1974, somm., p. 28 ; Civ. 1^{ère}, 30 janv. 1976, *Bull. civ.*, I, n° 239 ; Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1990, *Bull. civ.*, I, n° 298 ; Lyon, 12 juill. 1988, *D.*, 1988, IR, p. 243, sur la remise en conformité d'un bien construit ou transformé irrégulièrement, Civ. 3^{ème}, 7 juin 1979, *JCP*, G., 1980, II, 19415,

aux condamnations à exécuter un nouvel acte juridique, la Cour de cassation les approuve en ce qui concerne les promesses de vente⁶⁶² lorsqu'elles ne concernent pas la création ou le transfert d'un droit réel⁶⁶³ et en ce qui concerne la désignation d'un mandataire afin de représenter les minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée lorsqu'il y a eu précédemment abus de majorité⁶⁶⁴.

2. Une qualification incomplète

230. Ainsi distinguée de ses notions voisines, la réparation en nature est-elle une qualification adéquate des manifestations préventives ? Deux remarques conduisent à répondre par la négative.

231. D'une part, la réparation en nature ne concerne pas les manifestations préventives des conséquences du dommage consistant en l'octroi de dommages et intérêts. Par exemple, le dommage futur ou l'exposition à un risque ne sont pas réparés en nature. D'autre part, les manifestations préventives de la réalisation du dommage ne peuvent pas toutes être qualifiées de réparation en nature. Même si on ne distingue pas la cessation de l'illicite de la réparation en nature, cette dernière ne peut qualifier toutes ces manifestations recensées. En effet, les manifestations qui tendent à prévenir directement la réalisation du dommage en anticipant le fait dommageable comme c'est le cas des mesures d'anticipation des atteintes au respect de la vie privée ou au droit de la concurrence ne peuvent être qualifiées de mesures de réparation en nature. Dans ce cas, il ne s'agit pas de condamner à l'exécution d'une nouvelle obligation mais d'intervenir avant que l'obligation première soit exécutée, ou plus généralement, avant que soit porté atteinte à un droit. Fondamentalement se pose alors la question de savoir si la notion de réparation n'est pas incompatible avec la prévention directe de tout commencement dommageable.

À ce stade il convient simplement de constater que *la qualification de réparation en nature est incomplète en ce qu'elle ne permet pas de qualifier toutes les manifestations préventives de la responsabilité civile.*

note J. GHESTIN ; Civ. 3^{ème}, 17 janv. 1984, *Bull. civ.*, III, n° 10, p. 8 ; Civ. 3^{ème}, 4 janv. 1990, *Bull. civ.* III, n° 4 ; Civ. 2^{ème}, 27 mai 1999, *Bull. civ.* II, n° 100 ; Civ. 1^{ère}, 22 déc. 195, *JCP*, G., 1966, II, 14836, 2^{ème} esp. ; Civ. 18 janv. 1972, *JCP*, G., 1972, IV, p. 52 ; Civ. 11 déc. 1973, *JCP*, G., 1974, IV, p. 13.

⁶⁶² Req. 18 mai 1912, *DP*, 1913, 1, 198 ; Req. 17 juin 1938, *S.*, 1938, I, 386 ; Civ., 10 juin 1949, *JCP*, G., 1949, IV, 114 ; Req., 21 mars 1921, *D.*, 1921, 1, 161 ; Req., 28 janv. 1924, *DH*, 1924, 121 ; Civ., 21 nov. 1949, *Rev. Loyers*, 1950, p. 21.

⁶⁶³ Civ. 3^{ème}, 7 avr. 1993, *Bull. civ.*, III, n° 55.

⁶⁶⁴ Solution retenue depuis un arrêt de la Chambre commerciale du 9 mars 1993. *D.* 1993, J, 363, note Y. GUYON.

B. La qualification de dommages et intérêts

232. Tout comme les mesures de réparation en nature, les dommages et intérêts sont une qualification indéterminée (1) et incomplète pour les manifestations préventives (2).

1. Une qualification indéterminée

233. Si les mesures de réparation en nature sont une qualification indéterminée en ce qu'elles reposent sur une catégorie résiduelle, les dommages et intérêts le sont pour une autre raison. Les dommages et intérêts ne sont pas une qualification procédant d'une notion définie (a) mais ressortent des usages judiciaires à partir de l'évaluation du préjudice (b).

a. L'absence de notion de dommages et intérêts

234. La nature indemnitaire des dommages et intérêts. Le terme de dommages et intérêts est la réunion de deux mots au XVIII^e siècle⁶⁶⁵. *Damna* et *interesse* réunis forment un pléonasme car les deux termes signifient préjudice⁶⁶⁶. Ce n'est qu'au XVII^e siècle que le vocable *interesse* revêt la signification de « profit que l'on retire de l'argent prêté »⁶⁶⁷. De nos jours, les dommages et intérêts sont définis par le vocabulaire juridique Capitant comme « une somme d'argent qui est due pour la réparation du dommage causé par un délit ou un quasi-délit, bien que cette somme d'argent soit qualifiée plus exactement d'indemnité »⁶⁶⁸. La jurisprudence a également défini quelquefois les dommages et intérêts comme une indemnité pécuniaire allouée à une personne en réparation d'un préjudice. Le Code civil, quant à lui, ne définit pas le terme. En revanche, il l'emploie pour l'inexécution de l'obligation. La jurisprudence et la doctrine y recourent également pour la responsabilité délictuelle⁶⁶⁹. Dès lors, il peut apparaître que ces éléments tendent à relier le terme de dommages et intérêts à celui d'indemnité.

235. La distinction proposée entre indemnité et dommages et intérêts. Pourtant, un auteur a pu récemment soutenir que la notion d'indemnité ne devait pas être confondue avec celle de dommages et intérêts⁶⁷⁰. Bien que constatant le renvoi courant au terme indemnité, les dommages et intérêts se limiteraient aux effets de la responsabilité et seraient inadaptés aux

⁶⁶⁵ O. BLOCH et WALTHER VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, quadrigé, 2008, v° Dommages/intérêts.

⁶⁶⁶ « Dommage vient de « damnum », devenu dans l'ancien droit français « damage » dérivé de « dam », peine consistant à être privé de Dieu ; « intérêt » vient de « interest » (ce qui importe) qui revêt aussi le sens de préjudice, du moins jusqu'au XVII^e siècle où il prend la signification de « profit que l'on retire de l'argent prêté », Ch. LAPOYADE, Rép. Civ. Dalloz, v° Dommages et intérêts, n° 1.

⁶⁶⁷ Ch. LAPOYADE, *ibid.*

⁶⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° Dommages et intérêts.

⁶⁶⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 56.

⁶⁷⁰ C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, t. 486, préf. A. SERIAUX, 2007.

applications de l'indemnité étrangère à la responsabilité⁶⁷¹. Autrement dit, pour l'auteur, les dommages et intérêts seraient un type d'indemnité propre à la responsabilité.

236. La critique de la distinction proposée. La distinction serait certainement souhaitable mais force est de constater qu'elle ne rend pas compte de l'emploi du terme en droit. En effet, les dommages et intérêts se retrouvent bien au-delà de la responsabilité. Par exemple, l'article 1851 du Code civil dispose que la révocation du gérant d'une société civile sans juste motif peut donner lieu à des dommages et intérêts. En droit judiciaire privé, l'article 32-1 CPC les prévoit pour réparer le préjudice résultant de l'exercice d'action en justice dilatoire ou abusive d'une manière générale. *Ainsi, il nous apparaît que les dommages et intérêts sont moins un type d'indemnité propre à la responsabilité civile qu'une indemnité propre à la réparation d'un préjudice.* Or, l'auteur de la distinction définit une indemnité comme représentant la somme d'argent compensant un préjudice. Il semble alors paradoxal de distinguer l'indemnité des dommages et intérêts au motif que ces derniers ne concernent que les effets de la responsabilité mais en ne définissant pas l'indemnité d'une autre façon⁶⁷². Plus fondamentalement, dommages et intérêts et indemnité ne se donnent pas à être conceptuellement distingués avec aisance. L'évolution du terme dommages et intérêt peut nous ouvrir une autre voie.

237. L'évolution du terme dommages et intérêts. L'expression moderne des dommages et intérêts provient de la formule romaine *quanti actori interest*⁶⁷³. Cette formule est apposée pour évaluer l'indemnité à octroyer au créancier. Cette formule conduit à une évaluation fondée sur la valeur subjective de la chose pour le créancier. Dans le Digeste, le juriste Paul rapporte que la valeur subjective de la chose correspond à la valeur matérielle du dommage et au profit attendu par le créancier⁶⁷⁴. Le Code de Justinien apporte des limites à cette évaluation. Les dommages et intérêts ne peuvent pas dépasser le double de la valeur vénale de la chose lorsque celle-ci est certaine. Lorsque l'obligation est incertaine, le profit escompté n'est pas pris en compte dans l'évaluation de l'indemnité⁶⁷⁵. Cette évaluation est le fruit d'une évolution. En effet, les Romains se sont d'abord attachés à une évaluation objective, la *vera rei estimatio*. Pour certaines actions, de droit strict, la valeur objective de la chose était évaluée à la date de l'avènement du litige. Pour les actions de bonne foi, la valeur objective était évaluée à la date du jugement si bien qu'elle prenait en compte la perte, la détérioration ou l'amélioration de la chose

⁶⁷¹ *Ibid.*, n° 9.

⁶⁷² A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit Romain et ancien droit français* (obligations), Dalloz, 3^{ème} éd., n° 398. Les auteurs rappellent que les dommages et intérêts se distinguent de la réparation seulement. Sur ce point, M. Gazzaniga nous rappelle que plus tard, au XII^{ème} siècle, « il est alors habituel de distinguer la réparation civile pour préjudice subi aux personnes et les dommages et intérêts pour les atteintes aux biens. Bien vite, les deux sont confondus et la reconnaissance d'une indemnisation ne pose pas de difficultés », J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, n° 210.

⁶⁷³ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 666.

⁶⁷⁴ *Digeste*, 46, 8, 13, pr. Le contenu double de la valeur subjective de la chose pour le créancier correspond aux notions de *damnum emergens* et de *lucrum cessans*, mais ces termes ne sont pas ceux du Digeste.

⁶⁷⁵ *Code de Justinien*, 7, 47, un.

entre le dommage et le jugement⁶⁷⁶. *En conclusion, les dommages et intérêts procèdent toujours d'une évaluation de l'indemnité à octroyer.*

On constate que la notion de dommages et intérêts n'existe pas en soi ; elle dépend toute entière de l'évaluation du dommage. Serait-ce sa spécificité ?

b. La spécificité du mode d'évaluation des dommages et intérêts

238. S'il est difficile de cerner les dommages et intérêts en soi, on peut en revanche les appréhender comme les fruits de l'évaluation du préjudice. En d'autres termes, il est plus facile de cerner les dommages et intérêts en recherchant d'où ils viennent et de quoi ils procèdent que de chercher à les appréhender en eux-mêmes en tant qu'indemnité ou autre. Alors, il apparaît essentiel d'insister sur le constat suivant. Les dommages-intérêts sont les conséquences d'une évaluation particulière du préjudice.

239. Une évaluation judiciaire⁶⁷⁷. Les dommages et intérêts sont octroyés par le juge pour réparer un préjudice. Cette réparation n'est pas automatique ; « il n'y a pas en la matière, tout au moins en droit commun, de règles légales qui se traduiraient en quelque sorte par l'application d'un tarif »⁶⁷⁸. La réparation du préjudice s'effectue par une évaluation judiciaire. Le droit à réparation a une valeur constitutionnelle mais l'évaluation du préjudice n'est pas constitutionnellement imposée. Ainsi, un auteur a-t-il pu écrire au sujet d'une décision du Conseil Constitutionnel⁶⁷⁹ que ce dernier exigeait que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, dans le principe, mais sans que le montant ni les modalités de cette réparation ne soient constitutionnellement imposés »⁶⁸⁰. On ne retrouve pas davantage, dans le Code civil, de règles qui permettraient une évaluation légale du préjudice en responsabilité délictuelle⁶⁸¹ ni même de règles permettant de guider l'évaluation judiciaire. Il en résulte un très large pouvoir d'appréciation des juges du fond. Pour autant, cette évaluation n'est pas arbitraire ; elle est fondée sur des principes.

240. Une évaluation fondée sur des principes. Les dommages et intérêts sont le fruit d'une évaluation judiciaire qui n'est pas contrainte par des règles du Code civil mais par des principes d'origine jurisprudentielle tirés de l'article 1382. De cet article, la jurisprudence fait ressortir le

⁶⁷⁶ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit.

⁶⁷⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, op. cit., n° 57 à 304-1.

⁶⁷⁸ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, op. cit., n° 453.

⁶⁷⁹ CC, 22 juill. 2005, n° 2005-522, DC, *JCP*, G., 2006, I, 111, n° 5, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Sur la question de la constitutionnalité du droit à réparation, S. DION-LOYE, « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », *LPA*, 29 juill. 1992, p. 11 ; N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », *Trav. Assoc. Capitant*, sur *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, journées nationales, Lille, 1996, n° 145 et s., et 370 et s.

⁶⁸⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 340, pp. 912-913.

⁶⁸¹ En revanche, en matière contractuelle, il existe des règles notamment celles de l'article 1150 du code civil. Sur l'évaluation légale du préjudice, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, op. cit., n° 305 et s.

principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage plus connu sous le nom de principe de réparation intégrale⁶⁸². L'évaluation doit conduire à une adéquation de la réparation au dommage. Pour ce faire, quatre sous-principes conditionnent l'évaluation. Premièrement, l'évaluation doit se faire au moment où le juge statue. La Cour de cassation distingue en effet le moment où le droit à réparation naît et le moment où l'évaluation du dommage doit se faire⁶⁸³. M. le Tourneau en déduit que la créance de dommages et intérêts est un exemple de dette de valeur⁶⁸⁴. Ce principe d'évaluation au moment de la décision permet une évaluation dynamique car l'évolution intrinsèque du dommage et la dévaluation de la monnaie⁶⁸⁵ peuvent être pris en compte. Peu importe que toutes les composantes du préjudice ne soient pas constituées lorsque le tribunal statue. Il existe cependant des exceptions qui demeurent néanmoins anecdotiques ou aux domaines restreint d'application⁶⁸⁶.

240-1. Deuxièmement, l'évaluation ne peut conduire à des dommages et intérêts inférieurs au préjudice⁶⁸⁷. La Cour de cassation exerce son pouvoir de contrôle notamment en interdisant au juge de fonder leurs décisions sur des barèmes⁶⁸⁸. Il faut toutefois noter que ce contrôle est tout à fait formel. En effet, il ne signifie pas que les juges ne peuvent pas s'aider de grilles chiffrées pour évaluer un préjudice. La Cour de cassation veille seulement à ce que l'évaluation ne soit pas fondée en droit à partir d'une source qui serait contradictoire avec la liberté et la souveraineté du pouvoir d'appréciation fond. Il pourrait alors apparaître que la condamnation de principe à des dommages et intérêts symboliques, par exemple, encourt la censure de la Cour suprême. « De deux choses l'une, en effet. Ou bien il n'y a pas de préjudice, et le juge ne peut accorder la réparation. Ou bien le préjudice existe : le juge doit l'évaluer en ce cas, et il serait alors bien extraordinaire que ce préjudice fut égal à un franc »⁶⁸⁹. Mais, là encore il s'agit d'une question de rédaction de la décision en conformité avec le pouvoir d'appréciation au fond. Cependant, il ne faut pas en conclure à une forme de réparation systématisée des dommages. Non seulement l'évaluation est variable selon les faits et la subjectivité des magistrats⁶⁹⁰ mais également le juge possède un pouvoir modérateur qui demeure toutefois exorbitant et exceptionnel⁶⁹¹.

⁶⁸² « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu », Civ. 2^{ème}, 20 déc. 1966, *D.* 1967, p. 169 ; 23 nov. 1966, *Bull. civ.* II, p. 640 ; Civ. 2^{ème}, 9 mai 1972, *JCP, G.*, 1972, IV, p. 164 ; Civ. 1^{ère}, 30 mai 1995, *JCP, G.*, 1995, IV, 1810. Cf. sur le principe, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*

⁶⁸³ « Si le droit, pour la victime d'un accident, d'obtenir la réparation du préjudice subi, existe dès que le dommage a été causé, l'évaluation de ce dommage doit être faite par le juge au moment où il statue », Civ. 2^{ème}, 11 janv. 1979, *Bull. civ.* II, n° 18, p. 13 ; *JCP, G.*, 1979, IV, p. 90 ; *D.* 1979, IR, 346, obs. LARROUMET.

⁶⁸⁴ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 991.

⁶⁸⁵ « L'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt », Req., 24 mars 1942, *D.A.* 1942, 118.

⁶⁸⁶ Cf. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 466 et s.

⁶⁸⁷ Crim. 11 mars 1941, *D.A.*, 1941, 247 ; Civ. 27 févr. 1950, *Gaz. Pal.*, 1950, I, 343 ; Crim. 3 nov. 1955, *D.* 1956, 557, note R. SAVATIER.

⁶⁸⁸ Crim. 3 nov. 1955, préc. ; Crim. 4 févr. 1970, *D.* 1970, 333, *Gaz. Pal.*, 1970, I, 285 ; Paris, 17 févr. 1960, *D.* 1960, Somm. 61, *Gaz. Pal.*, 1960, I, 209.

⁶⁸⁹ P. CHAMBON, note sous Crim., 9 oct. 1978, *D.* 1979, 185.

⁶⁹⁰ En ce sens, Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice, op. cit.*, n° 453, p. 566.

240-2. Troisièmement, l'évaluation ne peut conduire à des dommages et intérêts supérieurs au préjudice⁶⁹². À l'inverse, ce serait consentir une libéralité à la victime⁶⁹³. Cela pose évidemment des problèmes depuis que l'assurance s'est développée. La victime ne risque-t-elle pas de voir son préjudice doublement réparé ? Sur ce point, M. Chartier⁶⁹⁴ a pu démontrer que lorsque l'assurance n'assume qu'une fonction indemnitaire, l'assureur possède un recours subrogatoire pouvant avoir pour objet la totalité des indemnités qu'il a versé⁶⁹⁵. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à cumul d'indemnités. En revanche, lorsque l'assurance a d'autres fonctions comme c'est le cas de l'assurance de personnes, en vertu de son contrat, « la victime peut cumuler l'indemnité résultant de la police et le montant des dommages et intérêts dus par le tiers responsable »⁶⁹⁶. Là encore, il existe des exceptions en droit des assurances, traitées en détail par M. Chartier, qui n'intéressent pas directement notre propos.

240-3. Quatrièmement, l'évaluation du dommage doit se faire *in concreto*. Cette appréciation a pour objet le dommage et non la situation de la victime. La Cour de cassation censure en effet les évaluations du dommage qui tiendraient compte de la fortune de la famille ou du responsable⁶⁹⁷ ou bien encore de l'importance réelle qu'a la réparation pour la victime⁶⁹⁸. Toutefois, si des éléments personnels jouent un rôle causal dans l'incidence du dommage le juge en tiendra compte dans son appréciation. Par exemple, l'accident qui affecte les revenus de la victime conduit à une appréciation du préjudice en fonction des revenus touchés⁶⁹⁹.

241. Spécificité. *Les dommages et intérêts puisent ainsi leur spécificité de leur mode d'évaluation. Ils apparaissent alors doublement spécifiques : leur évaluation est monétaire et fondée sur des principes jurisprudentiels.*

2. Une qualification incomplète

242. Cette spécificité empêche de trouver dans les dommages et intérêts une qualification complète des manifestations préventives de la responsabilité civile. En effet, les dommages et intérêts ne procèdent pas d'une notion légale mais dépendent de l'usage qu'en fait la jurisprudence. Or, l'usage judiciaire est de réserver les dommages et intérêts à la compensation

⁶⁹¹ *Ibid.*, n° 494, citant G. CORNU, *Droit civil*, Précis Domat, 1980, n° 181.

⁶⁹² « L'indemnité mise à la charge de la personne responsable d'un dommage, en vertu de ce texte, ne peut excéder la somme à laquelle est évaluée la portion du préjudice dont la réparation lui incombe », Civ. 2^{ème}, 5 déc. 1979, *Bull. civ. II*, n° 286, p. 197.

⁶⁹³ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, tome VI, 3^{ème} éd., n° 2371, cité par Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 495.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, n° 504.

⁶⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 24 mars 1971, *Rev. gén. assur. terr.* 1972, p. 213 tel qu'interprété par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979, n° 366.

⁶⁹⁶ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*

⁶⁹⁷ Civ. 2^{ème}, 8 déc. 1976, *Bull. civ. II*, n° 326, p. 255.

⁶⁹⁸ Civ. 2^{ème}, 8 avr. 1970, *Bull. civ. II*, n° 111, *RTD civ.*, 1971, p. 660, obs. G. DURRY.

⁶⁹⁹ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, *op. cit.*, n° 510.

monétaire du préjudice ce qui ne permet pas de prendre en compte la réparation en nature, la cessation de l'illicite et l'anticipation du fait dommageable. Il pourrait également apparaître discutable de retenir la qualification de dommages et intérêts pour les peines privées. En effet, cette dernière notion déborde la compensation monétaire du préjudice puisqu'elle va au-delà en prenant en compte la gravité de la faute du responsable. Elle remet en cause la spécificité même des dommages et intérêts, c'est-à-dire les principes jurisprudentiels qui sous-tendent son évaluation. La peine privée nous semble inconciliable avec le principe de réparation intégrale⁷⁰⁰.

243. Plus largement, l'association de la qualification de condamnation en nature et de dommages et intérêts ne permettent pas non plus de rendre compte de toutes les manifestations préventives de la responsabilité civile. Nous venons en effet de voir émerger deux qualifications nouvelles qui ne se laissent pas englober par ces deux qualifications traditionnelles.

§2. Les qualifications nouvelles des manifestations préventives

244. Aux côtés des qualifications traditionnelles, les manifestations préventives pourraient être qualifiées de mesures de cessation de l'illicite (A) ou de peine privée (B).

A. La qualification de mesure de cessation de l'illicite

245. La qualification de mesure de cessation de l'illicite est discutable en droit de la responsabilité civile (1) Si on peut surmonter certains obstacles, la qualification demeure incomplète vis-à-vis des manifestations préventives (2).

1. Une qualification discutable

246. De prime abord, il semble que la cessation de l'illicite ne soit pas une qualification du droit de la responsabilité civile (a). Pourtant, un auteur a démontré le contraire (b).

a. Une qualification apparemment exorbitante du droit de la responsabilité civile

247. De nombreuses thèses sur la cessation de l'illicite tendent à l'exclure du champ du droit commun de la responsabilité civile en fondant leur appartenance à un autre ensemble de règles. Une étude récente effectuée par M. Cyril Bloch les rejette toutes.

248. Appartenance aux règles de la protection des droits réels. Dans un premier temps, M. Bloch rejette l'idée selon laquelle la distinction est propre à la protection des droits réels par nature exorbitants du droit de la responsabilité civile. Telle position a été soutenue par M. Lévis⁷⁰¹. Selon l'auteur, la théorie générale de la cessation de l'illicite telle que dégagée par

⁷⁰⁰ Cf. *infra*, n° 639 et s.

⁷⁰¹ M. LEVY, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, préf. P. RAYNAUD, 1989.

Mme Roujou de Boubée ne rencontre pas le droit positif de la responsabilité civile⁷⁰². Seuls les droits réels et quasi-réels possèdent une autonomie de régime en raison de leur opposabilité absolue et de leur exclusivisme⁷⁰³. En effet, l'auteur rappelle que la prohibition d'un droit réel est prévue dans la définition même de ce droit qui reçoit une sanction en nature obligatoire et inconditionnée tandis que celle des droits personnels est au contraire facultative et conditionnée à la preuve d'une faute et d'un préjudice. De ce fait, trouver au sein du droit positif quelques exemples jurisprudentiels où l'absence de preuve et de préjudice entraînent une sanction en nature « ne traduisent pas un régime propre à la cessation de l'illicite, ni l'illustration d'un prétendu principe selon lequel nul ne pourrait rester dans l'illicéité : ils ne sont que l'expression de l'exclusivisme du droit réel dont la violation constitue, en ce cas, l'acte illicite »⁷⁰⁴.

248-1. M. Bloch répond à cela que si la distinction entre droit réels et droit personnels n'est pas à exclure en bloc⁷⁰⁵, l'appartenance exclusive de la cessation de l'illicite à la protection des droits réels se fonde davantage sur l'atteinte portée au droit de propriété plus qu'à l'ensemble des droits réels⁷⁰⁶. Le droit de propriété est opposable *erga omnes* et confère au propriétaire un exclusivisme, deux caractères traduisant la rigueur des sanctions en nature rendues à l'encontre d'une violation de ce droit telle que l'empiètement. En revanche, en ce qui concerne l'usufruit et les servitudes, M. Bloch citant M. Zénati⁷⁰⁷ rappelle que le contentieux entre le titulaire du droit réel avec le propriétaire de la chose pour la première et, entre les propriétaires des fonds servant et dominant pour la seconde, n'accordent ni à l'usufruitier ni au détenteur de la servitude les caractères qui s'attachent à la propriété. Ces derniers ne sont transposables à l'usufruitier que dans le contentieux à l'égard des tiers⁷⁰⁸. Si ces contentieux reçoivent une sanction en nature semblable à celle de la violation du droit de propriété, ce n'est pas en raison de leur nature particulière de droit réel mais du fait de la transposition jurisprudentielle du modèle de la propriété aux autres droits réels. M. Bloch soutient dès lors, avec justesse selon nous, que la protection des droits réels a pris une avance sur celle des droits personnels en consacrant la reconnaissance de la cessation de l'illicite mais que cette dernière n'est en rien l'exclusive de l'une ou de l'autre⁷⁰⁹. « L'existence d'un droit spécial de la cessation des atteintes aux droits réels n'exclut pas la construction d'une théorie générale de la cessation de l'illicite »⁷¹⁰.

⁷⁰² *Ibid.*, n° 108, p. 99.

⁷⁰³ *Ibid.*, n° 16 et s.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, n° 112, p. 102.

⁷⁰⁵ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 137, p. 125.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, n° 138 et s, pp. 126 et s.

⁷⁰⁷ F. ZENATI, « Exercice du droit de servitude », obs. sous Civ. 3^{ème}, 2 déc. 1992, *RTD civ.*, 1994, p. 596 ; du même auteur, « Responsabilité de l'usufruitier », obs. sous Civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, *RTD civ.*, 1993, p. 168. *Adde*, du même auteur toujours, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 313., ainsi que *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon, 1981.

⁷⁰⁸ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 140.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, n° 141-2 et 141-3.

⁷¹⁰ *Ibid.*, n° 144 et s. L'auteur apporte également une démonstration nourrie d'arguments de droit positif, et notamment de décision judiciaire de la Cour de cassation, V. n° 147 et 148.

In fine, les mesure de cessation de l'illicite ne sont pas exclusivement des sanctions en nature des droits réels obligatoires et inconditionnées.

249. Appartenance aux règles de la protection des droits subjectifs substantiels en général.

La cessation de l'illicite peut également apparaître comme un mécanisme sanctionnatoire propre à la protection des droits substantiels en général. M. Ripert a notamment émis cette idée selon laquelle la cessation de l'illicite possède un régime autonome en droit privé propre à sanctionner la violation d'un droit subjectif préexistant⁷¹¹. Autrement dit, si un plaideur obtient en justice une mesure de cessation, c'est qu'il détient une prérogative individuelle préexistante dont l'exercice est protégé. Cette thèse s'inscrit dans une conception strictement pécuniaire de la notion de réparation. Conséquemment, en dehors de toute compensation en argent, la sanction ordonnée ne peut que supposer l'existence d'un droit subjectif préexistant.

249-1. M. Bloch après avoir remarqué que cette thèse est à la fois ancienne⁷¹² et récurrente⁷¹³ remarque qu'elle n'est pas pertinente sur le terrain de la sanction juridique. En citant le doyen Roubier⁷¹⁴, l'auteur rappelle que les droits subjectifs possèdent des conditions propres pour leur protection. En effet, « en présence d'un droit subjectif, la protection judiciaire qui est accordée à son bénéficiaire est la conséquence directe du droit subjectif lui-même – c'est le droit qui génère l'action – alors qu'en présence d'un devoir, la protection judiciaire résulte de l'action qui a été concédée par l'ordre juridique – c'est l'action qui génère le droit »⁷¹⁵. En revanche, ils ne bénéficient pas d'un type de sanction spécifique. « Ainsi, dans la généralité des cas, l'action tendant à mettre un terme ou à prévenir la réitération ou l'apparition de la violation d'un droit subjectif n'est pas consubstantielle à l'existence d'un droit subjectif mais plus simplement au constat d'une violation d'une règle juridique impérative »⁷¹⁶. Se fondant de nouveau sur Paul Roubier, M. Bloch conclue alors qu'il n'y a pas de différence de sanctions applicables aux deux

⁷¹¹ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil, t. II.*, 1957, n° 1136, p. 37.

⁷¹² M. Bloch la fait remonter aux développements de Jhering et Demogue sur les « injustices objectives ». C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, note infrapaginale n° 528, p. 139.

⁷¹³ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification.* th. Paris I, 2000, notamment, n° 111 ; J.-P. GRIDEL, note sous Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *D.* 2001, jur., p. 1973 « l'action en dénonciation d'illicéité prospère par la seule preuve de l'atteinte à un droit, sans que le demandeur ait à justifier d'un dommage précis et particulier » ; F. LEDUC, « Régime de la réparation. Modalités de la réparation. Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. Principes fondamentaux », *J.-Cl. RCA*, fasc. 201, 2006, n° 33.

⁷¹⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, n° 36, p. 299.

⁷¹⁵ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 152.

⁷¹⁶ *Ibid.*, n° 152, p. 141.

formes d'illicéité, celle des droits subjectifs, d'une part, et, celle des simples devoirs juridiques, d'autre part⁷¹⁷ mais que les deux appartiennent au champ de la responsabilité civile⁷¹⁸.

Les mesures de cessation de l'illicite ne sont dès lors pas l'apanage de la protection des droits subjectifs.

250. Appartenance aux règles de la protection de l'intérêt public. Si la cessation de l'illicite n'est pas propre à la sanction d'un droit réel ou subjectif préexistant, certains⁷¹⁹ ont alors pu soutenir qu'elle l'était de la sanction d'un intérêt public supérieur. Le juge devrait ainsi obligatoirement imposer la cessation de l'illicite en cas de violation de l'intérêt public, et facultativement en cas de violation d'un intérêt privé où « il serait libre de laisser perdurer la situation illicite moyennant réparation du dommage »⁷²⁰.

250-1. Là encore le cantonnement de la cessation de l'illicite est critiqué. Le fond du raisonnement de M. Bloch est le suivant. Il est bien difficile d'imposer une distinction nette entre les règles juridiques d'intérêt public et celles d'intérêt privé. Cette dissociation est d'autant moins aisée à appliquer qu'en droit civil « l'intérêt général n'apparaît jamais seul, mais, au mieux, en harmonie, au pire, en complément de la garantie d'intérêts privés individuels ou collectifs. Tout est donc affaire de degré »⁷²¹. L'auteur en vient alors à réfuter les exemples de M. Leduc tirés des actions possessoires et de l'édiction des règles d'urbanisme avant de conclure que l'intérêt général est commun à toutes les règles juridiques que ce soit directement, à travers un intérêt public ou indirectement, par le biais d'un intérêt personnel ou collectif. Conséquemment, la cessation de l'illicite « est le corollaire le plus direct de la force contraignante attachée à toute règle de droit impérative. Elle est la contrainte directe. Il ne s'agit donc pas ici de déterminer, en fonction de critères variés dont pourrait effectivement faire partie l'intérêt public, si tel ou tel mode de contrainte indirecte s'applique, mais, lorsqu'il n'est pas trop tard pour y parvenir, de ramener directement la règle de droit actuellement violée à « l'exécution ». Bras avancé de la force contraignante attachée à toute règle juridique impérative, la cessation de l'illicite n'a donc nul besoin de critères exogènes pour s'exprimer »⁷²².

Les mesures de cessation de l'illicite sont dès lors directement rattachées à la violation même de la norme juridique et non à un type particulier d'entre-elles.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ En ce sens, sur la qualification de l'action en concurrence déloyale en action de responsabilité civile, P. ROUBIER, « De la distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.*, 1952, p. 167.

⁷¹⁹ M. Bloch cite la thèse de M. Leduc. F. LEDUC, « Régime de la réparation. Modalités de la réparation. Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. Principes fondamentaux », *art. préc.*, n° 33.

⁷²⁰ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *th. préc.*, n° 156, p. 145.

⁷²¹ *Ibid.*, n° 157, p. 145.

⁷²² *Ibid.*, n° 158, pp. 147-148.

251. Appartenance aux règles de la protection de la légalité objective et abstraite. Il ne faudrait néanmoins pas en conclure que la cessation de l'illicite provient d'un contentieux objectif visant la protection de la légalité objective et abstraite. C'est pourtant ce qui a été soutenu par M. Savelli⁷²³. Selon cet auteur, la distinction introduite par Duguit⁷²⁴ en droit public entre contentieux objectif et subjectif est transposable en droit privé et propre à éclairer la cessation de l'illicite. Cette dernière serait l'expression d'un contentieux objectif, c'est-à-dire qu'elle ne dépendrait pas d'un droit qui la ferait naître mais trouverait son fondement dans la violation d'une norme juridique formalisée par le droit objectif⁷²⁵.

251-1. M. Bloch rejette fermement cette proposition en démontrant que l'intérêt subjectif du demandeur en cessation de l'illicite est un caractère propre à l'action intentée en matière civile. En effet, s'il n'en est pas de même dans les matières pénale et administrative qui ont certainement influencé M. Savelli, en matière civile, le contentieux de la cessation de l'illicite est une action de nature subjective bien que son régime présente un caractère objectif. Si la demande concourt à faire cesser une situation qui objectivement est illicite, cet effet n'est pas recherché directement, pour lui-même, au contraire de l'intérêt privé du demandeur pour qui la situation tend à être préjudiciable au moins pour l'avenir. M. Bloch le démontre avec beaucoup de persuasion, arguments de droit positif à l'appui⁷²⁶.

Les mesures de cessation de l'illicite n'ont ainsi aucune nature proprement objective. Elles ont certes un caractère objectif mais qui ne spécifie pas leur nature, seulement leur régime.

b. Une qualification possiblement incluse dans le droit de la responsabilité civile

252. Tous ces obstacles surmontés, la voie de l'appartenance de la cessation de l'illicite à la responsabilité civile n'en est pas pour autant toute tracée. On peut en effet constater que les mesures de cessation de l'illicite sont avant tout prononcées en référé, d'une part, et que leur régime autonome plaide davantage pour la reconnaissance d'une action autonome en cessation de l'illicite, d'autre part.

253. Le référé-cessation. La cessation de l'illicite ne serait-elle qu'une fonction propre au droit processuel ? Le référé-cessation de l'article 809 CPC comme les référés spéciaux des articles 9 ou 16 du Code civil, sans citer ceux qui sont en droit du travail⁷²⁷ ou en droit de la propriété

⁷²³ B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé, th. préc.*

⁷²⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du Droit public*, Armand Colin, Bibliothèque du mouvement social contemporain, 1913, pp. 187 et s. Adde – LAMPUE, « La distinction des contentieux », in *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, 1950, t. I, p. 285 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, n° 584, p. 544, L. DUGUIT, « Les éléments de l'ordonnancement juridique », in *Leçons de Droit public général*, Paris, Boccard, 1926, pp. 55 et s.

⁷²⁵ B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé, th. préc.*, n° 92 et s., pp. 91 et s., notamment, n° 93, p. 93.

⁷²⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 169 et s.

⁷²⁷ Par exemple, art. L. 263-1 du Code du travail habilitant les inspecteurs du travail à réclamer au juge des référés la mise en conformité des lieux de travail aux règles de protection des salariés en matière d'hygiène et de sécurité. Art.

intellectuelle⁷²⁸, ne tendent-ils pas à rejeter la thèse de l'existence d'une fonction de cessation de l'illicite au sein droit de la responsabilité civile ? Au contraire, M. Bloch démontre que l'article 809 est un « *ersatz* d'action en cessation de l'illicite en droit commun de la responsabilité civile »⁷²⁹ mais surtout que son fondement est en voie de substantialisation. En effet, ce référé déroge aux limites inhérentes au référé en exigeant de moins en moins les deux conditions traditionnelles d'intervention : l'évidence et l'urgence.

253-1. *Recul de l'évidence*. L'article 809 CPC dispose depuis le décret n° 87-434 du 17 juin 1987 que le juge des référés peut prescrire des mesures conservatoires même en présence d'une contestation sérieuse⁷³⁰. Cette intervention réglementaire venait entériner la jurisprudence de la Cour de cassation⁷³¹. Depuis, la Cour de cassation tend à priver le juge des référés « de la possibilité de tirer motif du défaut d'évidence pour rejeter les demandes de cessation de l'illicite »⁷³². Elle l'oblige à « creuser profond »⁷³³ dans la recherche de la licéité ou de l'illicéité des faits dont ils sont saisis. Prenant l'exemple du contentieux de la liberté d'expression, M. Bloch relève que le juge des référés est amené à aller au-delà du manifestement illicite pour rechercher et donner contenu précisément à cette illicéité, quitte à remplir une fonction proprement créatrice de droit⁷³⁴.

L. 422-1-1 du Code du travail habilite le Conseil des prud'hommes statuant en référé à prononcer la cessation de toute atteinte illicite « aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise ».

⁷²⁸ Par exemple, les articles L. 615-3 et L. 716-6 du Code de propriété intellectuelle sur les actions en contrefaçon où la cessation peut être demandée en référé ; l'article L. 332-1, al. 3 et s. du même Code sur la saisie des reproductions illicites.

⁷²⁹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 185 et s., pp. 174 et s.

⁷³⁰ Sur cette insertion, J. NORMAND, *RTD civ.*, 1988, p. 168 ; P. DRAI, « Pour un juge qui toujours décide », *Gaz. Pal.*, 1987, 2, doct., p. 512 ; V. RONDEAU-RIVIER, « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.*, 1991, doct., p. 355.

⁷³¹ En ce sens, pour le dommage imminent, Civ. 3^{ème}, 14 déc. 1976, *Bull. civ.*, III, n° 464 ; Com., 24 mars 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 161 ; Civ. 2^{ème}, 25 févr. 1987, *Bull. civ.*, II, n° 55 ; pour le trouble manifestement illicite, Civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, *Bull. civ.*, I, n° 153 ; Soc., 3 juil. 1986, *Bull. civ.*, V, n° 355 ; Soc., 21 juil. 1986, *Bull. civ.*, V, n° 419 ; Civ. 2^{ème}, 21 juil. 1986, *Bull. civ.*, II, n° 82 ; Civ. 2^{ème}, 25 févr. 1987, *Bull. civ.*, II, n° 55.

⁷³² C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 200. En ce sens, Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, n° 95-14757 ; Civ. 2^{ème}, 8 févr. 2006, n° 05-13087 cités par l'auteur.

⁷³³ J. NORMAND, obs. sous Ass. Plén., 28 juin 1996, *RTD civ.*, 1997, p. 222.

⁷³⁴ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 200, p. 188, « Qu'on le veuille ou non, c'est essentiellement devant la formation des référés que se précisent, sur le plan civil, le sens et la portée des limites, plus ou moins formalisés par le législateur, à la liberté d'expression... Au point parfois, pour le juge des référés de remplir une fonction proprement créatrice de droit, comme ne témoigne la théorie si controversée du droit autonome à l'image, toute entière façonnée par les formations des référés. L'adverbe « manifestement » qui borne théoriquement l'appréciation du juge des référés marque ainsi le pas sur la recherche de l'illicéité, quel que puisse être son degré d'évidence ou de complexité. Le référé, relève un auteur [E. PUTMAN, « Les mesures conservatoires en droit français de la concurrence », *RRJ*, 1997-3, pp. 889 et s., *spéc.*, n° 56, p. 903], s'est ainsi peu à peu transformé en « une sorte de recours en appréciation de licéité » ».

253-2. *Abandon de l'urgence*. La majorité des cas soumis au juge des référés sont constitués de faits urgents, c'est-à-dire dont il est urgent d'en faire cesser l'illicéité. Depuis 1979, en matière de trouble manifestement illicite, si les faits ne le sont pas, la Cour permet l'application du référé-cessation⁷³⁵. Certaines mesures de cessation du trouble manifestement illicite auraient pu en effet attendre d'être ordonnées sur le fond. Ainsi, la condition de l'urgence n'est plus impérative.

Le recul de l'évidence et l'abandon de l'urgence sont des constats dont on peut déduire la substantialisation du référé-cessation. Le quasi-monopole du juge des référés sur la cessation de l'illicite n'est donc pas un obstacle dirimant à l'appartenance des mesures de cessation au droit de la responsabilité civile. En quelque sorte, le juge des référés statue au fond lorsqu'il est amené à prononcer de telles mesures.

254. L'autonomie de régime de la cessation de l'illicite. En revanche, les caractères objectif et non conditionné à la preuve d'une faute et d'un préjudice des mesures de cessation de l'illicite obligent-ils à détacher la cessation de l'illicite du droit de la responsabilité civile ? L'interrogation reçoit classiquement une réponse ferme et positive. Le doyen Savatier la formulait sous forme de syllogisme : « La responsabilité civile ne permet que la réparation des préjudices subis ; la cessation d'un état de chose illicite n'est pas une véritable réparation ; d'où s'infère nécessairement que la cessation de l'illicite ne relève pas de la responsabilité civile »⁷³⁶. Cet argument de pure logique est néanmoins contredit par le droit positif⁷³⁷ et par l'éventail des fonctions⁷³⁸ qui sont désormais reconnues à la responsabilité civile. Ce qu'il convient également de constater, c'est que « fondamentalement, la cessation de l'illicite n'est pas une action mais une sanction »⁷³⁹. En effet, nous avons pu constater lors de notre étude du droit positif, que les mesures de cessation, bien que prononcées par des juges différents, se fondaient sur des articles divers se rattachant au contentieux de la responsabilité civile, ou du moins, interprétés à l'aune des règles du droit commun de la responsabilité. Enfin, s'il faut un argument de plus, les actions en concurrence déloyale, par exemple, sont des actions en responsabilité civile, qui faisant fi des conditions de préjudice et de lien de causalité, n'en demeurent pas moins reconnues par

⁷³⁵ Soc., 5 janv. 1979 ; *Bull. civ.* V, n° 13 ; Civ 3^{ème}, 26 oct. 1982, *Bull civ.* III, n° 207 ; *RTD civ.*, 1983, p. 382, obs. J. NORMAND.

⁷³⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *th. préc.*, n° 224, p. 205.

⁷³⁷ Cf. *supra*, n° 89 et s.

⁷³⁸ Sur la fonction préventive, V. notamment, TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", in *Aspect nouveaux de la pensée juridique*. Mélanges offerts Marc Ancel. Pédone, t. I, 1975, p. 407 ; C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, p. 561 ainsi que C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *D.* 2004, chron. 9, p. 577 ; M. MEKKI, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *Petites Affiches*, 12 janvier 2005, p. 3. Sur la fonction dissuasive, V. en plus, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*

⁷³⁹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *th. préc.*, n° 228, p. 209.

l'ensemble de la doctrine comme faisant parties du droit de la responsabilité civile⁷⁴⁰. Pourquoi en serait-il autrement pour la cessation de l'illicite ?

Ainsi, les mesures de cessation de l'illicite font parties intégrantes du droit de la responsabilité civile car elles sont fondées sur une action en responsabilité qu'elles viennent sanctionner.

2. Une qualification incomplète

255. Pour autant, ces mesures sont-elles aptes à qualifier toutes les manifestations préventives que notre étude a répertoriées ?

256. La qualification de cessation de l'illicite est nécessaire notamment afin de bien comprendre la réparation autre qu'en valeur et la dimension non réparatrice de la responsabilité civile. Pour autant, elle pêche sur deux points. D'une part, elle ne saurait couvrir le domaine classique de la responsabilité qui a pour raison finale la réparation du préjudice causé. En ce sens, la cessation de l'illicite ne peut être une qualification des dommages et intérêts futur par exemple⁷⁴¹. D'autre part, la cessation de l'illicite ne saurait s'étendre à ce que nous avons proposé de nommer mesures d'anticipation⁷⁴². La cessation de l'illicite nécessite une illicéité actuelle qui ne se retrouve pas dans certains cas de concurrence déloyale ou d'atteinte au respect de la vie privée⁷⁴³.

Une autre voie semble devoir être empruntée. Elle se nomme peine privée.

B. La qualification de peine privée

257. La peine privée est historiquement liée à la responsabilité civile⁷⁴⁴ si bien que la qualifier de nouvelle semble déplacé. Ce faisant, nous souhaitons simplement montrer qu'elle revient sur le devant de la scène. Pourtant, c'est une qualification très discutée (1) et incomplète vis-à-vis des manifestations préventives (2).

⁷⁴⁰ Cf. *supra*, n° 37.

⁷⁴¹ Cf. *supra*, n° 118 et s.

⁷⁴² *Contra*, C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 352, ainsi que cette citation, « Il n'y a pas effectivement de différence fondamentale – sinon temporelle – entre empêcher un dommage de se réaliser et l'empêcher de continuer », n° 76, p. 70.

⁷⁴³ Cf. *supra*, n° 34-38.

⁷⁴⁴ Il est classique de situer la question de la naissance de la peine privée dans le cadre de l'évolution de la responsabilité. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. préc., n° 449 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaires de droit romain*, 8^e éd., Dalloz, 2003, pp. 420 et s. ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Paris, 1904, pp. 71 et s. ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982, n° 90 et s. ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. préc., pp. 373 et s.

1. Une qualification discutée

258. La peine privée peut apparaître dépassée dans une lecture historique de la responsabilité civile (a). Il n'est pas davantage certain qu'elle coïncide véritablement avec elle en raison de son manque d'unité (b).

a. Une qualification dépassée

259. Thèse évolutionniste de la responsabilité civile. L'histoire de la responsabilité civile est souvent rapportée sous l'angle de la lente distinction des délits civils et publics. Dans cette présentation traditionnelle, la peine privée exprimait l'idée d'une vengeance privée incompatible avec l'évolution de la responsabilité civile. Elle proviendrait d'une conception essentiellement primitive⁷⁴⁵ procédant d'un droit de se venger duquel la responsabilité civile s'est émancipée. L'histoire des obligations serait ainsi fondée sur l'autonomie de leur identité à partir d'une distinction entre la peine et la réparation. Plus généralement, cette présentation traditionnelle relais la célèbre étude de Ihéring selon laquelle « l'histoire de la peine est une abolition constante »⁷⁴⁶. Telle est la teneur de la thèse évolutionniste de la responsabilité civile.

260. Prolongement de la thèse évolutionniste. Même en retenant une conception plus contemporaine de la notion de peine privée, la conclusion demeurerait identique. En effet, si l'on pouvait concevoir que la responsabilité du Code Napoléon laisse une place à l'idée de peine privée en corrélant les notions de responsable et de coupable, le mouvement d'objectivation de la responsabilité civile couperait court à une notion renouvelée de la peine privée⁷⁴⁷. En effet, s'il est possible de dépouiller la notion de peine privée de l'idée de vengeance, elle demeure intimement liée à la notion de faute. Or, force est de constater que la responsabilité pour faute n'est plus qu'un seul pan de la responsabilité civile.

261. Conséquences de la thèse évolutionniste. De ce fait, nombre d'auteurs sont critiques à l'égard de la notion de peine privée en responsabilité civile⁷⁴⁸. En ce sens, un auteur a-t-il pu écrire que penser la peine privée dans cette matière reviendrait à « confondre le rôle indemnitaire des dommages et intérêts civils et le rôle punitif des amendes pénales »⁷⁴⁹. En outre, l'évolution du droit de la responsabilité civile n'est pas seulement marquée par la diminution du rôle de la faute mais également par l'idéologie de la réparation qui conduit à penser la responsabilité civile

⁷⁴⁵ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaires de droit romain, op. cit.*, p. 421.

⁷⁴⁶ IHERING, *De la faute en droit privé, Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1880, p. 4.

⁷⁴⁷ L. CADIET, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495, *spéc.*, p. 497.

⁷⁴⁸ Notamment, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 517 et s. Pour une présentations des critiques traditionnelles, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, th. préc.*, pp. 371 et s.

⁷⁴⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, "L'éthique de la responsabilité", *RTD civ.*, 1998, p. 1, *spéc.*, p. 19.

comme la reconnaissance d'une créance d'indemnisation et non plus comme la reconnaissance d'une dette de responsabilité⁷⁵⁰. Le divorce entre la peine et la réparation serait ainsi entériné.

262. Critique de la thèse évolutionniste. Cette lecture traditionnelle de la responsabilité civile à travers son évolution historique ne fait cependant pas l'unanimité. Elle repose sur le présupposé que peuvent être distingués au sein d'une société un droit purement répressif d'un droit purement restitutif. On reconnaît ici la lecture de Durkheim selon laquelle les sociétés passent de l'état primitif marqué par une solidarité mécanique correspondant à un droit répressif, à la modernité marquée par une solidarité organique correspondant à un droit restitutif⁷⁵¹. Avec ce dernier, le droit perd son caractère exclusivement pénal et s'autonomise en différentes matières. Dès lors, l'évolution de la responsabilité s'inscrirait dans une loi universelle d'évolution sociale⁷⁵². Cette compréhension de la matière est cependant remise en cause par les anthropologues et certains historiens du droit. Selon ces derniers, « toutes les sociétés ont à la fois un droit répressif et un droit restitutif »⁷⁵³. Du reste, si l'évolution naturelle de la responsabilité civile tendrait à retenir exclusivement la réparation, la peine privée devrait alors disparaître. Autrement dit, la peine privée apparaîtrait comme une institution purement transitoire destinée à disparaître une fois la responsabilité civile devenue pleinement autonome. Or, nous avons montré des exemples de peine privée dans notre droit positif⁷⁵⁴. Il n'est pas exagéré de dire qu'il y a même un regain de la peine privée tant en doctrine⁷⁵⁵ qu'en jurisprudence. D'ailleurs, la thèse évolutionniste ne coïncide pas avec certaines découvertes en droits cunéiformes ou en droit romain primitif, par exemple. Messieurs Gardascia⁷⁵⁶ et Gazzanica⁷⁵⁷ ont-ils ainsi pu montrer des intersections entre la peine et la réparation tout au long de leur législation. De nos jours, on assiste également à un

⁷⁵⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, "L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation", *RTD civ.*, 1987, p. 1.

⁷⁵¹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. "Bibliothèque de philosophie contemporaine", Paris, 1973.

⁷⁵² P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. préc., n° 38.

⁷⁵³ N. ROULLAND, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. "Droit fondamental", Paris, 1988, n° 35.

⁷⁵⁴ Cf. *supra*, n° 176-183.

⁷⁵⁵ La quantité des études est impressionnante : L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Paris, 1904 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. préc. ; P. JACOMET, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse, Paris, 1905 ; O. ANSELME-MARTIN, *La responsabilité civile délictuelle objective*, th. préc. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc. ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, th. préc. ; P. NABET, *La peine privée en droit des assurances*, PUAM, 1986 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. préc. ; M. CREMIEUX, "Réflexions sur la peine privée moderne", in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Dalloz, t.1, 1979, pp. 261 et s. ; *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, in C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 455 et s. sur l'introduction d'une action à fin d'expiation ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit, not. p. 68.

⁷⁵⁶ G. GARDASCIA, « Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain », in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, p. 42.

⁷⁵⁷ J.-L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes journées René Savatier, PUF, 1997, p. 8.

regain de la notion de peine privée qui semble contredire la thèse évolutionniste. Par exemple, la faute lucrative comme les activités de concurrence déloyale appellent naturellement « une augmentation des dommages et intérêts au-delà de la valeur du préjudice permettant d'assurer efficacement la répression de ces fautes que leur auteur a intérêt de commettre parce qu'il tire de l'activité dommageable un profit supérieur à la condamnation encourue »⁷⁵⁸.

Ainsi, la qualification de peine privée n'apparaît-elle pas si dépassée que la thèse évolutionniste pourrait le laisser croire. En revanche, elle est marquée par un manque d'unité.

b. Une qualification sans unité

263. Hétérogénéité des manifestations de la peine privée. La peine privée apparaît parallèlement comme une qualification sans grande unité. Elle regroupe un ensemble de manifestations hétérogènes qui peut faire douter de la cohérence du terme. Ainsi, avons-nous montré dans le chapitre précédent que la peine privée regroupait quatre types de manifestations⁷⁵⁹. En effet, il ne faudrait réduire les emplois de ce terme qu'aux seules dommages et intérêts majorés, à la clause pénale et aux amendes civiles. L'expression est également employée pour désigner un assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité civile afin de retenir plus durement la responsabilité du préjudice en vue de le punir. Elle ne l'est pas moins pour qualifier certaines notions de droit des obligations lorsque leur régime s'attache à tirer des conséquences particulières à la mauvaise foi.

264. Nature mixte de la peine privée. Pour remédier à cette hétérogénéité, la doctrine majoritaire conçoit alors que la peine privée a une nature mixte⁷⁶⁰. Elle serait à la fois peine et réparation. Cette conception a été défendue par M. Hugueney et reprise par M. Stark et Mme Roujou de Boubée. Selon ces auteurs, la peine privée est une extension de la réparation à la fois punitive et indemnitaire prenant la forme de dommages et intérêts à la charge du responsable et au profit de la victime. La notion de peine privée se dégage alors de la peine et de la réparation en raison de trois critères. Un premier critère qualifié d'objectif consiste à ne pas faire dépendre le montant de la condamnation de la réparation stricte du préjudice⁷⁶¹. Un deuxième critère qualifié de subjectif donne un rôle essentiel à la faute qui justifie non seulement la condamnation mais également détermine la mesure de la condamnation⁷⁶². Un dernier critère qualifié de téléologique a pour fonction non pas seulement de satisfaire la victime mais de sanctionner le coupable⁷⁶³. Si ce dernier critère est jugé prépondérant pour M. Hugueney, tous trois doivent être cumulés pour se retrouver en présence d'une peine privée et non d'une simple réparation. M. Crémieux a repris cette thèse en distinguant bien les trois fonctions qu'assure la peine privée⁷⁶⁴ :

⁷⁵⁸ A. JAULT, *La notion de peine privée, th. préc.*, n° 8, p. 4.

⁷⁵⁹ Cf. *supra*, n° 171.

⁷⁶⁰ A. JAULT, *La notion de peine privée, th. préc.*, n° 21 à 78.

⁷⁶¹ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain, th. préc.*, p. 25.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 27.

⁷⁶³ *Ibid.* Selon M. Hugueney, ce critère provient de la doctrine de Grotius.

⁷⁶⁴ M. CREMIEUX, "Réflexions sur la peine privée moderne", *ibid.*

une fonction préventive permettant d'éviter tout désordre, une fonction répressive justifiée d'un point de vue moral et une fonction réparatrice assumée par la satisfaction des victimes. Selon l'auteur, il s'en dégage des peines privées comminatoires ayant pour but la prévention des comportements illicites telles que l'astreinte, des peines privées morales telles que le recel successoral et des peines privées satisfaisantes telle que la responsabilité civile envisagée en sa fonction de peine privée.

265. Critiques de la nature mixte. Ces trois critères de la peine privée ont été critiqués dans la doctrine⁷⁶⁵ au premier rang desquels le critère téléologique⁷⁶⁶. Selon certains auteurs, il serait impossible de distinguer nettement une condamnation portant sur le responsable d'une réparation orientée vers la victime. « L'obligation de réparer le préjudice causé à la victime constitue en même temps pour le responsable, une sanction qui, si elle n'a pas le caractère infamant de la peine, en a tout au moins les caractères afflictifs et préventifs »⁷⁶⁷. En outre, M. Jault remarque que « l'aspect privé de la peine exprime le souci d'intéresser la victime à la punition des comportements fautifs. En affectant le bénéfice de la condamnation à la victime et en l'associant au prononcé de la sanction, la peine privée place clairement cette dernière au centre de ses préoccupations »⁷⁶⁸. Plus largement, la nature mixte de la peine privée reposant sur une conception téléologique est rejetée par cet auteur.

266. Nature unitaire de la peine privée. Selon lui, la peine privée ne peut se bien concevoir qu'unitairement⁷⁶⁹. Certes, l'idée n'est pas nouvelle⁷⁷⁰ mais la démonstration est développée et s'effectue en deux temps à partir des fonctions de la peine privée. En premier lieu, la fonction dissuasive de la peine privée est un indice fort mais commun avec la réparation pour faute et, plus largement, avec la fonction normative de la responsabilité. Cette fonction ne saurait à elle seule marquer l'identité de la peine privée⁷⁷¹. C'est, en second lieu, dans la fonction punitive de la peine privée que cette dernière se distingue de la réparation. Il s'agit alors de développer le propos de Mme Roujou de Boubée selon lequel « la peine privée trouve sa raison d'être en dehors du préjudice, dans l'existence d'une faute. Mais, en revanche, l'incidence primordiale de

⁷⁶⁵ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 455 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, th. préc.*, n° 544 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, pp. 54 et s.

⁷⁶⁶ P. NABET, *La peine privée en droit des assurances, th. préc.*, n° 54.

⁷⁶⁷ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 54.

⁷⁶⁸ A. JAULT, *La notion de peine privée, th. préc.*, n° 55, p. 32.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 79 et s.

⁷⁷⁰ Déjà, P. JACOMET, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français, th. préc.*, « L'idée de réparation est de nature diamétralement opposée à celle de la peine », p. 12.

⁷⁷¹ L'auteur rejoint ici le propos de M. Mazeaud selon lequel cette fonction « ne saurait pourtant constituer un critère définitif de distinction avec la notion de réparation. D'une part, parce qu'il repose sur des considérations d'ordre psychologique échappant à tout essai de rationalisation, d'autre part, parce que la réparation, ou plus exactement la perspective d'une condamnation à des dommages et intérêts, peut être elle aussi, dans une certaine mesure, envisagée comme constituant une menace pour le débiteur », D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale, th. préc.*, n° 544.

l'étendue du préjudice sur le montant de la réparation révèle que c'est dans le préjudice que réside la raison d'être de la réparation »⁷⁷².

267. Critique de la nature unitaire. M. Jault propose ainsi une notion de peine privée dégagée de la responsabilité civile en tant que notion autonome de droit privé. La nature unitaire de la peine privée est assez pertinente bien qu'elle nie les liens conceptuels entre la peine et la réparation. M. Jault ne conçoit-il pas lui-même qu'il s'agit de deux types de sanctions ? N'est-ce pas par la même induire un lien commun ? Cette conception est davantage critiquable en raison de l'appréhension dont il est fait de la responsabilité. Celle-ci est cantonnée à la réparation du préjudice. Or, la découverte des manifestations préventives démontre le contraire.

Pour ces raisons, la peine privée nous apparaît être une qualification incomplète des manifestations préventives de la responsabilité civile.

2. Une qualification incomplète

268. Les manifestations préventives comportent en leur sein des peines privées dont les notions traditionnelle ou nouvelle peuvent rendre compte. En est-il de même des autres manifestations que nous avons recensées ?

269. Précaution et peine privée. Selon M. Sériaux, les manifestations fondées sur le principe de précaution conduisant à des mesures de réparation prononcées indépendamment de tout préjudice certain, serait-il même futur, et justifié par la faute de l'agent ne sont en réalité rien d'autres que des peines privées⁷⁷³. La qualification de peine privée s'étendrait ainsi aux mesures de précaution. Selon nous, cette position n'est pas soutenable. Notre étude du contentieux des produits défectueux a montré que s'il pouvait conduire à de telles mesures, la faute en était exclue⁷⁷⁴. La responsabilité du fait des produits défectueux n'est pas une responsabilité subjective.

270. Autres manifestations préventives et peine privée. En ce qui concerne le reste des manifestations préventives, si l'on retient une nature unitaire de la peine privée, celle-ci ne pourrait être une qualification des dommages et intérêts majorés. A l'inverse, si l'on retient une nature mixte de la peine privée, la peine privée pourrait être une qualification des manifestations découlant d'une responsabilité pour faute. Or, nos manifestations découlent également de responsabilités sans faute, telle que la responsabilité pour trouble anormal de voisinage.

271. Conclusion de section. Au sortir de l'étude des qualifications alternatives à la qualification de sanction, un constat doit être dressé. Il est établi qu'aucune qualification alternative n'est capable de couvrir l'ensemble des manifestations préventives répertoriées. Dès lors, de deux

⁷⁷² M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. préc., p. 59.

⁷⁷³ A. SERIAUX, « L'avenir de la responsabilité civile, Quel(s) fondement(s), *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit., p. 58, n° 19.

⁷⁷⁴ Cf. *supra*, n° 70 et s.

choses l'une : ou bien il n'existe aucune qualification ou bien il est possible d'induire de ces qualifications, une qualification englobante qui reposerait sur une identité au moins conceptuelle que partageraient ces quatre grandes qualifications alternatives. Cette dernière voie mérite d'être explorée. Elle est en effet permise dans la mesure où toutes les qualifications alternatives apparaissent comme des sanctions juridiques, ce qui corrobore notre constat fondamental de la nature exclusivement jurisprudentielle des manifestations préventives de la responsabilité civile. En effet, la réparation, qu'elle soit de nature ou par équivalent, la cessation de l'illicite et la peine privée sont souvent qualifiées de sanctions juridiques. Pourtant, il convient d'étudier en détail cette voie car, de prime abord, il apparaît un ensemble d'obstacles importants.

SECTION 2. Les obstacles à la qualification de sanction

272. Problématique. L'étude des qualifications possibles des manifestations préventives montre qu'aucune ne parviennent à les qualifier toutes. En revanche, un constat s'est fait jour : toutes les qualifications possibles conduisent à concevoir les manifestations préventives comme des sanctions juridiques. La qualification de sanctions serait-elle la qualification fondamentale qui se cache derrière les qualifications alternatives qui, prises isolément, échouent là où la qualification de sanction pourrait réussir ?

273. Hypothèse. Rien n'est moins sûr ! Si cette voie découle de la précédente section, elle se heurte néanmoins au bon sens. En effet, on retient habituellement de la sanction une définition suffisamment stricte pour reléguer l'expression sanction préventive à l'état d'oxymore. La sanction juridique demeure synonyme de peine. De même, la prévention semble incompatible avec la notion de responsabilité civile entièrement dominée par la réparation. Derrière ce constat intuitif, nous émettons l'hypothèse que ce constat révèle l'existence d'une conception usuelle de la sanction et de la place résiduelle de la prévention. Ces obstacles sont de nature à rendre impossible la qualification de sanction des manifestations préventives de la responsabilité civile.

274. Pour surmonter ces obstacles, nous procéderons en premier lieu à une analyse généalogique de la notion de sanction (§1) et en second lieu à une analyse similaire de la place de la prévention en responsabilité civile (§2).

§1. Généalogie de la notion de sanction en responsabilité civile

275. La notion de sanction est conçue d'une manière binaire dans la doctrine civiliste. On l'oppose à la notion de réparation en la définissant d'une manière proche de celle de la peine (A). Parallèlement, on constate que la notion de sanction est également utilisée d'une manière plus large pour qualifier les conséquences de la violation d'une norme de responsabilité (B). La conception de la sanction en responsabilité civile apparaît ainsi ambivalente⁷⁷⁵.

A. La conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile

276. En quoi consiste cette conception "rétributive" de la sanction (1) et quelles sont ses conséquences sur la qualification des manifestations préventives (2) sont les deux questions qui guideront nos développements.

⁷⁷⁵ En ce sens, A. BENABENT, "Sanctions et réparation", in *Justice et cassation, dossier "Les sanctions"*, Dalloz, 2005, 91-92, p. 91, « ... la notion de « sanction » – précisément celle-là même autour de laquelle s'ordonne cette série d'études – recèle une ambivalence bien connue, sanction-conséquence ou sanction-punition, qui fait obstacle à un lien homogène avec la réparation ».

1. La teneur de la conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile

277. La conception « rétributive » de la sanction tient en deux axiomes reliés : la sanction est assimilée à une peine (a) et se distingue nettement de la réparation (b).

a. L'assimilation de la sanction à la peine

278. Origine. La sanction n'est pas une qualification courante en responsabilité civile. Les manuels et traités en la matière ne recourent pas à cette notion. Pour autant, le vocable est quelquefois utilisé. Lorsque tel est le cas, on constate qu'il est employé comme un synonyme du terme « peine »⁷⁷⁶. En effet, « (...) le terme sanction évoque d'emblée l'idée de punition à l'égard d'un individu coupable »⁷⁷⁷. Intuitivement, sanctionner, c'est punir. Sous d'autres plumes, sanctionner assure la même fonction mais le terme de contrainte est préféré à celui de peine⁷⁷⁸. Sous cette différence terminologique, une même idée est décrite. Les auteurs concevant alors que la notion de sanction est propre au droit pénal et qu'elle est inadéquate en droit civil ne sont pas rares⁷⁷⁹. Les indices de cette assimilation entre sanction et peine, ou contrainte, ne sont pourtant pas formellement apparents. On les trouve toutefois au détour de certaines phrases et dans l'agencement des index. La sanction dans les manuels de responsabilité civile est souvent absente de ces derniers⁷⁸⁰ ou un renvoi est opéré à la notion de peine privée⁷⁸¹.

279. Faute. Cette conception "rétributive" de la sanction dérive ainsi d'une lecture pénale de la responsabilité civile. L'étude des sanctions dans cette matière n'envisage que les cas où le responsable est coupable. La notion de faute semble être consubstantielle de celle de sanction. Certains conçoivent que les sanctions en responsabilité civile ne se fondent que sur les cas de faute subjective⁷⁸² tandis que d'autres, plus majoritaires en nombre, retiennent la faute objective⁷⁸³. Pour tous, la notion de sanction ne peut rencontrer les régimes objectifs de responsabilité sans faute.

⁷⁷⁶ En ce sens, M. CREMIEUX, "Réflexions sur la peine privée moderne", *art., préc.*, n° 9.

⁷⁷⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 574.

⁷⁷⁸ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 72 ; Pour une approche modérée, G. CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12^e éd., 2005, n° 19 et s., pour une critique de cette confusion, M. VIRALLY, "Sur la prétendue "primitivité" du droit international", in *Le droit international en devenir*, PUF, 1991, p. 91, *spéc.*, p. 93.

⁷⁷⁹ Par exemple, Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 10^e éd., 2005, n° 48.

⁷⁸⁰ Tous les manuels et traités à l'exception de : G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*

⁷⁸¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, V. l'index.

⁷⁸² CH. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, Université de Lille II, 2000, p. 12 ; P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction, th. préc.*, p. 9.

⁷⁸³ M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail, th. préc.*, n° 9 ; C. OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2002, p. 3.

Concrètement, la sanction en responsabilité civile n'est employée que pour le domaine des dommages et intérêts punitifs, de la clause pénale, des astreintes et lorsque la responsabilité est engagée sur le fondement d'une faute, quoique déjà l'on se contente de l'expression « dommages et intérêts ».

b. La distinction entre la sanction et la réparation

280. Origine. Cette acception rétributive de la sanction permet alors de bien distinguer la réparation propre à la responsabilité civile des autres types de réparation. La responsabilité civile répare un préjudice ; elle ne punit pas un coupable. Il est alors donné à voir toute l'évolution historique de la matière qui s'est dégagée de la responsabilité pénale. L'histoire est connue⁷⁸⁴. Alors assimilée encore à Rome, la responsabilité civile s'est dégagée progressivement de l'idée de répression de l'auteur du préjudice en se focalisant sur l'indemnisation de la victime. La distinction s'est opérée en plusieurs phases. Les délits civils (*delicta*) et publics (*crimina*) ont d'abord été distingués sous l'ancien droit romain⁷⁸⁵. Cependant, la réparation des délits civils pouvait encore être effectuée par la vengeance privée⁷⁸⁶. Il faut attendre la Loi Salique pour indemniser pécuniairement le préjudice sous forme de *capitale* ou de *dilatura*⁷⁸⁷. La peine demeure cependant pour les actes fautifs⁷⁸⁸. De même, il faut encore attendre pour que la réparation du préjudice ne se fonde pas sur la gravité de la faute⁷⁸⁹. Ce n'est véritablement qu'avec le Code Napoléon, que l'idée de peine est totalement exclue des effets de la responsabilité civile.

281. Limite. *A priori*, confondre sanction et réparation serait faire fi de toute l'histoire du droit qui montre au travers de l'éloignement de la responsabilité civile de la responsabilité pénale la distinction entre sanction et réparation⁷⁹⁰. Toutefois, il existe des manifestations de la responsabilité tant pénale (peine indemnitaire⁷⁹¹) que civile (dommages et intérêts punitifs) que la doctrine qualifie elle-même de sanction-réparation. La distinction entre sanction et réparation n'est jamais totale⁷⁹².

⁷⁸⁴ V. notamment, J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 607 et s ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, op. cit., n° 187 et s.

⁷⁸⁵ A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 1977, n° 315.

⁷⁸⁶ C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, th. préc., n° 5.

⁷⁸⁷ Loi Salique, X, 1 et 2.

⁷⁸⁸ J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français, Sources, Droit public, Droit privé*, A. Fontemoing, Paris, 1904, n° 8 ; J. BART, *Histoire du droit privé, De la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien, 1998, p. 417.

⁷⁸⁹ Jusqu'aux rédacteurs du Code civil, la doctrine plaidait pour que l'indemnisation se fasse en partie en fonction de la gravité de la faute. En ce sens, SAINT THOMAS D'AQUIN, *Sommes théologiques*, II-II, Q. 61, art.4 ; GROTIUS, *Traité du droit de la Guerre et de la Paix*, Prolégomènes, §8, t.II, Amsterdam, 1724, p. 522 ; DOMAT, *Les lois civiles*, Livre 3, titre 5 « Des intérêts, dommages et intérêts et restitution des fruits », section 1, pp. 228 et s.

⁷⁹⁰ En ce sens, C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, th. préc., n° 5.

⁷⁹¹ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 74-2.

⁷⁹² *A contrario*, mais d'un point de vue conceptuel et non historique, A. BENABENT, "Sanctions et réparation", art. préc.

2. Les conséquences de la conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile

282. La conception "rétributive" de la sanction emporte des conséquences apparemment insurmontables. En effet, la sanction conçue comme une peine prononcée à l'encontre d'un fautif ne rend pas compte de la responsabilité civile, hormis les cas de peine privée. Au contraire, qualifier les effets de la responsabilité civile de sanctions engendrerait une confusion entre les deux ordres de responsabilité civile et pénale. Or, l'histoire montre qu'il s'est opéré un éloignement entre ces derniers.

Cette conclusion n'est pas sans contredire nos constats. Nous avons vu que les qualifications alternatives recouraient au terme sanction. C'est que la conception "rétributive" côtoie non sans paradoxe une autre conception de la sanction.

B. La conception "conséquentialiste" de la sanction en responsabilité civile

283. D'une manière analogue, l'exposé de la teneur de la conception (1) précédera celui de ses conséquences sur notre sujet (2).

1. La teneur de la conception "conséquentialiste" de la sanction

284. La sanction n'est pas exclusivement définie comme l'équivalent d'une peine. Les dictionnaires renvoient également une autre acception plus large. La sanction serait la conséquence de la violation d'une norme⁷⁹³. La définition emporte deux remarques. D'une part, la sanction apparaît plus neutre. Elle n'est pas revêtue de la couleur "rétributive" de la définition plus stricte. D'autre part, la sanction n'est plus identifiée en soi. Elle n'a pas d'identité propre. Ce n'est pas une peine, une mesure, ou un moyen. C'est une conséquence. Autrement dit, la sanction n'existe qu'à travers le reflet d'une autre notion – celle de la norme. Ces deux caractères de la sanction ainsi définie semblent extérieur pour le premier (a) et étranger pour le second (b) à l'esprit du droit de la responsabilité civile. Pourtant, cette acception du terme est employée par les auteurs de la doctrine civiliste.

a. Une conception extérieure à la responsabilité civile

285. Origine. Cette conception de la sanction qui la définit comme la conséquence de la violation d'une norme n'est pas propre à la responsabilité civile. Elle provient du langage juridique courant qui recourt à ce vocable dès lors qu'une décision a été prise sur le fondement d'une norme violée. Alors que la responsabilité civile s'intéresse à la nature de la violation (est-elle fautive ou non ?), cette définition de la sanction se situe au-delà. Cette acception du terme

⁷⁹³ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1383.

viser le lien qui existe entre une norme et le fait de la violer. Elle découle d'une conception normativiste du droit qui sera étudiée dans le chapitre suivant. Ce qui importe ici, c'est de remarquer quel lien cette conception établit entre la sanction et la norme. Il s'agit d'un lien de cause à effet. La sanction est une conséquence. Dès lors, le terme devient un qualificatif générique pour tous les effets engendrés par une action en responsabilité civile et se retrouve sous la plume de nombre d'auteurs⁷⁹⁴.

286. Contradiction apparente avec la prévention. Or, les manifestations préventives que nous avons recensées ne se situent-elles pas en amont de la violation d'une norme de responsabilité ? Lorsque l'on emploie le terme préventif, c'est pour viser les cas où la norme de responsabilité n'est pas encore violée. En des termes plus généraux, l'idée de prévention semble incompatible avec celle de conséquence. Prévenir, c'est agir entre la cause et la conséquence. C'est devancer cette dernière⁷⁹⁵.

287. Pistes de cohérence. Aussi implacable que puisse apparaître cette évidence, deux remarques principales peuvent être faites pour relativiser cette contradiction apparente entre prévention et conséquence. En premier lieu, il convient de soulever l'acception particulière du terme « conséquence » dans cette définition de la sanction. L'évidence veut que l'on assimile la conséquence à une réaction, c'est-à-dire à ce qui vient après chronologiquement. C'est oublier qu'une relation causale n'est pas systématiquement linéaire dans le temps. Il est des conséquences proactives, c'est-à-dire des conséquences qui ont lieu avant la réalisation de leur cause. Si un créancier peut prévoir sa faillite prochaine, il pourra mettre en œuvre une procédure de liquidation judiciaire avant que ne se réalise effectivement la faillite. Et pourtant, cette procédure est bien la conséquence de la faillite future car sans elle, la procédure ne peut être engagée. *Le terme conséquence mériterait à être compris comme englobant les effets réactifs et proactifs des causes.* En second lieu, il convient de ne pas assimiler la conséquence en droit à la seule conséquence judiciaire en tant que conséquence finale. « ...une conséquence juridique doit

⁷⁹⁴ M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail, th. préc.*, n° 9, « ... la sanction devant être alors envisagée comme la réaction de l'ordre juridique à la violation d'une règle ». L'auteur précise dans la note de bas de page que « la violation de la règle est ici entendue dans un sens large, celui d'une atteinte au droit. On pourrait considérer à cet égard que l'abus de droit n'entre pas dans le champ d'investigation, contrairement à l'irrégularité ou la nullité d'un acte juridique, puisqu'il ne trouve pas sa source dans la violation d'une règle au sens précis de ces termes. L'objection doit être écartée si l'on veut restituer à la sanction civile une cohérence d'ensemble dans une problématique unique. L'acte juridique abusif méconnaît la règle selon laquelle le titulaire d'un droit ne saurait en abuser, sauf à porter une atteinte à la légalité. Surtout, à travers l'exercice abusif d'une prérogative, une atteinte est portée aux droits d'une personne, atteinte dont la nature diffère de celle portée par un acte juridique lorsque celui-ci est irrégulier ou nul. » ; Ch. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille, th. préc.*, p. 12, « la sanction est la conséquence que le droit attribue à la faute » ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 252, p. 688, « Se reconnaître responsable implique d'accepter les conséquences qui en découlent moralement ou socialement, c'est-à-dire les sanctions » ; Ch.-A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 305, « La sanction est la conséquence de la violation d'un devoir ».

⁷⁹⁵ C'est lié au préfixe *pré*. Sur les sens du préfixe *pré*, le « préfixe par excellence » ou « le préfixe des préfixes », un détour par la poésie peut être proposé : F. PONGE, *La fabrique du pré*, éd. Albert Skira, coll. "Les sentiers de la création", 1971, pp. 223, 226, 228, 241, et 263.

pouvoir être qualifiée de sanction avant qu'un juge puisse intervenir »⁷⁹⁶. Il est des sanctions qui sont des conséquences intermédiaires, c'est-à-dire prononcées avant la décision finale. C'est le cas des sanctions en référé, si l'on retient ici cette conception « conséquentialiste » de la sanction. Alors, il serait compréhensible de définir la sanction prononcée en référé comme une conséquence de la violation d'une norme, et ce, alors que la violation n'a pas encore eu lieu (le dommage est futur). Pré-venir serait alors agir avant que le dommage ne se réalise et également avant que le droit ne soit définitivement dit⁷⁹⁷.

Provenant du dehors de la responsabilité civile, cette conception « conséquentialiste » utilisée en dedans peut également apparaître étrangère à sa logique.

b. Une conception étrangère à la responsabilité civile

288. Origine. Classiquement, « la responsabilité consiste dans l'obligation de réparer le dommage causé, cette réparation prenant le plus souvent la forme de dommages et intérêts »⁷⁹⁸. La présentation du droit de la responsabilité se passe ainsi de la notion de sanction. La condamnation en responsabilité civile conduit à imposer une nouvelle obligation au débiteur. La notion d'obligation tient lieu de sanction.

289. Incompatibilité apparente avec la responsabilité. *A priori*, obligation et sanction sont deux notions juridiques différentes qui ne peuvent être confondues. La conception "conséquentialiste" de la sanction n'aurait alors pas de place en responsabilité civile. Elle serait étrangère à sa logique qui fait intervenir la notion d'obligation pour qualifier ses effets. La responsabilité civile débouche sur une obligation nouvelle et le terme sanction serait surabondant pour qualifier les conséquences de la violation d'une norme de responsabilité.

290. Pistes de compatibilité. Toutefois, la conception "concequentialiste" de la sanction ne doit pas être entendue comme une conception structurelle mais fonctionnelle. En d'autres termes, la sanction n'a pas une identité propre, c'est le qualificatif ajouté à une notion en vue de lui donner une nouvelle fonction. En ce sens, une obligation peut très bien avoir la fonction de sanction. Cette acception du terme sanction a été exprimée clairement par M. Michel Virally et développée par M. Charles-Albert Morand. M. Virally expose ainsi sa conception : « ... d'une obligation violée ou non exécutée, va naître une obligation nouvelle, et ainsi de suite. Des chaînes d'obligations vont se forger (...) jusqu'à ce que le résultat recherché ou un résultat équivalent ait été atteint. A l'obligation initiale sera substituée une autre obligation de donner (dommages et intérêts) ou de faire (remise en état). La sanction, si on veut parler de sanction, ne sera pas un

⁷⁹⁶ Ch.-A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, *spéc.*, n° 4, p. 303.

⁷⁹⁷ Sur ces deux significations du préfixe *pré*, v. J. DERRIDA, « Préjugés : devant la loi », in *La faculté de juger*, J. DERRIDA, V. DESCOMBES, G. KORTIAN, P. LACOUÉ-LABARTHE, J.-F. LYOTARD et J.-L. NANCY, Les éditions de minuit, coll. « critique », 1985, pp. 87 et s., *spéc.* pp. 91 et 92, « ...ici le mot « préjugés » ne fait pas seulement signe vers ce qui est jugé d'avance ou déjà jugé, décision pré-réflexive ou opinion reçue. (...) le nom « préjugés » peut aussi nommer ce qui n'est pas encore catégorique ou prédicatif ».

⁷⁹⁸ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 566.

acte de contrainte, mais elle-même une obligation juridique. La contrainte n'apparaîtra finalement que sous forme d'exécution forcée, si on doit aller jusque-là »⁷⁹⁹. A proprement parler, l'auteur ne recourt pas directement à la sanction. Selon lui, c'est une vue de l'esprit, un véhicule de l'obligation juridique. Celle-ci n'est pas toujours à l'initiative d'un droit ou d'un devoir mais la conséquence de la violation ou la non exécution d'un devoir. Dans ce dernier cas alors, l'obligation juridique est imposée à titre de sanction.

290-1. Cette conception est reprise et développée par M. Charles-Albert Morand qui définit la sanction comme « la conséquence de la violation d'un devoir »⁸⁰⁰. Il rejoint la conception de M. Virally en ce sens que « le plus souvent, la sanction prend la forme, soit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, soit celle de la déchéance d'un droit »⁸⁰¹. La sanction vise à assurer la rétribution, la réparation et la prévention. Cette dernière fonction se surajoutant aux deux premières qui distinguent la responsabilité pénale de la responsabilité civile. Pour autant, tout effet de droit n'est pas une sanction selon cette deuxième conception. En effet, la définition est une chose, la qualification en est une autre. L'auteur part alors dans une vaste mais synthétique étude des principaux effets de droit afin de vérifier à l'aune de sa définition s'ils constituent ou non une sanction. Dans cette entreprise, il retient que les peines, qu'elles soient pénales, disciplinaires ou privées, constituent de véritables sanctions juridiques. En revanche, son propos est très nuancé pour les sanctions civiles. Selon lui, les dommages-intérêts sont des sanctions dans le cas de la responsabilité pour faute ou dans le cas de la responsabilité causale, *i.e.* les cas spécifiques de responsabilité du fait d'autrui (du chef de famille, du gardien de la chose, du commettant sur le préposé, etc.). En revanche, en cas de « responsabilité objective pure », *i.e.* l'article 1384 du C.civ, « l'obligation de réparer ne suppose pas la violation d'un devoir, la commission d'un acte illicite. L'effet juridique ne constitue dès lors pas une sanction »⁸⁰². Les nullités se retrouvent également scindées en deux catégories suivant qu'elles puissent être ou non qualifiées de sanctions. Par exemple, la nullité du contrat du fait de l'incapacité d'une partie et la nullité pour erreur essentielle ne sont pas des sanctions car elles ne proviennent pas de la violation d'un devoir mais d'une règle de protection⁸⁰³. Pareillement, le divorce pour faute est une sanction tandis que le divorce par consentement mutuel n'en est pas un⁸⁰⁴.

291. Critique. Cette conception n'est pas dénuée d'intérêt. C'est une définition utile pour certaines sanctions juridiques comme la sanction pénale. En ce sens d'ailleurs, la peine et plus généralement la sanction pénale sont les seules sanctions qui ne soient pas fragmentées. Pourquoi en est-il ainsi ? On ne peut que constater le mélange fait par l'auteur entre la conception « rétributive » et la conception "conséquentialiste" de la sanction. Si M. Morand distingue bien les deux au niveau de la définition de la sanction, il revient sur cette distinction au niveau de la qualification de certaines obligations en sanction. Seules les obligations qui sont

⁷⁹⁹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, pp. 69 et s.

⁸⁰⁰ Ch-A. MORAND, *art. préc.*, p. 305.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 305.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 306.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 307.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 308.

imposées à la suite d'une faute du responsable sont qualifiées de sanction. Cette conception n'est pas pertinente pour la sanction civile. *A fortiori*, elle ne peut alors être retenue comme une notion fondamentale de la sanction juridique, ce qui rejoint la conclusion de l'auteur⁸⁰⁵.

2. Les conséquences de la conception "conséquentialiste" de la sanction en responsabilité civile

292. Concevoir la sanction comme la conséquence de la violation d'une norme de responsabilité ne semble pas permettre la qualification de sanction des manifestations préventives pour deux raisons. D'une part, la prévention semble à l'évidence être contraire à l'idée de conséquence. D'autre part, la responsabilité civile semble être à l'évidence contraire à la notion de sanction. Néanmoins nous avons vu qu'il se dessinait des pistes pour sortir de l'évidence.

Quand bien même ces considérations pourraient être résolues, la qualification de sanction des manifestations préventives n'apparaît pas crédible en raison de la place qu'occupe la prévention en responsabilité civile. Ce nouvel obstacle doit être surmonté.

§2. L'exclusion de la prévention du droit de la responsabilité civile

293. Si les pistes que nous avons découvertes permettaient d'établir une notion de sanction susceptible de qualifier les manifestations préventives dans le respect de l'esprit de la responsabilité civile, la notion de sanction préventive pourrait-elle émerger ? Derechef, rien n'est moins sûr ! Si nous avons pu montrer qu'il existe en droit positif des manifestations préventives, la prévention n'a, quant à elle, pas de place dans la théorie de la responsabilité civile. La prévention est exclue de la nature de la responsabilité civile en raison, d'une part, de la notion de réparation (A) et d'autre part, de l'existence de notions voisines susceptibles de prendre la place de la prévention au niveau des effets de la responsabilité civile (B).

A. L'exclusion de la prévention de la nature de la responsabilité civile

294. La responsabilité civile a pour nature d'engager la réparation du préjudice. Voilà un lieu commun qui exclut la prévention du cœur de ce droit (1). Toutefois, certaines doctrines émettent des doutes sur l'exclusive de la réparation quant à la nature de la responsabilité (2).

⁸⁰⁵ « Si on veut à tout prix (...) conserver [ce terme de sanction], il faut alors l'utiliser avec circonspection pour désigner les effets juridiques de la violation d'un devoir. C'est pourtant une piètre solution, car elle aboutit à fragmenter sans raison des institutions juridiques comme l'obligation de réparer le dommage ou les nullités », *ibid.*, p. 312.

1. La nature réparatrice de la responsabilité civile

295. Réparation et responsabilité. La responsabilité civile est traditionnellement définie par la réparation. C'est « l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par un acte contraire à l'ordre juridique »⁸⁰⁶. La réparation est contenue dans la lettre même des textes sur la responsabilité au nombre desquels figure en première place l'article 1382 C. civ. M. Loïc Cadiet note à ce propos que « dans le système issu du Code civil, responsabilité et réparation coïncident parfaitement : elles ne vont pas l'une sans l'autre »⁸⁰⁷. Et pourtant, les rares auteurs s'étant penché sur la question ont rappelé le peu d'étude sur la notion de réparation⁸⁰⁸. De ce fait, ils ont tenté de bien circonscrire la notion. La thèse de Mme Lucienne Ripert en est un exemple. Pour l'auteur, la réparation consiste à compenser le préjudice souffert par une somme d'argent⁸⁰⁹. Toute la thèse de Mme Roujou de Boubée est axée sur cette même idée de compensation du préjudice⁸¹⁰. Ces auteurs apportent alors une lecture cohérente du droit de la responsabilité civile autour de la condition du préjudice. Incidemment, puisque la responsabilité consiste à réparer, c'est-à-dire à compenser le préjudice, la prévention en est exclue et devient même un critère de rejet de la réparation. En effet, lorsqu'il s'agit de prévenir un préjudice en agissant sur la source, Mme Roujou de Boubée soutient qu'il faut qualifier cette action de cessation de l'illicite et non pas de réparation ni même de réparation en nature⁸¹¹. Mais le droit positif de la responsabilité civile s'offre-t-il avec autant de clarté ?

296. Réparation et indemnisation⁸¹². Au contraire, l'essor de la responsabilité civile est souvent qualifié de crise⁸¹³. Celui-ci se nourrit du constat suivant : « jamais la soif de réparation n'a été aussi grande »⁸¹⁴. Il est diagnostiqué une prolifération des préjudices réparables⁸¹⁵ et une automaticité de leur indemnisation par le recours à des fonds spécifiques de plus en plus nombreux. Il s'opère ainsi un amalgame entre réparation et indemnisation⁸¹⁶ du fait d'un recours systématique à la responsabilité mais également à l'assurance. Le « tout réparer » semble ainsi

⁸⁰⁶ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3.

⁸⁰⁷ L. CADIEU, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", op. cit., spéc., p. 497.

⁸⁰⁸ En ce sens, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, th. préc. ; O. BOSKOVIC, *la réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 407, préf. P. LAGARDE, 2003.

⁸⁰⁹ G. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 20, p. 21.

⁸¹⁰ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. préc.

⁸¹¹ Cf. *supra*, n° 229-3.

⁸¹² Sur la distinction, Ph. BRUN, « Personnes et préjudices », *Rev. Générale de droit*, [Ottawa], 2003, (33), 87.

⁸¹³ F. TERRE, « Propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, 1977, t. 22, pp. 37 et s. ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 33 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 663 et s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 11.

⁸¹⁴ Ph. BRUN, « Rapport introductif », *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, op. cit., n° 5, p. 4.

⁸¹⁵ En ce sens, L. CADIEU, "Les métamorphoses du préjudice", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37.

⁸¹⁶ Ch. LARROUMET, « L'indemnisation des victimes d'accident de la circulation : l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique », *D.* 1985, chron., 237.

l'emporter sur le « bien réparer »⁸¹⁷ et la « préoccupation première, en effet, n'est plus tant de rechercher un responsable que d'indemniser la victime »⁸¹⁸.

297. Ainsi, la logique d'indemnisation semble aller au-delà de celle de la responsabilité civile. *De facto*, il existe une sorte de système responsabilité⁸¹⁹ où l'assurance et la responsabilité civile se partagent le poids de l'indemnisation. Dans cette configuration, la notion de réparation ne caractérise plus la responsabilité civile comme la compensation d'un préjudice mais comme l'indemnisation d'une victime. Peut-on encore parler de nature exclusivement réparatrice s'agissant de la responsabilité civile ?

2. Les doutes sur la nature réparatrice de la responsabilité civile

298. Plusieurs arguments font douter de la nature proprement réparatrice de la responsabilité civile.

299. Confusion entre nature, objet et fonction. Le premier d'entre eux est la confusion qui règne dans le choix des termes pour qualifier la place de la réparation dans la définition de la responsabilité. Pour certains, la réparation est l'objet de la réparation⁸²⁰, pour d'autres, il s'agit d'une fonction⁸²¹, ou bien d'une nature⁸²² quand il ne s'agit pas des trois à la fois⁸²³. Selon nous, *c'est opérer une erreur de logique que de définir la responsabilité par la réparation et de faire remarquer en même temps que cette dernière à plusieurs fonctions dont la réparation est première*. Ce pourrait être censé si la réparation était définie largement. En effet, la notion de réparation pourrait alors englober par abstraction le contenu des deux autres fonctions mais nous avons vu au contraire que la doctrine s'attachait à définir strictement la réparation. Dès lors, de deux choses l'une : ou bien la réparation est une notion plus large ou bien la responsabilité ne repose pas seulement sur la réparation. Certains auteurs se dirigent, selon nous, vers la seconde voie.

300. Critique de l'essence passéiste de la responsabilité. Le deuxième argument réside ainsi dans une doctrine minoritaire qui tente de montrer que la responsabilité ne réside pas uniquement dans la réparation du préjudice. Traditionnellement, la responsabilité est entendue de manière

⁸¹⁷ Ph. BRUN, *ibid.*, n° 6.

⁸¹⁸ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, p. 270.

⁸¹⁹ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. des thèses doctorat et notariat, t. 19, préf. M.-L. DEMESTER, 2004.

⁸²⁰ L. CADDIET, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", *art. préc.*, p. 496.

⁸²¹ C'est le cas de la majorité des auteurs. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 2 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 241 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 12 ; J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 11.

⁸²² « Le droit de la responsabilité civile est traditionnellement présenté comme le droit de la réparation des dommages causés injustement à autrui », M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 232.

⁸²³ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3. L'auteur passe de l'objet à la fonction.

curative. « La responsabilité juridique est par essence tournée vers le passé »⁸²⁴. Pourtant, les manifestations actuelles et le concept même de responsabilité permettent, selon d'autres auteurs, d'en avoir une acception préventive⁸²⁵. S'agissant du concept de responsabilité, Mme Thibierge puise dans l'étymologie du terme sa spécificité. Selon l'auteur, la responsabilité provient du verbe *respondere* qui signifie « répondre de ». Il est construit sur le latin *spondeo* qui signifie « je promets »⁸²⁶. Etymologiquement, le terme n'est donc pas ancré dans le passé. La promesse n'est elle pas le propre de la projection dans l'avenir ?⁸²⁷ Philosophiquement⁸²⁸, Paul Ricœur soutient que « c'est sous cette signification que le terme (de responsabilité) s'impose aujourd'hui en philosophie morale » et plaide pour une « orientation plus délibérément prospective, en fonction de laquelle l'idée de prévention des nuisances à venir s'ajouterait à celle de réparation des dommages déjà commis »⁸²⁹. S'agissant des manifestations, Mme Thibierge établit le constat d'une multiplication, d'une complexification et d'une aggravation des risques de dommages⁸³⁰ que de récentes études ont entérinées⁸³¹. La liste des risques est assez longue comme en atteste la conclusion de l'auteur : « En un siècle, nous voilà donc passés des risques individuels, aux risques collectifs du travail, de la circulation ou risque thérapeutique, pour en arriver aux risques écologiques, technologiques, sanitaires, susceptibles d'être des risques planétaires, dits risques globaux, et risques technologiques majeurs »⁸³². Sans se prononcer pour l'heure sur la proposition d'une responsabilité préventive, il nous semble important de conclure sur le fait que l'essence passéiste qui ressort de la présentation traditionnelle de la responsabilité est davantage un présupposé qu'une vérité reposant sur l'origine du mot et du concept de responsabilité et qui ne rend pas compte de l'évolution récente des manifestations de la responsabilité civile.

301. L'analyse économique de la responsabilité. Le troisième argument complète le précédent. En effet, si l'on peut présenter la responsabilité comme l'obligation de répondre de ses actes, qu'ils soient passés, présents ou futurs et non pas seulement des dommages commis, cette lecture ne demeure-t-elle pas exclusivement philosophique ou à tout le moins incompatible avec la responsabilité civile en droit ? On peut raisonnablement répondre par la négative non seulement parce que les arguments avancés par les représentants de cette doctrine sont pertinents mais

⁸²⁴ G. PIGNARRE, "La responsabilité : débat autour d'une polysémie", *art. préc.*

⁸²⁵ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *art. préc.* ; C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *art. préc.* ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*

⁸²⁶ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 573. Sur l'étymologie du terme, M. VILLEY, "Esquisse historique sur le mot responsable", *art. préc.* ; G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *La responsabilité à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, art. préc.*

⁸²⁷ Sur le lien entre le futur et la promesse en droit, F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, Chap III, « Promesse : Lier l'avenir », pp. 157 et s.

⁸²⁸ C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *art. préc.*, I – Le basculement du concept philosophique de responsabilité, p. 577.

⁸²⁹ P. RICOEUR, *Le juste, op. cit.*, p. 65.

⁸³⁰ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *loc. cit.*, pp. 566 à 568.

⁸³¹ A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, t. 472, 2006.

⁸³² C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 567.

également parce qu'ils rejoignent ceux de l'analyse économique du droit. Selon cette doctrine⁸³³, « la règle de responsabilité civile est construite autour d'une structure incitative. Les économistes partent du principe qu'en mettant à la charge du responsable la réparation intégrale du dommage subi par la victime, dès lors que les conditions du régime de responsabilité applicable sont réunies, ce responsable sera incité à adopter spontanément le niveau efficient de précaution »⁸³⁴. Autrement dit, pour M. Maître, il semble « possible de considérer que le fondement de la responsabilité civile réside dans l'incitation des responsables potentiels à la prévention adéquate et suffisante du dommage, par l'obligation qu'elle leur impose de prendre en charge la réparation intégrale du préjudice qu'ils seraient susceptibles de causer à autrui »⁸³⁵. De nombreux auteurs américains et canadiens ont analysé économiquement le droit de la responsabilité civile. Les premiers écrits de Richard Posner⁸³⁶ et de Guido Calabresi⁸³⁷ sont actuellement discutés dans une approche plus critique. Il est souvent défendu que seule la responsabilité sans faute a une fonction dissuasive.

Ces arguments tendent à faire douter de la nature exclusivement réparatrice de la responsabilité civile. Ils plaident au contraire pour une lecture élargie qui loin d'opposer réparation et prévention montrent leur lien⁸³⁸.

302. Généalogie de la notion de réparation. Or, ces liens entre la réparation et la prévention sont exclus sous la bannière de la responsabilité en raison de l'acception stricte de la notion de réparation. Cette dernière est désormais bien fixée en doctrine depuis la thèse de Mme M.-E. Roujou de Boubée. L'auteur distingue très clairement la réparation, de la suppression de l'illicite ainsi que de sa cessation⁸³⁹. Si elle la définit plus largement que comme la compensation strictement pécuniaire qui était le point de vue adopté par Mme L. Ripert⁸⁴⁰, il n'en demeure pas moins que la réparation ne vise que la compensation du dommage réalisé. Or, cette position est devenue indéfendable. Sur ce point, la doctrine québécoise nous renseigne, et même sa jurisprudence. A l'occasion de nombreux arrêts portant sur le prononcé d'une injonction, la doctrine⁸⁴¹ comme la jurisprudence⁸⁴² convient d'une acception large de la réparation qui

⁸³³ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*

⁸³⁴ G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, *th. préc.*, n° 102, p. 54.

⁸³⁵ *Ibid.*, n° 111, p. 56.

⁸³⁶ R. POSNER, "Killing or Wounding to Protect a Property Interest", *J.L. & Econ.*, 14, 1971, 201 ; R. POSNER, "A Theory of Negligence", *J. Legal. Stud.*, 1, 1972, 29 ; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007, chapitre 6.

⁸³⁷ G. CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale L. J.*, 70, 1961, 499 ; G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

⁸³⁸ G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, *th. préc.*, n° 118 et s., pp. 60 et s.

⁸³⁹ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *th. préc.*, voir le plan qui établit ces distinctions.

⁸⁴⁰ L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, *th. préc.*

⁸⁴¹ L. BELANGER-HARDY et D. BOIVIN, *La responsabilité délictuelle en common law*, *op. cit.*, pp. 64 et s.

⁸⁴² « L'objet de l'injonction interlocutoire ne consiste pas à empêcher la concurrence, mais à fournir un recours en *equity* visant à protéger les parties avant qu'une décision finale ne soit rendue sur une question grave. Elle vise à empêcher qu'il y ait préjudice irréparable. Il s'agit d'une réparation discrétionnaire », *A. Lassonde Inc. C. Island*

englobe la prévention des dommages en tant qu'elle représente les effets de la responsabilité. En ce sens, il est nécessaire de démontrer que le préjudice serait irréparable si l'injonction n'était pas prononcée. Le jurisprudence en donne la définition suivante : « le terme « irréparable » a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre. Des exemples du premier type sont le cas où la décision du tribunal aura pour effet de faire perdre à une partie son entreprise⁸⁴³ ; le cas où une partie peut subir une perte commerciale permanente ou un préjudice irrémédiable à sa réputation commerciale⁸⁴⁴ ; ou encore le cas où une partie peut subir une perte permanente de ressources naturelles lorsqu'une activité contestée n'est pas interdite⁸⁴⁵ (...) »⁸⁴⁶. Si le préjudice est irréparable, la responsabilité civile peut alors conduire à une réparation discrétionnaire sous la forme du prononcé d'une injonction. Les droits québécois et canadiens ne présentent donc pas une notion stricte de la réparation comme c'est le cas en droit français.

B. Le cantonnement de la prévention aux effets de la responsabilité civile

303. De prime abord, la prévention est exclue de la nature de la responsabilité civile mais également de ses effets car d'autres fonctions rendent compte de la même idée (1). En réalité, ces notions traduisent sous des mots différents la place de la prévention dans les effets de la responsabilité civile (2).

1. Un cantonnement exclu en raison de l'existence de fonctions voisines à la prévention

304. La doctrine majoritaire reconnaît *a minima* une fonction préventive à la responsabilité civile. Autrement dit, si la nature de la responsabilité est la réparation du préjudice, elle peut avoir des effets préventifs du fait même de la mise en œuvre de ladite réparation. Cependant, d'autres termes sont employés pour décrire ce phénomène. On parle de fonction normative (b) ou de fonction dissuasive (a).

a. La fonction dissuasive – fonction voisine de la prévention

305. Dissuasion des comportements antisociaux. La responsabilité civile est caractérisée traditionnellement par une fonction dissuasive. M. Tunc écrivait en ce sens que la « responsabilité civile contribue dans la société à la prévention des comportements antisociaux en exerçant à leur encontre un effet d'intimidation ou, comme l'on dit plutôt aujourd'hui, de

Oasis Canada Inc. (C.A), [2001] 2 F.C. 568, n° 13. Les propos du juge sont repris d'une précédente décision, *Mark Anthony Group, Inc. V. Vincor International Inc.* (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 124.

⁸⁴³ *R. L. Crain Inc. C. Hendry* (1988), 48 D.L.R. (4th) 228 (B.R. Sask.)

⁸⁴⁴ *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.* [1975] A.C. 396 (C.L.)

⁸⁴⁵ *MacMillan Bloedel Ltd. C. Mullin*, [1985] 3 W.W.R. 577 (C.A.C.-B)

⁸⁴⁶ *RRJ-MacDonald Inc. C. Canada* (Procureur général), [1994] 1 R.C.S 311, p.41.

dissuasion »⁸⁴⁷. En d'autres termes, la responsabilité dissuade la commission des comportements antisociaux – la responsabilité civile y parvenant moins efficacement que son homologue pénale⁸⁴⁸.

306. Prophylaxie. M. Malaurie en arrive aux mêmes conclusions⁸⁴⁹. L'auteur recourt toutefois à une autre notion qu'il prend bien soin de distinguer de la prévention. Selon lui, le droit civil, et au premier chef la responsabilité, a un effet propre qui est celui de la prophylaxie. Cet effet prophylactique est la résultante des choix politiques et se ressent indirectement en matière juridique contrairement à la prévention qui peut être directe. Par contre, la prophylaxie va au-delà de la seule dissuasion car elle peut également résulter de politiques incitatives⁸⁵⁰. On notera pourtant qu'en matière de responsabilité civile l'auteur n'oriente son propos que sur l'effet dissuasif⁸⁵¹.

Ainsi développée par ces deux auteurs, la fonction dissuasive recoupe la fonction normative traditionnelle. En effet, cette fonction dissuasive est souvent incluse au sein de la fonction normative de la responsabilité civile.

b. La fonction normative – fonction voisine de la prévention

307. Une fonction classique. Traditionnellement, il est dit de la responsabilité civile qu'elle a un rôle normatif. Elle modèle les comportements dans une double voie que M. Mekki résume ainsi. La fonction normative de la responsabilité civile se dédouble en « une fonction morale de rétribution et une fonction sociale de régulation des comportements. (...) Moralement, cette responsabilité individuelle assure le châtement du responsable. Socialement, elle est un guide pour le bon citoyen en maintenant un bon équilibre entre liberté et devoir »⁸⁵². Au travers de cette fonction, la prévention est pleinement incluse. En effet, le volet moral de la fonction normative recoupe la dimension dissuasive de la prévention tandis que le volet social n'exprime pas autre chose que la dimension incitative de la prévention. La fonction normative se suffit à

⁸⁴⁷ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", *art. préc.*

⁸⁴⁸ *Ibid.*, « Finalement, le bilan des possibilités de la responsabilité civile en matière de dissuasion des comportements antisociaux n'apparaît pas très riche », n° 11, p. 414.

⁸⁴⁹ Ph. MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", *art. préc.*, « Depuis la généralisation de l'assurance, l'effet prophylactique de la responsabilité civile a cependant perdu une grande partie de sa consistance : à l'égard des individus couverts par l'assurance, il n'a plus qu'une valeur symbolique, il ne conserve d'effet dissuasif qu'à « l'échelle de la collectivité », selon l'expression de Geneviève Viney, mais c'est un effet diffus et confus résultant par exemple de la hausse des primes d'assurance. Seule la responsabilité pénale et la peine privée conservent à l'égard des individus assurés un véritable effet dissuasif », n° 15, p. 682.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, « La loi incite par les avantages qu'elle confère à un comportement qu'elle juge opportun », n° 2, p. 670.

⁸⁵¹ *Ibid.*, n° 15 et s.

⁸⁵² M. MEKKI, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *art. préc.*, n° 4.

elle seule pour exprimer le rôle préventif de la responsabilité civile. D'ailleurs, la fonction préventive est explicitement rattachée à la fonction normative chez certains auteurs⁸⁵³.

308. Sanction et prévention. Or, il est tout à fait essentiel de remarquer pour notre étude qu'il est opéré un lien entre la prévention et la sanction dans cette acception traditionnelle de la fonction normative⁸⁵⁴. La prévention est en effet ici entendue comme dissuasion des comportements et rejoint alors la conception « rétributive » de la sanction. La responsabilité civile produit un effet préventif identique à celui d'une sanction : elle sanctionne une faute et dissuade quiconque de suivre cette voie. Le caractère sanctionnateur de la fonction normative réside ainsi dans une confusion d'avec l'acception rétributive de la sanction juridique.

309. Une fonction en évolution. Plus récemment, la fonction normative est apparue devoir inclure davantage que les deux dimensions préventives résumées par M. Mekki. Elle se distingue alors très nettement de la fonction dissuasive. En ce sens, Mlle Viney note qu'« on s'aperçoit aujourd'hui que (la responsabilité civile) revêt également un aspect positif consistant à assurer le respect des droits bafoués par autrui »⁸⁵⁵. L'adjectif normatif prend alors tout son sens. La responsabilité civile norme certains droits subjectifs en sanctionnant leur violation sur le fondement des articles 1382 et 1384 al. 1^{er} avant tout⁸⁵⁶. Sont alors donnés en exemple la théorie des droits de la personnalité, l'action en concurrence déloyale, un véritable droit à la sécurité corporelle tiré des régimes de responsabilité de plein droit créés par la jurisprudence par le biais des obligations de sécurité ou de garantie, ou bien encore le droit de chacun à un environnement équilibré et favorable à la santé affirmé par la Charte de l'environnement et se déduisant de la réparation civile des dommages causés à l'environnement⁸⁵⁷. M. Azzi a pareillement développé l'idée que le droit de la responsabilité civile consacre, complète et amende des droits subjectifs et qu'elle assure ce faisant une fonction propre bien que l'auteur ne la qualifie pas de normative⁸⁵⁸. Il est intéressant de noter dans le propos de l'auteur que cette fonction de consécration des droits subjectifs concerne une seconde génération de droit⁸⁵⁹ et qu'il convient de remarquer que la

⁸⁵³ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 12 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 66, p. 151.

⁸⁵⁴ Ce lien apparaît très clairement sous la plume de M. Maitre, G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, th. préc., n° 35.

⁸⁵⁵ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 39, p. 86.

⁸⁵⁶ Sur ce point, M. Bloch explique ce fait : « A travers cette norme fondamentale de comportement de portée générale et susceptible de s'appliquer à tous les comportements, la responsabilité civile se trouve parée d'une fonction normative inépuisable. Il ne lui revient pas seulement d'appréhender les règles de conduite précises édictées par les lois et règlements mais encore de découvrir, de préciser et d'appliquer les règles de conduite immanentes à la vie sociale ou à la morale qui s'impose à chacun ». C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 237.

⁸⁵⁷ G.-J. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit de l'environnement*, 1978, cité par VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., note n° 337, p. 92.

⁸⁵⁸ T. AZZI, "La responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *Conférence prononcée dans le cadre de l'école doctorale de l'Université d'Orléans*, 13 avril 2004, préc. T. AZZI, "Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *RTD civ.*, 2007, pp. 227 et s.

⁸⁵⁹ T. AZZI, "Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *art. préc.*, n° 5.

première génération a émergé non par la responsabilité mais par la propriété conformément aux analyses de Roubier⁸⁶⁰ et Dabin⁸⁶¹. Dès lors, il s'agit bien d'une évolution de la fonction normative de la responsabilité civile.

310. Cessation de l'illicite et fonction normative. Dans le même sens, M. Bloch estime que la responsabilité civile assure une fonction de cessation de l'illicite qu'il qualifie de normative en ce qu'elle consiste « à mettre le fait en conformité avec la règle de droit violée »⁸⁶². Autrement dit, « la fonction normative de la responsabilité civile ne se résume pas à la dissuasion des conduites illicites. Normative, la responsabilité l'est aussi, et même au premier chef, à travers sa fonction correctrice de cessation de l'illicite. Avant de s'occuper de dissuader les conduites répréhensibles au moyen de mesures répressives, la responsabilité civile doit être capable de les corriger »⁸⁶³.

310-1. Ainsi, entendue traditionnellement, la fonction normative réduit la prévention à sa dimension dissuasive. Au contraire, certains auteurs conçoivent actuellement la fonction normative comme débordant la prévention. Dès lors, la prévention est englobée par la fonction normative et ne présente en soi aucun intérêt.

Dès lors, il nous semble que *la fonction normative chasse la prévention du cœur des effets de la responsabilité civile en l'englobant sans la nommer*. Il ne faudrait cependant pas en conclure que la prévention n'existe pas. Elle est simplement cantonnée à une place bien particulière.

2. Un cantonnement réel en raison du lien entre la prévention et ses fonctions voisines

311. En raison de ces deux fonctions voisines, la prévention semble exclue des effets de la responsabilité civile. Si l'on vise par la prévention la dissuasion, c'est la fonction dissuasive, et notamment la fonction de peine privée, que l'on retiendra. Si l'on vise par la prévention l'incitation, l'effet prophylactique sera retenu. Si l'on vise par la prévention l'évitement du dommage, on parlera de fonction normative, notamment à travers sa fonction de cessation de l'illicite.

312. Constat. Parallèlement, on peut établir le constat de l'inadéquation d'une fonction à la prévention. En effet, la fonction dissuasive est réductrice de l'idée de prévention : elle ne concerne pas l'incitation. La fonction normative pour sa part déborde la prévention par la consécration de droits subjectifs. Et l'effet prophylactique est bien distingué par M. Malaurie de

⁸⁶⁰ P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. 2005, préf. D. DEROUSSIN, *not.* pp. 19 et 37 et s.

⁸⁶¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1965, *not.* p. 85.

⁸⁶² C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, conclusion générale, n° 549.

⁸⁶³ *Ibid.*, n° 7-2.

la prévention. En conclusion, *la prévention apparaît comme une notion transversale à ces trois fonctions dont aucune ne rend pleinement compte.*

313. Hypothèses. On peut alors émettre l'hypothèse que *la prévention n'est peut-être pas une fonction propre mais un objectif commun à toutes ces fonctions, du reste, à des niveaux différents*⁸⁶⁴. Une autre hypothèse doit être formulée. Nous avons montré que dans une définition classique de la prévention (comme dissuasion) et de la sanction (conçue comme « rétributive »), un lien existait entre ces deux notions. Il est permis de penser qu'en élargissement les définitions de la prévention et de la sanction, sous l'impulsion du droit positif des manifestations préventives répertoriées, un nouveau lien pourrait émerger.

314. Conclusion de section. *La place de la prévention en responsabilité civile n'est pas traditionnellement conçue comme centrale. Dans la nature de ce droit, la notion de réparation y règne sans partage. Dans les effets de ce droit, les fonctions dissuasive et normative englobent la prévention sans la nommer. Ce constat pessimiste n'est pas complet. Différentes doctrines démontrent que la nature de la responsabilité civile n'est pas si étrangère à l'idée de prévention tandis que l'étude détaillée des fonctions de la responsabilité prouve que la prévention n'est incluse que dans une seule de ses dimensions. La place de la prévention mériterait alors d'être réétudiée.*

315. Conclusion de chapitre. A première vue, les manifestations préventives ne semblent pas pouvoir être qualifiées de sanction en raison, d'une part, de l'existence de qualifications alternatives à la qualification de sanction et, d'autre part, de l'existence de fonctions voisines à la fonction préventive. Pourtant chacune des qualifications analysées – celle de réparation en nature, de dommages et intérêts, de peine privée, et de cessation de l'illicite, ne parviennent pas à régir l'ensemble des manifestations préventives. De même, les fonctions voisines de la fonction préventive (la fonction normative et la fonction dissuasive) ne parviennent pas à épuiser l'idée de prévention au niveau des effets de la responsabilité civile tandis que deux doctrines émettent l'hypothèse que la nature de ce droit puisse être à la fois indemnitaire et préventive. Plus largement, un certain nombre de pistes nous ont conduit à émettre des hypothèses propres à concevoir une qualification de sanction préventive des manifestations présentes en responsabilité extra-contractuelle. Cette voie mérite d'être à présent explorée.

⁸⁶⁴ Une analyse de philosophie du droit validera cette hypothèse en montrant que la prévention est en soi une finalité et non un moyen. Cf. *infra*, n° 622.

CHAPITRE 2.
LA PERTINENCE DE LA QUALIFICATION DE SANCTION DES MANIFESTATIONS
PREVENTIVES

316. Constats précédents. Le chapitre précédent a montré que l'on ne pouvait pas, à l'évidence, qualifier de sanction les manifestations préventives de la responsabilité civile si l'on retenait l'acception usuel de ce terme. Pourtant, des pistes, non moins évidentes, ont émergé en sens opposé. Il en ressort une certaine indétermination de ce que l'on appelle communément "sanction".

317. Problématique. Il convient selon nous de caractériser l'usage courant que l'on retient du terme avant d'en proposer une définition. C'est à partir de l'exposé de la conception ambivalente de la sanction en doctrine civiliste que l'interrogation est née. Existerait-il une conception intuitive, latente dans le droit, utilisée usuellement ? D'où provient-elle ? En quoi semble-t-elle ne pas être adéquate à la qualification des manifestations préventives ?

318. Hypothèse. Le chapitre précédent a montré qu'il existait une conception usuelle parmi les juristes percevant la notion de sanction d'une manière trop restreinte pour permettre la qualification des manifestations préventives inventoriées. Il est temps d'en retracer l'origine au travers de notre méthode généalogique.

319. En caractérisant cette conception usuelle et en recherchant ses incohérences (Section 1), il sera possible de proposer une définition plus cohérente et apte à qualifier les manifestations préventives dans le respect de l'économie du droit de la responsabilité civile (Section 2).

SECTION 1. Exposé critique de la conception usuelle de la sanction en droit

320. Problématique. Il est un emploi courant du terme sanction dans la doctrine dont on peut dire qu'il ressort d'une conception assez intuitive de ce vocable. Cette conception usuelle met-elle obstacle à la qualification de sanction des manifestations préventives de la responsabilité civile ?

321. Hypothèse. Il convient de rechercher en détail ce qui spécifie cette conception usuelle et notamment de révéler ses incohérences. A partir de cette recherche, nous émettons l'hypothèse que cette conception usuelle n'est pas hégémonique mais au contraire en plein déclin pour différentes raisons.

322. L'exposé critique de la conception usuelle de la sanction s'effectuera ainsi en deux temps. Il sera étudié, en premier lieu, la teneur de cette conception (§1) et, en second lieu, son déclin (§2).

§1. Teneur de la conception usuelle de la sanction en droit

323. La conception usuelle de la sanction repose sur une notion de la sanction juridique tout à fait particulière (A). Elle lui assigne également une fonction à l'égard du droit qui présente des incohérences par rapport à sa notion (B).

A. La notion de la sanction dans la conception usuelle

324. Ce qu'est la sanction et ce qu'elle signifie dans la conception usuelle sont deux choses différentes. Dans le premier cas, il s'agit de connaître la structure de la sanction (1) tandis que dans le second cas, il s'agit d'appréhender les significations de la sanction (2).

1. Structure de la sanction dans la conception usuelle

325. La sanction a une nature (a) et des caractères particuliers (b) dans la conception usuelle.

a. Nature de la sanction dans la conception usuelle

326. Une mesure. La définition de la sanction en droit débute généralement par sa nature. Dans la grande majorité des vocabulaires juridiques, elle est une mesure⁸⁶⁵. En ce sens, la sanction est la mesure concrète qui est prise à la suite de la violation d'une norme. La même présentation est faite dans la plupart de ces vocabulaires juridiques. En premier lieu, la nature de la sanction est donnée comme une mesure bien précise, celle de la peine. La sanction est alors la mesure de la « punition infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à punir »⁸⁶⁶. En second lieu, la sanction devient synonyme de toute mesure. Cet élargissement permet d'inclure les mesures réparatrices prononcées en matière civile. La sanction devient alors le synonyme de toute conséquence attribuée à une règle de droit⁸⁶⁷.

327. Une nature restreinte. La définition de la sanction juridique comme une mesure restreint sa nature. Au-delà de la conception usuelle de la sanction juridique, on observe que la sanction ne se réduit pas à une simple mesure.

⁸⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 792.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 792.

⁸⁶⁷ Ch.-A. MORAND, "La sanction", *loc. cit.*, spéc. p. 294 ; Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*, spéc., p. 199 ; F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, , spéc., p. 225 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 85 ; C. QUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, *th. préc.*, p. 2-3 ; Ch. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, *th. préc.*, p. 12.

327-1. En premier lieu, l'étymologie du vocable sanction résidant dans le verbe latin *sancire* renvoie à deux natures⁸⁶⁸. La première est statique et réside dans un premier dérivé du verbe latin, la *sanctio*. La sanction est un acte. En ce sens, il s'agit d'une mesure. La seconde nature de la sanction est dynamique et provient du second dérivé du verbe latin, le *sanctum*. La sanction est un processus. Le sacre du Roi est une cérémonie, un processus par lequel le Roi est investi de ses pouvoirs, processus désigné par le terme d'acte sanctionnel. Proudhon nous rapporte que l'apposition des scellés en procédure est « un reste de cet antique cérémonial »⁸⁶⁹. La doctrine a d'ailleurs déjà été amenée à recourir à la sanction en terme de processus, pour l'étude de certaines sanctions comme l'injonction⁸⁷⁰, ou de manière générale pour définir la sanction⁸⁷¹. La nature de la sanction tantôt mesure, tantôt processus, ne recouvre pas deux réalités distinctes. Le mot sanction renvoie à deux réalités reliées car il provient du même verbe latin *sancire* qui se décline en *sanctio* et *sanctum*. Etymologiquement, il existe un point de vue duquel la nature de la sanction est une et entière même si matériellement elle prend deux formes différentes. La conception usuelle de la sanction juridique ne reflète pas cette étymologie en restreignant la nature de la sanction à une seule de ses réalités, celle de la mesure.

327-2. En second lieu, la nature de la sanction juridique est beaucoup plus large que ne le laisse percevoir la conception usuelle. Certains vocabulaires juridiques définissent en effet la sanction comme un moyen⁸⁷². Cette nature introduit dans la notion de sanction non plus seulement les fins d'un processus décisionnel (juridictionnel ou administratif) mais également plus largement ce qui en amont conduit à la mesure proprement dite. En ce sens large, l'action en justice elle-même comme l'astreinte ou tout moyen de pression sont des sanctions juridiques. On retrouve cette nature élargie de la sanction dans les conceptions non juridiques. Plus étendue qu'une mesure, la sanction y est communément définie comme la réaction d'un groupe social ou d'une institution

⁸⁶⁸ Sur l'étymologie du vocable sanction, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 5^e éd., 1999, pp. 944-945 ; E. BENVENISTE, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, vol. II, p. 190 ; CH. -A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, pp. 1-2 ; P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, *th. préc.*, p. 7.

⁸⁶⁹ P. -J. PROUDHON, *De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Paris, Garnier, 1858, t. III, pp. 493-494.

⁸⁷⁰ « L'injonction est toujours intégrée en effet à un processus qui non seulement lui donne naissance, mais aussi en explique le cours, la fin et les répercussions éventuelles. Ce processus d'injonction conduit de l'avant à l'après injonction. Appréhendant ainsi largement la mesure, il permet d'envisager également le fait d'enjoindre, la procédure d'injonction, les catégories d'injonction, et les ordres précis qui en forment la teneur », C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction, étude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, *spéc.*, p. 26.

⁸⁷¹ « Le terme de sanction évoque d'abord le processus par lequel des normes déterminent, en s'appliquant, l'applicabilité d'autres normes : celles-ci sanctionnent directement le fait que celles-là ont été soit respectées, soit transgressées ; il s'agit, par conséquent, du processus par lequel des normes se sanctionnent, indirectement, les unes les autres », G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français. I. Les normes*, éd. Erasmé, 1990, n° 80, p. 60. Plus largement, sur le droit comme processus et le rôle de la contrainte dans la production du droit, P. MOOR, "Droit subjectif et sujet de droit dans une théorie du droit comme processus", in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 141, *spéc.* pp. 149 et s.

⁸⁷² « Tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 793.

face à une certaine conduite⁸⁷³. C'est l'approche retenue par certains juristes⁸⁷⁴ et privilégiée par les sociologues⁸⁷⁵ et a notamment été utilisée par Michel Foucault pour étudier les sanctions disciplinaires⁸⁷⁶. L'auteur montre que l'ensemble de ces sanctions permet de « quadriller un espace social pour réprimer un ensemble de conduites que leur relative indifférence faisait échapper aux grands systèmes de châtiment (...) A l'atelier, à l'école, à l'armée – et peut-on ajouter en d'autres lieux – sévit toute une micropénalité du temps (retards, absences, interruptions des tâches), de l'activité (inattention, négligence, manque de zèle), de la manière d'être (impolitesse, désobéissance), des discours (bavardage, insolence), du corps (attitudes incorrectes, gestes non-conformes, malpropreté), de la sexualité (immodestie, indécence) ». La nature de la sanction disciplinaire consistera en la réaction du milieu carcéral à l'ensemble de ces conduites⁸⁷⁷. La réaction est plus large que la mesure en ce qu'elle n'est pas nécessairement le résultat d'un raisonnement argumenté comme c'est le cas d'une mesure juridictionnelle mais en ce qu'elle peut être le geste spontané d'un agent habilité à sanctionner la conduite. Ainsi pour Michel Foucault le coup de bâton du surveillant de prison sur les grilles d'une cellule est la sanction d'un excès de bruit, par exemple.

328. Nature fondamentale. Cette nature restreinte dans la conception usuelle ne se retrouve pas non plus dans les conceptions de la sanction en théorie du droit et en doctrine qui proviennent d'une approche philosophique du droit⁸⁷⁸.

328-1. En théorie du droit, la sanction a pour nature d'être une norme juridique. Dans la conception de Kelsen, une lecture linéaire de sa *Théorie pure du droit* fait apparaître que la sanction est un « acte de contrainte prescrit par une norme »⁸⁷⁹. Pour Kelsen, cette norme est la norme primaire non pas celle qui prescrit un comportement mais celle qui habilite une autorité

⁸⁷³ « Réaction d'un groupe social ou d'une institution face à une certaine conduite, par la quelle s'exprime l'approbation ou la désapprobation de la conduite qu'on sanctionne, et sont renforcées les règles d'action du groupe dans sa tentative d'encourager ou décourager ses membres pour qu'ils accomplissent certaines conduites ou s'abstiennent d'accomplir certaines autres, avec la perspective d'obtenir l'avantage ou de souffrir de la privation qui, du point de vue du sanctionné, forment le contenu de la sanction », J. -C. BAYON, « Sanction » in ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., pp. 536-540, spéc., p. 536.

⁸⁷⁴ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 85.

⁸⁷⁵ En ce sens, CH. -A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 310.

⁸⁷⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. "Tel, Poche", 1993, spéc. pp. 180 et s.

⁸⁷⁷ En ce sens, C. JACQ, *Vers un droit commun de la sanction, l'incidence de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, thèse non publiée, Université de Paris Sud, 1989, pp. 14-15.

⁸⁷⁸ En ce sens, P. PONCELA, "Introduction à une approche philosophique de la sanction", *Archives de politique criminelle*, vol. 7, 1984, pp. 53 et s., spéc., p. 54.

⁸⁷⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 18. Egalement, ce raccourci : « ... une norme qui disposerait que des actes de contraintes qui n'ont pas été prescrits par une norme, c'est-à-dire sans avoir le caractère de sanction... », *ibid.* Plus loin dans le texte, « la sanction est un acte de contrainte à titre de réaction contre une conduite humaine donnée », *ibid.*, p. 36 ; « la sanction est elle-même un acte de contrainte (...) en réaction à une conduite humaine socialement nuisible », *ibid.*, p. 50 ; « la sanction est la conséquence de l'acte illicite », *ibid.*, p. 54 et 152.

juridique⁸⁸⁰. Il apparaît donc que la sanction ne se réduit pas à une norme juridique mais à ce qui lie cette norme à la contrainte. Il faut entreprendre une lecture globale de l'œuvre de Kelsen pour comprendre la nature de ce lien. Pour l'auteur, cet acte de contrainte est un acte de volonté posé par le juge dans son entreprise d'application des normes juridiques⁸⁸¹. L'interprétation judiciaire est un acte de volonté du juge qui conduit à mettre en œuvre les règles de droit. Ainsi pour Kelsen, la sanction est l'acte de volonté contraignant de la mise en œuvre des normes par l'interprète. Dans la conception de Hart, la sanction est davantage définie comme une norme de droit. En effet, certaines normes secondaires sont des sanctions venant donner effet à d'autres normes secondaires ou à des normes primaires⁸⁸². Dès lors, une sanction est une norme secondaire venant donner effet à une autre norme juridique – primaire ou secondaire.

328-2. En doctrine, un récent effort de définition a été entrepris par un petit nombre d'auteurs. L'approche retenue n'est pas la même qu'en théorie du droit. La sanction est souvent définie comme une conséquence. La doctrine se partage autour des conceptions de M. Charles Albert Morand pour qui la sanction est « la conséquence de la violation d'un devoir »⁸⁸³ et de M. Philippe Jestaz pour qui la sanction est le tarif, c'est-à-dire « les conséquences précises attachés à la règle »⁸⁸⁴. Comme le note explicitement le premier auteur, la sanction prend souvent la forme d'une obligation⁸⁸⁵. Cette compréhension de la sanction est en réalité classique et déjà soutenue par M. Michel Virally⁸⁸⁶. Elle ne participe pas à un effort clair de distinction entre la sanction et l'obligation.

⁸⁸⁰ « Nous donnons à la norme qui établit la relation entre le fait illicite et la sanction le nom de la norme primaire et nous appelons norme secondaire celle qui prescrit la conduite permettant d'éviter la sanction », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{ère} éd., Neuchâtel, 1953, p. 67.

⁸⁸¹ « En relation avec l'hypothèse erronée que le principe logique de non-contradiction est applicable aux conflits de normes, l'opinion existe que la solution d'un conflit, en particulier d'un conflit entre normes juridiques, doit être trouvée par le moyen de l'interprétation. Puisque l'interprétation de normes juridiques est de la *connaissance* juridique, mais la connaissance du droit est aussi peu capable de créer des normes juridiques (c'est-à-dire les faire devenir valides) que de supprimer la validité des normes, l'interprétation ne peut par fournir la solution d'un conflit de normes. En revanche, ce que l'organe d'application du droit peut faire dans le cas d'un conflit entre deux normes juridiques générales, c'est seulement ceci : se décider par un acte de volonté pour l'application de l'une ou de l'autre des normes, mais sans pour autant que cesse d'exister le conflit entre les deux normes juridiques générales », H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 303. Voir également, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 459 et s. Pour une analyse de l'interprétation comme acte scientifique ou comme acte de volonté, M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, ed. Cujas, 1975, pp. 133-151., *spéc.*, p. 134 et pp. 142-144. Voir également l'analyse de Stéphane Rials de cette analyse de Michel Troper, S. RIALS, "La démolition inachevée. Michel Troper; l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique", *Droits*, 37, 2003, 49, *spéc.*, pp. 55-57.

⁸⁸² H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁸³ CH. -A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 305.

⁸⁸⁴ PH. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*, p. 198, également, pp. 200-202.

⁸⁸⁵ « Le plus souvent, la sanction prend la forme, soit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, soit celle de la déchéance d'un droit », CH. -A. MORAND, "La sanction", *ibid.*

⁸⁸⁶ « (...) d'une obligation violée ou non exécutée, va naître une obligation nouvelle, et ainsi de suite. Des chaînes d'obligations vont se forger (...) jusqu'à ce que le résultat recherché ou un résultat équivalent ait été atteint. A

Ainsi, sur la nature de la sanction, la conception usuelle présente une sanction réduite à une mesure. Cette définition ne se retrouve pas dans les autres conceptions non juridiques, en théorie du droit, et en doctrine où la sanction ne présente pas la même nature. Mesure, réaction, moyen, norme, ou conséquence, la nature de la sanction ne fait l'objet d'aucun consensus. L'étude des caractères de la sanction établira-t-elle le même constat ?

b. Caractères de la sanction dans la conception usuelle

329. Les caractères de la sanction juridique ne sont pas étudiés en tant que tel par la doctrine. C'est par une lecture des différents manuels et articles que l'on peut les rechercher. Le recours usuel au vocable sanction trahit plus qu'une définition courante ; il permet aussi de la caractériser (i). Les caractères relevés apparaissent néanmoins dépassés au regard de l'évolution du droit positif (ii).

i. Présentation des caractères

330. Comme l'écrit M. François Terré, « on remarquera (...) que le terme sanction évoque d'emblée l'idée de punition à l'égard d'un individu coupable »⁸⁸⁷. Les deux premiers caractères sont quasiment universellement partagés. La sanction est subjective et négative. Moins évident, la sanction est également prescrite.

331. Subjective. Tout d'abord, dans la conception usuelle, la sanction a un caractère subjectif car elle est fondée sur la faute. Le droit sanctionne ceux qui ont fauté. Cette faute, selon les auteurs et leur domaine, est elle-même subjective ou objective. Elle est subjective lorsque la faute est imputée au comportement d'un sujet de droit⁸⁸⁸. Elle est objective lorsqu'elle est justifiée par le seul manquement à une obligation juridique⁸⁸⁹. Ce caractère subjectif se retrouve très présent dans la conception de la sanction en responsabilité civile. En effet, nous avons montré que cette dernière se démarquait par une doctrine majoritaire qui retenait une conception « rétributive » de la sanction⁸⁹⁰.

l'obligation initiale sera substituée une autre obligation de donner (dommages et intérêts) ou de faire (remise en état). La sanction, si on veut parler de sanction, ne sera pas un acte de contrainte, mais elle-même une obligation juridique », M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 69.

⁸⁸⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 574.

⁸⁸⁸ Pour une utilisation de cette conception de la sanction, V. CH. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, Université de Lille II, 2000, p. 12 ; ainsi que P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, Université d'Aix-Marseille, 2004, p. 9.

⁸⁸⁹ Pour une utilisation de cette conception de la sanction, V. M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit social", t. 36, 2002, n° 9, p. 6 ainsi que C. OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2002, p. 3.

⁸⁹⁰ Cf. *supra*, n° 276-281.

332. Négative. Ensuite, fondamentalement, cette conception subjective de la sanction repose sur une assimilation de la notion de sanction juridique à l'idée de punition propre à la sanction pénale⁸⁹¹. La sanction devient alors synonyme de contrainte⁸⁹². Cette conception négative présente une coloration pénale de la sanction juridique qui, par mimétisme, emprunte les caractéristiques propres de la peine. Certains auteurs estiment que le terme de sanction est excessif lorsqu'il est employé en dehors du droit pénal⁸⁹³. Nous avons vu *supra* qu'une minorité d'auteurs concevaient la sanction positive. La mesure qui n'a pas de caractère négatif n'est pas une sanction dans la conception usuelle que les juristes en retiennent.

333. Prescrite. Enfin, la sanction juridique dans cette conception usuelle est un effet prescrit. La sanction est fondée sur une règle préexistante qui la prescrit. « La sanction constitue une caractéristique structurelle et intrinsèque des normes juridiques »⁸⁹⁴. Le juge n'a, dans cette conception, qu'à appliquer mécaniquement la règle de laquelle la sanction découle. Du reste, lorsque la règle ne contient pas de sanction, les manuels présentent cette incongruité comme une exception. Il s'agit alors d'étudier les obligations naturelles et les lois imparfaites, *leges imperfectae*⁸⁹⁵.

334. Force. La conception usuelle de la sanction juridique en restreignant ses caractères possède une force particulière. Elle est à la fois intuitive et globalisante. Intuitive, la sanction réduite à ses trois caractères est connue de tous et facilement utilisée. Globalisante, la conception usuelle fait de la sanction une notion s'appliquant à n'importe quelle mesure possédant ces trois caractères. Cependant, force est de constater que le droit positif fait de cette présentation des caractères de la sanction une conception dépassée.

⁸⁹¹ Sur la « dégradation » de la notion de sanction à la peine, V. P. PONCELA, "Introduction à une approche philosophique de la sanction", *art. préc., spéc.* p. 54.

⁸⁹² En ce sens, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 4^e éd., 1996, n° 72 ; Pour une approche modérée, G. CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 19 et s., Pour une critique de cette confusion, M. VIRALLY, "Sur la prétendue "primitivité" du droit international", *in Le droit international en devenir*, PUF, 1991, p. 91, *spéc.* p. 93.

⁸⁹³ En ce sens, Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit, op. cit.*, n° 48.

⁸⁹⁴ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 93, p. 101. Cette citation résume la pensée de la doctrine majoritaire. V. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 4^e éd., 1921, n° 1, p. 26 ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969, n° 27 et s. ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel - t. 1 : La règle de droit*, éd E. de Boccard, 3e éd., 1927, pp. 92 et s. ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. Sirey, 1913-1930, t. 2, 1915, n° 158, pp. 346 et s. ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Dalloz, 1991, n° 16, p. 18 ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 128, p. 128 ; E. ROGUIN, *La règle de droit*, F. Rouge Librairie, Lausanne, 1889, n° 34, p. 70 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1951, n° 5, p. 32 ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, 10^e éd., 2004, n° 17 et s., pp. 13 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 27 ;

⁸⁹⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 575.

ii. Critique des caractères

335. Conception dépassée. Cette conception ne rend plus compte du droit en vigueur. Elle demeure impuissante à expliquer pourquoi les juges et la doctrine qualifient de sanctions des mesures positives, des mesures émises par des modes de règlement des différends autres que les juridictions étatiques, des mesures non contraignantes, des mesures fondées sur des principes juridiques et non sur des règles de droit, et surtout, pour notre propos, des mesures préventives. Cet ensemble de manifestations dément, point par point, que la sanction juridique puisse se concevoir exclusivement de manière subjective, négative et prescrite.

336. Critique du caractère subjectif. Tout d'abord, le caractère subjectif de la sanction juridique est trop restreint. La sanction a tendance à s'objectiver⁸⁹⁶, notamment en droit civil. C'est un effet d'une règle qui s'applique dans nombre de cas à une autre personne que l'auteur du fait illicite. C'est par exemple le cas pour la responsabilité des parents du fait de leurs enfants et plus largement pour toutes les responsabilités du fait d'autrui. Ici, la sanction n'a plus pour objet un sujet et son comportement mais un droit (d'autorité ou de garde). Dans une certaine mesure, il est également impropre de retenir un caractère subjectif à la sanction et de concevoir la responsabilité des personnes morales. Les sociétés sont effectivement des sujets de droit mais derechef, il ne s'agit pas de sanctionner leur comportement mais leurs droits – les personnes morales étant des fictions juridiques. Les manifestations préventives que nous avons répertoriées sur le fondement des actions en concurrence déloyale ou dans le contentieux de la responsabilité du fait des produits conduisent à des condamnations de personnes morales qui ne peuvent ainsi être qualifiées de sanction qu'en abandonnant ce caractère subjectif.

337. Critique du caractère négatif. Ensuite, le caractère négatif de la sanction juridique est certainement celui qui est le plus critiqué. L'identification de la sanction à la contrainte afin de définir le droit par cette dernière est une tautologie qui revient à définir le droit par lui-même⁸⁹⁷ et à assimiler la sanction aux caractéristiques de la peine. Cette assimilation de la sanction à la répression partage toujours les auteurs⁸⁹⁸ ; pour preuve cette anecdote lors du jury de soutenance d'une thèse sur ce thème où les membres n'étaient pas d'accord avec le candidat mais également entre eux⁸⁹⁹. La conception usuelle ne retient qu'une acception du terme qui demeure

⁸⁹⁶ En ce sens, Ch. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille, th. préc.*

⁸⁹⁷ Pour une analyse qui expose les critiques de la sanction-contrainte comme critère du droit, voir notre troisième partie, ainsi que D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997, chap. II, « Sanction », pp. 59 et s. Pour une déconstruction de la confusion entre sanction et contrainte, voir C. THIBIERGE, "Le droit souple, réflexion sur les textures du droit", *RTD civ*, 2003, 599, *spéc.* p. 605.

⁸⁹⁸ Pour une critique de cette assimilation, M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero, coll. "FM Fondations", Paris, 1982, p. 100. Egalement, H. BATIFOL, « La loi et la liberté », *Archive de philosophie du droit*, t. 25, 1980, p. 79, *spéc.* p. 84 : « (...) sans nier que la contrainte ait un rôle en droit, (...) l'essentiel dans la loi n'est pas la contrainte mais un ordre de raison ».

⁸⁹⁹ Voir l'avertissement en exergue de la thèse de P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction, th. préc.*

polysémique⁹⁰⁰. La sanction a un premier sens, celui de la consécration, qui apparaît avant celui de la punition d'une faute⁹⁰¹. Plusieurs tentatives de définition de la sanction au-delà de la punition existent néanmoins et ont également pénétrées l'enseignement du droit⁹⁰². Les manifestations préventives en responsabilité civile démontrent particulièrement le dépassement de ce caractère. Les manifestations préventives ont pour but de prévenir le dommage et non de punir son responsable. Qu'elles se manifestent sous la forme d'une prévention directe ou d'une réparation, les manifestations préventives n'ont qu'un effet lointain de rétribution et tout à fait secondaire. A vrai dire, il n'y a que les peines privées qui puissent rendre compte de la survivance du caractère négatif des sanctions civiles. Cette conception commence à apparaître dépassée dans les thèses récentes qui ne manquent pas de bien distinguer la sanction de la punition⁹⁰³.

338. Critique du caractère prescrit. Enfin, le caractère prescrit de la sanction juridique lie celle-ci à la règle de droit et exclusivement à elle. La sanction se déduit automatiquement d'une règle qui la prescrit. D'une part, il s'opère une confusion entre exécution et coercition⁹⁰⁴. D'autre part, ce caractère repose sur la définition du droit comme un ensemble de règles. Or, cette définition participe d'un certain fétichisme pointé du doigt⁹⁰⁵. Schématiquement, la règle est créée par le législateur et le juge ne fait qu'appliquer la règle. Nulle place n'est faite à l'interprétation juridique. Or, nous avons souvent relevé dans les caractères des manifestations préventives un large pouvoir modérateur. Dans le cas des manifestations préventives de la réalisation du dommage, il s'est évincé du droit positif un pouvoir du juge quant au choix de la mesure. En ce domaine, le législateur énonce des normes sans préciser le type de mesure à prendre. En matière de référé, nous avons rappelé l'indifférenciation de la formule « toute mesure » présente aux articles 808 et 809 CPC notamment. En ce qui concerne les manifestations préventives des conséquences du dommage, un pouvoir modérateur du juge quant

⁹⁰⁰ Le constat de la polysémie du terme est bien établi dans la doctrine. Pour une prise en compte de tous les sens du vocable sanction, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, chap. IV, « Les sanctions en droit : un réseau complexe aux frontières incertaines », pp. 221 et s.

⁹⁰¹ En ce sens, P. PONCELA, "Introduction à une approche philosophique de la sanction", *op. cit.*, p. 54 : « *Sanctio* a signifié primitivement l'acte même d'établir la loi (...) Plus tard, la sanction deviendra une peine ».

⁹⁰² En ce sens, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Collin, coll. "U, séries Droit", 10^e éd., 2004, n° 21, p. 19.

⁹⁰³ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 487, « Il convient de discerner la sanction et la punition. La sanction est la conséquence juridique (bénéfique ou néfaste) de l'adoption d'un certain comportement. La punition est une variété de sanction, toujours défavorable, attachée à la commission d'un acte fautif. Deux critères cumulatifs distinguent donc la punition au sein des sanctions : l'effet néfaste et la stigmatisation d'un comportement blâmable. En droit, la sanction pénale est un exemple de punition, alors que la nullité est une sanction, mais pas nécessairement une punition », note de bas de page n° 1.

⁹⁰⁴ « La contrainte ne pénètre le droit que sous forme d'exécution forcée d'une obligation ou d'une peine. On ne saurait confondre exécution et sanction sans abus de langage », M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 69. Dans le même sens, J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1926, n° 44, p. 79.

⁹⁰⁵ En ce sens, M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit, op. cit.*, p. 98, P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 2005, p. 18, et Ch. LARROUMET, *Droit civil, t. 1, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 4^{ème} éd., 2004, n° 23 à 28, pp. 16 à 19.

à l'évaluation du montant des dommages et intérêts qu'ils soient dits punitifs ou normaux, a été mis en évidence lors de nos précédents chapitres⁹⁰⁶.

Le dépassement par le droit positif des caractères de la sanction dans la conception usuelle s'explique par le sens que cette conception attribue à la sanction.

2. Signification de la sanction dans la conception usuelle

339. Pluralité de sens. A la question posée de savoir ce que signifie une sanction, force est de constater que la conception usuelle opère là encore par réduction. Face à une pluralité de sens, la sanction est communément définie de manière contraignante. En effet, la quasi-totalité des vocabulaires juridiques définissent la sanction comme une punition⁹⁰⁷. En doctrine, le débat qui consiste à savoir si une mesure non contraignante peut être qualifiée de sanction n'anime plus qu'une minorité d'auteurs⁹⁰⁸. La majorité d'entre-eux ne conçoit pas que la sanction puisse être non contraignante⁹⁰⁹. L'hypothèse de la sanction positive est rejetée dans les limbes de la sociologie et autres sciences humaines non juridiques. Pourtant certains auteurs, positivistes inclus, ne partagent pas ce point de vue commun. Norberto Bobbio a notamment montré que les techniques d'encouragement de l'Etat pour inciter les sujets de droit à un comportement particulier étaient le pendant positif des techniques de découragement mises en œuvre en matière pénale⁹¹⁰. Il existe également un certain nombre d'auteurs qui ont conçu la sanction positive en matière fiscale⁹¹¹, en doctrine⁹¹², en théorie du droit⁹¹³, et en sociologie du droit⁹¹⁴.

⁹⁰⁶ Cf. *supra*, n° 139, 159, 167, 200, et 204.

⁹⁰⁷ D. ALLAND, et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 2003 ; A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ, 6^e éd., 2004.

⁹⁰⁸ On peut néanmoins mentionner cette anecdote. Sur la définition contraignante de la sanction, un jury de thèse était en désaccord avec le candidat mais également entre les membres qui le composait. Voir l'avertissement en exergue de la thèse de P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction, th. préc.*

⁹⁰⁹ D. ALLAND, et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.* ; A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*

⁹¹⁰ N. BOBBIO, « Le sanzioni positive », *Della struttura alla funzione*, Milan, 1977, pp. 33 et s.

⁹¹¹ V. VARNEROT, *Les sources privées du droit fiscal*, thèse non publiée, Université de Nice, 2001, n° 1199 et s., pp. 759 et s.

⁹¹² J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Collin, coll. "U., séries Droit", 10^{ème} éd., 2004, n° 21, p. 19.

⁹¹³ Pour Kelsen, la notion de sanction positive est crédible mais rejetée de sa conception. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 34-35. Pour Hart, son rejet de la nullité comme sanction conçoit implicitement cette dernière comme exclusivement contraignante, H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, pp. 51 et s.

⁹¹⁴ A. R. RADCLIFFE-BROWN, « Social Sanction », *Encyclopedia of Social Sciences*, vol. 1., New York, 1934, p. 531 ; W. AUBERT, « On Sanctions », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, pp. 5 et s. ; J. P. GIBBS, « Sanctions », *Social Problems*, vol. 14, 1968, pp. 147 et s. ; J. BENTHAM, *Principe de législation, oeuvre de J. Bentham*, éd. E. Dumond, Bruxelles, Coster et Cie., vol. n° 1, 1829, p. 22 ; P. FAUCONNET, *La responsabilité, étude de sociologie*, *op. cit.*, p. 13 ; R. ARENS et H.D. LASWELL, *Towards a general theory of sanctions*, in *Iowa Law Review*, vol. 49, 1964, p. 234.

339-1. Etymologiquement, la contrainte est effectivement un des sens de la sanction. Cependant, ce n'est pas le seul. La sanction signifie également consentement. Sur ce point, Emile Benveniste nous rapporte que sanctionner, en latin *sancire*, c'est « délimiter le champ d'application d'une disposition et rendre celle-ci inviolable en la mettant sous la protection des dieux, en appelant sur le violateur éventuel le châtement divin »⁹¹⁵. Le terme sanction ne renvoie pas uniquement à l'effectivité du droit, second volet de la définition du linguiste. L'origine du mot renvoie aussi à la spécificité du droit. Il permet de l'isoler du sacré en délimitant son champ en dehors de celui-ci. Non parce que le droit a une nature différente mais parce qu'il est conceptuellement distinct, par homologation, approbation, consentement, premier sens du terme que l'on retrouve dans les dictionnaires⁹¹⁶. Sanctionner, c'est ainsi consentir à la juridicité et réprimer le défaut de ce consentement. Le premier sens n'est pas repris par la conception usuelle des juristes.

339-2. Au-delà de l'étymologie, la doctrine apporte la preuve de la pluralité des sens de la sanction. D'une part, le constat de la polysémie du terme est bien établi⁹¹⁷. D'autre part, l'énumération des sens de la sanction démontre la richesse de la notion. Parmi les auteurs qui tentent de les présenter de manière organisée, *trois sens sont habituellement cités. La sanction est contrainte, consécration ou exécution de la règle de droit*⁹¹⁸. Parmi les auteurs qui en dressent une liste, la polysémie peut compter jusqu'à six sens. La sanction est soit une peine, une conséquence négative d'une violation, une contrainte, une conséquence positive ou négative d'un comportement, une reconnaissance ou une consécration du juridique⁹¹⁹. Il nous semble que la notion de sanction a trois significations majeures. En premier lieu, sanctionner c'est prononcer une mesure en réaction à la violation d'une obligation ou d'une règle de droit. En cela, la conception usuelle n'est pas démentie. En deuxième lieu, sanctionner, c'est plus largement exécuter une norme juridique. Sur ce sens, peu importe que la sanction soit précisément une mesure et plus encore qu'elle soit contraignante. La notion de sanction revêt une signification très élargie lorsqu'elle se fait synonyme d'effectivité. D'ailleurs, la distinction entre la sanction et l'effet de droit se brouille à ce niveau. En dernier lieu, il ne faut pas oublier que sanctionner, c'est toujours consacrer la juridicité d'une norme. Si ce sens est moins courant, il demeure et apparaît fondamental pour certains⁹²⁰. Cette pluralité de sens n'est donc pas prise en compte par la conception usuelle qui ne retient que le premier d'entre-eux.

⁹¹⁵ E. BENVENISTE, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, vol. II, p. 190.

⁹¹⁶ *Thésaurus Larousse, Des idées aux mots, des mots aux idées*, Larousse, 1992, p. 433 et p. 493 ; *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, G. CORNU, PUF, Paris, 6^e éd., 2004, pp. 828-829 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, Lamy, Paris, 2005, p. 1381.

⁹¹⁷ Sur « le caractère incontestablement polysémique du terme », V. F. OST et KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 221.

⁹¹⁸ Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*, pp. 198-199.

⁹¹⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, Chap IV, « Les sanctions en droit : un réseau complexe aux frontières incertaines », pp. 221 et s.

⁹²⁰ « On peut d'ailleurs se demander en même temps si ce dernier sens étymologique [celui de la consécration] n'est pas le plus fondamental et s'il ne permet pas d'apercevoir, à travers la diversité des sens précédents, ce qui les réunit, au moins de manière analogique », *ibid.*, p. 229.

340. Objet de la signification usuelle : le retour à la licéité. Cette réduction de la pluralité de sens de la sanction à celui de la contrainte montre quel est l'objet de la signification donnée au terme sanction. Cet objet est celui de la licéité. La sanction a pour signification la contrainte car son objet est le retour à la licéité. *La sanction vise uniquement les mesures destinées à réprimer un manquement à la licéité, c'est-à-dire à rétablir la licéité par la contrainte.* On comprend dès lors pourquoi la notion de sanction s'oppose à celle de réparation. Cette dernière n'a pas de fonction normative ; elle vise seulement à compenser les conséquences négatives de la licéité et non à la rétablir. *La réparation prend acte de l'illicite et en répare les conséquences tandis que la sanction rétablit la licéité par la répression de son fait générateur.* L'objet de la signification usuelle de la sanction puise ses origines en philosophie. Comme le rappelle Paul Ricœur, à la fois Kant et Hegel développent la sanction comme ce qui « rétablit le droit »⁹²¹.

La conception usuelle définit ainsi la sanction comme une mesure contraignante. Ce faisant, elle réduit à la fois sa nature et sa signification qui disposent d'une richesse étymologique que d'autres conceptions ont faites leur. Cette réduction provient du fait que la conception usuelle assigne une fonction unique à la notion de sanction.

B. La fonction de la sanction dans la conception usuelle

341. Quel est le rôle de la sanction dans la conception usuelle ? A quoi sert-elle ? Pourquoi l'emploie-t-on ? La réponse semble *a priori* double. On recourt usuellement à ce vocable pour exprimer l'effectivité du droit mais également pour démontrer la juridicité d'une règle (1). En réalité, la réponse est unique du fait de l'indissociation entre ces deux fonctions (2).

1. Les fonctions d'effectivité et de juridicité de la sanction dans la conception usuelle

342. La sanction est la marque de l'effectivité du droit (a) et du droit lui-même (b).

a. La fonction d'effectivité

343. Présentation. La première fonction de la sanction est de désigner l'acte ou le processus qui marque l'emprise du droit sur le réel. En ce sens, M. Jestaz écrit que « la sanction est une sorte de porte mystérieuse par où le droit pénètre dans le réel »⁹²². Le prononcé d'une sanction est ainsi le signe de l'application du droit. Le droit serait alors effectif parce que sanctionné. Incidemment, la sanction devient synonyme d'effet de droit. Non seulement elle prend en

⁹²¹ P. RICOEUR, *Le juste*, op. cit., p. 198.

⁹²² Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*, p. 197.

compte tout type de conséquence juridique⁹²³, mais elle apparaît encore plus largement comme « prise en compte formelle » par le droit⁹²⁴. Cette fonction est suspecte à deux égards.

344. Critique. D'une part, on observera que les recherches portant sur l'effectivité du droit ne recourent en rien à la notion de sanction ! On peut, certes, constater que la sanction accompagne la plupart du temps la mise en œuvre des normes⁹²⁵, mais, surtout, elle ne le remplit pas systématiquement et, par ailleurs, le dépasse. En effet, soutenir que la sanction rend compte et assure l'effectivité du droit, c'est prétendre qu'il n'est de droit que de droits violés, ou à tout le moins, que l'observation volontaire et spontanée n'est pas une forme d'effectivité juridique⁹²⁶. En ce sens, M. Pfersmann a démontré qu'un ordre normatif était effectif en raison du contenu de ses normes et non de la présence de sanctions. L'effectivité n'est pas une donnée intrinsèque mais indépendante de l'ensemble normatif⁹²⁷. La critique de la garantie de l'effectivité par la sanction n'est plus à dresser⁹²⁸. Pour M. De Béchillon, la conclusion, sans appel, est double : « la part réelle de la sanction dans la genèse des comportements juridiques est (...) purement et simplement inconnaissable (...) et nous ne pouvons pas évaluer *a priori* et de manière générale la susceptibilité d'une personne à tel ou tel type de sanction »⁹²⁹.

344-1. D'autre part, on constatera que cette fonction assignée à la sanction relève d'une approche de théorie du droit tout à fait particulière. D'où vient cette fonction de la sanction ? D'où provient l'idée qu'il soit dévolu à la sanction le rôle d'assurer l'effectivité du droit ? Là encore, le propos est connu. Il revient à une conception positiviste de type normativiste ou légaliste de doter chaque règle de droit d'une sanction apte à la rendre effective. Par exemple, le droit conçu comme un ordre de contrainte par Kelsen, mais aussi tout autre ordre normatif, se justifie par la crainte de la sanction des conduites irrégulières⁹³⁰. Ce qui distinguera le droit des autres ordres normatifs, est la nature de la sanction : une contrainte d'origine étatique et non pas « psychique ». Partant, toute règle non sanctionnée n'est pas un ordre de contrainte et se voit alors exclue de l'ordre juridique.

On pressent déjà que la sanction a une fonction de juridicité en sus de celle d'effectivité.

⁹²³ Ch.-A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 302.

⁹²⁴ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero, coll. "FM Fondations", Paris, 1982, p. 100.

⁹²⁵ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 603.

⁹²⁶ En ce sens, V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, th. Paris II, 2003, pp. 175-185.

⁹²⁷ O. PFERSMANN, "Pour une typologie modale de classes de validité normative", in *La querelle des normes, Cahiers de philosophie politique et juridique, Presses universitaires de Caen*, vol. n°27, 1995, pp. 69-113, *spéc.*, p. 93.

⁹²⁸ V. D. De BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 63-67.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁹³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 48-49.

b. La fonction de juridicité

345. Présentation. La sanction possède un autre rôle. Elle a pour tâche de permettre la distinction entre le juridique et le non juridique. La sanction serait alors le propre des normes de droit. *A contrario*, si la norme violée n'est pas sanctionnée, alors, c'est qu'elle n'est pas juridique mais morale ou religieuse ou de courtoisie, *etc.*

346. Affinements. Cette présentation, toujours relayée par les manuels d'introduction au droit, apparaît toutefois trop schématique. On ne retrouve pas sous la plume des partisans d'une définition du droit par la sanction une telle distinction binaire entre le droit et la morale. En effet, il a été pris en compte très tôt les premières critiques adressées à cette vision qu'il faut retracer davantage chez les civilistes que chez les publicistes⁹³¹. La simple présence d'une sanction ne délimite pas l'ordre juridique. Les normes de la morale, par exemple, sont sanctionnées par la désapprobation, l'ostracisme, le dénigrement, *etc.* En religion, la sanction peut aller jusqu'à l'excommunication ! Ainsi, chez Kelsen notamment, on ne retrouve pas une approche aussi simple. Pour cet auteur, la sanction n'est le propre du droit qu'à condition d'être définie de manière stricte⁹³² et négative⁹³³. Autrement dit, selon lui, n'est pas une sanction juridique, une sanction qui ne réponde pas à une violation effective d'une norme et une sanction positive, c'est-à-dire non contraignante. Pour autant, cette approche a suscité la critique et nous verrons dans le paragraphe suivant en quoi elle peut apparaître dépassée. D'autres auteurs, comme Hart ou Bobbio, accueillent une notion de sanction plus large et font échoir le rôle de la juridicité non à la sanction proprement dite mais à la catégorie de norme à laquelle elle appartient. Il s'agit de la célèbre distinction entre norme primaire et norme secondaire⁹³⁴. Les premières comporteraient le contenu des obligations juridiques tandis que les secondes contiendraient les sanctions. Le propre du droit résiderait alors dans l'articulation de ces deux catégories de norme pour Hart. Ainsi, la juridicité après Kelsen ne serait plus une fonction dévolue à la seule sanction. Cette approche illustre la confusion qui règne dans la conception usuelle du fait de la confusion des fonctions de la sanction.

2. *L'indissociation des fonctions de la sanction dans la conception usuelle*

347. Indissociation. Les fonctions dévolues à la sanction ne sont pas anodines. Elles confèrent à cette notion le rôle de spécifier la qualité juridique d'une norme. Mais nous avons vu que la sanction a également pour fonction de marquer l'effectivité du droit. En ayant recours à la même notion, on définit alors le droit par son effectivité. Les fonctions de la sanction sont indissociables. A partir de cette indissociation, le caractère usuel de la conception communément

⁹³¹ En ce sens, D. De BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, pp. 72 et s.

⁹³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁹³³ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 176.

⁹³⁴ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 105. Adde, N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, LGDJ, Bruylant, coll. "La pensée juridique", 1998 ; N. BOBBIO, "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires", in *La règle de droit, études publiées par Chaïm Perelman*, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 104 et s.

admise de la sanction se vérifie tout particulièrement, çà et là, aux détours d'une phrase de liaison au sein d'un chapeau. Par exemple, M. Jestaz tient pour acquis cette indissociation lorsqu'il écrit, dans un paragraphe sur la fonction de la sanction, que « sous le nom de sanction, nous recherchons l'élément essentiel, consubstantiel à l'idée même de droit, puisque mettant celui-ci en mesure d'agir sur le réel »⁹³⁵. Autre formulation de la célèbre « attitude mentale juridique » des professeurs Marty et Raynaud⁹³⁶.

348. Confusion. La raison de cette indissociation réside dans une confusion. La conception usuelle assimile le sens et le rôle de la sanction en droit et fait dépendre le premier du second. Cette assimilation provient des sources de la conception usuelle. Les conceptions du Droit-sanction proposent que le rôle de la sanction soit de fournir le critère du droit. Or, ces doctrines érigent en principe que le droit est un ensemble de règles contraignantes. Donc, le sens de la sanction se confond avec l'idée de contrainte afin de doter chaque règle d'une sanction, critère de sa juridicité. Cependant, c'est confondre le rôle de la sanction (fournir le critère de la juridicité) et son sens (consentement et contrainte). Le sens de la sanction ne peut résider que dans la contrainte sauf à manquer d'en faire le critère de chaque règle. D'autres auteurs ont montré très habilement que le syllogisme est en réalité une tautologie⁹³⁷. Définir le droit par sa seule effectivité revient à définir le droit par lui-même, c'est-à-dire lorsqu'il est déjà du droit⁹³⁸.

Ainsi, il existe une conception usuelle de la sanction en droit qui la définit d'une manière stricte et qui lui assigne le rôle de la juridicité. Cette conception est en déclin.

§2. Déclin de la conception usuelle de la sanction en droit

349. De nombreux signes attestent du déclin de la conception usuelle de la sanction en droit (A). Quel sens donner à ces signes ? Faut-il abandonner la notion de sanction ? (B).

A. Signes du déclin de la conception usuelle de la sanction

350. La conception usuelle n'est plus hégémonique. Des signes attestent de son déclin (1). L'élaboration d'alternatives parachève son déclin (2).

⁹³⁵ Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*, p. 199.

⁹³⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Tome I, Introduction générale à l'étude du droit, op. cit.*, n° 34, « La règle de droit est celle qui tend vers la sanction parce qu'elle existe à son égard *l'opinio necessitatis* ou l'attitude mentale juridique ».

⁹³⁷ En ce sens, C. THIBIERGE, "Le droit souple, réflexion sur les textures du droit", *RTD civ.*, 2003, 599, *spéc.* p. 605.

⁹³⁸ On rappellera la formule désormais connue de tous : « D'ailleurs prendre la sanction pour critère de la règle de droit n'est-ce pas prendre l'effet pour la cause ? Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique », G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Tome I, Introduction générale à l'étude du droit, op. cit.*, p. 59 ; « Pendant combien de temps faudra-t-il répéter qu'une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnée parce qu'elle est juridique », F. TERRE, « Pitié pour les juristes ! », *RTD civ.*, avril/juin 2002, p. 247, *spéc.* p. 248.

1. Délitement de la conception usuelle

351. Le délitement de la conception usuelle provient, d'une part, d'un questionnement sur elle (a) et, d'autre part, du dépassement de ses canons (b).

a. Questionnement

352. De nombreux signes montrent qu'il existe un véritable questionnement autour de la conception usuelle de la sanction en droit. Le premier signe est celui du nombre, le nombre récent d'auteurs se penchant sur cette question. En effet, la sanction est un objet de recherche récent. Les articles de doctrine sur lesquels nous nous appuyons ont une quinzaine d'années tout au plus. Ces articles s'appuient eux-mêmes sur des ouvrages du XXe siècle *quasi* exclusivement. Tout comme pour le principe d'autonomie de la volonté en droit des contrats, la première phase de ce questionnement a été de présenter synthétiquement la teneur et l'existence même d'une conception usuelle. Ce fut le rôle des introductions au droit de l'après-guerre et il revient à M. Denys de Béchillon d'avoir le premier condensé les principaux canons de cette conception⁹³⁹. La route était alors tracée à d'autres auteurs qui ont postérieurement proposé de réfléchir sur cette notion considérée comme fondamentale. Ce sont alors succédés les articles de M. Charles-Albert Morand⁹⁴⁰, M. Philippe Jestaz⁹⁴¹ et l'ouvrage des professeurs François Ost et Michel van de Kerchove⁹⁴² et celui de M. Michel Degoffe⁹⁴³. Depuis, les thèses portant sur un type de sanction ou sur la notion elle-même ne font plus l'économie d'un retour sur ce qu'on entend usuellement par ce terme. On peut alors citer en droit civil les thèses de Mme Manuela Grévy⁹⁴⁴, de Mme Christine Desnoyer⁹⁴⁵ ou de Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles⁹⁴⁶ et en théorie du droit, la thèse de M. Pierre Négrel⁹⁴⁷ et les mélanges offerts à M. Pierre Couvrat⁹⁴⁸.

352-1. Ce questionnement a conduit à une critique plus fondamentale sur la définition du droit par la sanction mais également sur la notion de sanction elle-même. En ce sens Charles-Albert Morand termine son étude sur la nocivité de ce terme trop flou en préconisant son abandon pur et

⁹³⁹ D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., Chap 2.

⁹⁴⁰ Ch.-A. MORAND, "La sanction", art. préc.

⁹⁴¹ Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", art. préc.

⁹⁴² F. OST et KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit, Chap 4.

⁹⁴³ M. DEGOFFE, *Le droit de la sanction non pénale*, Economica, 2001.

⁹⁴⁴ M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit social", t. 36, 2002.

⁹⁴⁵ Ch. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, Université Lille II, 2000.

⁹⁴⁶ C. OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2002.

⁹⁴⁷ P. NEGREL, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, Université d'Aix-Marseille, 2004.

⁹⁴⁸ *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, PUF, 2001.

simple⁹⁴⁹. En effet, d'autres signes montrent le dépassement de la conception usuelle de la sanction en droit.

b. Dépassement

353. Ce questionnement sur la conception usuelle est un signe extérieur de déclin. Le signe intérieur sur lequel il s'appuie peut être présenté, selon nous, comme un dépassement, dans les faits, des canons de la conception usuelle.

354. Evolution du sens de la sanction. Tout d'abord, la conception usuelle est dépassée du fait d'une évolution du sens de la sanction. De nos jours, il est intenable de ne retenir qu'une acception rétributive de la sanction. À propos de la peine elle-même, Ihéring n'écrivait-il pas que son histoire est celle d'une abolition constante ?⁹⁵⁰ C'est toute la démonstration en droit de la famille de la thèse de Mme Christine Desnoyer. Par une approche évolutionniste, l'auteur montre comment la sanction s'est objectivée à partir de la disparition de son essence rétributive. En effet, Mme Desnoyer étudie les manifestations jurisprudentielles et légales de la notion de faute en citant notamment le cas du divorce pour faute⁹⁵¹, le cas du retrait de l'autorité parentale⁹⁵² et le cas de l'action en recherche de paternité naturelle⁹⁵³. Cet abandon s'accompagne de la naissance de nouveaux droits subjectifs familiaux étrangers à l'idée de rétribution⁹⁵⁴. Cette évolution laisse alors le champ libre à l'apparition de nouvelles sanctions qualifiées de curatives telles que la sanction-protection ou la sanction-faillite⁹⁵⁵. En conclusion, « la sanction n'est synonyme ni de peine ni de réparation »⁹⁵⁶.

355. Elargissement de l'objet de la signification de la sanction : toutes les dimensions de l'illicéité. Ensuite, du fait de cette évolution, ce que signifie la sanction ne porte plus sur le même objet. Nous avons en effet montré en quoi la signification de la sanction par la contrainte conduisait à réduire l'objet de la sanction au retour à la licéité⁹⁵⁷. Or, la sanction est désormais une notion qui excède le seul retour à la licéité. C'est le cas, en premier lieu, en responsabilité internationale publique. Les représailles, les rétorsions et les contre-mesures « apparaissent comme des sanctions au sens large de ce mot »⁹⁵⁸. La Commission du Droit International des

⁹⁴⁹ « Le terme sanction est ambigu, inutile et nocif. (...) Pour nous, le terme sanction pourrait disparaître sans difficulté du vocabulaire juridique. », Ch.-A. MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 312.

⁹⁵⁰ IHERING, *De la faute en droit privé, Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1880, p. 4. Dans le même sens, M. VAN DE M. KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, p. 11.

⁹⁵¹ Ch. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille, th. préc.*, pp. 93 et s.

⁹⁵² *Ibid.*, pp. 103 et s.

⁹⁵³ *Ibid.*, pp. 114. et s.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, pp. 122 et s.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 273 et s.

⁹⁵⁶ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 97.

⁹⁵⁷ Cf. *supra*, n° 340.

⁹⁵⁸ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, n° 572, p. 957. Les auteurs « relève[nt] cependant une tendance à réserver, dans le droit international contemporain, le terme « sanction » aux

Nations Unies (C.D.I) a adopté un projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite en 2001 prévoyant dans le mécanisme général de responsabilité la cessation de l'illicite (art. 30), la réparation (art. 31), et les contre-mesures (art. 49). La doctrine du droit international public note ainsi que la définition retenue par la Commission est large : « cette conception englobe ainsi à la fois l'obligation de réparer incombant à l'Etat auteur du fait illicite et le droit d'exercer des mesures en réaction à un fait illicite que sont les contre-mesures »⁹⁵⁹.

355-1. C'est également le cas en responsabilité internationale privée. Le règlement Rome II vise également dans son article 15 d) la possibilité pour le tribunal compétent en vertu de la loi applicable retenue de rendre des « mesures pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation »⁹⁶⁰. D'ailleurs, on notera que le règlement « s'applique aux obligations non contractuelles susceptibles de survenir » (art. 2.2), « au fait générateur du dommage susceptible de se produire » (art. 2.3.a) et au « dommage susceptible de survenir » (art. 2.3.b). On ne saurait mieux consacrer la sanction préventive !

355-2. L'objet de la signification de la sanction recouvre toutes les dimensions de l'illicéité. Face à l'illicéité, la sanction peut servir :

- à l'anticiper (mesure de prévention)
- à la faire stopper (mesure de cessation de l'illicite)
- à réparer ses conséquences (mesure de réparation)
- à la rétablir par la contrainte (sanction au sens strict, contre-mesure)
- à permettre dans l'avenir son non-renouvellement (règlement des différends)

356. Démultiplication des autorités habilitées à sanctionner. Enfin, on assiste à une démultiplication des autorités habilitées à prononcer ce qui semble ou non possible de qualifier de sanction. C'est le cas, en premier lieu, des autorités administratives indépendantes dont le

mesures de réaction appliquées en vertu d'une décision prise par une organisation internationale à la suite d'une violation d'une obligation internationale, et notamment pour certaines « mesures que l'ONU est autorisé à adopter, dans le cadre du système prévu par la Charte, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (Ann. C.D.I, 1979, vol. II, 2^e partie, p. 134). Sur les contre-mesures et la notion de sanction, v. égal., L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit international", t. 102, préf. D. SIMON, 1990, p. 5, « (...), sans que l'on puisse assimiler la notion de sanction à la notion de punition, on conviendra que la première évoque souvent la seconde. Or, en droit international l'idée même de punition d'un Etat par un autre est incompatible avec le principe *par in parem non habet imperium*. D'un autre côté, si l'on définit la sanction de manière à englober toute mesure de contrainte qui intervient au cas de la violation d'une norme, on ne fait en réalité que postposer le problème qui devient celui de savoir ce qu'on entend par contrainte. De plus, les réactions à l'illicite restent parfois en deçà de la coercition et revêtent simplement une finalité corrective ». Egal. L. BOISSON-DE-CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Editions A. Pédone, préf. G. ABI-SAAB, 1992.

⁹⁵⁹ L. BOISSON-DE-CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques, th. préc.*, p. 29.

⁹⁶⁰ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

nombre ne cesse de croître et qui sont très souvent dotées d'un pouvoir de sanction. C'est évidemment le cas de l'Autorité des marchés financiers mais également d'autorité indépendante moins connues et moins étudiées comme le bureau en charge du contrôle de la légalité des publicités⁹⁶¹. En second lieu, il convient également de se demander si les modes alternatifs de règlement des conflits lorsqu'ils conduisent les parties à signer une transaction, un nouveau contrat, une sentence arbitrale ou tout autre document négocié ne mettent pas en œuvre une forme différente mais similaire du pouvoir de sanction. Se pose ainsi la question du lien entre une sanction et un tiers impartial chargé de la prononcer. Ce lien doit-il nécessairement se tisser entre le juge et les sanctions prévues par les normes étatiques ? Le développement du droit international naguère⁹⁶² et celui des modes alternatifs de règlement des conflits aujourd'hui nous semblent devoir exiger un dépassement de la conception usuelle de la sanction. C'est ce que d'autres signes attestent par la présence d'alternatives à cette conception usuelle.

2. Alternatives à la conception usuelle

357. Le déclin de la conception usuelle de la sanction en droit se vérifie par l'emploi d'autres notions que celle de sanction (a) ou par le recours à des théories opposées à la conception usuelle (b).

a. Recours à d'autres notions

358. Sanction et effet de droit. Le déclin ne saurait être une hypothèse vérifiée sans l'existence attestée d'alternatives. L'un des signes forts de ce déclin est ainsi l'existence de notions venant se substituer à celle de la sanction. La première d'entre elles, nous l'avons déjà croisée⁹⁶³. Il s'agit de la notion d'effet de droit. En effet, à mesure que le contenu de la sanction s'est étendu à toute forme de conséquence juridique, l'expression "effet de droit" a ressurgi précisément parce qu'il signifie ce que la notion de sanction devient. En quelque sorte, lorsqu'il s'agit de décrire dans sa généralité la conséquence que le droit détermine au sujet d'un droit ou d'une norme à un moment particulier ou en général, ces deux mots entrent désormais en concurrence. En d'autres termes, ce que l'on désigne d'une manière nouvelle en ayant recours à un sens plus contemporain du terme sanction existe déjà depuis longtemps à travers la notion d'effet de droit.

359. Sanction et mesure. La seconde notion qu'il faut étudier sous l'angle de la concurrence avec celle de la sanction est la notion de mesure, ou plus exactement le mot de mesure tant ce dernier semble être indéfinissable. A son égard, il faut noter qu'on l'emploie à la fois pour tenter de définir la notion de sanction elle-même, et ce fut notamment le cas de la thèse de M. Étienne

⁹⁶¹ Le Bureau de vérification de la publicité, le BVP. Depuis 2008, le BVP a laissé place à une autorité dénommée *Autorité de régulation professionnelle de la publicité*, ARPP.

⁹⁶² Sur cette problématique en droit international, M. VIRALLY, "Sur la prétendue "primitivité" du droit international", *art. préc.*

⁹⁶³ Cf. *supra*, n° 55.

Picard⁹⁶⁴, et en substitution à la notion de sanction. Dans le premier cas, la jurisprudence administrative montre, en effet, qu'il existe des différences de droit positif entre le prononcé d'une mesure et celui d'une sanction. M. Picard rappelle notamment qu'il existe une thèse traditionnelle consistant à qualifier de mesure ce qui a une finalité préventive et de sanction ce qui n'en a pas. Ce critère de distinction ne résiste pourtant pas à son analyse de la jurisprudence. Dès lors, la question de la différence entre la mesure et la sanction dans une optique de définition des termes reste posée d'autant plus qu'elle n'a pas été entreprise en théorie du droit. Dans le second cas, il est tout à fait notable que le recours très contemporain au vocable de mesure tant par le législateur que par le magistrat tend à se substituer, ou peut-être, la question devant être posée, à cloisonner la notion de sanction. En ce sens, Mme Desnoyer note le dépassement de la sanction curative par le recours à des mesures curatives telle que l'assistance éducative en lieu et place du retrait de l'autorité parentale⁹⁶⁵. De même, use-t-on plus volontiers de l'expression mesure préventive que celle de sanction préventive en droit civil.

360. Déclin du besoin d'une notion générique. S'il existe d'autres notions alternatives à celle de la sanction, le déclin est d'autant plus remarquable que le besoin d'un terme générique n'est pas toujours ressenti. En effet, si un certain nombre d'études actuelles se posent la question de la définition de la sanction, un autre nombre beaucoup plus important d'études se passent de l'usage d'un terme générique. Les indemnités⁹⁶⁶, la nullité, les restitutions⁹⁶⁷, la caducité, la déchéance, l'opposabilité⁹⁶⁸, *etc.*, sont étudiés en eux-mêmes dans leurs propriétés internes sans ressentir le besoin d'une filiation originelle, d'une recherche de leur notion-mère.

361. Absence de conception en concurrence avec la conception usuelle. Par ailleurs, il convient de constater qu'il n'existe pas de conception qui prenne acte du renouveau de la sanction en droit et de l'existence de ses notions concurrentes. Il n'existe pas de conception comparable à ce que nous avons nommé conception usuelle. En revanche, les fondements nécessaires à sa construction sont présents en théorie du droit.

b. Présence d'autres fondements

362. La particularité théorique de la conception usuelle est de définir le droit par la sanction entendue comme la marque de l'effectivité du droit. Il n'est pas certain que cette conception soit fondée sur une approche positiviste du droit même si, en revanche, nombre de positivistes définissent le droit par la sanction, notamment le normativisme de Kelsen. Cette particularité serait alors davantage normativiste que positiviste. D'autres fondements du droit, au contraire, séparent l'effectivité de la juridicité. La conséquence en est l'abandon de la conception usuelle de

⁹⁶⁴ E. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, préf. R. DRAGO, 1984, pp. 343 et s.

⁹⁶⁵ Ch. DESNOYER, *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, *th. préc.*, n° 256 et s.

⁹⁶⁶ C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, *th. préc.*, hormis dans l'introduction, l'étude de la notion de sanction n'est pas effectuée.

⁹⁶⁷ C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *th. préc.* L'auteur relie les trois notions mais ne les rattache pas à la sanction.

⁹⁶⁸ J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, *th. préc.*

la sanction. En effet, ces théories ne recourent plus à la notion de sanction pour désigner à la fois ce qui est la marque du droit et celle de son effectivité. Qu'elles sont ces fondements ? On peut les regrouper sous trois grands courants du droit. Il ne s'agit pas ici de détailler la conception de la sanction au sein de ses trois grands courants mais seulement de les présenter. Du reste, ces trois grands courants sont connus des juristes. En premier lieu, nous évoquerons le jusnaturalisme, en deuxième lieu nous présenterons le pluralisme et en dernier lieu nous étudierons l'herméneutique juridique.

363. Jusnaturalisme et sanction. Le courant idéaliste dans lequel s'inscrit le jusnaturalisme n'emploie pas le concept de sanction comme critère de juridicité. Les différents auteurs que l'on rattache à ce courant tel Aristote⁹⁶⁹, Saint-Thomas d'Aquin⁹⁷⁰ ou encore Grotius ne présentent pas le droit comme un ensemble de normes qui deviennent juridiques. Au contraire, une norme est juridique par essence. Elle n'a pas à être sanctionnée au sens de consacrée pour le devenir. On retrouve néanmoins si ce n'est un critère formel du moins un critère téléologique. Il s'agit de celui de la justice accessible, selon les conceptions, par la raison humaine ou présente dans l'ordre de la nature⁹⁷¹. Ainsi une norme est juridique non parce qu'elle est sanctionnée par une autorité habilitée mais parce qu'elle est juste. En ce sens, Michel Villey présente une théorie du droit jusnaturaliste⁹⁷². Il fait partie de ceux qui combattent l'idée selon laquelle la norme est juridique parce qu'elle est sanctionnée. Selon lui, une norme est juridique parce qu'elle restitue à chacun ce qui lui revient dans l'ordre de la communauté au sein de laquelle il vit. Le droit est alors défini sous l'angle du travail d'un tiers neutre chargé de distribuer les biens et, partant, les droits et devoirs au sein de sa communauté. Cette approche aristotélicienne conduit Michel Villey à une définition du droit par l'entremise du travail dialectique des juristes. Dans cette conception, on retrouve l'équivalent du concept de sanction. Ce qui confère la juridicité à la norme n'est pas son effectivité mais le respect du juste partage. Dès lors, si une loi est votée à l'encontre de ce critère, elle serait considérée comme contraire au droit naturel, c'est-à-dire au véritable droit. Dès l'origine, la loi ne serait pas juridique. Incidemment, on constate que ce critère du juste est un critère de la juridicité et non de l'effectivité du droit. En effet, une loi peut être appliquée et être considérée comme non juridique parce qu'elle serait injuste. Sur le thème de l'effectivité du droit, il ne nous semble pas que le courant jusnaturaliste recoure à une notion spécifique. Au contraire, il nous apparaît qu'il n'emploie pas de terme générique. On peut le vérifier en droit romain, période qui se rapproche le plus du droit naturel décrit par ce courant. Les historiens du droit notent qu'il n'existe pas en droit romain de conception abstraite⁹⁷³. La sanction se pense au pluriel et désigne la solution retenue par le prêteur. Pour conclure, le jusnaturalisme est un fondement du droit pour lequel la notion de sanction n'est ni le critère de

⁹⁶⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 2004, chap V.

⁹⁷⁰ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, in *Des lois*, Plon, *spéc.*, Ia, Ilae, q. 96, art. 4.

⁹⁷¹ Voir l'exposé très clair de M. Aubert, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, n° 25 et 26.

⁹⁷² Voir notamment, M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme* PUF, coll. "Quadrige grands textes", 2008, chap. 4 et 5 où l'auteur présente un résumé de la conception aristotélicienne du droit. Pour compléter, M. VILLEY, *Philosophie du droit, t.1*, Dalloz, 4^e éd., 1986 ainsi que M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, LGDJ, 1962.

⁹⁷³ En ce sens, MORAND, "La sanction", *art. préc.*, p. 294.

juridicité ni celui de l'effectivité du droit. La même structure que celle de la sanction – juridicité et effectivité – n'est pas présente sous le vocable du juste. Le juste est ce qui confère la juridicité à une norme mais n'est pas garant de son effectivité. Une loi peut être effective bien qu'injuste, elle n'en perdra que sa juridicité.

364. Pluralisme et sanction. Le deuxième courant dissociant la sanction des questions de juridicité et d'effectivité est le pluralisme juridique. À nouveau, il s'agit d'un courant irrigué par plusieurs théoriciens qui ont pour point commun la remise en cause du caractère moniste du droit. La paternité du pluralisme revient à l'anthropologie et notamment aux recherches de Lévy-Brül. Le pluralisme a fait son entrée en droit par l'intermédiaire de la sociologie de Ehrlich et de Gurvitch⁹⁷⁴. Il a été récemment relayé par des juristes, notamment québécois. On peut citer M. Jacques Vanderlinden⁹⁷⁵, Mme Sally Falk Moore⁹⁷⁶, M. John Griffith⁹⁷⁷, M. Roderick MacDonald⁹⁷⁸ ou encore Mme Andrée Lajoie⁹⁷⁹, et M. Jean-Guy Belley⁹⁸⁰. Pour tous ces auteurs, il existe du droit en dehors de l'État. Pour une première partie d'entre eux⁹⁸¹, la source du pluralisme se situe dans le choix même de l'individu de s'assujettir à plusieurs ordres normatifs en même temps. La limite entre les différents ordres normatifs n'apparaît plus ferme en l'absence du recours à l'idée de sanction. Ce n'est pas le cas d'une autre partie de ses auteurs⁹⁸² pour lesquels il existe un pluralisme juridique dès lors que l'on peut constater dans une société donnée un minimum de deux ordres normatifs qui énoncent, interprète et applique des règles à un groupe d'individus. Ici, le critère de juridicité n'est pas subjectif : il n'appartient pas à l'individu de reconnaître le droit comme tel. Au contraire, il est fait référence à la définition de l'ordre normatif donné par M. Guy Rocher⁹⁸³. Selon ce dernier, est juridique ce qui émane d'un ensemble ordonné d'institutions créant, interprétant et appliquant ses propres normes. Cette définition trouve à s'illustrer particulièrement bien au Canada et notamment au Québec où il existe des réserves d'autochtones libres d'organiser leur rapport selon leur propre normativité. Dans la mesure où ces habitants possèdent leur propre législateur et leur propre juge, il existe, pour les pluralistes, un ordre juridique autochtone distinct du droit canadien même si ce dernier

⁹⁷⁴ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* A. Pédone, 1935.

⁹⁷⁵ J. VANDERLINDEN, "Le pluralisme juridique, essai de synthèse", J. GILISSEN, in *Le pluralisme juridique, Institut de sociologie, Edition de l'Université de Bruxelles*, Bruxelles, 1972, 19-56 ainsi que J. VANDERLINDEN, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique*, 2, 1993, 573-583.

⁹⁷⁶ S. F. MOORE, "Law and Social Change, The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*, 7, 1973, 719-746.

⁹⁷⁷ J. GRIFFITH, "What is legal pluralism", *Journal of legal pluralism*, 24, 1986, 1.

⁹⁷⁸ R. MACDONALD, "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle", *Sociologie et société*, 18, 1987, 47-58.

⁹⁷⁹ A. LAJOIE, H. QUILLINAN, R. MACDONALD et G. ROCHER, "Pluralisme juridique à Kahnawake", *Cahier de droit*, 39, 1998, 681-716.

⁹⁸⁰ J. G. BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, th., Paris II, 1977.

⁹⁸¹ Le premier article de J. Vanderlinden ci-dessus cité ainsi que l'article de R. MacDonald.

⁹⁸² Notamment, Andrée Lajoie.

⁹⁸³ G. ROCHER, "Pour une sociologie des ordres juridiques", in *Etudes de sociologie du droit et de l'éthique*, Les éditions Thémis, Montréal, 1996, pp. 74 et s.

contient des normes de reconnaissance et d'encadrement des réserves autochtones⁹⁸⁴. Ce fondement du droit ne retient pas la sanction comme critère de juridicité. Ce dernier réside soit dans le choix individuel des sujets de droit de reconnaître ou non la juridicité d'une norme soit dans l'existence d'institutions susceptibles de produire une normativité. Le pluralisme est en quelque sorte soit un individualisme soit un institutionnalisme. En ce qui concerne l'effectivité, la sanction n'est pas davantage retenue. Plus généralement, le thème n'est pas traité par les auteurs. Les questions d'effectivité ressortent d'une étude mêlant sociologie et économie dans un souci de mesure du degré d'efficacité d'une norme juridique ou bien de l'expertise des manifestations de son applicabilité⁹⁸⁵. Ainsi, comme pour le jusnaturalisme, la structure de la sanction ne se retrouve pas concentrée dans une seule notion. Mieux encore, l'effectivité du droit n'est plus analysée d'un point de vue interne, *i.e.* proprement juridique.

365. Herméneutique juridique et sanction. L'interprétation n'est pas qu'une technique juridique ; c'est également une manière de concevoir le droit. La conception interprétative ou herméneutique du droit se fonde sur la remise en cause de la neutralité du juge. Cette conception puise ses sources dans la philosophie du droit où l'herméneutique moderne est présente depuis Schleiermacher. Très vite, le droit a été un objet d'étude pour l'herméneutique philosophique notamment pour Hans Georg Gadamer et pour Paul Ricœur. Parmi les juristes, Emilio Betti⁹⁸⁶, Gérard Timsit⁹⁸⁷, Ronald Dworkin⁹⁸⁸ développent une conception interprétative du droit. Pour ne prendre en exemple que la conception de ce dernier, le droit est saisi en en interprétant les usages. Le concept de droit ne renvoie pas à une définition préétablie ni à une réalité universelle. C'est un concept interprétatif, c'est-à-dire que le sens du droit n'apparaît qu'à l'issue d'un travail d'interprétation des manières dont il est consacré, rendu, et plus largement discuté⁹⁸⁹. En d'autres termes, le juge comme l'administration, tous deux interprètes du droit, ne sont pas neutres mais co-créateurs de la norme au sens où cette dernière ne résulte pas uniquement de l'énoncé de son auteur. L'herméneutique est souvent couplée à une théorie de l'argumentation telle que celle développé par Jürgen Habermas⁹⁹⁰ ou Chaïm Perelman⁹⁹¹. En effet, l'interprétation de la pratique du discours juridique commande de déterminer comment le débat s'instaure, quelles sont ses

⁹⁸⁴ Sur le droit ancestral des autochtones, A. LAJOIE, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, LGDJ, coll. "Droit et société", 2008.

⁹⁸⁵ Voir, par exemple, J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Éditions Yvon Blais, coll. "Droit aussi", Cowansville, 1998.

⁹⁸⁶ E. BETTI, *Théorie générale de l'interprétation*, éd. Giuffrè, Milan, 1955.

⁹⁸⁷ G. TIMSIT, "Sur l'engendrement du droit", *art. préc.*, pour aller plus loin, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", 1991, ainsi que G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1993.

⁹⁸⁸ R. DWORKIN, "La théorie du droit comme interprétation", *Droit et société*, vol. 1, 1985, pp. 81 et s. Pour aller plus loin, R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, PUF, Paris, coll. "Recherches politiques", 1994 ainsi que R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, coll. "Léviathan", 1995.

⁹⁸⁹ C. SINTEZ et J. ANDINO DORATO, "La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme.", *in L'Égalité, Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, pp. 319-340, *spéc.*, pp. 326-328.

⁹⁹⁰ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, t.1. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, coll. "L'espace du politique", 1987.

⁹⁹¹ C. PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd., 1979.

règles et sur quels arguments une solution peut naître en droit et primer sur une autre. La sanction, en tant que critère d'effectivité, n'est pas conçue sous le même angle que dans la conception usuelle. En effet, elle n'apparaît pas comme ce qui est prescrit par une autre norme pour corriger sa violation. La sanction est étudiée à partir de son prononcé sur la base d'un corpus de règle que l'interprète retient pour résoudre le litige. La norme violée n'est pas la source de la sanction ; celle-ci se situe dans l'argumentation développée en droit par l'interprète. L'herméneutique en donnant à l'interprète le rôle de co-créateur de la norme permet d'inverser la perspective en concevant la sanction à partir de son prononcé et non de sa création. Ainsi, si la juridicité d'une norme comme son effectivité apparaissent au même moment lors de leur interprétation, elles ne se confondent pas dans la structure de la sanction. La norme est juridique parce que son sens est déterminé par un travail d'interprétation au cours duquel l'argumentation judiciaire ou administrative, chargé de résoudre un litige, prononce une sanction. La sanction ne concerne donc que l'effectivité du droit et non sa juridicité. Dès lors, on vérifie une nouvelle fois la dissociation de la juridicité et de l'effectivité du droit.

Il existe d'autres fondements du droit. Une rapide présentation des trois principaux courants suffit à montrer que seule la conception usuelle associe dans la structure d'une même notion, les critères de juridicité et d'effectivité du droit. Quel sens donner à l'existence de notions concurrentes à celle de la sanction ? De même, que comprendre de la présence d'autres fondements du droit dissociant les critères de juridicité et d'effectivité ? Ces signes conduisent-ils à l'abandon de la conception usuelle ?

B. Sens du déclin de la conception usuelle de la sanction

366. Les signes du déclin de la conception usuelle sont nombreux et divers. Ils nécessitent, selon nous, d'être interprétés (1). A partir de nos réflexions, nous serons alors capable de proposer une nouvelle voie de recherche (2).

1. Interprétation du déclin de la conception usuelle

367. Les signes du déclin de la conception usuelle peuvent recevoir, selon nous, deux interprétations complémentaires. D'une part, il nous apparaît que le déclin de la conception usuelle de la sanction n'est autre que le déclin d'une conception normative de la notion de sanction. La sanction conçue à la fois comme critère de juridicité et d'effectivité ressort des thèses normativistes⁹⁹². De même, la sanction définie comme une norme secondaire venant corriger la violation d'une norme primaire participe d'une approche normativiste du droit⁹⁹³. Or, le premier point a été mis en évidence dans la conception usuelle au travers des fonctions assignées à la sanction⁹⁹⁴ tandis que le second point ressort du caractère prescrit de la sanction

⁹⁹² Cf. *supra*, n° 343-348.

⁹⁹³ Cf. *supra*, n° 346.

⁹⁹⁴ Cf. *supra*, n° 343 et s.

dans la conception usuelle⁹⁹⁵. En outre, nous avons montré en quoi les caractères subjectif et contraignant attribués à la sanction par cette même conception ne rendaient plus compte du droit positif marqué par le développement des sanctions objectives, d'une part, et positives, d'autre part⁹⁹⁶. Là encore, il revient exclusivement au normativisme de dénier à la notion de sanction telle acception. Nous l'avons notamment démontré à partir de l'œuvre kelsénienne. Ainsi, nous soutenons que la manière dont on use de la notion de sanction n'est plus apte à rendre compte de son emploi en droit positif parce que nous y recourons par le prisme d'une approche normativiste datée. D'autre part, le constat préalablement dressé d'une extension presque déraisonnable du contenu de la notion de sanction doit être interprété comme le signe d'un renouveau linguistique. Nous avons paradoxalement remarqué que le langage juridique tend soit à recourir à plusieurs notions en concurrence avec celle de la sanction soit à se satisfaire de l'absence de notion générique en préférant recourir aux notions prévues par le législateur telles que la nullité, la caducité, la déchéance, *etc.*⁹⁹⁷. Ce paradoxe démontre, selon nous, une évolution que ne parvient pas à prendre en compte la conception usuelle.

Ces deux interprétations des signes du déclin de la conception usuelle de la sanction nous invitent à proposer son renouveau conceptuel.

2. Proposition d'un renouveau conceptuel

368. Faut-il abandonner la conception usuelle de la sanction ? Les signes de son déclin ont été interprétés comme l'impuissance de son fondement normativiste à rendre compte tant du droit positif que des innovations du langage juridique. Il nous semble alors pertinent de proposer une nouvelle conception de la sanction afin de surmonter ces obstacles.

368-1. Le premier de ces obstacles peut être dépassé en s'attachant à développer une conception de la sanction dissociant la question de la juridicité de celle de l'effectivité du droit. La définition du droit par la sanction est un parti pris idéologique critiqué et désormais daté. La sanction ne peut plus être structurée autour de cette double problématique.

368-2. Le second obstacle nécessite pour être dépassé une conception capable de rendre compte des nouveaux usages du vocable sanction en lien avec ses notions concurrentes de mesure et d'effet de droit. Pourquoi dans certains cas emploie-t-on le terme de mesure ? Dans quel cas précisément ?

368-3. Enfin, ces quelques pistes de renouveau doivent être particulièrement balisées en droit de la responsabilité civile et adaptée à la problématique de la sanction préventive. C'est ce qu'il convient maintenant de proposer.

⁹⁹⁵ Cf. *supra*, n° 333 et 338.

⁹⁹⁶ Cf. *supra*, n° 360.

⁹⁹⁷ Cf. *supra*, n° 360.

369. Conclusion de section. Les différents arguments qui nous empêchaient de qualifier de sanctions les manifestations préventives proviennent d'une conception usuelle propre aux juristes. Cette conception définit d'une manière stricte la sanction comme une mesure contraignante ayant pour but de définir la juridicité des normes. Or, tandis que certains auteurs ont critiqué la réduction du sens de la sanction à la peine, d'autres ont montré en quoi la sanction ne pouvait définir le droit sans tomber dans une tautologie. La conception usuelle de la sanction est en plein déclin et elle ne parvient plus à rendre compte de la richesse du droit positif. En effet, ses présupposés l'empêchent de considérer l'existence des sanctions positives, des sanctions rendues par d'autres juridictions que celles de l'Etat et des sanctions préventives. Néanmoins, des pistes se sont dégagées pour remédier à la conception usuelle et qui nous permettent de proposer une conception interprétative de la sanction en responsabilité civile.

SECTION 2. Proposition pour une conception interprétative de la sanction en responsabilité civile

370. La conception usuelle doit être renouvelée afin de permettre à la sanction préventive d'émerger et de donner cohérence théorique à l'ensemble des manifestations préventives recensées en droit de la responsabilité civile. Pour ce faire, le déclin du fondement normativiste de la conception usuelle conduit à proposer les bases d'une nouvelle théorie générale de la sanction en droit en adéquation avec le droit positif (§1). C'est à ce prix que pourra être proposé les éléments indispensables à l'émergence d'une notion de sanction préventive en responsabilité civile (§2).

§1. Les bases d'une théorie générale de la sanction en droit

371. La conception usuelle est en déclin parce qu'il s'est avéré qu'elle réduisait les nombreux sens du vocable sanction en associant les fonctions de juridicité et d'effectivité dans sa structure. Il convient de remettre en cause cette conception en montrant qu'il existe plusieurs niveaux linguistiques qu'il faut distinguer (B). Pour cela, il est nécessaire de mettre au jour la véritable source de la sanction en droit (A).

A. La véritable source de la sanction juridique

372. La conception usuelle en établissant la source de la sanction dans la norme violée est incapable d'expliquer les changements de fondement et de sanction au sein d'un même régime de responsabilité (1). Pour cela, il faudrait opérer un changement de perspective en démontrant que la source de la sanction ne réside pas dans la norme violée mais dans son interprétation, notamment judiciaire (2).

1. La prescription de la sanction par la norme violée : échec de la conception usuelle

373. Le double problème des changements de fondement et de sanction. Le droit de la responsabilité civile est un droit en perpétuel changement. Un aspect méconnu de sa mouvance apparaît lorsque l'on étudie les sanctions prononcées en jurisprudence. Une même norme de responsabilité peut non seulement changer de fondements juridiques mais également engendrer des sanctions différentes. Prenons l'exemple de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage qui offre l'avantage d'une évolution rapide et récente.

374. Le problème de l'évolution des fondements. L'évolution des fondements de cette norme de responsabilité est connue⁹⁹⁸. Les arrêts du début du XX^{ème} siècle attestent de sa nature subjective : une faute d'imprudence, de négligence ou l'inobservation d'une réglementation particulière était requise⁹⁹⁹. Puis, en cas d'*immissio*, c'est-à-dire lorsque le trouble se matérialisant sous forme de sons, de fumées ou autres nuisances s'immisçait dans la propriété voisine, on admettait que la faute résultât du manquement à l'obligation ordinaire de voisinage¹⁰⁰⁰. Par la suite, bien que la faute fût introuvable, la Cour de cassation continua jusque dans les années 1960 à fonder cette responsabilité sur l'article 1382 du Code civil. Ce n'est que dans les années 1980 que la faute disparût au profit du seul constat d'un préjudice excessif ou d'un trouble anormal¹⁰⁰¹. Un principe jurisprudentiel naquit par substitution à l'article 1382 et devint le fondement visé dans les arrêts¹⁰⁰². L'évolution de la nature de cette norme de responsabilité résulte donc d'une évolution de son fondement juridique. Or, elle n'a rien de linéaire. En effet, au début des années 1960, le fondement juridique de l'article 1382 demeurait implicitement au moment même où la faute devint introuvable dans les faits amenant pourtant condamnation¹⁰⁰³. Parallèlement, d'autres arrêts montrent qu'il était admis que la responsabilité

⁹⁹⁸ J.-P. GRIDEL, "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *D.*, 2002, 228, *spéc.*, p. 234.

⁹⁹⁹ Les arrêts des notes suivantes ont été répertoriés par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 1205 et s. Req., 10 juin 1902, *DP*, 1902, 1, p. 454 ; Req., 3 août 1915, Clément Bayard, *D.*, 1917, 1, p. 79 ; Req., 23 mars 1927, *DP*, 1928, 1, p. 73, note R. Savatier ; Civ. 1^{ère}, 21 nov. 1961, *Gaz. Pal.*, 1962, 1, p. 102 ; Civ. 1^{ère}, 20 janv. 1964, *JCP*, G., 1964, II, 14035, note B. Oppetit ; Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1966, *Bull. civ.*, I, n° 298 ; Civ. 3^e, 23 nov. 1968, *Bull. civ.*, III, n° 492.

¹⁰⁰⁰ H., MAZEAUD, L. MAZEAUD ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. 2, Vol. 2, par F. Chabas, Biens, droit de propriété et ses démembrement*, 8^e, éd., Montchrestien, 1991, n° 1341. V. notamment, Req., 3 janv. 1887, *DP*, 1988, 1, p. 39 ; Req., 14 févr. 1910, *S.*, 1910, 1, p. 296 ; *DP*, 1910, 1, p. 1356 ; Req., 26 juin 1929, *S.*, 1930, 1, p. 19 ; Civ. 2^e, 9 juin 1966, *Bull. civ.*, II, n° 468 ; Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1968, *Bull. civ.*, II, n° 11 ; *Gaz. Pal.*, 1968, 1, p. 163 ; Civ. 2^e, 3 janv. 1969, *D.*, 1969, p. 323 ; *JCP*, G., 1969, II, 15920, note L. MOURGEON.

¹⁰⁰¹ Civ. 2^{ème}, 24 avr. 1989, *RCA*, 1989, comm., n° 222 ; Civ. 3^e, 4 janv. 1990, *Bull. civ.*, III, n° 4 ; *RCA*, 1990, comm., n° 107 ; Civ. 3^e, 24 oct. 1990, *Bull. civ.*, III, n° 205 ; Civ. 2^e, 19 févr. 1992, *Bull. civ.*, 11, n° 60 ; *RCA*, 1992, comm., n° 178 ; Civ. 2^e, 17 févr. 1993, *Bull. civ.*, II, n° 168 ; *RCA*, 1993, comm., n° 159 ; *JCP*, G., 1993, I, 3727, n° 44, obs. G. VINEY ; Civ. 2^e, 2 mars 1994, *Bull. civ.*, II, n° 85 ; Civ. 2^e, 11 févr. 1999, *RCA*, 1999, comm., n° 101 ; Civ. 2^e, 31 mai 2000, *Bull. civ.*, II, n° 94 ; *RCA*, 2000, comm. n° 262 ; *Defrénois*, 2001, p. 627, note F. ARCHER ; *RD imm.*, 2000, p. 527, obs. M. B. ; Civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, *Bull. civ.*, I, n° 77 ; *RTD civ.*, 2003, p. 513, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰⁰² Civ. 2^e, 19 nov. 1986, *Bull. civ.*, II, n° 172 ; Civ. 2^e, 24 avr. 1989, *préc.* ; Civ. 3^e, 24 oct. 1990, *préc.* ; Civ. 3^e, 19 févr. 1992, *préc.* ; Civ. 2^e, 17 févr. 1993, *préc.* ; Civ. 2^e, 28 juin 1995, *Bull. civ.*, II, n° 222 ; *RCA*, 1995, comm., n° 327 ; *RD imm.*, 1996, p. 175, obs. J.-L. BERGEL ; *D.*, 1996, somm., p. 59, obs. A. ROBERT ; *RTD civ.*, 1996, p. 179, obs. P. JOURDAIN ; *Defrénois*, 1995, p. 1412, obs. J.-L. AUBERT ; Civ. 3^e, 17 avr. 1996, *Bull. Civ.*, III, n° 108 ; *RCA*, 1996, comm. n° 251 ; *RTD civ.*, 1996, p. 638, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 3^e, 26 juin 1996, *RCA*, 1996, comm., n° 318 ; *RJDA*, 1996, n° 1244 ; Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1996, *RJDA*, 1997, n° 108 ; Civ. 3^e, 27 nov. 1996, *RCA*, 1997, comm. n° 54 ; *RJDA*, 1997, n° 108 ; Civ. 3^e, 11 févr. 1998, *Bull. civ.*, III, n° 34 ; *D.*, 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE ; Civ. 3^e, 11 mai 2000, *Bull. civ.*, III, n° 106 ; *D.* 2001, somm. p. 2231, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 3^e, 10 déc. 2003, *RD imm.*, 2003, p. 168, obs. F.-G. TREBULLE.

¹⁰⁰³ Civ. 2^e, 3 déc. 1964, *Bull. civ.*, II, n° 782 ; *D.*, 1965, p. 321, note P. ESMEIN ; *JCP*, G., 1965, II, 14289, note BULTE ; *RTD civ.*, 1965, p. 642, obs. R. RODIERE ; Civ. 2^e, 14 déc. 1966, *D.*, 1967, p. 197. Selon G. VINEY, « Ces arrêts admettent que, lorsque le trouble dépasse les inconvénients normaux du voisinage, les juges se réfèrent

civile était objective, et pourtant, l'article 1382 était toujours visé, et ce, dans les années 1980¹⁰⁰⁴ ! Il est ainsi établi que l'évolution des fondements juridiques non seulement existe mais n'est pas linéaire. Autrement dit, le fondement visé dans la décision n'est pas toujours en phase avec la nature de la responsabilité. Pourtant la sanction reste identique. Comment alors comprendre qu'une même sanction, en l'occurrence des dommages et intérêts pour cause de préjudice excessif, puisse être prononcée sur le visa de fondements juridiques différents pour la violation d'une même norme ? La conception usuelle de la sanction reste muette sur ce point. Et, nous semble-t-il, ce problème n'a jamais été traité.

375. Le problème du changement de sanction. Une chose est le problème de la permanence d'une sanction en présence d'une évolution des fondements d'une norme de responsabilité ; une autre est le problème du changement de sanction en l'absence d'évolution du fondement et de la nature d'une norme de responsabilité. Poursuivons l'exemple de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage. Depuis 1986, le fondement juridique n'a plus connu d'évolution – la Cour visant un principe général du droit ainsi formulé : « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »¹⁰⁰⁵. Cette norme de responsabilité engendre pourtant des sanctions différentes. En effet, un voisin troublé par une chose dangereuse sur la propriété voisine, que ce soit un tas de paille sèche mal entreposé¹⁰⁰⁶, un lac débordant¹⁰⁰⁷, un terrain de golf aux balles envahissantes¹⁰⁰⁸, le juge pourra prononcer des dommages et intérêts, une obligation de réparer en nature, ou une injonction visant à prendre toutes les mesures utiles pour faire cesser le trouble. Une même norme juridique, sur le visa d'un même fondement juridique, peut entraîner le prononcé de sanctions différentes. Derechef, la conception usuelle reste muette. Plus encore, il convient de rappeler que ces canons conduisent à une impasse.

376. Un double problème pour la conception usuelle. La présentation de la conception usuelle a fait apparaître que la sanction possède un caractère prescrit. Cela signifie qu'usuellement, on conçoit la sanction comme un effet prescrit par la norme qui subira la violation. En d'autres termes, la sanction est contenue dans la norme, et la violation de celle-ci la fait émerger. Le lien entre la sanction et la norme est un lien d'inclusion. On représente traditionnellement ce lien en décomposant la norme au travers de deux éléments : la présupposition et la prescription. Cette présentation de la thèse d'Henri Motulsky¹⁰⁰⁹ a récemment été rappelée en doctrine¹⁰¹⁰. M.

implicitement à l'art. 1382 », G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 945, note infrapaginale n° 30, p. 1205.

¹⁰⁰⁴ En ce sens, *ibid.*, p. 1206.

¹⁰⁰⁵ Sur la qualification de principe général du droit, J.-L. BERGEL, *obs. préc.*, *RD imm.*, 1996, p. 175.

¹⁰⁰⁶ Civ. 2^{ème}, 24 févr. 2005, *JCP*, G., 2005, II, 10100, note F.-G. TRÉBULLE ; *JCP*, G., 2005, I, 149, n° 6, obs G. VINEY ; *JCP*, G., 2005, I, 181, n° 5. Obs. H. PERINET-MARQUET.

¹⁰⁰⁷ Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2002, *JCP*, G. 2004. I. 101. n° 5, obs G. VINEY ; *RD imm.*, 2003, p. 322, obs. F.-G. TRÉBULLE.

¹⁰⁰⁸ CA Grenoble, 22 mai 2000, *JCP*, G. 2001, IV, n° 1717 ; CA Montpellier, 5 nov. 2002, JD n° 241093 approuvé par Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *RTD Civ.*, 2004, p. 738, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2005, somm., p. 186, obs. D. MAZEAUD ; *RCA*, nov. 2004. comm. 336.

¹⁰⁰⁹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *op. cit.*

¹⁰¹⁰ C. GRIMALDI, "L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge", *Chron. D.*, 2007, pp. 1448-1452.

Grimaldi la résume en rappelant que la structure de la norme contient deux éléments : la présupposition et la prescription. Dans ce dernier élément se loge la sanction. En effet, la prescription est « l'effet de droit attaché par la loi à la situation que détermine l'hypothèse [la présupposition] »¹⁰¹¹. Or, cette présentation de la thèse d'Henri Motulsky est erronée. Selon l'auteur, ces deux éléments ne sont pas du tout contenus dans la règle. Au contraire, « il incombe à l'interprète soucieux d'une réalisation méthodique du Droit de reconstituer, avec les matériaux qu'il trouve dans la loi, la règle à laquelle il entend insuffler vie »¹⁰¹².

376-1. Ainsi, cette théorie est relayée de manière erronée par la conception usuelle de la sanction à travers son caractère prescrit. Or, quelque soit la notion de norme que l'on retienne, elle s'avère incapable de résoudre le double problème de l'évolution des fondements et du changement de sanction. En effet, si l'on assimile la norme avec son énoncé, dans notre exemple, la norme de responsabilité pour trouble anormal de voisinage avec l'article 1382 ou avec le principe général du droit, on se heurte à une contradiction interne. Le changement d'énoncé devrait entraîner un changement de norme de responsabilité. Or, il s'agit bien toujours des mêmes cas et des mêmes sanctions qui sont prononcées au titre d'un trouble anormal de voisinage. Ce qui était en 1950 résolu sous l'article 1382 l'est pareillement en 1990 mais sous le visa d'un principe général du droit. Maintenant, si l'on distingue la norme de son énoncé, on se heurte au second problème. Si la norme n'a rien à voir avec son fondement juridique, c'est-à-dire avec le texte qui la fait exister, comment comprendre qu'elle engendre une sanction différente dans certains cas ? L'élément de la prescription de la norme aurait-il changé ? Si c'est le cas, d'où vient le changement ? Pas du fondement juridique, puisque nous distinguons norme et texte normatif dans cette hypothèse !

376-2. L'origine du double problème réside donc dans le lien entre la sanction et la norme. Pour sortir de l'impasse, il faut remettre en cause le caractère prescrit, c'est-à-dire en amont, briser le lien entre la norme et la sanction. Cette solution corrobore notre critique du fondement normativiste de la conception usuelle. Nous avons en effet montré que la conception usuelle reposait sur la doctrine du droit-sanction. Comme le rappelle très bien M. Gérard Timsit, on ne peut que séparer strictement la sanction de la norme, c'est-à-dire refuser la définition du droit par la sanction : « La sanction reste extérieure à la loi : "on dit *murus sanctus, lex sancta* : ce qui est *sanctus*, c'est le mur, mais non pas le domaine que le mur enceint". La sanction enclôt la loi. Elle n'est pas la loi »¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Gérard Timsit cite A. MAGDELAIN, *La loi à Rome, Histoire d'un concept*, Société d'Édition Les Belles Lettres, coll. « Etudes latines », série Scientifique, fascicule XXXIV, 1978, p. 190.

¹⁰¹² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, op. cit., p. 19.

¹⁰¹³ G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, op. cit., p. 49.

2. L'interprétation du texte normatif violé : véritable source de la sanction

377. Problématique. Si la source de la sanction ne saurait résider dans la norme, il convient alors de réfléchir à la véritable source de la sanction. Selon nos précédentes conclusions, pour découvrir la véritable source, il faudrait séparer la norme de la sanction. En effet, considérer que la sanction fait partie de la norme dans son élément de prescription conduit à une impasse. Si la sanction ne naît pas de la norme, d'où vient-elle ? Pour le découvrir, il nous semble nécessaire de mettre au jour la signification erronée de la notion de norme dans la conception usuelle (a) avant de découvrir la véritable source de la sanction (b).

a. La remise en cause de la notion de norme de la conception usuelle

378. Reconsidération de la notion de norme. Considérer que la norme contient dans sa structure les conditions de son application et la prescription de sa sanction, c'est croire que la norme est un donné complet et autosuffisant. Cette appréhension de la norme en tant qu'entité autonome et dotée en elle-même de sens est remise en cause par nombre de conceptions émergentes. Plusieurs théories contemporaines développent une conception herméneutique de la norme sur des fondements différents. En voici quatre¹⁰¹⁴.

379. La théorie réaliste de M. Michel Troper. M. Michel Troper est l'un des auteurs contemporains français, certainement le premier d'entre-eux, à développer une théorie du droit qui ne naturalise pas la norme. En ce sens, il insiste sur le présupposé ontologique de la doctrine classique qui confère un sens déjà-là à la norme : « ... si je prétends qu'interpréter c'est indiquer un sens, c'est que je présuppose l'existence d'un sens objectif qu'il est possible de décrire »¹⁰¹⁵. Cette approche fait de l'acte d'interprétation un acte de connaissance. Il suffit ainsi à l'interprète de lire le texte normatif pour indiquer quelle est la norme juridique. A l'encontre de cette approche, M. Michel Troper développe l'idée selon laquelle l'acte d'interprétation est un acte de volonté. L'interprète ne découvre pas la norme à la lecture de son énoncé mais la détermine de par la nature volitionnelle de son interprétation du texte normatif. « C'est l'interprétation qui, en quelque sorte, insère dans ce texte une norme précise »¹⁰¹⁶. Il en résulte une conception non objective de la norme : « Il n'y a donc pas de sens objectif, ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention. Le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens »¹⁰¹⁷. Cette « doctrine de l'interprétation comme acte de la

¹⁰¹⁴ V. égal., J.- B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique » *RDP*, 1988, p. 673, *spéc.*, p. 680 ; R. GUASTINI, "Interprétation et description des normes", in *Interprétation et droit, ss la dir. de P. Amselek*, Bruylant/PUAM, 1995, pp. 89-101.

¹⁰¹⁵ M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", in *Théories réalistes du droit (textes réunis par Olivier Jouanjan)*, Presses universitaires de strasbourg, 2000, pp. 51-68, *spéc.*, p. 51.

¹⁰¹⁶ M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *art. préc.*, p. 142.

¹⁰¹⁷ M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", *art. préc.*, p. 55.

volonté »¹⁰¹⁸ conduit l'auteur à soutenir que la norme ne préexiste pas au travail du juge mais, au contraire, que le travail d'interprétation crée la norme¹⁰¹⁹. Selon cette théorie, tout interprète ne crée pas des normes, seul l'interprétation authentique, celle des Cours suprêmes, est créatrice de droit. Cette interprétation est également restreinte ; les interprètes ne jouissent pas d'une totale liberté. La volonté de créer la norme est « limitée par celle d'autres organes. Il est donc vrai que la constitution détermine ou contribue à déterminer sa propre interprétation et sa propre application, mais ceci ne résulte pas de sa valeur supérieure dans la hiérarchie des normes, mais du fait qu'elle est un ensemble organisé d'autorités »¹⁰²⁰. Ce souci de rendre compte des contraintes pesant sur l'interprète a d'ailleurs conduit l'auteur au développement d'une « théorie des contraintes juridiques » qui ne résulte pas de la nature des normes juridiques comme dans la doctrine classique mais de la place de chaque autorité dans l'ordre juridique les unes par rapport aux autres¹⁰²¹. Cette contrainte interne au droit ne serait « du[e] ni à des obligations juridiques au sens classique de ce terme, ni à une simple volonté d'autolimitation d'un pouvoir discrétionnaire »¹⁰²² et permettrait d'expliquer qu'en l'absence d'obligation et de contrainte en fait, « la configuration du système juridique est telle qu'elle crée une situation objectivement contraignante pour des agents juridiques concernés »¹⁰²³.

379-1. On perçoit ainsi en quoi cette théorie du droit est qualifiée de réaliste par l'auteur. « Le réalisme a pour ambition de donner une image de la réalité telle qu'elle est et les théories du droit réalistes sont celles qui s'efforcent de décrire le droit non comme une manifestation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes au moyen de la logique, mais tel qu'il est réellement »¹⁰²⁴. Cette posture a néanmoins été critiquée dans la mesure où elle maintient une démarcation nette entre le droit et la science du droit. En effet, M. Michel Troper, poursuivant et enrichissant le point de vue kelsenien, continue de soutenir une distinction nette entre le droit et la science du droit. Le droit serait un ensemble de normes apparaissant ainsi comme un discours pragmatique, c'est-à-dire appartenant au monde des actions et des valeurs tandis que la science du droit serait au contraire un discours sémantique insusceptible d'être librement interprété

¹⁰¹⁸ S. RIALS, "La démolition inachevée. Michel Troper; l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique", *art. préc.*, p. 56. Pour un exposé des deux approches de l'acte d'interprétation, Ch. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et Ch. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, 2005, pp. 25 et s., *spéc.*, p. 31.

¹⁰¹⁹ « L'interprétation authentique est donc une opération de création du Droit, non seulement dans la mesure où elle est un moment du processus de création de la norme inférieure, mais aussi – et même surtout – en tant qu'elle est détermination, création ou « recréation » de la norme supérieure », M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", *art. préc.*, p. 142. L'auteur cite p. 149 d'autres auteurs ayant avant lui soutenu que « le juge recrée l'acte qu'il interpète » et notamment Hoadley.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 144.

¹⁰²¹ M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et Ch. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*

¹⁰²² *Ibid.*, p. 11.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 42.

¹⁰²⁴ M. TROPER, "Réplique à Otto Pfersmann", *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, 335, *spéc.*, p. 338. Pour une critique de cette approche réaliste fondée sur la comparaison d'avec le réalisme esthétique en peinture, V. O. JOUANJAN, "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *Droits*, 37, 2003, pp. 31-48, *spéc.*, pp. 35 et s.

compte tenu de son essence descriptive. Comme le note M. Olivier Jouanjan, « il y a un en-soi dans lequel, comme protégé de toute interprétation, le discours a pour signification d'être descriptif »¹⁰²⁵. Ce constat fait par ce commentateur lui apparaît en contradiction avec l'idée selon laquelle le texte normatif n'a pas de sens avant son interprétation. « Si un énoncé est signifiant à raison de son contenu descriptif, rien n'explique pourquoi et comment les énoncés juridiques résultant d'une interprétation authentique donnée par une Cour seraient eux-mêmes signifiants, dans la mesure où, précisément, ils ne sont pas descriptifs et donc insusceptibles de vrai ou de faux. Toutefois, il faut bien que ces énoncés comportant une interprétation authentique de la loi aient une signification puisqu'ils sont l'objet même des propositions descriptives de la science du droit : la signification de la proposition descriptive suppose à la proposition décrite une signification. Autrement dit : comment s'explique, dans la théorie réaliste, que deux types de discours paraissent « contenir » de la signification par eux-mêmes, indépendamment de toute intervention interprétative, à savoir les énoncés qui forment le discours de la science neutre et descriptive du droit et les énoncés qui forment le discours par le quel les Cours suprêmes d'un système juridique interprètent les énoncés du droit, par eux-mêmes privés de sens »¹⁰²⁶. Cette critique de M. Olivier Jouanjan soulève l'impossible distinction du texte normatif de la norme elle-même fondée sur une distinction binaire entre deux niveaux de discours dans le droit (les normes, et le discours scientifique sur les normes) selon leur nature sémantique ou pragmatique. En d'autres termes, la distinction entre le texte normatif et la norme n'est pas remise en cause. La critique de M. Olivier Jouanjan porte sur son fondement. Elle manque d'être justifiée par une véritable théorie de la signification qui existe pourtant dans la philosophie du langage. C'est l'apport de M. Friedrich Müller.

380. La théorie structurante de M. Friedrich Müller. Les auteurs allemands ont énormément investi ce questionnement théorique. Il nous semble intéressant de retenir l'approche de M. Friedrich Müller dans la mesure où celle-ci est explicite et formalisée. L'auteur présente une théorie du droit dont la dimension de méthodologie a été traduite en France par M. Olivier Jouanjan¹⁰²⁷. Par méthodologie, il faut entendre le processus par lequel l'avènement de la norme est concrétisé par les professionnels du droit. « La méthodologie juridique structurante naît du constat d'inadéquation de la représentation traditionnelle de la norme juridique aux exigences pratiques que les principes de l'Etat de droit et de la démocratie imposent au travail avec des normes »¹⁰²⁸. Cette démarche entend ainsi revenir sur le positivisme légaliste qui distingue très nettement la réalité de la normativité à travers la distinction du *Sein* et du *Solen*. Selon M. Friedrich Müller « ni l'analyse logique, ni l'observation empirique ne permettent jusqu'à présent de démontrer qu'il faille ainsi traiter norme et réalité comme étant principiellement séparées. Et le positivisme lui-même est resté incapable de démontrer que et de quelle manière une telle

¹⁰²⁵ O. JOUANJAN, "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *ibid.*, p. 39.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 41. Les soulignés sont de l'auteur.

¹⁰²⁷ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, coll. "Léviathan", trad. O. JOUANJAN, 1996. V. égal., O. JOUANJAN et F. MÜLLER, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, PUL, coll. "Dikè", 2008.

¹⁰²⁸ O. JOUANJAN, "Présentation du traducteur", F. MÜLLER, in *Discours de la méthode juridique*, PUF, coll. "Leviathan", 1996, pp. 5 et s, *spéc.*, p. 6.

séparation pouvait être dite censée et praticable pour le monde social »¹⁰²⁹. Au contraire, la théorie structurante du droit représente la normativité, entendue comme la solution obligatoire apportée à un cas juridique concret¹⁰³⁰, dans la confrontation au réel, c'est-à-dire lors de l'application des textes juridiques¹⁰³¹. *La distinction entre les textes de norme et la norme est également ici tout à fait fondamentale.* « Le texte de norme est un énoncé linguistique, un texte dans l'élément du langage comme tout autre texte de nature non-normative »¹⁰³². Il est un signe et non une signification laquelle ne peut être constituée qu'à travers l'agir juridique¹⁰³³. La norme n'est pas « préalablement et définitivement donnée »¹⁰³⁴. Elle est le résultat de ce que l'auteur appelle une concrétisation. Par ce concept, M. Friedrich Müller signifie que le texte n'est pas seulement interprété au travers d'une analyse herméneutique entendue traditionnellement comme la compréhension des signes¹⁰³⁵. La norme, qui n'existe que concrètement, procède

¹⁰²⁹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique, op. cit.*, p. 105. V. égal. La présentation de l'ouvrage par O. Jouanjan, p. 11 : « ... Hermann Heller, s'il touche juste dans sa critique d'une « pensée déracinée de l'être », en tant que cette critique s'en tient à exiger que l'être et le devoir-être soient considérés « comme les deux faces d'une seule et même réalité », d'une réalité elle-même conçue comme une « unité se divisant dialectiquement », qu'elle se borne à reconnaître que le sens d'une norme isolée « ne peut jamais être compris au moyen de la systématisation logique mais seulement, fondamentalement, dans le rapport avec la totalité de la réalité sociale à l'intérieur de laquelle vaut la norme », Heller « n'offre encore à la science juridique aucune prise permettant de rationaliser le cas concret ». L'ouvrage d'Heller cité est le suivant : H. Heller, *Staatslehre*, éd. G. Niemeyer, Leiden, Sijthoff, 1934, p. 187-188 ainsi que du même auteur, *Bemerkungen zur staats – und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 16, 1929, p. 323 et p. 340. La critique adressée dans cette citation par Müller à Heller se trouve dans son ouvrage intitulé *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 82.

¹⁰³⁰ Cette définition ressort implicitement de l'extrait suivant : « Les textes de prescriptions que l'on trouve dans les journaux officiels ou les compilations législatives, les textes de normes donc, ne sont pas normatifs. Ils sont incapables d'apporter une solution obligatoire au cas juridique concret », *ibid.*, p. 186.

¹⁰³¹ « L'exclusivité avec laquelle le positivisme oppose la norme juridique et la réalité méconnaît le fait que le texte de norme – comme d'ailleurs tout texte – ne peut être compris sans se rapporter au modèle de la réalité auquel il se réfère », *ibid.*, p. 204.

¹⁰³² *Ibid.*, p. 168.

¹⁰³³ « Le texte de norme n'a que valeur de signe, il ne contient pas des concepts juridiquement réifiés, mais bien seulement des données linguistiques qui doivent être étudiées en fonction, à chaque fois, du type d'usage qui en est fait », B. JEAND'HEUR, "Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit", *Droits*, n° 28, 1998, pp. 143-153.

¹⁰³⁴ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique, op. cit.*, p. 205.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, pp. 41 et s. « Habituellement, par « herméneutique » on vise « essentiellement le rôle du sujet interprétant dans le processus de la compréhension des énoncés linguistiques » (Kaufmann, II, pp. 77 et s.). La découverte du droit est ainsi herméneutique en ce sens que celui qui transpose des normes doit être lui-même conçu comme une partie intégrante de ce processus. (...) Il est en effet caractéristique de l'herméneutique traditionnelle qu'elle se concentre sur – mais aussi se limite à – l'expression langagière, la signification linguistique, la compréhension de textes ». (...) Malgré tout, la théorie structurante du droit désire conserver ce qu'il y a d'éclairant dans l'ancien mode de pensée herméneutique. Comprendre, ça n'est pas un « pur » connaître. C'est un agir qui, en tant que tel, dépend du contexte d'action et donc de vie de celui qui agit en comprenant. (...) A vrai dire, l'acte de compréhension est cependant demeuré central pour l'école herméneutique. (...) Mais « interpréter », comme forme d'agir réflexif, en tant que forme d'action du « rendre compréhensible » autonome par rapport à l'acte de compréhension, cela dépasse déjà ce cadre. L'interprétation crée du texte supplémentaire, elle est elle-même un texte. (...) La méthodologie structurante a toujours, contrairement à l'école herméneutique, visé et œuvré à ce

d'une construction à partir et limité par le texte de norme, d'une part, et les données de l'espèce, d'autre part¹⁰³⁶. « Dans son rapport au concret, la concrétisation de la norme signifie ce qui suit : premièrement, le texte de norme n'est pas identique à la norme ; deuxièmement, le texte de norme est, du côté du « droit en vigueur », la donnée de départ du processus de concrétisation provoqué, du côté factuel, par les circonstances de l'espèce à résoudre ; troisièmement, le texte de la norme juridique créée durant le processus de solution du cas est plus concret que le texte de norme parce que plus étroitement, plus fortement lié, au plan typologique, à l'espèce en cause ; quatrièmement, le texte de la norme juridique de son côté est plus général que celui de la norme-décision »¹⁰³⁷. Ce processus de concrétisation de la norme crée donc à partir du texte de norme, une norme juridique pour traiter le cas d'espèce et une norme-décision pour le résoudre¹⁰³⁸.

380-1. Par cette théorie du droit, M. Friedrich Müller résout l'aporie de la signification dans la théorie de M. Michel Troper. En reliant la norme et la réalité, en concevant que la première provienne de la seconde, l'auteur allemand fonde une théorie de la signification en droit dans l'agir juridique et non dans la seule sémantique des textes. Si cette théorie s'inscrit en faux du positivisme légaliste, il n'est pas certain qu'elle se distingue épistémologiquement d'une acception positiviste du droit faisant dépendre sa normativité de son effectivité. En ce sens, « Une norme juridique ne dépend pas, dans son obligatorité, de la compréhension, de l'approbation ou de la connaissance qui émanerait de la part de ses destinataires directs. Elle se détermine, dans sa normativité, par la possibilité de pouvoir être factuellement mise en œuvre »¹⁰³⁹. D'autres auteurs ont fait le pas inverse. C'est notamment le cas de M. Olivier Cayla et de M. Ronald Dworkin.

381. La théorie linguistique d'Olivier Cayla. Les écrits de M. Cayla développent explicitement une théorie linguistique de la norme et est ici retenue à ce titre. Il faut néanmoins s'empresser de dire que l'entreprise de l'auteur a été d'autant plus formalisée explicitement que M. Amselek en a investi le champ le premier. Sur le renouvellement de la conception de la norme, M. Paul Amselek est le père de tous les chercheurs français¹⁰⁴⁰. Cet héritage est important car il pourrait apparaître de prime abord que la conception de la norme chez M. Olivier Cayla rejoint le réalisme de M. Michel Troper. Or, il nous semble que le réalisme tropérien conduit à un

« travail avec les textes » aussi, au-delà de l'« acte de compréhension », et sans se borner à l'« acte d'interprétation », en liaison avec les écrits dogmatiques et théoriques qui se rattachent à la théorie structurante du droit ».

¹⁰³⁶ Sur le jeu de langage que constitue l'exercice linguistiquement médié du droit par le juge dans la théorie structurante, v. JEAND'HEUR, "Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit", *art. préc.*

¹⁰³⁷ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, V. le schéma résumant ce processus, p. 228.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 170.

¹⁰⁴⁰ V. not., P. AMSELEK, "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, pp. 109-163 ; P. AMSELEK, "Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques", *Revue de métaphysique et de morale*, 3, 1990, 385 ; P. AMSELEK, "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, pp. 31-65.

décisionnisme que réfute Olivier Cayla¹⁰⁴¹. L'approche linguistique de la norme permet à Monsieur Cayla non pas de développer une théorie de la normativité judiciaire mais contribue à une « théorie du droit naturel de la communication » selon le sous-titre de sa thèse¹⁰⁴². Il y soutient que la production de la normativité juridique résulte d'un dialogue entre l'émission d'un texte de norme et sa réception. La norme est ainsi produite au sortir de ce dialogue. Autrement dit, la signification en droit ne saurait s'évincer que des seuls textes de normes. Elle n'apparaît qu'avec la compréhension de son destinataire. L'auteur explique l'importance du destinataire quant à la notion de signification en droit en insistant sur son attitude : « Pour le citoyen, le souci herméneutique qui l'habite (...) n'est pas tant celui de *déterminer le sens des textes*, propositions ou phrases s'adressant à lui, *dont il saurait d'avance qu'elles revêtent la qualité de normes juridiques*, produisant des « effets de droit » car étant « *en vigueur* dans l'ordonnement juridique », que de *commencer* par se consacrer à l'épineux problème de savoir *si elles sont juridiques*. Car, pour un tel citoyen soucieux de ne pas obéir servilement, à toute itération émise en sa direction, et de faire la différence, au sein de tous les discours qui convergent vers lui comme vers une cible, entre ce que lui *commande* la morale, la religion, les usages, l'éthique professionnelle, la mafia, l'amour, l'amitié et ...le droit, et même entre ce qui est *commandé* et ce qui est simplement *recommandé*, ou plus simplement encore *suggéré, souhaité, prié, averti, demandé*, voire encore, platement *décrit*, et scientifiquement *indiqué*, ce qui prime dans son interprétation est, non pas la tâche immédiate de déterminer *ce qu'il est tenu de faire par un énoncé juridique*, mais bien plutôt d'établir, antérieurement et nécessairement, *par quel énoncé il est tenu juridiquement de faire* »¹⁰⁴³. Cette attitude du récepteur des textes normatifs a pour originalité d'être reliée à la distinction en philosophie du langage entre le locutoire et l'illocutoire dans les actes de langage. En effet, à partir des travaux d'Austin et de Searle¹⁰⁴⁴, il est désormais convenu de distinguer le sens linguistique de l'énoncé (ou sens conceptuel¹⁰⁴⁵) de sa force illocutoire¹⁰⁴⁶ qui lui confère une signification parce qu'elle permet de mettre en contexte l'énoncé¹⁰⁴⁷. Ainsi, « la détermination par la lecture d'une force pragmatique

¹⁰⁴¹ En ce sens, v. le blog de Jean-Christophe LE COUSTOMER et son billet intitulé « La réalité saisie par le droit et réciproquement. Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller » du 18 mars 2008, <http://www.theoriedudroit.net/notes/index.php/2008/03/18/29-texte-et-norme-chez-friedrich-muller>. Cette divergence de vue entre les deux auteurs apparaît également dans cette note de bas de page de la thèse d'Olivier Cayla relative à son ambition de parvenir à la compréhension effective de la signification juridiquement obligatoire de la constitution : « Parti que l'on préférera ainsi à celui, semble-t-il inverse bien que suscité par un même scepticisme devant la théorie keksénienne de la signification, de M. Troper, consistant à faire plutôt son deuil de toute idée de juridicité de la constitution, tout en continuant de prôner la description scientifique d'un ordre, non plus de droit, mais de fait », O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, th. dact., Paris II, 1992, p. XVII, note 20.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ *Ibid.*, p. IX. Les soulignés sont de l'auteur.

¹⁰⁴⁴ J. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, Seuil, coll. "L'ordre philosophique", 1970 ; J.-R. SEARLE, *Les actes de langage, Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, coll. "Savoir", 3^e éd., 1988.

¹⁰⁴⁵ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, th. préc., pp. 7 et s.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, pp. 9 et s.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, pp. XVIII et s.

(illocutoire) est indispensable (...) à la fixation d'un sens sémantique (ou locutoire) univoque »¹⁰⁴⁸. Par exemple, l'énoncé *le chien aboie* a un sens neutre en dehors de tout emploi contextualisé¹⁰⁴⁹. En effet, pour atteindre sa signification globale, il faut connaître sa force illocutoire, c'est-à-dire le contexte dans lequel l'énoncé *le chien aboie* a été formulé. L'adjonction du sens linguistique et de la force illocutoire est d'autant plus nécessaire à la signification globale¹⁰⁵⁰ que l'une peut être en contradiction avec l'autre. Prenons le contexte où le propriétaire du chien s'amuse avec son hôte quant au fait que son chien n'aboie jamais. L'énoncé *le chien aboie* pourrait alors être formulé pour rire de l'animal alors qu'il ouvre la gueule sans aboyer. *Le chien aboie* peut donc en fait signifier que le chien n'aboie pas¹⁰⁵¹. Dans la conception de la signification en droit, M. Cayla reprend cette distinction en reliant la force illocutoire au lecteur. Selon l'auteur, l'emploi d'un énoncé, autrement dit son contexte, appert lors de la lecture par le destinataire. Ce serait donc par l'opération de lecture et plus généralement de réception du texte de norme que sa signification apparaîtrait juridiquement¹⁰⁵². En ce sens, Monsieur Cayla écrit que « non seulement l'écriture est incapable de faire apparaître la dimension pragmatique du discours, mais elle est aussi, comme l'ont bien montré avec Paul Ricoeur¹⁰⁵³ les tenants du courant herméneutique de la philosophie, une renonciation à prendre la parole. Ecrire revient à se taire et, en même temps, à investir le lecteur de la mission de faire advenir la parole »¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁴⁸ O. CAYLA, "Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, La constitution, le traité et la loi : contributions au débat sur la hiérarchie des normes*, n° 7, Dalloz, 1999, pp. 77-86, *spéc.*, p. 79.

¹⁰⁴⁹ Exemple emprunté à P.-A. COTE, "Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi ", in *mélanges en hommage à Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 279 et s.

¹⁰⁵⁰ « Le sens et la force se distinguent car leurs conditions d'émergence ne sont pas les mêmes : les unes figurent dans le texte, tandis que les autres dans le contexte extralinguistique. Mais cela ne signifie nullement que ces deux éléments soient dissociables : ils n'existent que l'un avec l'autre, imbriqués, interpénétrés l'un dans l'autre. Dès lors, toute compréhension *intégrale*, toute interprétation véritable, ayant pour objet d'appréhender la *signification dans sa totalité*, ne peut manquer de viser à la fois le sens et la force d'un énoncé ». O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, *th. préc.*, p. 23. Les soulignés sont de l'auteur.

¹⁰⁵¹ Pour un autre exemple et une présentation vulgarisée de la force illocutoire, C. SINTEZ, "Les propositions sur le droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala", in *La force normative, naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁵² « C'est sur ce contexte extralinguistique que se fonde l'adressataire pour l'appréhension de cette signification. On peut observer que cette signification a un objet particulier : elle explique l'énoncé, elle en donne la raison, elle le justifie », O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, *th. préc.*, p. 20.

¹⁰⁵³ M. Cayla fait ici référence à ce passage, « Le texte est un discours fixé par l'écriture. Ce qui est fixé par l'écriture, c'est donc un discours qu'on aurait pu dire, certes, mais précisément qu'on écrit parce qu'on ne le dit pas. La fixation par l'écriture survient à la place même de la parole, c'est-à-dire à la place où la parole aurait pu naître », P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Seuil, 1986, p. 138.

¹⁰⁵⁴ O. CAYLA, "Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique", D. ROUSSEAU (dir.), in *Le droit dérobé, Montchrestien*, 2007, pp. 37 et s., *spéc.*, p. 45.

381-1. On retrouve ainsi la distinction entre le texte normatif et la norme¹⁰⁵⁵ développée par les deux auteurs précédents. La théorie de la norme fondée à partir de cette distinction présente quelques différences avec celle de M. Michel Troper ou de M. Friedrich Müller. *Grosso modo*, toutes trois sont très proches. En revanche, M. Ronald Dworkin qui partage cette distinction entre norme et texte normatif se démarque par une théorie politique du droit.

382. La théorie politico-morale de M. Ronald Dworkin. Dans *Law's Empire*¹⁰⁵⁶, M. Ronald Dworkin reprend et développe dans un style pédagogique l'ensemble de sa théorie du droit proposée depuis le fameux *Taking Rights Seriously*¹⁰⁵⁷. L'ouvrage débute par l'exposé des différents types de problèmes qui se posent entre les professionnels du droit lors d'un procès. Pour certains, la nature des problèmes est avant tout factuel. Il s'agit de savoir ce qui s'est passé afin d'appliquer la loi correspondante. Pour d'autres, il se pose également un problème théorique. Que signifie véritablement le texte de loi pour le sort du procès ? Enfin, pour la majorité des profanes, la nature du problème est essentiellement morale. Compte tenu de ce que dit la loi, est-il équitable et moral de l'appliquer ainsi au procès ? Le juge ne devrait-il pas l'interpréter différemment ? Pour M. Dworkin, le véritable problème qui se pose aux universitaires est le second ou plus exactement comment rendre compte par une théorie du droit cohérente ce que dit un texte de loi dans tel ou tel cas d'espèce. Pour exposer en quoi cette interrogation constitue un problème, l'auteur présente plusieurs décisions de justice connues rendues aux Etats-Unis d'Amérique et en Angleterre. La première de ces décisions pose clairement le cadre de sa démonstration. Il s'agit du cas d'Elmer¹⁰⁵⁸. Ce dernier ayant eu connaissance du testament de son grand père lui léguant ses biens décida de le tuer lorsqu'il envisagea de remanier son testament du fait de sa rencontre avec une nouvelle femme. Les lois New Yorkaises sur le sujet ne traitaient pas spécifiquement de l'indignité successorale. Elles disposaient des conditions propres à la validité des testaments. Or, formellement, le testament du grand-père d'Elmer était valide sur le fondement de ces lois. Un juge plaida au sein du jury pour la validité du testament et pour le règlement de la succession en faveur d'Elmer, *par respect des lois*. Précisément, Dworkin pose alors la question. Qu'est-ce que la loi signifie vraiment dans cette espèce ? La première des étapes dans le raisonnement de M. Dworkin est alors de bien distinguer ce qui nous est familier maintenant : la norme du texte normatif : « il faut faire une distinction entre deux sens du mot « loi écrite ». Il peut décrire une entité physique d'un certain type, un document avec des mots imprimés, les mots mêmes que les membres du Congrès ou du Parlement avaient sous les yeux en votant la promulgation de ce document. Mais il peut aussi servir à décrire la loi créée par la promulgation de ce document, ce qui peut être une affaire beaucoup plus complexe. Considérez la différence entre un poème conçu comme une série de mots que l'on peut énoncer ou écrire, et un poème conçu comme l'expression d'une théorie métaphysique ou d'un point de vue définis. Les critiques littéraires s'accordent tous sur le genre

¹⁰⁵⁵ De manière explicite, v. le préliminaire méthodologique intitulé « la nécessaire distinction entre texte et norme » dans CAYLA, "Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", *art. préc.*, p. 78.

¹⁰⁵⁶ R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, PUF, coll. "Recherches politiques", 1994.

¹⁰⁵⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. "Léviathan", 1995.

¹⁰⁵⁸ R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, *op. cit.*, pp. 16-21.

de poème que représente *En partance pour Byzance* dans ce premier sens. Ils conviennent que c'est la série de mots qui, pour Yeats, désignent ce poème. Mais ils n'en sont pas moins en désaccord sur ce qu'est le poème au second sens, sur ce que dit ou veut dire vraiment le poème. Ils ne s'accordent pas pour interpréter le « vrai » poème, le poème au second sens, à partir du texte, le poème au premier sens. De manière très similaire, les juges qui ont sous les yeux une loi ont besoin d'interpréter la « vraie » loi – dire quelle différence établit la loi pour les droits juridiques de diverses personnes –, à partir du texte qui est consigné dans le code »¹⁰⁵⁹.

382-1. Pour M. Ronald Dworkin, la signification d'une norme est donc un problème d'interprétation. Or, selon lui, les théories universitaires dominantes résolvent ce problème d'une manière erronée. Elles se placent *du point de vue des faits*. Elles estiment que la loi existe dans les actes pris par les institutions démocratiques et qu'elle est donc accessible matériellement. Incidemment, selon elles, « il faut choisir, une fois pour toutes, entre un sens « large », ou préalable à l'interprétation, et un sens « étroit », ou postérieur à l'interprétation »¹⁰⁶⁰. Concevoir ainsi la norme, c'est être atteint par « la piqûre du dard sémantique. Les gens en sont victimes quand ils ont une certaine représentation du fonctionnement du langage. Ils pensent que nous pouvons parler intelligemment entre nous si – et seulement si – nous acceptons tous de suivre les mêmes règles quand nous décidons de l'usage de chaque mot, même si nous ne pouvons pas dire exactement, comme un philosophe pourrait espérer le faire, quelles sont ces règles »¹⁰⁶¹. Dworkin rejoint alors, sans les citer, les philosophes du langage anglais. Le droit n'est pas selon lui ce qu'il appelle un *crierial concept*, c'est-à-dire un terme dont la signification serait donnée par des critères formels et actuels¹⁰⁶². Il récuse le point de vue positiviste selon lequel le droit existant est constitué par un ensemble de règles préétablies¹⁰⁶³. Au contraire, le droit est un concept interprétatif. C'est l'interprétation du discours des juristes sur la pratique sociale du droit. Cette pratique discursive est composée de faits pré-interprétés et « le droit consiste en l'interprétation du meilleur sens à leur donner »¹⁰⁶⁴. La signification des normes est donc construite.

382-2. Ce point de vue rapproche l'auteur de l'allemand M. Friedrich Müller. Néanmoins, la construction de la signification des textes normatifs n'est pas pensée identiquement. M. Dworkin insiste davantage sur la nature de cette construction que sur sa méthodologie. En effet, M. Dworkin soutient que la construction de la signification est d'ordre moral. Il existe toujours une bonne réponse, c'est-à-dire une interprétation meilleure qu'une autre à une pratique juridique. Cette morale est elle-même d'un type particulier. Il s'agit de morale politique. Le discours juridique a selon lui une structure morale qui permet aux interprétations de trouver leur qualité par leur intégration à la pratique politique du pays. En ce sens particulier, « la morale dont le

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, pp. 17-18.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 118.

¹⁰⁶¹ R. DWORKIN, "La théorie du droit comme interprétation", *Droit et société*, vol 1, 1985, pp. 81 et s., *spéc.*, p. 86. La piqûre du dard sémantique est traduite par « aiguillon sémantique » dans l'Empire du droit, pp. 49 et s.

¹⁰⁶² R. DWORKIN, *Justice in robes*, Belknap, Harvard, 2006, pp. 9-10.

¹⁰⁶³ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 414.

¹⁰⁶⁴ C. SINTEZ et DORATO, "La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme", in *L'Egalité, APD*, 2008, pp. 319-340, *spéc.*, p. 327.

droit est un type de discours particulier, est la réserve de sens qui découle du récit historique et institutionnel d'une communauté politique »¹⁰⁶⁵. La conception herméneutique développée par M. Ronald Dworkin présente ainsi une coloration morale tout à fait particulière.

383. Ces quatre présentations ne sont pas exhaustives. Il existe d'autres théories sur la norme. On remarque néanmoins l'assise herméneutique des théories contemporaines qui ont toute pour base la distinction entre la norme et son énoncé contenu dans le texte normatif. La signification ne saurait résulter de la seule lecture de l'énoncé d'une norme. Pour atteindre le sens que revêt le texte, il convient de l'interpréter selon son usage dans la pratique juridique. *Si le texte de norme ne contient pas la signification de la norme, comment pourrait-il contenir la sanction de sa violation ? Ce serait un non sens.*

b. La véritable source de la sanction juridique

384. La véritable source de la sanction. Il convient d'aller plus loin dans la mesure où ces théories n'abordent pas la question de la sanction. En effet, ces théories distinguent bien la norme du texte normatif, la définissent comme une signification produite par une interprétation mais ne résolvent pas la question de la source de la sanction, qui, compte tenu de ces premiers constats, ne peut plus résider dans un élément de la norme. Au cours de la résolution d'un litige, le magistrat ne fait pas seulement que déterminer la norme applicable. Son travail conduit également à déterminer quelle sanction appliquer au cas. Si l'on veut bien considérer que, dans la résolution d'un litige, la sanction est ce qui concrétise la décision retenue par le magistrat, elle ne peut provenir qu'une fois la norme déterminée. Dans la mesure où ce qui détermine la norme est un travail d'interprétation des faits et des textes, l'effet que produit la violation de cette norme ne peut provenir qu'au cours du même travail d'interprétation¹⁰⁶⁶. Pour démontrer cette affirmation, il convient d'exposer en quoi il ne peut pas en être autrement. Contredire cette affirmation reviendrait à dire que la sanction est extérieure au travail d'interprétation produit par le juge. Or, nous avons déjà montré qu'une même norme, qu'elle soit fondée toujours sur le même texte normatif ou qu'elle change de fondement, peut conduire à des sanctions différentes. Si ni un texte ni la norme ne contiennent la sanction, parce que le premier ne l'énonce pas et parce que la seconde naît pendant le travail d'interprétation du juge donc concomitamment à la sanction, alors cette dernière ne peut pas provenir de l'extérieur de l'activité interprétative du juge. *En conclusion, on peut soutenir que l'interprétation (judiciaire) est la véritable source de la sanction. A défaut, on retombe dans l'impasse des présupposés de la conception usuelle.* Par ailleurs, force est de reconnaître que l'herméneutique est une conception du droit n'abordant que la question du sens. Elle demeure muette sur celle de la sanction. Or, si la détermination du sens de la norme s'effectue par un travail d'interprétation de la norme, rien ne nous permet encore de savoir s'il en est de même ou s'il en va différemment pour la sanction. Pour l'heure, on peut constater que la recherche de la sanction au lieu au même stade mais non si elle appert du même travail.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 336.

¹⁰⁶⁶ Voir la théorie de la mise en effet des normes, *infra.*, n° 717-739, et la figure 2 en annexe, p. 459.

385. Élément de définition de la sanction. À partir de ce raisonnement, nous pouvons alors formuler davantage que l'origine de la sanction. Une sanction juridique puise sa source au cours du travail d'interprétation de droit. Incidemment, on peut définir la sanction comme le produit d'une interprétation judiciaire. En d'autres termes, l'interprète détermine non seulement le sens d'une norme en lui attribuant une signification lors de la résolution d'un cas particulier mais également l'effet que produit ce sens donné au cas litigieux lors de sa violation, c'est-à-dire la sanction¹⁰⁶⁷. Pour donner corps à cette proposition, on peut noter que la sanction peut, plus largement, être définie comme le produit de n'importe quelle interprétation. La définition vise le magistrat mais également l'administration, et, en ayant recours à un sens plus élargi de la sanction, cette dernière peut également être retenue lorsque le législateur se fait l'interprète de la *vox populi*. En ce sens, peut être sauvegardée la traditionnelle expression : le Président de la République sanctionne la loi. Est entendu que cette faculté lui est permise non en raison d'une norme ou d'un texte particulier mais de l'interprétation qu'il fait de l'article 10 de la Constitution¹⁰⁶⁸.

385-1. Parmi les auteurs que nous avons étudiés quant à la notion contemporaine de norme, il en est un qui permet de fonder l'idée ici présentée selon laquelle *la sanction ne naît pas de la norme mais du même travail d'interprétation judiciaire qui permet de faire advenir la norme*. Il s'agit de Friedrich Müller. Selon cet auteur, la concrétisation de la norme qui permet de passer du texte normatif à la norme ne conduit pas uniquement à une signification juridique. La concrétisation de la norme concerne également l'application de la signification attribuée lors du travail de l'interprétation du texte. « La compréhension du texte de norme, son application aux circonstances de l'espèce tout comme l'application – au sens exposé plus haut – des circonstances de l'espèce au texte de norme forment ensemble un seul et même processus : celui de la concrétisation »¹⁰⁶⁹.

A dire vrai, cette acception de la sanction n'épuise pas toutes les dimensions de sa notion. En effet, la sanction présente trois niveaux linguistiques, c'est-à-dire trois manières différentes de recourir à sa notion. Il faut poursuivre notre quête de définition de la sanction.

B. Les trois niveaux sémantiques de la sanction juridique

386. L'étymologie et le droit positif démontrent l'existence de plusieurs niveaux d'utilisation de la sanction dans le langage juridique (1). Contrairement à la conception usuelle de la sanction, il importe de ne pas réduire ces niveaux de langage à un seul mais de bien les distinguer conceptuellement (2).

¹⁰⁶⁷ On précisera ce travail de l'interprète en distinguant l'interprétation de l'effectuation, c'est-à-dire la mise en effet des normes, Cf. *infra*, n° 725.

¹⁰⁶⁸ Art. 10 de la Constitution : « Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée ».

¹⁰⁶⁹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 209.

1. L'existence des niveaux sémantiques de la sanction juridique

387. Qu'un terme se réalise à différents niveaux en droit n'est pas inconnu des juristes. Mme Fin-langer a démontré dans sa thèse sur l'équilibre contractuel que son objet de recherche était à la fois une notion, un principe et un concept juridique¹⁰⁷⁰. En ce qui concerne la sanction, l'étymologie (a) et le droit positif (b) sont à l'origine des niveaux car ils n'usent pas du vocable sanction dans les mêmes sens ni dans les mêmes proportions.

a. L'existence étymologique des niveaux sémantiques de la sanction juridique

387. Au-delà de l'étymologie. L'étymologie de la sémantique de la sanction a déjà été rappelée dans cette étude¹⁰⁷¹. La méthode généalogique ne peut s'en suffire. D'une part parce que « l'étymologie ne fait jamais la loi et ne donne à penser qu'à la condition de se laisser penser elle-même »¹⁰⁷², d'autre part, parce que, l'étymologie peut laisser penser que l'évolution d'un terme est linéaire et que les strates de sens qui s'ajoutent au fil du temps sont toutes équivalentes. Qu'il faille respecter la polysémie est une chose qui s'impose, qu'il convienne de peser le « poids » de chacun de ces sens compte tenu du contexte qui les a fait advenir est essentiel. En d'autres termes, il faut coupler à l'étymologie une histoire de la sanction pour mettre à jour les niveaux sémantiques de la sanction et leur pertinence pour notre époque. Le travail de M. Louis-Augustin Barrière nous y aidera¹⁰⁷³.

387-1. A l'époque romaine. Le terme sanction a pour étymologie *sanctio* dérivant du verbe *sancire*. Ce verbe a un sens très large : faire quelque chose qui devienne réel. En revanche, la *sanctio* est utilisée de manière concrète et technique. Elle désigne la partie de la loi qui établit la *poena*¹⁰⁷⁴. Cette défense vise à la fois le citoyen mais également le futur législateur qui ne pourra y porter atteinte¹⁰⁷⁵. Les lois ainsi dotées d'une *poena* sont dites *leges perfectae* si bien que la loi n'est pas une norme dotée d'une sanction par essence. Il existe des *leges imperfectae* dépourvues de sanction. En d'autres termes, la sanction est une partie de loi, une technique légistique.

387-2. Au Bas-empire. Ce premier sens de la sanction ne survit pas à l'époque romaine bien que l'idée contemporaine au sein de la conception usuelle de la sanction que la sanction fait partie de la norme, parce qu'elle est prescrite par elle a survécue de nos jours non sans détournement de

¹⁰⁷⁰ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, Paris, préf. C. THIBIERGE, 1995.

¹⁰⁷¹ Cf. *supra*, n° 327-1 et 339-1.

¹⁰⁷² J. DERRIDA et G. VATTIMO, *La religion*, Seuil, 1996, chapitre I, *Foi et savoir*, p. 48.

¹⁰⁷³ Le découpage historique qui suit ainsi que le contenu sont empruntés à M. Louis-Augustin Barrière. En revanche, les conclusions à l'issue de chacune de ces périodes sont nôtres. L.-A. BARRIERE, "Propos introductifs", in *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2007, p. 7.

¹⁰⁷⁴ Papinien dans le Digeste, 48, 19 (*de poenis*), 41. Cité, par, L.-A. BARRIERE, *art. préc.*

¹⁰⁷⁵ A. MAGDELAIN, *La loi à Rome, histoire d'un concept*, Société d'édition des belles lettres, 1978, pp. 60 et s.

l'histoire. En effet, « la loi ne sanctionne pas tant une transgression qu'elle aurait de la sorte inscrit en elle et dont elle aurait fait une hypothèse intrinsèquement légale, qu'elle ne sanctionne le fait, par hypothèse extérieure à elle et présenté du point de vue de cette extériorité même, d'avoir attenté à ses prescription »¹⁰⁷⁶. Au contraire, au Bas-empire, le terme qualifiait un type de norme régissant uniquement les affaires d'intérêt public, général. L'expression « pragmatique sanction apparaît ainsi : *pragma* signifiant intérêt public. La *pragmatica sanctio* s'insérait dans l'échelle des valeurs normatives entre les lois générales et les rescrits¹⁰⁷⁷. Elle était rédigée par un bureau spécial de la chancellerie impériale. Ce second sens de la sanction n'est donc plus celui d'une technique légistique mais celui d'un type de norme caractérisée par son importance.

387-3. Au Moyen-âge. Par la suite, il faut bien reconnaître que le terme sanction quitte pour un temps long le domaine juridique. On la retrouve en religion pour désigner également une norme statuant sur une question fondamentale. C'est alors au tour de l'expression *pragmatica sanctio* d'évoluer. La pragmatique sanction est une règle ecclésiastique¹⁰⁷⁸. Celle de Bourges datant de juillet 1438 sur l'application en France du concile de Bâle est la plus célèbre. L'histoire montre que le droit peut se passer de la sanction. Historiquement, la sanction en tant que norme a participé à une forme d'internormativité.

387-4. Avant la révolution française. L'époque est plus présente à l'esprit. La sanction apparaît dans la dualité étymologique qu'on lui attribue de nos jours. D'une part, elle signifie approbation, consentement à une chose et d'autre part, peine ou récompense à l'effet d'assurer l'exécution d'une loi. Tout de même, un nouveau sens apparaît en droit constitutionnel. La sanction est un acte du chef de l'exécutif donnant force exécutoire à une mesure législative¹⁰⁷⁹. Ce sens sera le premier tout au long du XIXème siècle. La sanction redevient une mesure technique non plus du législateur comme à Rome mais de l'exécutif.

387-5. De nos jours. Alors qu'il était encore présent au premier tiers du XXème siècle, ce sens a disparu à la fin du siècle. Les dictionnaires contemporains attribuent trois sens différents à la sanction : celle de peine, celle de mesure justifiée par la violation d'une obligation et celle de moyen permettant le respect et l'exécution d'un droit ou d'une obligation¹⁰⁸⁰. Par conséquent, l'histoire de la sanction se retrouve dans sa polysémie conduisant à une dissémination du sens. La notion de sanction n'a pas, par sa définition, de sens central, de noyau dur. Il nous semble tout à fait erroné de conclure que « la notion de sanction est unitaire au moins d'un point de vue fonctionnel : la sanction dans toutes ces hypothèses a pour fonction d'assurer la réalisation de la

¹⁰⁷⁶ Y. THOMAS, "De la sanction et de la sainteté des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité", *Droits*, n° 18, 1993, 135. Autrement dit, « la peine n'est pas rétributive d'un acte défini par la loi, et de la sorte inscrit en elle. Elle est répulsive d'une agression conduite envers elle », p. 148.

¹⁰⁷⁷ CH. DAREMBERG et E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Hachette, disponible en ligne, <http://dagr.univ-tlse2.fr/sdx/dagr/feuilleter.xsp>, 1877-1919. V° *pragmatica sanctio*.

¹⁰⁷⁸ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3ème éd., 2000, V° sanction.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° sanction.

règle juridique »¹⁰⁸¹. C'est faire fi de ce que la sanction a, à plusieurs reprises, été considérée comme une règle à part entière.

388. Les trois niveaux sémantiques de la sanction. La sanction présente une histoire qui a fait évoluer sa signification par superposition de sens davantage que par éludation successive. Il en résulte que le sens attribué à ce mot n'est pas toujours établi à un même niveau sémantique. Lorsque le terme est employé comme mesure légistique ou comme norme, qu'elle soit juridique ou ecclésiastique, la sanction est située à un niveau concret et pragmatique. Lorsqu'il est employé comme consentement, approbation et plus généralement comme ce qui devient réel, la sanction se situe à un niveau beaucoup plus abstrait et fondamental. Dans le premier cas, la sanction est au niveau des normes, dans le second cas, elle se situe au niveau du discours sur les normes, en amont des normes, ou au niveau de la réalité des normes, en aval des normes. A partir de l'étymologie, l'histoire de la sanction ne fait pas apparaître toutes l'évolution de cette dernière. Il faut lui adjoindre une analyse du droit positif. En effet, il existe un troisième niveau sémantique.

b. L'existence empirique des niveaux sémantiques de la sanction juridique

389. Problématique. Le droit en vigueur retient-il tous les sens étymologiques du terme sanction ? Si l'on pouvait lire le droit positif comme un livre ouvert, que lirait-on ?

390. En premier lieu, la lecture du droit positif fait apparaître que ce dernier a davantage recours au sens pragmatique relevé par l'étymologie. Ce recours au terme sanction est plus opératoire même s'il reste des reliques des autres sens jadis plus usités¹⁰⁸². En d'autres termes, la majorité des cas renvoie à un sens coutumier mais n'élude pas la richesse étymologique. Les autres sens de la sanction sont seulement moins usités. Quant à la nature, le droit positif a recours à la sanction sous certaines formes plus que d'autres. C'est là un point d'importance. Sur notre propre étude des décisions des juridictions judiciaires, administratives et constitutionnelles, un seul résultat obtenu avec la base de registre du site Légifrance renvoie l'expression « sanction juridique » entre le 1^{er} janvier 1950 et 1^{er} décembre 2005. Cette unique référence¹⁰⁸³ n'est pas faite par la Cour mais par le premier moyen du pourvoi. De plus, l'expression est employée dans

¹⁰⁸¹ L.-A. BARRIERE, "Propos introductifs", *art. préc.*, p. 13.

¹⁰⁸² « Dans les commencements, alors que les deux pouvoirs religieux et politique ne faisaient qu'un, l'acte sanctionnel fut une cérémonie sacrée, par laquelle les membres de la cité s'engageaient unanimement à entourer certaines personnes et certaines choses d'un respect inviolable. Citons par exemple le sacre des rois, d'où naquit le crime de lèse-majesté ; le secret des mystères, dont la divulgation était réputé sacrilège et, comme le crime de lèse-majesté, punie de mort ; les terres consacrées aux dieux, qu'on s'abstenait pour ce motif d'ensemencer, etc. L'apposition de scellés, dont les formalités sont décrites au Code de procédure, est un reste de cet antique cérémonial », P. -J. PROUDHON, *op. cit.* p. 493.

¹⁰⁸³ Com, 18/02/03, inédit, n° 99-20524, base de registre internet Légifrance.

une apposition qui renvoie plus à une figure de style qu'à un élément nécessaire pour la compréhension de la phrase¹⁰⁸⁴.

390-1. Le terme sanction présente, quant à lui, un plus grand nombre de résultats, surtout au singulier. On pourrait alors être amené à penser que les occurrences conduisent à une notion générique de la sanction. Cependant, en épluchant un échantillon, les cinquante premières décisions de chaque juridiction, le terme sanction renvoie à une catégorie de sanction, telle la sanction civile, pénale, administrative, etc. ou à la sanction émise par la décision attaquée qui est concrètement une sanction civile, pénale, administrative... En aucun cas, les occurrences désignent la sanction juridique en terme générique. On observe également que certaines catégories doctrinales ne se retrouvent pas dans les vocabulaires judiciaires. C'est le cas par exemple de la notion de sanction constitutionnelle, ou de la sanction internationale. Au contraire, l'expression sanction pénale obtient le plus grand nombre de résultats quelques soit la base de données (juridiction judiciaire, administrative, constitutionnelle).

390-2. En ce qui concerne les lois, sur les textes publiés au Journal officiel et mis en ligne sur le site Légifrance depuis 1990, aucune ne contient l'expression « sanction(s) juridique(s) ». En revanche, 14 327 résultats sont obtenus avec l'expression « sanction(s) ». Le nombre est restreint à 1 653 au singulier. Sur les cinquante premières lois, aucune ne renvoie à une référence générale et abstraite de la sanction juridique, mais là encore, à une catégorie particulière.

390-3. Les résultats n'ont pas valeur de vérité scientifique. La recherche menée ne permet que de donner un vague aperçu de la réalité. Elle apporte seulement une intuition plus ou moins établie par référence au discours judiciaire et législatif qu'il conviendrait d'approfondir. On constate néanmoins que le recours du droit positif à la sanction s'opère par l'entremise de catégories. Ainsi, la sanction juridique est pour le droit positif, sanction pénale, civile, administrative, disciplinaire, professionnelle, internationale, etc.

390-4. Plus précisément, chaque catégorie de sanction présente celle-ci sous certaines caractéristiques générales. Certaines récurrences sont indéniables comme le degré de contrainte, l'origine judiciaire et l'aspect négatif (punition, réparation) de la sanction. Pour autant, le recours du droit positif à la sanction ne se fonde pas exclusivement sur ces caractères. Il ne semble exister ni de caractère propre à certaines sanctions juridiques ni de caractère général de la sanction juridique. Par exemple, la sanction pénale d'ordinaire imposée et contraignante, peut être négociée¹⁰⁸⁵ ; la sanction administrative ou professionnelle peut être positive¹⁰⁸⁶ et la sanction internationale peut être unilatérale (contre-mesure) et non judiciaire (sanction de l'ORD

¹⁰⁸⁴ « Attendu que la société CDR Créances fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen : 1 / que la nullité, sanction juridique substantielle et objective, consiste dans la suppression des effets juridiques de l'acte dans la mesure nécessaire au rétablissement de la légalité transgressée lors de sa conclusion (...) ».

¹⁰⁸⁵ C'est l'exemple du plaider coupable issu du *Plea bargaining* du droit américain que l'on retrouve à l'article 495-7 du Code de procédure pénale.

¹⁰⁸⁶ Avancement hiérarchique, formation, avantage divers, etc...

de l'OMC). Le droit positif nous oblige à une grande ouverture compréhensive de son emploi en termes larges de la sanction juridique.

390-5. Le recours à la sanction juridique ne vise donc pas une notion générale définie par le droit positif à laquelle un régime particulier s'applique. Au contraire, le droit positif renvoie à telle ou telle sanction de laquelle découle un régime propre. La sanction juridique se matérialise par catégorie, par branche du droit, par matière juridique. Cela signifie, qu'à proprement parler, **il n'existe pas de notion juridique générale de la sanction en droit positif**. Il existe en revanche des notions positives de chacune des sanctions des diverses matières juridiques. Ceci nous amène à conclure sur un point essentiel. Il demeure un mythe à propos de la sanction juridique. Ce n'est pas celui de son existence mais de sa positivité¹⁰⁸⁷.

391. En second lieu, le recours à la sanction juridique ne semble pas épuiser les qualifications du droit positif de l'ensemble des effets de droit. On peut retrouver dans chaque matière juridique, une autre catégorie peu étudiée : celle des mesures. En droit pénal, aux côtés des effets de droit qualifiés par le juge de sanctions pénales, coexistent des mesures de sûreté, des mesures de police et des mesures éducatives. En droit civil, aux côtés des sanctions civiles coexistent des mesures préventives voire même de précaution. En droit administratif, la distinction entre sanction et mesure administrative n'est plus à citer¹⁰⁸⁸. Commune à toutes les branches du droit interne, la mesure juridictionnelle peut être également mentionnée. Ce qui est d'autant plus remarquable, c'est que l'équilibre entre la qualification d'un effet de droit en sanction ou mesure est propre à chaque matière juridique. Il n'existe pas non plus ici de notion générale de mesure juridique en droit positif.

391-1. Si le terme de mesure est très usité, c'est qu'il est vague et polysémique. On constate néanmoins qu'il est assez malléable et qu'il peut facilement renvoyer lui aussi à différentes catégories. Par exemple, en droit des obligations, le droit positif contient plusieurs catégories : mesure de remise en état, mesure de rétablissement, mesure préventive, mesure de précaution, mesure ordonnée par injonction, mesure ordonnée en référé, mesure conservatoire, mesure d'opposition, mesure d'équité (en droit québécois).

391-2. Qu'est-ce qui différencie notionnellement une sanction d'une mesure ? Précisément, en confrontant la sanction préventive et la mesure préventive, la réponse se laisse percevoir. Par l'expression « mesures préventives », la jurisprudence comme la doctrine visent le comportement du responsable avant la réalisation du dommage. Et la responsabilité civile de sanctionner ce dernier de ne pas avoir pris les mesures préventives qui s'imposaient. En d'autres termes, la mesure est ici un effet extra-juridique. Elle produit bien un effet juridique mais, ensuite, précisément par le prononcé d'une sanction. Au contraire, les mesures de prévention et de précaution sont des effets juridiques et en ce sens de véritables sanctions. Peut-être sont-elles

¹⁰⁸⁷ Pareil constat a déjà été établi dans la doctrine. V. notamment le mythe de la positivité de la théorie générale du contrat, E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Paris, préf. Jean-Luc AUBERT, 1997.

¹⁰⁸⁸ Voir la démonstration d'Etienne Picard. E. PICARD, *La notion de police administrative, op. cit.*, Chap 3, « Police administrative et sanction administrative », n° 179 et s., pp. 327 et s.

un type de sanction particulier qu'il est intéressant de distinguer sémantiquement voire même techniquement par leur régime. Mais elles traduisent surtout une évolution préventive de la notion de sanction. Ces mesures ne sont pas dénommées sanctions parce qu'elles sont prononcées au provisoire, parce qu'elles ont un caractère préventif procéduralement. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont prononcées par un tiers pour résoudre une question de droit sur le fondement d'une norme juridique. En d'autres termes, la notion de mesure est la marque de la sanction préventive dans le droit processuel. Elle est à la fois la preuve de l'existence d'un emploi préventif de la sanction et la preuve de son impossible qualification de sanction en raison de la conception usuelle de cette dernière.

Avec cette recherche en droit positif et au-delà de l'étymologie, il est maintenant possible de distinguer plus nettement les niveaux sémantiques de la sanction en droit.

2. La nécessaire distinction entre trois niveaux sémantiques de la sanction juridique

392. Dire que la sanction est le fruit d'une interprétation judiciaire ne rend pas compte de tous les emplois du terme sanction. La sanction juridique est un mot qui ne sert pas seulement à décrire la concrétisation d'une décision de droit. Le langage juridique a recours à ce vocable à trois niveaux différents : à un premier niveau, conceptuel, pour spécifier la juridicité du droit (c), à un deuxième niveau, fondamental, pour consacrer la juridicité d'une norme (b) et à un troisième niveau, empirique, pour qualifier l'effet de droit (a).

a. Le niveau empirique de la sanction

393. En droit positif, la sanction est présente dans le langage légal et jurisprudentiel en tant qu'effet de droit (i) et en tant que consécration du droit (ii).

i. La sanction en tant qu'effet de droit

394. Notre conception interprétative a opéré un changement de perspective en établissant la source de la sanction dans l'interprétation judiciaire. Il en résulte une définition nouvelle de la sanction juridique en tant qu'effet d'une interprétation en droit. Or, il convient de bien préciser en quoi se distingue la sanction ainsi définie de la notion d'effet de droit d'une part, et de la notion de mesure juridique, d'autre part.

395. La distinction entre sanction juridique et effet de droit. Assez couramment, l'effet de droit est une notion synonyme de celle de la sanction. Par effet, il est ainsi désigné ce que l'énoncé d'un texte juridique prévoit lorsqu'il s'agit de l'exécuter. Effet et sanction n'ont pas à être distingués dans une vision purement positiviste du droit. Pourtant, il y a tout de même une certaine distance entre les deux notions. Cette distance est le fruit d'une incorporation de la sociologie du droit au langage juridique commun. En effet, les sociologues du droit ont

recours d'une manière plus large à la notion d'effet. Pour ces derniers, l'effet de droit est entendu en termes d'effectivité du droit. Autrement dit, tous les effets prévus ou qui sont observés lorsque le texte juridique est appliqué recouvre la notion d'effet de droit. Par exemple, la réception d'une norme juridique par un destinataire entraîne des effets concrets que le sociologue étudiera sous l'angle de l'effectivité du droit. C'est ce qu'on appelle en sociologie les effets pervers. En ce sens, la norme qui prévoit l'interdiction de fumer dans les lieux publics peut avoir pour effets pervers que les fumeurs se retrouvent pour fumer au pied des bâtiments. Cet effet n'est pas celui prévu par un texte juridique ; c'est un effet constaté sur le terrain à partir de l'interprétation que font les destinataires du texte. Ainsi, la notion d'effet de droit conçue sociologiquement est plus large que la notion de sanction juridique. Autrement dit, la notion de sanction juridique est contenue dans la notion plus vaste d'effet de droit. Cette notion d'effet de droit contient donc les effets prévus par une norme, les effets non prévus par une norme mais observés à la suite de l'application de la norme (effet pervers) ainsi que les effets attribués à une norme par l'ordre juridique. Il existe en effet une garantie normative¹⁰⁸⁹ qui ne se restreint pas à la sanction juridique. « Plus précisément, nous entendons par cette expression, la garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique. Cette garantie est constituée d'une série d'attributs attachés à la norme : sanctionnable, contestable, mobilisable par le juge - au fondement de sa décision et / ou au soutien de sa motivation -, opposable, invocable par les justiciables, qui peuvent s'en prévaloir en justice. Ce ne sont pas là des caractères inhérents à toute norme juridique, mais seulement des attributs qui lui sont attachés par le système juridique »¹⁰⁹⁰. Dès lors, la notion d'effet de droit présente un intérêt aux côtés de celle de sanction juridique. Elle l'englobe.

Ce constat se vérifie également lorsque l'on recherche ce que recouvre d'autre que la sanction ladite notion d'effet de droit.

396. La distinction entre sanction juridique et mesure juridique. Le droit positif nous a enseigné que les sanctions n'épuisaient pas l'ensemble des effets donnés au droit. Il existe des mesures juridiques qui interdisent de définir la sanction juridique comme tout effet de droit. C'est alors dans leurs similitudes et leurs différences que notre question trouvera sa réponse. Or, il n'existe aucun critère de distinction dans le droit positif comme dans la doctrine entre sanction et mesure juridique. Tentons d'en trouver un ou plusieurs. Il ne peut s'agir du critère de la contrainte : il existe des sanctions contraignantes¹⁰⁹¹ et non contraignantes¹⁰⁹² tout comme les mesures¹⁰⁹³. De même, les critères négatifs et positif se retrouvent autant pour les sanctions¹⁰⁹⁴ que pour les mesures¹⁰⁹⁵. L'obligatorité n'est pas davantage un critère : il existe

¹⁰⁸⁹ Sur cette notion, C. THIBIERGE *et alii.*, *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, voir la conclusion, p. 813.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ Les peines en droit pénal, les peines privées en droit civil.

¹⁰⁹² Les dommages et intérêts lorsqu'ils sont pris en charge par l'assureur par exemple.

¹⁰⁹³ Mesure contraignante : déplacer une antenne de relais téléphonique (TGI de Grasse, 1ère Ch. A, 17 juin 2003 (*Commune de Roquette sur Siagne / SFR*), Juris-Data n°2003-221749). Mesure non contraignante : obligation de s'informer.

¹⁰⁹⁴ L'octroi de dommages et intérêts, d'un titre, d'une garantie, d'un prix, d'une récompense, d'un droit...

des sanctions obligatoires et d'autres facultatives¹⁰⁹⁶ tout comme les mesures¹⁰⁹⁷. Enfin, sanction et mesure n'ont pas une finalité propre : elles peuvent être répressives, réparatrices ou préventives¹⁰⁹⁸.

396-1. Il importe de revenir sur notre conception interprétative pour rechercher ce qui différencie sanction et mesure. Ces deux notions résultent d'une interprétation juridique. Toutes les deux sont initialement prévues ou rendues possibles par un texte normatif. Si aucun critère ne peut les caractériser en soi, alors seul le contexte dans lequel elles sont prononcées peut les différencier. Si l'on reprend notre étude des manifestations préventives en droit positif, on se rend compte que *les mesures juridiques ne concernent que les manifestations de la réalisation du dommage. Inversement, les dommages et intérêts ne concernent que les manifestations des conséquences du dommage*. Or, nous avons constaté que seul un caractère distinguait les premières manifestations des secondes. Il s'agit du caractère adéquat qui est en nature pour les mesures et en valeur pour les dommages et intérêts. Que cela change-t-il pour l'interprète, source des sanctions comme des mesures ? Ce qui est adéquat en nature, c'est l'effet de droit qui s'adapte à une manifestation à partir des faits litigieux. Les textes normatifs ne font que donner des exemples de mesure. Par exemple, les articles 808 et 809 du CPC permettent au juge de prononcer « toute mesure utile »... Le choix de la mesure dépend des faits et non du texte. Au contraire dans le cas des dommages et intérêts qu'ils soient normaux ou provisionnels, moratoires, majorés, etc., le texte les nomment explicitement. En revanche, aucun texte ne prévoit comment les évaluer. Le caractère adéquat est en valeur, c'est-à-dire que c'est le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond qui permet à la sanction de s'adapter aux faits litigieux. Ainsi, la contrainte réside dans l'importance du fait litigieux pour la sanction et dans la nature du fait litigieux pour la mesure. En effet, si le texte normatif est moins contraignant pour le juge dans le cas d'une mesure, cela ne signifie pas que le juge ne soit soumis à aucune contrainte.

397. A quel moment la sanction, en tant qu'effet de droit, est-elle fixée par l'interprète ?

L'interprétation est un processus qui s'effectue en plusieurs étapes :

- L'identification des textes de droit.
- La détermination des faits de l'espèce.
- La qualification des faits.
- Le dialogue argumenté entre les textes et les faits par les parties au litige.
- La solution à donner au litige selon la logique qui sera induite des arguments les plus pertinents du dialogue.

¹⁰⁹⁵ Par exemple, les mesures fiscales incitatives.

¹⁰⁹⁶ On peut refuser ou accepter la garde d'un enfant, de se soumettre à un examen médical, à une analyse génétique
...

¹⁰⁹⁷ L'obligation de soin est un exemple de mesure facultative lorsque la personne en a le choix.

¹⁰⁹⁸ Il existe des cas de nullités préventives comme l'opposition à mariage ou le réputé non écrit et des mesures préventives comme la cessation de l'illicéité d'une atteinte portée au vivant ou toute mesure ordonnée lors d'une action préventive en cas de risque d'atteintes au vivant. Sur ce point, voir L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, préf. C. THIBIERGE, n° 956 et s., pp. 606 et s.

397-1. La sanction comme la mesure juridique (qui est un type particulier de sanction), a tout une histoire, un préalable, un processus d'élaboration, celui de l'interprétation mais ne réside que dans la dernière étape. Dans un sens strict, l'interprétation qui débouche sur l'effet à donner à la violation d'un texte de droit est un processus à part entière au sein du processus d'interprétation. Les trois premières étapes n'en font pas partie. Ce qui distingue chaque étape peut s'articuler autour de la notion de sens, le sens de la juridicité du texte :

- L'identification des textes de droit : Processus de recherche du sens donné par l'auteur du texte.
- La détermination des faits de l'espèce : Processus de recherche du sens à donner au texte dans une situation précise.
- Le dialogue argumenté entre les textes et les faits par les parties au litige : Processus de circulation du sens dans un ensemble d'interprétations possibles.
- La solution à donner au litige selon la logique qui sera induite des arguments les plus pertinents du dialogue : Processus de fixation du sens à donner au texte de droit dans la situation précise du litige.

398. Ces étapes traditionnellement décrites pour rendre compte de l'interprétation judiciaire ne permettent pas de retracer l'avènement de l'effet de droit. En effet, la dernière étape est celle de la norme. Nous avons en effet définie la norme comme la signification d'un texte déterminée par l'interprète¹⁰⁹⁹. C'est bien ce qui résulte de la dernière étape. Or, cette étape tient compte du lien entre la norme et l'effet de la norme que nous avons brisé dans la conception interprétative. En effet, nous avons montré que l'on ne pouvait pas logiquement concevoir que la norme renferme en elle-même les effets de sa violation. Il convient alors de supposer que la dernière étape est en réalité double et ne jouit d'aucune représentation théorique actuellement. Il faut dire aux côtés de l'actuelle dernière étape concernant la solution du litige qui détermine la norme fixée pour le cas de l'espèce, une autre étape où l'effet de droit est choisi par l'interprète. Nos recherches ne nous permettent pas encore de formuler cette représentation¹¹⁰⁰. En revanche, on peut pour l'instant définir la sanction en tant qu'effet de droit, premier niveau sémantique de la sanction, d'après notre conception interprétative :

La sanction (et la mesure) est l'acte (ou le processus) qui résulte du choix de l'interprète dans la mise en l'effet de la norme dans un cas concret (litigieux ou non).

ii. La sanction en tant que consécration du droit

399. Rappel de la notion de norme dans la conception usuelle. L'étymologie et une lecture d'ensemble du droit positif montrent qu'il existe et qu'il subsiste l'emploi originel du terme sanction. En ce sens, on dit que le Président ou le Roi sanctionne la loi. Que cela signifie-t-il ? La réponse habituelle est la suivante : la sanction désigne alors la consécration d'une norme de

¹⁰⁹⁹ Cf. *supra*, n° 378 et s.

¹¹⁰⁰ Ce moment du choix de la sanction sera théorisé dans la seconde partie de thèse sous la dénomination de la théorie de la mise en effet des normes à partir de l'étude des fonctions sociales de la responsabilité civile.

droit. La conception implicite de la norme de droit qui s'en dégage doit être critiquée. Selon cette conception, la norme juridique est celle créée par le législateur qui par la sanction en consacre la juridicité. Les normes de droit n'émanent alors que de leurs auteurs dont le législateur constitue l'unique représentant. Cette conception représente la norme de droit comme un modèle qu'il suffit d'appliquer aux cas concrets. Or, cette application ne peut se concevoir comme une simple déduction de l'abstrait au concret. Un article du Code civil, par exemple, aussi simple puisse-t-il apparaître au premier abord nécessite toujours un autre texte pour être compris, qui à son tour nécessite un autre texte pour être éclairé lui-même et ainsi de suite. Le lien fait par le juge n'est pas un lien déductif mais créatif¹¹⁰¹. Il se crée un cheminement que le seul texte d'origine n'a pas prévu et que seul le travail de l'interprète, qui est un travail d'interprétation et non de déduction, met en œuvre¹¹⁰². D'ailleurs, toutes les décisions de justice ne sont pas toujours fondées sur un article du Code. Les jugements en équité et les jugements de fait¹¹⁰³ se fondent non sur des règles de droit mais sur des principes juridiques que le juge déduit du droit¹¹⁰⁴. Ainsi *la norme ne doit s'assimiler ni au texte ni à une règle prescrite par un auteur déterminé*.

400. Rappel de la notion de norme dans la conception interprétative. Ainsi, la norme juridique apparaît bien plutôt à la fin de ce travail qu'à son début. A son commencement, il y a un texte de droit. A sa fin, il y a une norme individuelle, une application du texte initial en lien avec d'autres textes à un ensemble de faits retenus comme pertinents, qui, faisant jurisprudence, c'est-à-dire étant repris, répétés, constitue la norme de droit. Dès lors, ce que la sanction consacre dans la conception interprétative, c'est l'appartenance d'un texte de droit à l'ordre juridique. La norme de droit, quant à elle, ne doit pas être conçue comme figée par un auteur omniscient qui y aurait emprisonné toutes les possibilités d'application. Au contraire, la norme de droit se crée dans ce va-et-vient entre l'abstrait du texte normatif et le concret du jugement (plus largement, de l'acte interprétant, sentence, décision, contrat, avis, recommandation ...) et dans la répétition¹¹⁰⁵ de ce mouvement qui, au fur et à mesure, en fixe davantage le sens¹¹⁰⁶.

401. La sanction en tant que consécration du droit, et ici seulement la sanction et non la mesure qui n'est qu'un effet de droit, dépasse le travail du juge dans la solution d'un litige. Au niveau

¹¹⁰¹ Voir, en ce sens, Ph. JESTAZ, "La sanction ou l'inconnue du droit", *art. préc.*

¹¹⁰² « Toute norme est un système de textes arborescents à partir d'un texte de base – le texte premier. », P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 2005, pp. 179-180.

¹¹⁰³ Sur ces deux cas, V. J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, PUF, coll. "Quadrige", Paris, 2004, n° 7 et s., pp. 19 et s.

¹¹⁰⁴ Sur la distinction entre règle de droit et principe juridique, nous faisons référence aux développements de Dworkin. Voir, notamment, R. DWORKIN, "La théorie du droit comme interprétation", *art. préc.*

¹¹⁰⁵ Sur la répétition en droit, source de l'autorité des normes, E. NICOLAS, "Répétition et répétabilité : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative", in C. THIBIERGE *et alii*, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 69.

¹¹⁰⁶ « La norme générale est bien plus que ce texte initial : c'est l'ensemble des textes produits à partir de ce texte premier ; en élaboration permanente, elle est générale en ce sens qu'elle forme le système de toutes les normes individuelles décidées en rapport avec le texte premier pour être raisonnablement conforme à celui-ci », P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, *ibid.*, p. 185.

linguiste de la consécration, tout interprète est visé. En ce sens, consacrer la juridicité d'un texte de droit s'effectue par le recours à la notion de sanction :

La sanction est l'acte (ou le processus) qui résulte du choix de l'interprète dans la mise en l'effet de l'appartenance d'un texte ou d'un comportement normatif au sein d'un ordre juridique.

401-1. Seul F. Ost et M. van de Kerchove ont perçu que cette acception du terme sanction est fondamentale ; les autres conceptions du droit se bornant à l'exclure au profit de l'effectivité. La notion fondamentale, parce qu'elle est recherche de compréhension d'ensemble, ne peut choisir pour théoriser.

b. Le niveau fondamental de la sanction

402. La dualité de sens de la sanction juridique n'a pas montré dans le droit positif le tiers inclus que l'on cherchait. Autrement dit, le sens profond qui lie la polysémie du terme nécessite de faire le saut du droit fondamental. C'est en rapprochant les deux définitions précédentes qu'on peut le trouver et ainsi définir la notion de sanction juridique en droit fondamental :

La sanction juridique est l'acte (ou le processus) qui résulte du choix d'un interprète de mettre en l'effet la norme dans son appartenance au sein de l'ordre juridique ou dans son application à un cas concret (litigieux ou non).

Cette notion dégagée en droit fondamental a-t-elle pour rôle d'être le critère du droit ? C'est ce qu'il convient de discuter au sein du concept de sanction juridique.

c. Le niveau conceptuel de la sanction

403. Problématique. Concevant la norme comme contenant la sanction, nous avons montré en quoi il était critiquable de définir le droit par la sanction. La conception du Droit-sanction est tautologique¹¹⁰⁷. Avec les définitions proposées de la norme et de la sanction, est-il possible de conserver ce niveau conceptuel ?

403-1. Le principal reproche adressé à la conception usuelle, c'est de définir le droit par son effectivité. Or, la notion de sanction juridique en droit fondamental est une définition plus large que celle, dominante, qui assimile la sanction à l'effectivité du droit. Le concept de sanction juridique, c'est-à-dire le rôle de la sanction fondée sur la définition retrouvée de la sanction, réside-t-il dans le critère du droit ?

¹¹⁰⁷ Cf. *supra*, n° 345-346.

403-2. La réponse est négative. Il existe du droit avant la consécration d'un texte et après la détermination des effets d'une solution litigieuse à partir d'un texte de droit. Il échappe trois grandes étapes au concept de sanction pour en faire le critère du droit même ainsi défini :

- Le travail d'élaboration du texte normatif : le travail du gouvernement, le travail des chambres parlementaires avant de fixer le sens du texte , le travail de discussion des parties à un contrat avant d'en fixer le sens.
- Et le travail de répétition du texte normatif à divers cas concrets, c'est-à-dire le travail d'élaboration de la norme de droit.

404. Hypothèse sur le rôle de la sanction. La notion en droit fondamental aussi large puisse-t-elle apparaître n'épuise pas tout le champ juridique. Son rôle, le concept, n'est donc pas de spécifier le droit. Le travail de fixation du sens est spécifique à tout système normatif qu'il soit juridique ou moral ou religieux... La sanction, qu'elle soit effet ou consécration, a un autre rôle. Elle borne, à un moment donné, un état du droit. Pour nous, elle est en réalité une interface ou plus exactement deux interfaces - celles de l'*input* et de l'*output* du système juridique¹¹⁰⁸.

404-1. La première interface que constitue la sanction est celle qui sépare les faits du droit où un acteur du droit (auteur, interprète) se donne pour tâche de fixer un sens juridique à certains faits. La seconde interface que constitue la sanction est celle qui sépare le droit des faits où un acteur du droit (interprète) se donne pour tâche de fixer un sens concret à un texte juridique.

Entre ces deux bornes, c'est tout le droit qui travaille et qui ne s'y épuise pas.

Cette courte hypothèse mériterait de plus amples développements. Ce n'est pas l'objet de la thèse sur la sanction préventive qui n'a pas besoin de se poser la question du rôle de la sanction. Au contraire, l'étude doit faire apparaître la notion de sanction préventive.

§2. Les éléments d'une notion de sanction préventive en responsabilité civile

405. La conception interprétative de la sanction juridique ainsi dégagée permet-elle davantage que la conception usuelle l'émergence d'une notion de sanction préventive ? En effet, cette interrogation s'impose avant de savoir s'il est possible d'induire des manifestations préventives que nous avons recensées une cohérence, seule susceptible de faire émerger la notion de sanction préventive (A). Dans l'affirmative, alors il sera nécessaire, dans un second temps, de rechercher en quoi cette notion de sanction préventive est spécifique d'un autre ensemble de sanctions qui ne seraient pas préventives (B).

¹¹⁰⁸ Sur cette idée de système juridique d'où entrent et sortent des normes, voir les théories autopoïétiques, notamment celle de G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994, et du même auteur, *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, Paris, coll. "Les voies du droit", 1993.

A. La possibilité de la notion de sanction préventive dans la conception interprétative de la sanction juridique

406. Nous avons pu identifier ce par quoi pêchait la conception usuelle¹¹⁰⁹ : une acception exclusivement "rétributive" du vocable sanction et une appréhension uniquement "conséquentialiste" du mécanisme de la sanction. La conception interprétative peut-elle pallier ces obstacles (1) et ainsi faire place à partir de ses caractères à une notion de sanction préventive (2) ?

1. Les obstacles de la conception usuelle surmontés dans la conception interprétative

407. La conception interprétative de la sanction donne lieu à une acception non « rétributive » (a) et à une appréhension non « conséquentialiste » (b).

a. L'acception non « rétributive » de la sanction dans la conception interprétative

408. Démonstration de l'acception non "rétributive". L'histoire du droit montre que la sanction puise ses origines dans la peine avec laquelle elle se confond et permet incidemment de la distinguer nettement de la réparation. Or, nous avons pu montrer en quoi cette présentation était discutable et également en quoi elle ne permettait plus d'expliquer le droit en vigueur. Au contraire, la conception interprétative échappe à cette critique. L'idée de punition qui conduit à restreindre la sanction au niveau de la faute et à celui de son auteur n'est pas présente dans la définition de la sanction dans la conception interprétative. Cette dernière, afin de rendre compte de la richesse de l'emploi du vocable sanction en droit, présente une acception neutre de la sanction. La rétribution n'est qu'un de ses sens. En appréhendant la sanction comme le fruit de n'importe quel type d'interprétation juridique, la conception interprétative relègue au second plan la question du sens.

409. Raison de l'acception non "rétributive". Quelle en est la raison ? La conception usuelle conçoit la sanction de manière essentialiste. Notamment pour la distinguer de la réparation, la sanction est caractérisée par un sens spécifique, celui de la punition. Au contraire, *dans la conception interprétative, la sanction est le fruit d'une interprétation*. Autrement dit, elle n'existe pas en soi, elle ne tire de sens que du type d'interprétation effectuée. S'agit-il d'une interprétation stricte à partir d'un texte de responsabilité pénale et la sanction sera colorée de manière punitive de même qu'en responsabilité civile lorsqu'il convient de tenir compte de la gravité d'une faute lucrative en sanctionnant par des dommages et intérêts punitifs. *A contrario*, s'agit-il d'une interprétation large à partir d'un texte souple tel que celui de l'article 1382 du code civil, et la sanction sera colorée de manière indemnitaire s'il convient de réparer un préjudice par dommages et intérêts ou de manière préventive s'il est nécessaire d'anticiper la réalisation ou les conséquences d'un dommage.

¹¹⁰⁹ Cf. *supra*, n° 278-292.

La conception interprétative ne subit pas davantage la critique de l'appréhension « conséquentialiste » de la conception usuelle.

b. L'appréhension non "conséquentialiste" de la sanction dans la conception interprétative

410. Critique de l'appréhension " conséquentialiste". La conception usuelle, non sans ambivalence, retient un autre sens à la sanction. En effet, la notion de sanction est appréhendée d'une manière neutre, c'est-à-dire non "rétributive" qui pourrait laisser croire que la conception usuelle fournit également des arguments quant à la critique précédemment faite à l'acception "rétributive". Nous avons déjà mis en évidence l'appréhension "conséquentialiste" de la sanction dans la conception usuelle¹¹¹⁰. Cette appréhension conduit à voir la sanction non pas comme une peine ni comme une mesure ou un moyen mais simplement comme une conséquence, celle de la violation d'une norme de droit. Il nous semble que cette appréhension "conséquentialiste" ne rend plus compte de l'emploi de la notion de sanction en droit positif. D'une part, si la sanction est la conséquence de la violation d'une norme, alors comment concevoir l'existence des sanctions rendues en référé, c'est-à-dire avant que le juge ne statue sur le fond de droit et que la violation de la norme soit juridiquement établie. D'autre part, l'idée de prévention semble incompatible avec celle de conséquence. Si la sanction n'est prononcée qu'après la violation de la norme alors la sanction préventive ne peut exister. Autrement dit, il existe un lien de cause à effet entre la sanction et la norme.

411. Démonstration de l'appréhension "non conséquentialiste". Tel n'est pas le cas dans la conception interprétative. Cette dernière ne repose pas sur la même définition de la norme en droit. D'un point de vue interprétatif, la norme ne saurait être un donné existant avant que le juge ne statue. En effet, nous avons démontré que la norme ne pouvait être définie que comme une signification donnée à un texte normatif à l'issue du travail d'interprétation effectuée par le magistrat et plus généralement par tout interprète habilité en droit¹¹¹¹. Dès lors, le lien temporel de cause à effet entre la sanction et la norme n'a pas lieu d'être puisque la norme est déterminée par le juge en même temps que la sanction à l'issue de son travail d'interprétation. En d'autres termes, *la sanction n'est pas la conséquence de la violation d'une norme mais le fruit de l'interprétation des faits et des textes juridiques par un interprète*. Par suite, la sanction s'applique sans incohérence à la fois en référé et à la fois de manière préventive puisque le juge n'est pas lié au début du litige par une norme mais par un texte soumis à son interprétation. La sanction n'est donc pas conçue d'une manière temporelle comme l'effet d'une norme déjà violée mais peut s'appliquer de manière réactive ou proactive selon que les faits soient déjà commis ou non.

412. Raison de l'appréhension "non conséquentialiste". Il faut reconnaître que l'idée de conséquence ne peut être en soi totalement évincée. Dans tous les cas, que les faits soient

¹¹¹⁰ Cf. *supra*, n° 283-292.

¹¹¹¹ Cf. *supra*, n° 378 et s.

commis ou non, si le juge est saisi, c'est qu'il s'agit bien de réagir. L'appréhension "non conséquentialiste" retient davantage une notion élargie de la conséquence qu'une éviction de l'idée de conséquence. La raison profonde est en réalité un changement d'objet. La sanction ne peut être retenue comme la conséquence d'une violation déjà commise d'une norme juridique pour les raisons ci-dessus rappelées. Toutefois, *la sanction définie dans la conception interprétative demeure une conséquence dans la mesure où il s'agit de réagir. Mais, il ne s'agit pas de réagir face à une norme violée mais face à un fait dont la réalisation actuelle ou future importe peu. Finalement, il existe bien un lien mais il n'est pas temporel et ne relie pas la sanction à la norme violée, mais la sanction au fait jugé.*

Ces deux obstacles surmontés laissent apparaître la possibilité d'une notion de sanction préventive dans la conception interprétative.

2. L'émergence de la sanction préventive à partir des caractères des manifestations préventives

413. Les caractères des manifestations préventives qui ont été mis en évidence dans le premier titre ne pouvaient pas être compris par la conception usuelle de la sanction. Au contraire, la conception interprétative conduit à l'émergence d'une notion de sanction préventive à partir desdits caractères. En effet, cette émergence ne provient pas des conditions de prononcés des sanctions ni de leurs fondements juridiques (a) mais de certains caractères toujours présents quelque soit les manifestations préventives (b).

a. L'impossible émergence de la sanction préventive à partir des conditions ou des fondements juridiques des manifestations préventives

414. Problématique. Le premier titre de la présente étude a recensé les manifestations préventives de la responsabilité civile mais également leurs conditions et leurs fondements juridiques. Existe-t-il une récurrence ou un point commun entre ces conditions et ces fondements qui permettrait d'induire une notion de sanction préventive ?

415. Rappel des conditions et fondements juridique dégagés. En premier lieu, en ce qui concerne les manifestations préventives de la réalisation du dommage, nous avons dégagé des manifestations qui tendaient à anticiper la réalisation du dommage d'autres manifestations tendant à faire cesser la réalisation du dommage. Pour ces deux types de manifestations, les fondements juridiques sont trop divers et variés pour faire émerger à partir d'eux une cohérence d'ensemble. En ce qui concerne les conditions qu'il faut réunir pour obtenir le prononcé d'une mesure d'anticipation, par hypothèse, la condition du préjudice n'est pas remplie, et partant, la condition du lien de causalité n'a plus de pertinence. Quant au fait générateur, il n'est pas commis dans l'hypothèse d'une anticipation de la réalisation du dommage. En ce qui concerne les mesures de cessation de la réalisation du dommage, nous avons distingué les mesures de cessation du fait générateur illicite des mesures de cessation du trouble anormal ou illicite. Pour les premières, la seule preuve du fait illicite est requise tandis que pour les secondes, c'est la

preuve du trouble existant qui est demandé eu égard au fait dommageable et non illicite. Les conditions traditionnelles ne permettent donc pas d'induire une notion de sanction préventive.

415-1. En second lieu, la même conclusion semble devoir s'imposer quant aux manifestations préventives des conséquences du dommage. Là encore, les fondements juridiques sont trop nombreux pour emporter l'émergence d'une notion de sanction préventive. Quant aux conditions juridiques, il convient de constater qu'il n'y a pas de récurrence mais une sorte de dégradé dans l'exigence de la preuve du préjudice. En effet, les dommages et intérêts du dommage futur nécessitent la preuve d'un préjudice existant alors que les dommages et intérêts provisionnels requièrent un préjudice seulement hypothétique, les dommages et intérêts moratoires se contentent d'un préjudice présumé, les dommages et intérêts majorés sont conditionnés par un préjudice illicite et l'astreinte n'est prononcée qu'en cas de préjudice continu. Cette variation autour de la qualité du préjudice dépend de quelque chose d'extérieur aux conditions juridiques. Ce constat nous rapproche un peu plus des caractères des manifestations préventives. En effet, c'est à partir d'eux que l'on peut voir émerger la notion de sanction préventive.

b. L'incontestable émergence de la sanction préventive à partir de certains caractères des manifestations préventives

416. Lien entre caractère adéquat et pouvoir modérateur. En tant qu'effets de droit, les différentes manifestations préventives de la responsabilité civile présentent des caractères. Certaines sont proportionnées au dommage ou au préjudice, d'autres au trouble mais toutes présentes un même caractère. Il s'agit du *caractère adéquat*. Ce caractère signifie que la manifestation préventive se solde en une sanction choisie en adéquation avec le fait litigieux qu'il convient d'anticiper, de cesser, ou de réparer par anticipation ou par dissuasion. En ce qui concerne les manifestations préventives de la réalisation du dommage, les sanctions prononcées sont *adéquates en nature*, c'est-à-dire que le choix de la sanction en lui-même est ce qui permet de répondre au fait litigieux. Au contraire, en ce qui concerne les manifestations préventives des conséquences du dommage, les sanctions seront *adéquates en valeur*. Autrement dit, elles sont propres à répondre au fait litigieux non en raison de leur nature, ce sont toutes des dommages et intérêts, mais en raison de la valeur de ses dommages et intérêts. Or, pour ces deux types de manifestations préventives, *l'adéquation n'est pas prédéterminée par un texte* d'une part, parce que les mesures d'anticipation ou de cessation ne sont pas ici légalement prévues par les textes mais laissés à la liberté du juge et, d'autre part, parce que la valeur des dommages et intérêts n'est légalement pas prévue mais est laissée à la libre appréciation des juges du fond. Par conséquent, *ce caractère adéquat qu'il soit en nature ou en valeur nécessite l'intervention d'un choix ou d'une estimation du magistrat*. Or, la conception interprétative de la sanction permet de concevoir ce caractère adéquat. En effet, puisque ce dernier ne ressort pas d'un texte mais du travail du juge, *la conception de la sanction comme le fruit d'une interprétation juridique rend pleinement compte de l'existence empirique du caractère adéquat*. D'ailleurs, en ce qui concerne les dommages et intérêts nous avons systématiquement montré qu'aux côtés du caractère adéquat se manifeste toujours un pouvoir modérateur du juge.

417. Limite ou précision ? Néanmoins, ce caractère adéquat n'a pas été dégagé pour les mesures de prévention indirecte de la réalisation du dommage et pour les dommages et intérêts majorés ainsi que l'astreinte qui présente tous un caractère non adéquat. Ce constat est-il de nature à remettre en cause notre démonstration ? Au contraire, il nous semble que ces trois exceptions permettent de crédibiliser la notion de sanction préventive en rejetant toutes les manifestations qui ne seraient pas adéquates en nature ou en valeur. En effet, les mesures de prévention indirecte tout comme l'astreinte sont des mécanismes extérieurs au droit de la responsabilité civile qui ont certes un effet préventif pour les premières et dissuasive pour les secondes mais qui ne résultent pas de la nature même de la sanction mais seulement des conséquences de leur prononcé pour l'auteur du dommage. Par exemple, une mesure de prévention indirecte comme la saisie, le séquestre, ou la nomination d'un administrateur provisoire, n'ont pas pour nature d'éviter directement le dommage mais d'anticiper indirectement qu'il ne se réalise en agissant de manière accessoire sur la situation qui pourrait le faire naître. La prévention ici est à prendre dans un sens figuré qui décrédibiliserait la notion de sanction préventive. De même, l'astreinte a pour but de faire pression sur le débiteur ce qui produit un effet dissuasif mais accessoire à la sanction des dommages et intérêts qui l'accompagnent. Les dommages et intérêts majorés ne sont pas davantage adéquats car ils sont surévalués en valeur pour tenir compte de la gravité de la faute ou de l'anormalité du trouble. Toutefois la conclusion qui consisterait à les exclure d'une notion de sanction préventive apparaît moins claire que pour les deux autres exemples. En effet, s'ils ne présentent pas ce caractère adéquat, en revanche il est inéluctable qu'ils sont évalués à partir d'un pouvoir discrétionnaire, fruit d'une interprétation de leur estimation. Comme toute notion, celle de la sanction préventive présente nécessairement des contours plus ou moins net, et les dommages et intérêts majorés en sont un exemple.

418. Définition de la notion de sanction préventive. Toutes les manifestations qui ont pour nature de prévenir directement la réalisation ou les conséquences du dommage présentent le même caractère adéquat. A partir d'une conception interprétative, ces manifestations peuvent être qualifiées de *sanction préventive*, c'est-à-dire d'*effet de droit résultant d'une interprétation juridique de la norme susceptible d'être violée*.

Mais en quoi la sanction préventive est-elle spécifique et non réductible à une autre notion telle que la sanction réparatrice ?

B. La spécificité de la notion de sanction préventive dans le droit de la responsabilité civile

419. Cette spécificité ne peut simplement être découverte dans le caractère préventif dans la mesure où les dommages et intérêts ne présentent ce caractère que pour certains d'entre eux. Il est alors nécessaire de rechercher d'où provient le caractère préventif, c'est-à-dire de rechercher ce qui le fait advenir. Or, cette recherche est impossible à partir des conditions traditionnelles du droit de la responsabilité (1). Il faut pour cela opérer un changement de perspective (2).

1. L'introuvable spécificité de la sanction préventive dans la présentation traditionnelle du droit de la responsabilité civile

420. La présentation traditionnelle du droit de la responsabilité civile. Traditionnellement, on présente le droit de la responsabilité civile par ses conditions d'engagement : un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité. Dans cette présentation, il n'est pas possible de concevoir la sanction préventive. D'une part, nous avons montré que par hypothèse, les conditions du préjudice et, incidemment, celle du lien de causalité ne pouvaient être remplies puisqu'il s'agit précisément de prévenir le dommage. D'autre part, parce que ce qui a fait émerger la notion de sanction préventive, ce n'est pas une induction à partir d'une récurrence des conditions des manifestations préventive mais de certains de leurs caractères.

421. Changement de perspective. En d'autres termes, *l'existence de la sanction préventive nécessite de ne pas la concevoir à partir des conditions traditionnelles du droit de la responsabilité civile. Pour y parvenir, il faut opérer un changement de perspective et induire à partir des effets de la responsabilité civile ce qui fait la spécificité de ces sanctions.* Pour autant, ce changement de perspective, selon nous essentiel, spécifie-t-il la sanction préventive ? La réponse semble à ce stade de l'étude négative. Il est un fait que ce changement de lecture du droit de la responsabilité civile permette de concevoir ses sanctions en général. Qu'on s'en persuade. La lecture traditionnelle n'a donné lieu à aucune théorie générale de la sanction mais à des études techniques et précises de différents types de sanction lors de l'examen du régime d'une notion. Ainsi, la presque totalité des propos sur telle ou telle sanction sont présents dans les parties consacrées au régime de telle ou telle action en responsabilité¹¹¹². Mais pour l'heure, rien ne s'évince de notre étude qui pourrait spécifier la sanction préventive par rapport aux autres sanctions.

S'il est nécessaire de présenter ce droit en quelque sorte par son envers pour trouver la véritable spécificité de la sanction préventive, on ne peut pour l'heure qu'émettre des hypothèses.

2. La véritable spécificité de la sanction préventive dans la présentation inversée du droit de la responsabilité civile

422. Hypothèse. *En lisant le droit de la responsabilité à partir de ses effets, il doit être possible de retracer ce qui préside au prononcé des sanctions préventives.* Cette hypothèse s'avère crédible dans la mesure où telle démarche a déjà été effectuée en ce qui concerne la sanction classique de ce droit, à savoir les dommages et intérêts. Ce qui conduit au prononcé et à l'évaluation des dommages et intérêts ne réside pas dans une condition d'engagement d'une action en responsabilité mais dans la mise au jour du principe de réparation intégrale. En effet, ce principe n'est pas une condition mais un principe qui gouverne les effets. Toutefois, ce principe ne saurait s'appliquer aux sanctions préventives puisqu'il est retenu exclusivement pour la réparation d'un préjudice. Nous émettons alors l'hypothèse qu'il existe un principe encore jamais

¹¹¹² D. MAZEAUD, Lamy Droit de la responsabilité civile, 2005.

découvert, miroir à celui de la réparation intégrale, qui soit à l'origine du prononcé des sanctions préventives¹¹¹³.

423. Fondement de l'hypothèse. L'existence de ce principe qui ne dit pas son nom se comprend aisément dans la conception interprétative de la sanction. En effet, de son point de vue, le principe de réparation intégrale n'est autre qu'un principe d'interprétation. Il n'est pas légal mais déduit par la doctrine de l'article 1382 du Code civil et reconnu et défini par la jurisprudence de la Cour de cassation dans nombre de ses décisions¹¹¹⁴. Notre hypothèse conduit alors à mettre en évidence un autre principe d'interprétation présidant au prononcé des sanctions qui ont pour tâche non pas de réparer un préjudice mais d'anticiper ou d'éviter la réalisation ou les conséquences d'un dommage. Notre étude se doit alors de vérifier cette hypothèse en démontrant à partir du droit positif où se loge ce principe et comment il se manifeste. La spécificité de la sanction préventive pourra alors apparaître.

424. Conclusion de section. Du déclin de la conception usuelle de la sanction, la présente étude a fait la proposition d'une conception plus adéquate de la sanction en responsabilité civile. Nous avons pu distinguer trois niveaux linguistiques de la sanction juridique qui permettent de relier sans exclure les différentes utilisations de la sanction par le droit positif. De cette mise en cohérence du langage au droit, il a été proposé une *conception interprétative de la sanction qui définit cette dernière comme l'acte (ou le processus) qui résulte du choix d'un interprète de mettre à l'effet la norme dans son appartenance à l'ordre juridique ou dans son application à un cas concret (litigieux ou non)*. À partir de cette conception proposée, il a été démontré la possible qualification de sanction des manifestations préventives. *La finalité préventive de ces sanctions appert d'un ensemble de caractères qui traduisent implicitement (pour les manifestations préventives de la réalisation du dommage) et explicitement (pour les manifestation préventives des conséquences du dommage) le pouvoir d'interprétation (modérateur ou discrétionnaire) du juge de la responsabilité civile*. L'origine de ce pouvoir d'interprétation est pressentie dans l'existence d'un nouveau principe gouvernant les effets de la responsabilité civile qu'il conviendra de mettre au jour.

425. Conclusion de chapitre. Si la démonstration de l'existence en droit positif de manifestations préventives de la responsabilité civile a été effectuée, il restait à découvrir comment elles pouvaient être qualifiées. Or, si l'évidence conduisait à les qualifier de sanction, l'existence d'une conception usuelle de ce terme ne le permettait pas. En démontrant les incohérences de cette conception et son déclin tant en doctrine qu'en droit positif, l'étude a pu proposer une conception différente de la sanction plus en phase avec le droit actuel et à même de faire émerger une notion de sanction préventive.

426. Conclusion de titre. Pour proposer une nouvelle conception de la sanction en droit, il était préalablement nécessaire de montrer qu'il existe une conception usuelle que les juristes utilisent non intentionnellement. Cette conception usuelle provient elle-même d'une conception

¹¹¹³ Il s'agit du principe de prévention proportionnelle. Cf. *infra*, n° 654 à 697.

¹¹¹⁴ Cf. *infra*, n° 628 et s.

particulière du droit, celle du droit/sanction, d'origine normativiste, impropre à conceptualiser le droit de la responsabilité civile d'aujourd'hui et notamment l'existence de ses manifestations préventives. *Le principal écueil de cette conception usuelle consiste à modéliser la sanction comme un effet prescrit dès l'origine par la norme qui viendra à être violée. Au contraire, nous avons soutenu que la source de la sanction ne résidait pas dans la norme violée mais dans son interprétation juridique, qu'elle soit judiciaire, administrative ou autre. C'est au cours du travail d'interprétation que la sanction vient à être prononcée afin de s'adapter au mieux aux faits. En effet, la majorité des manifestations ont pour caractère commun celui de l'adéquation du droit au fait litigieux, et de la proportionnalité de la mesure au risque de dommage. Et, toutes les manifestations préventives proviennent d'un pouvoir modérateur ou discrétionnaire. Le second écueil de la conception usuelle réside dans l'acception "conséquentialiste" de la sanction. La sanction ne pourrait intervenir qu'après la réalisation du dommage. L'existence des manifestations préventives démontre le contraire. La conception interprétative proposée permet d'éviter cet écueil en concevant la sanction comme une réaction au sens juridique et non temporel : elle peut être proactive, n'ayant pas besoin de la réalisation matérielle des faits mais seulement de la certitude juridique de leur réalisation. La sanction juridique ainsi conçue permet de voir émerger la notion de sanction préventive. La sanction préventive qualifie donc les manifestations préventives de la responsabilité civile de manière unitaire grâce à un ensemble de caractères que ces dernières partagent et qui mettent en exergue l'existence d'un pouvoir d'interprétation particulier à l'origine du traitement judiciaire préventif des normes de la responsabilité civile. Ce traitement particulier des normes conduit au prononcé d'une sanction que nous proposons de désigner par la notion de sanction préventive. La sanction préventive se définit alors comme l'effet de droit résultant d'une interprétation de la norme susceptible d'être violée.*

Conclusion de la première partie

427. Sans prendre partie pour l'existence ou non d'une fonction préventive de la responsabilité civile, la présente étude a choisi de rechercher parmi l'application des règles de ce droit les cas où un caractère préventif, au sens littéral, pouvait s'en évincer. Il est alors apparu deux configurations : une première où le dommage n'était pas encore réalisé ; une seconde où ses conséquences n'étaient pas encore survenues. En s'attachant à mettre en évidence leurs caractères propres, les manifestations préventives ont été présentées, matière par matière, et en comparaison avec d'autres droits que celui de la France et du Québec. Un constat s'est fait jour. Les manifestations préventives existent mais leur qualification est rejetée au rang d'exception de certaines règles. En parallèle, il est apparu que ces manifestations semblaient toutes être des sanctions juridiques en raison de leurs caractères communs. *Les manifestations préventives de la responsabilité civile sont exclusivement jurisprudentielles.* Ce constat fondamental emporte la conviction qu'il faille qualifier ces manifestations de sanctions juridiques. Or, ce terme plurivoque s'adapte mal. C'est qu'il est entendu couramment dans un sens strict. Cette acception première est le fruit d'une conception usuelle que nous avons mise au jour. Après en avoir démontré les incohérences internes et le dépassement par le droit actuel, l'étude, forte de cette critique, a conduit à la proposition d'une autre conception de la sanction. *Il s'est agi de recentrer la sanction sur sa véritable source : l'interprétation des faits et des textes et non la violation de la norme.* La conception interprétative de la sanction ainsi née a permis d'élargir la notion de sanction afin de lui permettre de qualifier les manifestations préventives à travers une véritable notion de sanction préventive propice à revisiter le droit de la responsabilité civile. Incidemment, l'émergence de la notion de sanction préventive conduit à en trouver la spécificité par l'étude de son influence sur la présentation traditionnelle de ce droit.

Seconde partie.
**L'influence de la sanction préventive sur le droit de la
responsabilité civile**

PARTIE 2

L'INFLUENCE DE LA SANCTION PREVENTIVE SUR LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

428. Constats précédents. Les manifestations préventives de la responsabilité civile sont des sanctions juridiques à condition de concevoir ces dernières comme le fruit d'une interprétation en droit. Ce faisant, il émerge du droit positif une notion de sanction préventive dont le régime reste à identifier. L'émergence de cette notion résulte d'un ensemble de caractères communs s'originant dans un pouvoir d'interprétation qui illustre un traitement judiciaire préventif des normes de la responsabilité civile.

429. Problématique. Il convient alors de se demander quelle influence exerce le prononcé des sanctions préventives sur notre présentation de la responsabilité civile et sur ses données positives. Dans quelle mesure les trois conditions traditionnelles du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité sont-elles influencées par le prononcé d'une sanction préventive ? De même, la sanction préventive en tant qu'effet de droit exerce-t-elle également une influence sur les effets communément présentés de la responsabilité civile ? Les principes gouvernants les effets traditionnels de réparation s'appliquent-ils également aux sanctions préventives ?

430. Hypothèse. La recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile a montré que la sanction préventive s'illustre par exception au caractère certain du préjudice, notamment. En poursuivant cette recherche à l'ensemble des conditions d'engagement d'une action en responsabilité civile, nous émettons l'hypothèse que la notion de sanction préventive exerce une influence qui bouleverse la présentation traditionnelle du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité. Cette influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité conduit alors à supposer qu'elle se répercute sur les effets de la responsabilité civile. Lors de son prononcé, la sanction préventive est un effet de la responsabilité civile qui doit répondre à des principes différents que ceux qui gouvernent les sanctions réparatrices – de sorte que la sanction préventive exerce également une influence sur les effets de la responsabilité.

431. Il convient alors d'étudier, dans un premier temps, l'influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile et, dans un second temps, l'influence de la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile.

Titre 1. L'influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile.

Titre 2. L'influence de la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile.

TITRE 1 L'INFLUENCE DE LA SANCTION PREVENTIVE SUR LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE

432. Problématique. Le prononcé d'une sanction préventive résulte-il de nouvelles conditions d'engagement de la responsabilité civile ? Une certaine configuration du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité est-elle au fondement des sanctions préventives ? Au contraire, les conditions traditionnelles du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité sont-elles détournées pour permettre le prononcé d'une sanction préventive ?

433. Hypothèse. Les manifestations préventives ont montré lors de leur découverte une première réponse. Les sanctions préventives dérogent à certaines exigences traditionnelles des conditions d'engagement d'une action en responsabilité, et notamment la condition du préjudice. Nous émettons alors l'hypothèse que le prononcé d'une sanction préventive entraîne un bouleversement de toutes les conditions de la responsabilité dont il faut prendre la pleine mesure.

434. Il est alors nécessaire, dans un premier temps, d'établir la mesure de ce bouleversement des conditions et de rechercher, dans un second temps, les raisons de ce bouleversement afin de nous mettre sur une nouvelle piste.

Chapitre 1. Le bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

Chapitre 2. Les raisons du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

CHAPITRE 1. LE BOULEVERSEMENT DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

435. Constats précédents. La diversité des manifestations préventives de la responsabilité civile a démontré la grande largesse de ce droit à accueillir une action sur le fondement de conditions largement entendues. La problématique est d'ailleurs dans l'air du temps et la doctrine s'interroge même sur une responsabilité civile sans faute et sans préjudice¹¹¹⁵. À tel point que certains auteurs préconisent *de lege ferenda*, afin d'admettre le principe de précaution, une action en responsabilité civile ouverte par un simple risque de dommage et de causalité¹¹¹⁶.

436. Problématique. En quoi les sanctions préventives illustrent-elles le bouleversement des conditions traditionnelles d'engagement de la responsabilité civile ? Ce bouleversement résulte-il de l'existence de nouvelles conditions ? Au contraire, les conditions d'engagement d'une action en responsabilité civile sont-elles identiques mais interprétées différemment lorsque la mise en œuvre de la finalité préventive de ce droit est requise ?

437. Hypothèse. De nombreux auteurs concluent assez rapidement à la disparition des conditions telles qu'on les conçoit traditionnellement lorsque la prévention et davantage la précaution sont mises en œuvre par le droit de la responsabilité civile¹¹¹⁷. Ils en viennent alors à plaider pour une réforme du droit de la responsabilité civile afin de lui donner une nouvelle cohérence. Notre étude des sanctions préventives, fortes de ses comparaisons historiques et québécoises notamment, nous ouvre une autre voie. L'apparition de nouvelles conditions telles que le risque de dommage ou le trouble illicite peut être perçue comme le fruit d'un bouleversement des conditions traditionnelles de la responsabilité civile mais non comme de nouvelles conditions en tant que telles. En d'autres termes, les sanctions préventives influenceraient les conditions d'engagement d'une action en responsabilité civile par une interprétation plus large de leur admission.

438. Si notre hypothèse se vérifie, il sera possible de *montrer que les conditions d'engagement de la responsabilité civile ne sont pas en voie de disparition mais qu'elles sont différemment*

¹¹¹⁵ D. MAZEAUD, "Responsabilité civile et précaution", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, RCA, hors-série, juin 2001, p. 72.

¹¹¹⁶ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 444, préf. C. THIBIERGE, 2005.

¹¹¹⁷ M. BOUTONNET, "Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?", *D.*, 2009, 819 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008.

interprétées lorsqu'elles ont pour but d'ouvrir une action tendant au prononcé d'une sanction préventive (Section 1). Cette notion de sanction préventive dictant l'interprétation qu'il convient de faire des conditions pour ouvrir l'action pose la question de rendre cohérent le droit de la responsabilité par une réforme légale. Qu'elle en est la perception doctrinale ? (Section 2).

SECTION 1. L'ampleur du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

439. Les trois conditions d'engagement de la responsabilité civile sont influencées par le prononcé d'une sanction préventive. Si le bouleversement de la condition du préjudice est celui qui a retenu l'attention (§1), les conditions du fait générateur (§2) et du lien de causalité (§3) n'en sont pas moins affectées.

§1. Le démembrement de la condition du préjudice

440. Le préjudice, cause de la crise du droit de la responsabilité civile ? La crise de la responsabilité civile conduit généralement la doctrine à pointer du doigt la condition du préjudice comme le principal responsable. Cette tendance est fondée à deux égards. D'une part, on constate la démultiplication des préjudices de sorte qu'il semble que le droit de la responsabilité civile accueille tout type de dommage et se transforme en un droit pur de la réparation¹¹¹⁸. D'autre part, on envisage et on redoute que le regain de prévention notamment au travers du principe de précaution conduise à la disparition de la condition du préjudice et à l'apparition d'une responsabilité sans préjudice¹¹¹⁹.

441. Disparition ou démembrement de la condition du préjudice ? Traditionnellement, la condition du préjudice pour ouvrir droit à la responsabilité civile signifie que le demandeur doit apporter la preuve d'un fait lui causant un dommage. La condition du préjudice est la conjonction d'un dommage, atteinte matérielle, et d'un préjudice, répercussion juridique. C'est cette équation que la sanction préventive vient bouleverser en accueillant des actions en responsabilité civile ouvertes seulement en présence d'un dommage ou d'un préjudice. Cette logique de dissociation du dommage et du préjudice se retrouve dans la notion de trouble très présente depuis quelques

¹¹¹⁸ C. LAPYOYADE-DESCHAMPS, "Quelle(s) réparation(s) ?", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA, hors-série*, juin 2001, pp. 62 et s., *spéc.*, p. 65 ; L. CADIET, "Les métamorphoses du préjudice", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37. V. Egal., X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", préf. P. JOURDAIN avant propos de J.-L. BAUDOIN ET P. DESLAURIERS, 2004, pp. 147 et s.

¹¹¹⁹ D. MAZEAUD, "Responsabilité civile et précaution", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, op. cit.*

décennies. Nous émettons ainsi l'hypothèse que la sanction préventive influence la condition du préjudice par le démembrement de son objet plutôt que par la disparition de son exigence.

442. Pourtant, à la question de savoir quelles conditions doivent être réunies pour obtenir le prononcé d'une sanction préventive, il est récemment répondu que preuve doit être faite d'un risque de préjudice (A). La réponse, trop limitée quant à l'étendue des données positives, une fois critiquée permettra de montrer qu'une action en responsabilité civile conduit à une sanction préventive lorsque le dommage et le préjudice se dissocient matériellement (B).

A. Le risque de préjudice, condition limitée

443. Le risque de préjudice n'existe pas en droit positif en tant que tel. C'est une proposition doctrinale (2) qui s'appuie sur certaines données du droit positif (1).

1. Les manifestations du risque de préjudice en droit positif

444. Les manifestations du risque de préjudice peuvent être trouvées dans la nécessité de prouver la seule atteinte à un intérêt dans certaines actions en responsabilité (a) et dans la preuve du seul trouble en cas de trouble anormal et de trouble illicite (b).

a. les manifestations du risque de préjudice dans l'atteinte à un intérêt

445. Les présomptions graves, précises et concordantes : la condition du préjudice supposée. Les présomptions visées à l'article 1349 du Code civil permettent au juge de tirer les conséquences d'un fait connu à un fait inconnu. Sur le fondement de l'article 1353 du Code civil, lorsque ces présomptions sont suffisamment graves, précises et concordantes, la preuve du préjudice est établie. La jurisprudence recoure de plus en plus à cette technique et notre étude a pu le démontrer à l'occasion de la responsabilité du fait des médicaments défectueux¹¹²⁰. La défectuosité du médicament est prouvée par un ensemble de présomptions au nombre desquelles figure notamment la présentation des risques encourus dans la notice¹¹²¹. La doctrine constate alors que « bien que le préjudice ne soit pas totalement démontré, le juge se contente parfois de

¹¹²⁰ Cf. *supra*, n° 70 et s.

¹¹²¹ Les arrêts de revirement de la Cour de cassation du 22 mai 2008 ont été commentés en ce sens. V. not., C. SINTEZ, "Responsabilité du fait des médicaments défectueux : trois arrêts attendus pour un revirement mesuré", *LPA*, 169, 22 Aout 2008, pp. 6-13 ; L. GRYNBAUM, "Vaccins contre l'hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation gagne du temps", *JCP*, G., II, 10131, 2008, , J. PEIGNE, "note sous Civ. 1ère, 22 mai 2008", *RDSS*, 2008, 578 ; I. GALLMEISTER, "obs. sous Civ. 1ère, 22 mai 2008", *D.*, 2008, 1544.

faire comme si il existait »¹¹²². Cette considération ne vaut que si l'on distingue les notions de dommage et de préjudice car, matériellement, les victimes souffrent indéniablement d'un dommage dont il est précisément question de savoir s'il peut être qualifié en préjudice. En matière de concurrence déloyale ou illicite ainsi que dans le droit de la personnalité, la seule présomption de l'article 1349 du Code civil semble suffire dès lors qu'une atteinte à un droit peut être rapportée.

446. Les présomptions simples : la condition du préjudice assoupli. En effet, dans ces deux matières, les premières pages de notre étude ont montré qu'une atteinte au droit de la concurrence ou au droit de la personnalité suffit à engager une action en responsabilité civile¹¹²³. Il faut prendre la mesure de ce constat. De toute évidence, l'atteinte se distingue très nettement du préjudice¹¹²⁴. En effet, un préjudice est requis en droit de la responsabilité civile afin de réparer la perte éprouvée des suites de la réalisation d'un fait dommageable¹¹²⁵. La condition du préjudice est donc la réunion d'une atteinte matérielle et d'une atteinte subie par une personne. Or, *la seule atteinte à un droit suffit à engager la responsabilité de l'auteur du dommage dans ces matières*. Le passage de la lésion d'un intérêt juridiquement protégé au simple intérêt lésé est constaté et critiqué au sein de la doctrine¹¹²⁶. Pourtant, la jurisprudence semble continuer en cette voie¹¹²⁷ comme le laisse apparaître l'admission du préjudice écologique pur.

447. Un exemple d'atteinte à un intérêt non assimilable à un préjudice : le préjudice écologique pur. Le préjudice écologique pur est un dommage causé à « des ressources naturelles sans qu'aucun intérêt humain soit directement et immédiatement lésé »¹¹²⁸. Il s'agit d'une atteinte

¹¹²² M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1049, p. 521 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 949.

¹¹²³ Civ 1^{ère}, 5 nov. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 378 ; *JCP*, G., 1997, I, 4025, comm. G. VINEY, « il est donc clair désormais que la preuve spécifique d'une faute et d'un dommage indépendamment de l'atteinte à la vie privée est devenue inutile », n° 3. Egal., *RTD civ.*, 1997, p. 633, obs. J. HAUSER ; *JCP*, G., 1997, I, 22805, J. RAVANAS ; *D.* 1997, somm., p. 289, P. JOURDAIN.

¹¹²⁴ « Sauf à considérer que le préjudice s'évince nécessairement du seul fait de l'atteinte », PH. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007, n° 1321.

¹¹²⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 249.

¹¹²⁶ X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, th. préc.*, n° 47 et s.

¹¹²⁷ M. Jourdain note que la jurisprudence est « favorable au dépassement de la notion de préjudice limité à une simple perte », P. JOURDAIN, "Le préjudice et la jurisprudence", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif, RCA, hors-série*, juin 2001, p. 45, *spéc.*, n° 12, p. 47.

¹¹²⁸ G.-J. MARTIN, "Réflexion sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique pur", in *Droit et environnement, ouvrage collectif*, PUAM, 1995, pp. 115 et s. Sur le préjudice écologique pur, v. égal., « Le préjudice écologique », *J.- Cl. Civil*, App. Art. 1382 à 1386, Fasc. 112 ; P. GIROT, *La réparation du dommage écologique*, préf. R. DRAGO, LGDJ, 1974 ; F. ARHAB, *Le dommage écologique*, thèse, Tours, 1997 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th. préc.*, n° 668 et s. ; G. VINEY, "Le préjudice écologique", in *Le préjudice, colloque du CREDO, RCA, n° spécial*, mai 1998, pp. 6 et s. ; G. WIEDERKEHR, "Dommage écologique et responsabilité civile",

à l'environnement « sans répercussion sur les personnes ou sur les biens »¹¹²⁹. La consécration jurisprudentielle de ce nouveau type de préjudice n'est pas récente contrairement à ce que l'on pourrait penser. M. Neyret¹¹³⁰ rapporte qu'un jugement du Tribunal correctionnel de Brest de 1988 a prononcé la réparation du préjudice du fait de la destruction des poissons d'une rivière polluée par un collecteur de drainage de manière autonome par rapport au préjudice moral subi par une association¹¹³¹. Pareillement, a été réparée et de manière autonome, l'atteinte à l'environnement des suites de la vidange sauvage d'une citerne contenant des hydrocarbures¹¹³², le préjudice subi par la flore et les invertébrés du milieu aquatique ainsi que le préjudice subi par le milieu aquatique lui-même¹¹³³, et le préjudice d'un parc naturel régional consécutif à l'écoulement de produits chimiques dans les eaux maritimes du fait d'un fabricant de ces produits¹¹³⁴. Le préjudice écologique pur a été consacré de manière explicite par un récent jugement du Tribunal de grande instance de Paris à propos du naufrage de l'Erika¹¹³⁵. La société Total, propriétaire de la cargaison, ainsi que le propriétaire et gestionnaire du navire ont été reconnus coupables de délit de pollution maritime. Dans son jugement, le Tribunal retient de manière explicite l'autonomie du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement par rapport à d'autres préjudices tels que le préjudice moral des pêcheurs à pied compte tenu des conséquences de la pollution consécutive au naufrage de l'Erika sur leur cadre de vie, le préjudice du dirigeant d'une société de vente ambulante de produits bretons compte tenu des conséquences importantes que la pollution a eues sur sa vie personnelle, en plus des différents préjudices des associations et des collectivités territoriales¹¹³⁶. Le Tribunal indemnise donc le préjudice souffert du fait de la pollution par les « espaces naturels sensibles » ainsi que « le désastre ornithologique » subi par l'environnement indépendamment d'une quelconque répercussion sur les personnes¹¹³⁷.

*in Les hommes et l'environnement, Mélanges en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche, 1998, p. 513 ; P. JOURDAIN, "Le dommage écologique et sa réparation", in La responsabilité et la réparation des dommages causés à l'environnement, ouvrage collectif, LGDJ/Bruylant, à paraître, , M. MEMLOUK, "Préjudice écologique pur : du mirage à l'impasse", *BDUI*, 16 juill. 2008, pp. 33 et s.*

¹¹²⁹ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 468, préf. C. THIBIERGE, 2006, n° 198.

¹¹³⁰ L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *D., chron.*, 2008, 170, *spéc.*, p. 172.

¹¹³¹ T. corr Brest, 4 nov. 1988, n° 246388.

¹¹³² T. corr. Libourne, 29 mai 2001, n° 00/010957

¹¹³³ CA Bordeaux, 13 janv. 2006, n° 05/00567.

¹¹³⁴ TGI Narbonne, 4 oct. 2007, *D.* 2007, AJ, 2731.

¹¹³⁵ TGI Paris, 16 janv. 2008, *JCP, G.*, 2008, Act. 88, et I, 126, aperçu et note L. LE COUVIOUR ; II, 10053, note B. PARANCE ; *RLDC*, avr. 2008, 21, obs. M. BOUTONNET ; *AJDA*, 2008, 934, note A. VAN LANG ; *D.* 2008, AJ, 351, et *Edito* 273, F. ROME ; *RSC*, 2008, 344, obs. J.-H. ROBERT.

¹¹³⁶ Pour une analyse détaillée sur ce point, L. NEYRET, "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *D.*, 2008, 2681 ainsi que A. VAN LANG, "Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire", *AJDA*, 2008, 934.

¹¹³⁷ Termes du jugement.

Pour autant, il ne s'agit pas d'une véritable manifestation préventive de la responsabilité dans la mesure où la réparation du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement a été « subordonnée à la démonstration d'une atteinte effective des espaces naturels sensibles ». Il s'agit bien de réparation d'une atteinte déjà réalisée. Toutefois, la jurisprudence a admis antérieurement à cette décision la réparation d'une atteinte non encore réalisée et susceptible de produire un préjudice écologique pur. En effet, tel est le sens de la décision de la Cour d'appel de Bordeaux qui a retenu que la construction illégale d'une digue dans le lit d'un cours d'eau était « susceptible d'entraîner une modification de l'équilibre hydraulique et écologique de la zone concernée »¹¹³⁸.

448. Atteinte potentielle à un intérêt. Cet exemple du préjudice écologique pur contrairement à l'étude faite par la doctrine des différentes atteintes à un intérêt révèle l'existence de manifestations préventives de la responsabilité civile. En effet, ne sont étudiées que les atteintes déjà constituées auxquelles il s'agit d'ouvrir une action en réparation. Cette lecture du droit de la responsabilité civile est trop sommaire et le début de notre étude a montré que la jurisprudence prononçait déjà ce que nous avons proposé d'appeler des mesures d'anticipation¹¹³⁹. Nous qualifions ainsi ces mesures parce qu'un grand nombre d'arrêts permet d'ouvrir droit à une action en responsabilité civile alors que l'atteinte à un droit n'est encore que potentielle. Nous avons pu le démontrer, par exemple, à propos d'une atteinte aux droits d'auteur alors que le manuscrit du livre n'était pas encore publié ou bien à propos d'une atteinte au droit de la concurrence alors que l'acte anticoncurrentiel de procéder à des remises commerciales en dehors des périodes de soldes n'étaient pas encore réalisé¹¹⁴⁰. Les manifestations du risque de préjudice sont bien plus nettes lorsque l'on procède ainsi à une analyse fine de la jurisprudence et incitent à concevoir qu'il existe un tel risque de préjudice en droit positif.

b. Les manifestations du risque de préjudice dans le trouble anormal ou illicite

449. Trouble et préjudice. La jurisprudence sur la cessation des troubles anormaux et illicites ne requiert pas la preuve d'un préjudice en sus de celle du trouble¹¹⁴¹. Traditionnellement, on considère que le trouble anormal s'analyse comme une sorte de préjudice non consommé et continu différant en cela des préjudices finis¹¹⁴². Incidemment, la distinction entre le trouble et le préjudice pourrait apparaître comme non pertinente en responsabilité civile. Or, cette analyse est remise en cause par deux arguments exposés par Mme Guillemain dans sa thèse¹¹⁴³.

¹¹³⁸ CA Bordeaux, 15 févr. 2005, n° 04/00578.

¹¹³⁹ Cf. *supra*, la toute première section de cette étude.

¹¹⁴⁰ Cf. *supra*, n° 37 et s.

¹¹⁴¹ Cf. *supra*, n° 90 et s.

¹¹⁴² En ce sens, M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1057.

¹¹⁴³ C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM, préf. P. CONTE, 2000.

Premièrement, le trouble peut cesser alors que le préjudice ne peut être que compensé¹¹⁴⁴. En effet, il n'y a pas de trouble sans caractère continu du désordre ; la jurisprudence l'exige¹¹⁴⁵. Secondement, le trouble est marqué par l'excès ou l'anormalité contrairement au préjudice. Mme Guillemain va même jusqu'à faire de l'excès, le critère du trouble, d'une part¹¹⁴⁶, et un caractère incompatible avec la notion de préjudice, d'autre part¹¹⁴⁷.

450. Le trouble, la condition du préjudice écartée. Le trouble constitue une menace de dommage. « C'est le précurseur d'un dommage non encore né »¹¹⁴⁸. Il se situe en amont du dommage qui ne peut être cessé en raison de son caractère irréversible¹¹⁴⁹. La distinction est pertinente pour une bonne lecture de la jurisprudence. En effet, comme le constate M. Jourdain, « lorsque la demande tend non à réparer un préjudice réalisé mais à prévenir un préjudice futur ou à tarir la source d'un préjudice permanent par des mesures d'interdiction des agissements illicites, la preuve d'un dommage actuel n'apparaît plus nécessaire »¹¹⁵⁰. C'est d'un trouble, menace de dommage, dont il s'agit. Par conséquent, si le trouble n'est pas un type de préjudice et que la jurisprudence n'exige que la preuve du trouble alors la condition du préjudice est écartée. « Or, en appréhendant ainsi le trouble, le droit de la responsabilité civile ne reconnaît-il pas implicitement le risque de préjudice ? »¹¹⁵¹. En effet, le trouble se situant en amont du préjudice, il peut apparaître comme une trace du risque de préjudice.

Le risque de préjudice serait-il alors la condition nécessaire au prononcé d'une sanction préventive ?

2. La proposition doctrinale de la condition du risque de préjudice

451. Le risque de préjudice, notion limitée. La condition du risque de préjudice est une proposition doctrinale qui émerge des travaux des auteurs ayant étudié les rapports entre le principe de précaution et le droit de la responsabilité civile¹¹⁵². De ces études, il semble se dégager un point de vue commun selon lequel la condition du risque de préjudice doit être

¹¹⁴⁴ En ce sens, « Il est toujours possible d'aller au-delà d'une simple compensation, en matière de trouble, car l'on peut alors envisager d'agir directement sur la source du préjudice. Le trouble n'est en effet que provisoire », C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé, th. préc.*, n° 39.

¹¹⁴⁵ Civ. 2^{ème}, 5 févr. 2004, *D.*, 2004, somm., p. 2468.

¹¹⁴⁶ C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé, th. préc.*, n° 110, V. également, F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, préf. J. RIVERO, 1981, n° 185.

¹¹⁴⁷ C. GUILLEMAIN, *ibid.*

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 47 et s.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, n° 37.

¹¹⁵⁰ P. JOURDAIN, *RTD Civ.*, 1997, p. 438, obs. sous Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996.

¹¹⁵¹ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1058.

¹¹⁵² *Ibid.*, n° 1065 et s. ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th. préc.*, n° 944 et s.

limitée à certains risques scientifiques et techniques. Le risque de préjudice est en effet une proposition pour une responsabilité préventive limitée dans son domaine et également dans son objet.

451-1. *Dans son domaine*, seuls les risques scientifiques et techniques environnementaux, sanitaires et bioéthiques sont visés par cette doctrine. Ce domaine est justifié par les intérêts collectifs qu'ils mettent en œuvre¹¹⁵³ ou par l'objet particulier de cette responsabilité¹¹⁵⁴. Mlle Boutonnet précise, d'une part, que ces risques devront être déterminables afin que les associations défendant ses intérêts collectifs puissent les prouver en justice¹¹⁵⁵. D'autre part, l'auteur note que ces risques doivent être évaluables afin de permettre de qualifier le préjudice encouru en préjudice corporel (risque sur la santé et l'environnement¹¹⁵⁶), en préjudice purement patrimonial (préjudice écologique au sens large), ou en préjudice extra-patrimonial (préjudice à l'encontre des intérêts de l'humanité comme le dommage génétique¹¹⁵⁷).

451-2. *Dans son objet*, cette responsabilité préventive ne concernerait que certains risques scientifiques et techniques marqués par deux caractéristiques : leur ampleur et leur gravité. Quant à leur ampleur, les risques entraîneraient une responsabilité préventive parce qu'il en résulterait un accident collectif en cas de dommage. Quant à leur gravité, les risques seraient pris en compte juridiquement en raison de leurs conséquences irréversibles en cas de dommage¹¹⁵⁸. On peut noter que ce critère est déjà requis lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de précaution. Tant la jurisprudence du Conseil d'Etat¹¹⁵⁹ que celle de la CJCE¹¹⁶⁰ requièrent, conformément

¹¹⁵³ « Ecologiques, sanitaires ou plus symboliques tels que le dommage génétique, [ces risques] concernent les intérêts collectifs », M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1067.

¹¹⁵⁴ « Le risque de dommage générateur de responsabilité civile doit donc être circonscrit aux menaces de dommages constitutifs d'une atteinte à l'environnement ou à la santé, lesquelles peuvent se révéler particulièrement graves », D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile., th. préc.*, n° 958.

¹¹⁵⁵ Sur ce point, v. S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit français*, thèse, Grenoble II, 1994, pp. 45 et s.

¹¹⁵⁶ Par exemple, le risque de transmission de l'E.S.B. à l'homme. F. COLLART DUTILLEUL, "Regards sur les actions en responsabilité à la lumière de l'affaire de la vache folle", *RD rur.*, 1997, p. 226.

¹¹⁵⁷ Risque déjà pressenti lors de la révision des lois bioéthiques. A. CLAEYS, *Rapport d'information déposé par la mission commune préparatrice au projet de loi des révisions des lois bioéthiques de juillet 1994*, Ass. Nat., n° 3208, t. 1, 27 juin 2001, pp. 219 et s.

¹¹⁵⁸ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, 561, spéc. 567 ; A. GUEGAN, "L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile", *RJE*, 2, 2000, p. 147, spéc., pp. 167-169 ; D. MAZEAUD, "Responsabilité civile et précaution", *art. préc.*, p. 76 ; P. JOURDAIN, "Principe de précaution et responsabilité civile", in *Le principe de précaution, Colloque au Palais du Luxembourg organisé par le Centre de recherche en droit privé de Paris I, 10 décembre 1999*, Petites Affiches, 30 novembre 2000, p. 51, spéc., p. 56.

¹¹⁵⁹ Pour ne citer qu'un arrêt, CE, *Assoc. Greenpeace France*, 25 sept. 1998, n° 194348, Rec., p. 342.

aux différents textes internationaux¹¹⁶¹ et internes¹¹⁶², la gravité des risques pour pouvoir être pris juridiquement en compte.

452. Risque de préjudice et principe de précaution. On constate alors que la proposition du risque de préjudice en tant que condition d'engagement de la responsabilité civile est une proposition doctrinale sur mesure pour le principe de précaution. Si Mlle Tapinos élargit sa proposition à la prévention, il n'en demeure pas moins que cette proposition vise exclusivement à orienter la responsabilité civile *de lege ferenda* vers une responsabilité de l'anticipation des risques de dommage graves et irréversibles. Or, le domaine des sanctions préventives est beaucoup plus large. Les manifestations préventives de la responsabilité civile mettent en évidence une frontière poreuse entre la prévention et la réparation, notamment au travers de la réparation anticipée des conséquences futures du dommage¹¹⁶³ et de la réparation punitive des conséquences actuelles du dommage¹¹⁶⁴. Notre étude a effectivement montré que certains dommages et intérêts tels les dommages et intérêts provisionnels ou ceux alloués pour réparer un dommage futur poursuivaient une finalité préventive. Or, la condition proposée du risque de préjudice ne peut concerner ces manifestations en raison de la limitation des risques encourus aux risques scientifiques et techniques d'une particulière gravité. *La condition proposée du risque de préjudice est une condition exclusivement prospective qui ne peut ni n'a été conçue*¹¹⁶⁵ *pour les manifestations préventives traditionnelles de la responsabilité civile.*

Pourtant, nous venons de dénombrer un certain nombre d'atteintes qui s'émancipent de la condition du préjudice. Si la condition du risque de préjudice n'est pas la bonne proposition pour les sanctions préventives, la voie à suivre n'y est cependant pas étrangère.

¹¹⁶⁰ *The Queen and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs and Excise, ex parte : National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.* 1998, I, 2235, *Concl.* TESAURO, I, 2211.

¹¹⁶¹ C'est le cas des Déclaration de Rio et de Bergen. Sur cette analyse, v. M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1076.

¹¹⁶² Par ex., art 5 de la Charte de l'environnement et Loi Barnier.

¹¹⁶³ Cf. *supra*, n° 114 et s.

¹¹⁶⁴ Cf. *supra*, n° 170 et s.

¹¹⁶⁵ « Concevoir la responsabilité préventive comme une forme de prudence préventive qui serait le pendant de l'obligation juridique de prudence de la responsabilité civile traditionnelle paraît difficilement envisageable. En effet, tandis que dans sa forme curative l'importance du domaine de la responsabilité, susceptible d'être engagée à la suite de « tout fait quelconque de l'homme », se trouve limitée par l'exigence d'un dommage, dans sa forme préventive, la responsabilité ne peut être précisément restreinte par cette dernière. Il nous semble donc qu'il convient d'encadrer avec précision les conditions de mise en œuvre de la responsabilité préventive », D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th. préc.*, n° 948.

B. La dissociation du dommage et du préjudice, condition éprouvée

453. La piste du préjudice objectif après celle du risque de préjudice (1) nous permet de comprendre que la dissociation du dommage et du préjudice est la condition nécessaire et suffisante au prononcé d'une sanction préventive (2).

1. Le préjudice objectif, voie vers la condition du prononcé d'une sanction préventive

454. Evolution de la notion de préjudice : le préjudice objectif. Le préjudice est une notion qui n'a de cesse d'évoluer et l'admission d'un préjudice sans répercussion sur les personnes est une nouvelle étape. Pour traduire cette consécration d'un nouveau type de préjudice au niveau de la notion de préjudice, il a récemment été proposé la notion de préjudice objectif. En effet, il n'est plus possible de concevoir le préjudice à travers une acception stricte de son caractère personnel. Traditionnellement, le préjudice a un caractère personnel tant du point de vue processuel en exigeant que seule la personne ayant un intérêt personnel à agir puisse demander la réparation d'un dommage, que d'un point de vue substantiel où seuls les dommages ayant des répercussions sur les personnes et sur les biens sont réparables. La consécration du préjudice écologique pur déroge à cette conception traditionnelle. La proposition faite par M. Neyret de la notion de préjudice objectif¹¹⁶⁶ permet de comprendre que la condition du préjudice ne signifie plus que la notion d'intérêt personnel à agir s'identifie avec l'intérêt individuel mais, au contraire, qu'elle englobe aussi les intérêts collectifs. Le préjudice objectif est également une proposition à même de comprendre le passage de l'acception du préjudice en tant que lésion d'un intérêt ayant des répercussions patrimoniales ou extra-patrimoniales sur la victime, à l'admission du préjudice en cas de simple lésion d'un intérêt conforme au droit indépendamment des répercussions personnelles. Le préjudice objectif prend ainsi en compte et donne à voir le mouvement d'objectivation et de dépersonnalisation de la condition du préjudice. Ce mouvement ne résulte pas uniquement de l'admission du préjudice écologique pur mais également de dispositions légales, notamment l'article L. 160-1, I du code de l'environnement, et communautaires, notamment le règlement Rome II¹¹⁶⁷.

455. Existence antérieure du préjudice objectif au préjudice écologique pur. Si le préjudice objectif a été proposé après la consécration du préjudice écologique pur, force est d'admettre que notre étude démontre son antériorité. En effet, que ce soit l'atteinte à un droit concurrentiel ou l'atteinte à un droit de la personnalité, le droit ne requiert en rien la preuve d'une répercussion sur le patrimoine de la victime. Derechef, la seule atteinte suffit même lorsqu'elle est potentielle.

¹¹⁶⁶ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile, th. préc.*, n° 581 et s., et n° 619 et s. ; L. NEYRET, "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *art. préc.* ; L. NEYRET, "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *art. préc.*

¹¹⁶⁷ Règl. 864/2007 du 11 juill. 2007, JO L 199, 31 juill. 2007, Préambule, considérant 24.

Nous avons vu que la doctrine en déduisait à bon droit que le préjudice n'est pas requis dans ces matières. N'est-ce pas contradictoire avec la proposition du préjudice objectif ? On pourrait en effet estimer qu'en matière d'atteinte au droit de la concurrence et d'atteinte au droit de la personnalité, un préjudice est bel et bien demandé par l'intermédiaire de l'atteinte s'analysant alors en un préjudice objectif. Cette contradiction n'est qu'apparente. La condition du préjudice est toujours présente mais il n'est pas requis la preuve d'un préjudice ayant un caractère personnel. L'atteinte démontre en revanche qu'il est requis un préjudice objectif.

456. Limites du préjudice objectif. Le préjudice objectif serait-il alors la condition du prononcé d'une sanction préventive ? La réponse est négative car *le préjudice objectif ne peut recouvrir l'atteinte potentielle à un intérêt*. En outre, les sanctions préventives prononcées à l'encontre d'un préjudice admis alors que l'atteinte n'a pas encore été réalisée comme c'est le cas pour le préjudice futur ne découle en rien d'un préjudice objectif.

Le préjudice objectif échoue également pour conditionner le prononcé d'une sanction préventive. Tout comme le risque de préjudice, le préjudice objectif n'y est pourtant pas étranger. C'est en recherchant leurs points communs que l'on pourra trouver le tiers inclus qui les unit et incidemment la condition nécessaire et suffisante au prononcé d'une sanction préventive.

2. La dissociation du dommage et du préjudice, condition nécessaire et suffisante du prononcé d'une sanction préventive.

457. Trois manifestations de l'évolution de la condition du préjudice. Le préjudice objectif et le risque de préjudice sont deux propositions doctrinales à même de prendre en compte l'évolution de la condition du préjudice. Le préjudice objectif conceptualise le fait que l'atteinte peut être réparée juridiquement alors qu'elle n'a pas de conséquence patrimoniale ou extra-patrimoniale sur une personne. Le risque de préjudice, quant à lui, est une condition prospective d'engagement de la responsabilité civile pour les dommages futurs dont le risque de réalisation est à la fois incertain et potentiellement grave et irréversible. Il faut rajouter à ces deux notions celle du trouble. Selon Mme Guillemain, le trouble ne se confond pas avec le risque qu'elle définit comme « un péril ne se manifestant pas par une gêne concrète »¹¹⁶⁸. Or, si le trouble est menace de dommage, il a pour conséquence un résultat immédiat (provisoire) qu'il convient de faire cesser avant que ne survienne un dommage (irréversible). Ainsi, l'auteur distingue-t-elle le résultat immédiat du résultat potentiel du trouble¹¹⁶⁹. Le critère de distinction se situe alors au niveau de l'abstraction. Si le risque demeure abstrait, alors il n'engendre pas de trouble. S'il devient concret, alors un trouble peut être constaté. Le risque de préjudice, le trouble, et le préjudice objectif ne se confondent donc pas. Ils ont néanmoins un point commun. Ils

¹¹⁶⁸ C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé, th. préc.*, n° 33.

¹¹⁶⁹ La distinction correspond aux deux premiers titres de la thèse précitée.

représentent chacun une évolution de la condition du préjudice. Le préjudice objectif montre que la condition du préjudice est satisfaite même si l'atteinte n'a pas de répercussions sur les personnes. Le risque de préjudice suggère que la condition du préjudice soit satisfaite alors que le risque de dommage n'est pas certain. Le trouble démontre que la condition du préjudice est remplie alors même qu'aucun dommage n'est réalisé. Tous les trois ont donc pour point commun de satisfaire à l'exigence de la condition d'un préjudice dans une acception renouvelée de la notion de préjudice. Celle-ci ne peut plus être assimilée à une notion subjective (le préjudice peut être sans répercussion sur les personnes), passéiste (un risque de préjudice suffit) et matérielle (formellement, le trouble se substitue au préjudice).

458. Distinction entre dommage et préjudice. La notion de préjudice qui en ressort traduit le passage que nous avons constaté de la perte à la seule lésion d'un intérêt juridiquement protégé. L'évolution de la condition du préjudice s'installe ainsi dans un mouvement de concrétisation du préjudice. Ce dernier s'entend désormais à un niveau plus proche du fait que du droit. Cette évolution connaît déjà une appréhension doctrinale à travers la proposition d'une distinction entre le dommage et le préjudice. En effet, le dommage tend de plus en plus à être distingué du préjudice si bien qu'il semble désormais difficile de savoir où se situe la majorité des auteurs. Concevant que la distinction puisse être faite, certains la jugent néanmoins inopérante¹¹⁷⁰. Rares sont ceux qui l'ignorent¹¹⁷¹. D'autres l'ont développée et retenue mais selon deux voies sensiblement différentes. Selon une première acception¹¹⁷², le dommage est une atteinte subie tandis que le préjudice est la conséquence de cette atteinte pour la victime. Si le dommage est un fait matériel objectif, le préjudice est une souffrance subjective sur la personne ou une atteinte à son patrimoine. Historiquement, le droit romain semble rejoindre cette distinction. La notion de préjudice n'est en effet apparue que lorsque la loi du talion a été remplacée par l'instauration de la peine puis par le prononcé de mesures de réparation. Ainsi le dommage qui était un mal en réponse à un mal a laissé place au préjudice (*praejudicium*) qui était une prise en compte juridique des conséquences subjectives du fait matériel pour la victime¹¹⁷³. Selon une seconde acception¹¹⁷⁴, le dommage représente l'atteinte factuelle alors que le préjudice représente

¹¹⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Thémis, coll. "Droit privé", 2004, n° 263 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, th. préc.*, n° 15 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, A. Colin, 10^e éd., 2003, n° 133.

¹¹⁷¹ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2006.

¹¹⁷² F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », *JCP, G.*, 1957, I, 1351 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1309 ; L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 323 et L. CADIET, "Les métamorphoses du préjudice", *art. préc., spéc.*, p. 63.

¹¹⁷³ S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Grenoble, 1994, p. 4 et s. Adde - L. REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM, préf. PH. DELEBECQUE, 2003, n° 2 bis.

¹¹⁷⁴ R. RODIERE, *JCP, G.*, 1953, II, 7592, note sous Civ. 1^{ère}, 21 oct. 1952 ; Y. LAMBERT-FAIVRE (ss la direction de), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Paris, Min. justice, juin 2003, p. 7 ; L. NEYRET, *Atteintes au*

l'atteinte juridique. Autrement dit, la distinction permet de séparer le fait du droit. Les deux acceptions se rencontrent néanmoins dans la mesure où la distinction du fait et du droit leur est commune. La différence joue au niveau de la réalité de l'atteinte. Dans la première acception, l'atteinte est subie si bien que la réalité des faits est plus subjective que dans la seconde acception où l'atteinte n'est envisagée que dans sa réalisation objective.

459. Apport de la distinction. Distinguer le dommage du préjudice engendre différentes conséquences propres à mieux cerner la prévention du fait dommageable. Tout d'abord, elle permet de comprendre qu'il puisse y avoir dommage sans préjudice¹¹⁷⁵. Outre le fait que chronologiquement le dommage précède le préjudice (le trouble le démontre), il est des exemples où le dommage est trop insignifiant pour avoir des conséquences juridiques et être réparé¹¹⁷⁶. A l'inverse, il peut également exister des cas où le préjudice est constaté en l'absence de dommage¹¹⁷⁷. Il se dessine alors les grandes lignes d'une typologie des sanctions préventives à l'aune de cette distinction qui pourra être proposée¹¹⁷⁸. Ensuite, elle apporte un éclairage nouveau sur la distinction entre la réparation en nature et la réparation par équivalent¹¹⁷⁹. Étant une remise en état, la réparation en nature se focalise sur le dommage tandis que la réparation par équivalent, ne pouvant que compenser, se focalise sur le préjudice. Là encore, la notion de sanction préventive permet de lire la responsabilité civile d'une autre manière qui se précise¹¹⁸⁰. Enfin, il faut tirer partie de cette distinction au-delà de l'impératif de réparation. Lorsqu'il convient d'agir préventivement, l'on ne signifie pas seulement que l'on peut prévenir la réalisation du préjudice. Il est des cas où l'on peut également prévenir le dommage lui-même lorsqu'un risque qu'il se produise est connu. Il s'agit alors d'agir encore plus en amont, sur le fait générateur lui-même.

Plus précisément, le bouleversement de la condition du préjudice est tel qu'il emporte un éclairage nouveau sur la **notion de dommage**. En premier lieu, il est soutenu la *nécessité de distinguer le dommage, atteinte factuelle, du préjudice, conséquence juridique*, pour voir la *summa divisio* des sanctions préventives : sanction préventive de la réalisation du dommage et des conséquences matérielles du dommage, sanction préventive des conséquences juridiques du dommage. En second lieu, il est indiqué la *relativité de la notion de dommage* du fait de l'engagement de l'action en responsabilité à tous les stades possibles de sa réalité : avant que le fait matériel ne soit scientifiquement reconnu comme dommageable (mesures de précaution),

vivant et responsabilité civile, *th. préc.*, n° 36 ; M. DEGUERGUE, « Les préjudices liés à la naissance », *RCA*, Mai 1998, p. 14 ; I. POIROT-MAZIERES, « La notion de préjudice en droit administratif français », *RDP*, 1997, p. 519.

¹¹⁷⁵ En ce sens, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1305.

¹¹⁷⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 694 citant à l'appui de sa démonstration, Civ. 1^{ère}, 24 juin 1986, *Bull. civ.*, I, n° 178.

¹¹⁷⁷ Par exemple, les dommages et intérêt sanctionnant un préjudice futur.

¹¹⁷⁸ Cf. *infra*, n° 751 et s.

¹¹⁷⁹ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1309.

¹¹⁸⁰ Par ses effets. V., le titre 2.

avant que le fait matériel ne se soit empiriquement produit (mesure de prévention et réparation du dommage futur), avant que l'atteinte ne soit juridiquement reconnue comme un préjudice (dommages et intérêts provisionnels) et avant que la récidive ne soit commise (dommages et intérêts majorés, et peine privé). *La notion de dommage apparaît alors trop imprécise pour concevoir dans le temps les différentes sanctions préventives. Pour remédier à cette imprécision, il est vital de faire sien la distinction du dommage et du préjudice ainsi que la distinction de l'actualité et de la potentialité du fait matériel.*

En conclusion, *la condition du préjudice n'a donc pas disparu*. Lors du prononcé d'une sanction préventive, *elle est interprétée plus soupement à l'aune d'une distinction entre le dommage et le préjudice*. La sanction préventive est prononcée soit lorsqu'il convient de prévenir le dommage sans égard pour ses conséquences juridiques (préjudice)¹¹⁸¹, soit lorsque le préjudice peut être prouvé sans égard pour sa réalisation dans les faits (dommage)¹¹⁸².

Cette dissociation influe en aval sur la condition du fait générateur.

§2. L'extension du fait générateur

460. Si les modifications qu'entraîne la prévention sur la condition du préjudice ont bien été mises en lumière par la doctrine à propos du principe de précaution, il n'en est pas de même de la condition du fait générateur. Sauf à noter que la précaution ne se résume pas à une faute mais met également en œuvre des régimes objectifs, les répercussions sur la notion même de fait générateur n'ont pas été élucidées. D'ailleurs, il nous semble que l'on attache certaines conséquences du principe de précaution à la condition du préjudice alors qu'elles touchent en réalité la notion de fait générateur. *A fortiori*, il en est de même quant à l'ensemble des manifestations préventives. Quelles sont ces conséquences ? Il nous en apparaît deux. La première concerne l'appréhension juridique du fait générateur lors du prononcé d'une sanction préventive. Les obligations pesant sur les responsables concernant les mesures devant être prises pour éviter tout dommage se multiplient du seul fait de l'illicéité du fait générateur sans considération pour son rôle générateur (A). La seconde concerne le déplacement dans le temps du fait générateur. Certaines sanctions préventives démontrent que le fait générateur est qualifié tel alors que matériellement le fait ne s'est pas encore produit (B). Dans le premier cas, on constate une *extension matérielle du fait générateur de son rôle causal à son caractère illicite* tandis que, en parallèle, dans le second cas, on observe une *extension temporelle du fait générateur du fait réalisé au fait réalisable*.

¹¹⁸¹ C'est le cas des sanctions prononcées pour les manifestations préventives de la réalisation du dommage (Cf. *supra*, n° 26 à 110), et de celles prononcées pour la réparation anticipée et dissuasive des conséquences matérielles du dommage (Cf. *supra* n° 117 à 150 et n° 176 à 183).

¹¹⁸² C'est le cas des sanctions prononcées pour la réparation anticipée et dissuasive des conséquences juridiques du dommage (Cf. *supra*, n° 114 à 169 et n° 151 à 169 et n° 184 à 195).

A. L'extension matérielle du fait générateur

461. Certains faits générateurs sont indépendants de toute idée de faute contrairement à d'autres faits générateurs où la faute perdure qu'elle se soit ou non objectivée. Quelques auteurs distinguent alors les faits générateurs subjectifs engageant la responsabilité civile à raison de la commission d'une faute, des faits générateurs objectifs engageant la responsabilité à raison de la seule réalisation d'un fait. Lorsque la décision conduit au prononcé d'une sanction préventive, tant les faits générateurs subjectifs (1) que les faits générateurs objectifs (2) subissent l'influence de la finalité préventive du traitement judiciaire des normes de la responsabilité civile.

1. Les faits générateurs subjectifs

462. Traditionnellement, la faute consiste en la violation d'une obligation préexistante¹¹⁸³ (a). Cette définition donnée par Planiol, si elle n'a jamais trouvé meilleure formulation, est souvent critiquée¹¹⁸⁴. La faute peut également résulter en un fait illicite ne présupposant aucune obligation préexistante (b). La sanction préventive éprouve cette distinction.

a. L'obligation préexistante

463. Parmi les obligations qui découlent des articles 1382 et 1383 du Code civil, la violation du devoir de prudence est un fait générateur pouvant conduire au prononcé d'une sanction préventive. Il faut néanmoins bien le distinguer d'une obligation proprement préventive qui n'est pas inexistante du droit commun (i). Il est permis d'en trouver des manifestations parmi les causes d'exonération (ii).

i. Le devoir général de prudence

464. Domaine. L'obligation ou le devoir général de prudence est une norme de comportement visant à « prendre toutes les précautions usuelles afin d'éviter [qu'une activité] n'engendre pas

¹¹⁸³ M. PLANIOL, "Etudes sur la responsabilité civile", *Rev. crit.*, 1905, p.277.

¹¹⁸⁴ Sur la définition de la faute, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 439 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n° 266 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 66 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 715 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, par F. Chabas, Obligations, théorie générale*, 8^e, éd., Montchrestien, 1991, pp. 435 et s. Egal., A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, Paris, 1949 ; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973 ; J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, LGDJ, 1952.

plus de risques qu'elle n'en comporte normalement »¹¹⁸⁵. Ce devoir qui procède de la lettre de l'article 1383 du Code civil mais également de l'esprit de l'article précédent s'applique à tout type d'activité si bien que son domaine ne semble pas connaître de frontière. Néanmoins, ce dernier a évolué. Avant la loi du 5 juillet 1985, de nombreux arrêts ont retenu la faute d'imprudence pour les accidents de la circulation¹¹⁸⁶. Actuellement, il semble presque impossible de présenter d'une manière ordonnée et cohérente le champ d'application de ce devoir de prudence. En ce qui concerne la question de savoir si le devoir général de prudence consiste en une obligation de prévention du dommage, on peut toutefois isoler au sein de la jurisprudence les arrêts concernant les actes d'imprévoyance des autres arrêts. Un acte d'imprévoyance est qualifié de faute d'imprudence pouvant résulter soit d'une commission soit d'une omission.

465. Faute d'imprudence par commission. Une faute d'imprudence est commise par un acte d'imprévoyance lorsque le responsable n'a pas eu conscience des conséquences dommageables de son fait. Il en va ainsi des cas où une arme¹¹⁸⁷ ou une voiture est laissée à la disposition d'une personne n'étant pas en mesure d'en faire un bon usage¹¹⁸⁸. Cette faute d'imprudence par commission ne conduit pas au prononcé d'une sanction préventive dans la mesure où le dommage et le fait générateur sont réalisés. Au contraire, ce fait générateur conduit naturellement à une sanction réparatrice.

466. Faute d'imprudence par omission. Il n'en est pas de même pour les actes d'imprévoyance qualifiés de fautes d'imprudence par omission. Dans ce cas, le responsable est condamné pour n'avoir pas pris les mesures ou les précautions nécessaires pour empêcher le dommage. Il en a été ainsi jugé du propriétaire d'un immeuble n'ayant pas entretenu son bâtiment vétuste¹¹⁸⁹, du propriétaire d'un bâtiment en travaux n'ayant pas pris de précaution suffisante lors de la réalisation de ceux-ci¹¹⁹⁰ ou de les avoir menés dans des conditions dangereuses¹¹⁹¹, d'un propriétaire n'ayant pris aucune mesure pour empêcher que la neige recouvrant son toit

¹¹⁸⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 477. Egal., A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé, th. préc.*, n° 78 et s. ; A. LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile, th.* Paris, 1922.

¹¹⁸⁶ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 477, note n° 285. Les arrêts des notes suivantes ont été répertoriés par cet ouvrage aux numéros 477 et s.

¹¹⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 23 janv. 1975, *Bull. civ.*, II, n° 26 ; Civ. 2^{ème}, 11 janv. 1979, *Bull. civ.*, II, n° 19 ; Civ. 2^{ème}, 27 oct. 1993, *Bull. civ.*, II, n° 301 ; Civ. 2^{ème}, 20 nov. 1996, *Bull. civ.*, II, n° 259, *RCA*, 1997, comm., n° 39.

¹¹⁸⁸ Par exemple, parce qu'elle n'a pas de permis de conduire, Civ. 2^{ème}, 8 avr. 1970, *Bull. civ.* II, n° 113, *RTD civ.* 1971, p. 148, obs. G. DURRY ; Civ. 2^{ème}, 27 oct. 1976, *D.* 1977, IR, p. 29 ; Civ. 2^{ème}, 27 févr. 1991, *Bull. civ.*, II, n° 168, *RCA* 1991, comm., n° 164. Ou parce qu'elle est ivre, Civ. 2^{ème}, 13 juin 1974, *Bull. civ.*, II, n° 197 ; *D.*, 1974, IR, p. 212 ; Civ. 2^{ème}, 20 nov. 1996, *Bull. civ.*, II, n° 259, *RCA* 1997, comm. n° 39.

¹¹⁸⁹ Civ. 2^{ème}, 21 janv. 1971, *Bull. civ.* II, n° 25 ; Civ. 1^{ère}, 2 juin 1981, *D.* 1982, IR, p. 108 ; CA Bordeaux, 9 mai 1972, *JCP*, G., 1972, II, 17258, note Y. CHEMINADE.

¹¹⁹⁰ Civ. 3^{ème}, 5 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 868, note A. PLANCQUEEL ; Civ. 3^{ème}, 3 juill. 1979, *JCP.*, G., 1979, IV, p. 306

¹¹⁹¹ Civ. 3^{ème}, 4 févr. 1976, *D.* 1976, somm., p. 39, *JCP*, G., 1976, IV, p. 107.

n'endommage les véhicules stationnés en bas de chez lui¹¹⁹². Cette faute par omission peut également résulter du défaut de surveillance des personnes et des choses dont on a la garde. Il peut s'agir des personnes au sein de la famille¹¹⁹³ ou de celles qui pénètrent dans notre immeuble¹¹⁹⁴ ou bien encore du passager de notre véhicule terrestre à moteur¹¹⁹⁵ ou de tout autre véhicule tel un canot¹¹⁹⁶ ou un bateau¹¹⁹⁷. Contrairement à ce qu'affirment certains auteurs¹¹⁹⁸, *une obligation de prévention des dommages existe*. Elle résulte de la faute d'imprudence par omission du devoir général de prudence. Néanmoins, force est de reconnaître qu'elle n'engendre pas de sanctions préventives. En effet, toutes ces jurisprudences visent un dommage déjà réalisé et un fait ou plus exactement une omission déjà constituée. En outre, il s'agit bien de réparer un préjudice réalisé. On ne retrouve donc pas la condition d'engagement que nous avons dégagé de la sanction préventive à savoir la dissociation du dommage et du préjudice. En d'autres termes, les actes d'imprévoyance qualifiés de faute d'imprudence par omission sont sanctionnés par des mesures purement réparatrices. Nous pouvons alors conclure que *pour le prononcé d'une sanction préventive, il faut que se cumule à la fois la condition de la dissociation du dommage et du préjudice et celle d'un fait générateur non encore commis*.

Cette conclusion se retrouve-t-elle à propos des causes d'exonération de la violation d'une obligation préexistante ?

ii. Les manifestations d'une obligation de prévention des dommages au sein des causes d'exonération

467. Découlant du devoir général de prudence, l'obligation de sécurité qui s'étend du champ contractuel à la responsabilité délictuelle présente des manifestations inattendues d'une obligation de prévention des dommages. En effet, on les retrouve au niveau des causes d'exonération. La jurisprudence relative à l'obligation de sécurité de la SNCF l'illustre parfaitement.

468. Le contentieux de la SNCF. La Société Nationale des Chemins de Fer peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant que la faute de la victime est constitutive d'un cas de force majeure. Pour cela, il faut prouver le caractère imprévisible et irrésistible du comportement de la victime.

¹¹⁹² Civ. 2^{ème}, 18 janv. 1963, *JCP*, G., 1963, II, 13316, note C. BLAEVOET ; Civ. 2^{ème}, 20 janv. 1971, *JCP*, G., 1971, IV, p.50 ; Civ. 2^{ème}, 19 juin 1980, *Bull. civ.*, II, n° 151.

¹¹⁹³ Req. 30 juill. 1906, *D.* 1907, 1, p. 315 ; *S.* 19010, 1, p. 20 ; Civ. 2^{ème}, 18 oct 1967, *Bull. civ.*, II, n° 288, p. 201 ; Civ. 2^{ème}, 9 nov. 1971, *D.* 1972, p. 75 ; Civ. 2^{ème}, 7 nov. 1977, *Bull. Civ.*, II, n° 213.

¹¹⁹⁴ Civ. 2^{ème}, 4 mars 1966, *Bull. civ.* II, n° 309, p. 221 ; Civ. 2^{ème}, 7 mai 1969, *Bull. civ.*, II, n° 141, p. 102.

¹¹⁹⁵ Civ. 2^{ème}, 16 oct. 1975, *G.*, 1975, IV, p. 356.

¹¹⁹⁶ Civ. 2^{ème}, 10 avr. 1991, *Bull. civ.*, II, n° 122, *RCA* 1991, comm. n° 257.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, n° 213.

¹¹⁹⁸ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. "Doctorat et Notariat", t. 19, préf. M.-L. DEMESTER, 2006, n° 213.

À cet égard, la force majeure sera retenue seulement si l'on ne peut reprocher aux transporteurs d'avoir omis de prendre toutes les mesures de prévention adéquates de la réalisation du dommage. Par exemple, il a été reproché à la SNCF un nombre trop insuffisant de contrôleurs dissuadant d'accéder aux voitures¹¹⁹⁹ ; un système de fermeture des portes laissant pendant un court laps de temps la possibilité de les rouvrir tant que le train n'atteint pas la vitesse de 7 km/heure¹²⁰⁰, ou bien encore un accès à l'ouverture des portes pendant le voyage par une simple rotation d'une poignée à 45°¹²⁰¹. Dans ces trois exemples, le raisonnement judiciaire consiste à montrer que le transporteur n'a pas mis en œuvre des conditions de voyage propre à éviter tout dommage comme l'y contraint son obligation de résultat. Incidemment, la faute de la victime, quelle que soit sa gravité¹²⁰², aurait pu être prévenue par la mise en place de moyens adéquats. Par conséquent, le caractère irrésistible de la force majeure ne peut pas être retenu et la responsabilité du transporteur ne peut être exonérée. Comme le note M. Robineau, « une obligation de prévention apparaît ainsi, qui est reliée à l'obligation de sécurité mais intervient au stade de l'exonération »¹²⁰³. La sévérité de cette jurisprudence est connue tant il semble que rien ne soit imprévisible et irrésistible pour la SNCF¹²⁰⁴. Dans un récent arrêt du 28 novembre 2008¹²⁰⁵, la chambre mixte a néanmoins délimité le domaine d'application de cette jurisprudence aux victimes détenant un billet de transport, c'est-à-dire à la responsabilité contractuelle. On peut néanmoins envisager l'extension de cette solution à la responsabilité délictuelle dans la mesure où nombre de décisions admettent que la violation d'une obligation contractuelle constitue *ipso facto* une faute délictuelle ou quasi délictuelle envers les tiers¹²⁰⁶, et ce précisément en la présence d'une obligation de sécurité¹²⁰⁷.

¹¹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2002, *RCA*, 2002, comm. n° 323, note H. GROUDEL ; Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *D.* 2001, somm. p. 2230, obs. P. JOURDAIN et *Contrats, conc. Consom.* 2001, comm. n° 53, note L. LEVENEUR.

¹²⁰⁰ Civ. 2^{ème}, 23 janv. 2003 et 27 févr. 2003, *RCA* 2003, comm. n° 95, chron. n° 12 par S. HOCQUET-BERG. Adde, F. LAFAY, « Ceux qui m'aiment éviteront le train : de l'irrésistibilité à l'inexorabilité, le danger de l'irresponsabilisation des victimes par l'illimitation (Responsabilité de la SNCF en matière délictuelle) », *RRJ* 1/2004, p. 185.

¹²⁰¹ Ch. Mixte, 28 nov. 2008, *D.* 2008, 3079, obs. I. GALLMEISTER.

¹²⁰² A rebours de la proposition du Rapport Catala, art. 1351.

¹²⁰³ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, th. préc.*, n° 213.

¹²⁰⁴ F. ROME, "SNCF, rien n'est imprévisible ni irrésistible", *Edito, D.* 2007, 1129. Egal., H. GROUDEL, « La force majeure introuvable », *RCA* 2003, Repères n° 4.

¹²⁰⁵ Ch. Mixte, 28 nov. 2008, *préc.*

¹²⁰⁶ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 213 à 215.

¹²⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 13 févr. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 35 ; *JCP*, G., 2002, II, 10099, note C. LISANTI-KALCZYNSKI et I, 338, n° 8 s., obs. G. VINEY ; *Contrats, conc. Consom.*, 2001, comm. n° 86, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois*, 2001, p. 712, obs. É. SAVAUX ; *RTD civ.*, 2001, p. 367, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2001, somm. p. 2235, obs. Ph. DELEBECQUE.

469. Abandon de l'effet exonératoire partiel de la faute de la victime¹²⁰⁸. Cet arrêt du 28 novembre 2008 est d'autant plus remarquable qu'il vient confirmer un arrêt précédent de la première Chambre civile abandonnant l'effet partiellement exonératoire de la faute de la victime qui ne présenterait pas les caractères de la force majeure¹²⁰⁹. De manière générale quel que soit le type de responsabilité, la faute de la victime a un effet d'exonération partielle de responsabilité¹²¹⁰ et il en a été ainsi jugé à propos de l'obligation de sécurité de résultat¹²¹¹ pour la SNCF¹²¹². Cette jurisprudence confirmée vient donc rompre cette cohérence d'ensemble et « ressemble à une garantie automatique des accidents corporels »¹²¹³. C'est dire l'importance de cette obligation de prévention des dommages lors des causes d'exonération de responsabilité fondée sur une obligation de sécurité de résultat.

470. Sanction de l'obligation de prévention du dommage pesant sur la SNCF. Au niveau des causes d'exonération de responsabilité, nous retrouvons notre conclusion quant au devoir général de prudence. La prise en compte des mesures de prévention prises par le responsable pour éviter la survenance du dommage illustre bien une manifestation préventive de la responsabilité civile mais qui ne conduit pas au prononcé d'une sanction préventive dans la mesure où le dommage et le fait générateur sont déjà réalisés¹²¹⁴. Cette obligation de prévention du dommage se solde par une sanction réparatrice.

b. Le fait illicite

471. Conception objective et subjective de l'illicéité. La faute ne résulte pas toujours d'une obligation préexistante ; elle qualifie également le fait illicite¹²¹⁵. En effet, l'illicéité peut être entendue de manière objective ou subjective¹²¹⁶.

¹²⁰⁸ G. VINEY, « Le fait de la victime exonérant totalement le transporteur », note sous Ch. Mixte, 28 nov. 2008, *D.* 2009, 461.

¹²⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *D.* 2008. Jur. 1582, note G. VINEY, F. ROME, *Edito. D.* 2008, 905, et Pan. 2894, obs. Ph. BRUN ; *RTD civ.* 2008. 312, obs. P. JOURDAIN ; *JCP*, G., 2008. II. 10085, note P. GROSSER ; *RCA* 2008, Etude n° 6, obs. HOCQUET-BERG, et comm. 159, obs. F. LEDUC ; *LPA* 6 août 2008, note Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ.

¹²¹⁰ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 427 et s.

¹²¹¹ Civ. 1^{ère}, 3 déc. 2002, *RCA*, 2003, comm. n° 90.

¹²¹² CA Grenoble, 22 juin 2007, 2 arrêts, *JCP*, G., 2007, IV, 2354 et 2355.

¹²¹³ G. VINEY, "La responsabilité du transporteur terrestre de personnes en cas de faute de la victime", *D.*, 2008, 1582.

¹²¹⁴ Le fait générateur est ici objectif, l'obligation de sécurité pesant sur la SNCF conduisant à une responsabilité sans faute. Nous savons toutefois introduit ce propos en raison de la présence d'une faute, celle de la victime, au niveau des causes d'exonération.

¹²¹⁵ « La faute réside dans la violation d'une obligation préexistante, une erreur de conduite ou un fait illicite. », M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 886.

¹²¹⁶ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg, Editions Universitaires, 1955.

Dans sa conception subjective, l'illicéité qualifie l'acte qui est accompli non pas contrairement au droit mais sans droit ou encore sans autorisation¹²¹⁷. L'illicéité se présente alors comme « la violation de la norme de comportement insérée dans les articles 1382 et 1383 du Code civil »¹²¹⁸. Cette conception subjective ne se départit pas de la définition de la faute comme la violation d'une obligation préexistante. Au contraire, dans sa conception objective, l'illicéité renvoie soit à la lésion d'un droit subjectif¹²¹⁹ soit à la lésion d'un intérêt juridiquement protégé¹²²⁰. La lésion d'un droit subjectif n'est pas requise pour mettre en œuvre une action en responsabilité même s'ils se rencontrent souvent¹²²¹. Il convient toutefois de rappeler la théorie de la garantie développée par Boris Starck qui conçoit que l'auteur du dommage possède un droit à la liberté qui rentre en conflit avec la victime qui possède un droit à la sécurité que la responsabilité civile vient réparer¹²²². Cependant, nous démontrerons qu'il n'existe pas dans notre droit positif un droit subjectif à la prévention du dommage¹²²³. En outre, le doyen Starck écrit que l'idée de garantie « conduit à poser que l'unique condition de l'obligation de réparer le préjudice est le caractère illicite du dommage »¹²²⁴. Le dommage et l'illicéité sont alors assimilés. Cette conception est inconciliable avec notre découverte de la condition de dissociation du dommage du préjudice¹²²⁵. En effet, le fait générateur peut résulter d'une faute alors que le dommage n'est pas réalisé.

472. Exemple de cessation d'un fait générateur illicite. Quelles hypothèses visons-nous ? Dans quel cas le fait générateur est-il réalisé alors que le dommage n'est pas encore survenu ? Cette hypothèse se rencontre lors de la constitution d'un trouble illicite. En effet, notre étude du droit à montrer qu'il se dégageait de la cessation du trouble illicite, la cessation d'un trouble anormal. Dans les deux cas, il convient de faire cesser le fait avant qu'il ne soit la cause d'un dommage mais seule la cessation du trouble illicite nécessite la preuve de l'illicéité. Par exemple, il faut prouver le caractère illicite d'une campagne publicitaire pour en obtenir la cessation. Il en est de même pour réduire la hauteur d'un immeuble : « il faudra démontrer son

¹²¹⁷ *Ibid.*, n° 24.

¹²¹⁸ M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, th. préc.*, n° 25.

¹²¹⁹ *Ibid.*, n° 280 et s.

¹²²⁰ JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. IV*, A. Maresq, Aîné, Paris, 1877-1879.

¹²²¹ T. AZZI, "Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *RTD civ.*, 2007, pp. 227 et s.

¹²²² B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1947.

¹²²³ Cf. *infra*, n° 664 et s.

¹²²⁴ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, th. préc.*, p. 153.

¹²²⁵ Cf. *supra.*, n° 458.

irrégularité au regard des règles d'urbanisme notamment »¹²²⁶. La seule anormalité du trouble ne suffit donc pas pour prononcer la démolition d'une construction régulière ou pour fermer un établissement. Incidemment, il ne s'agit pas de réparation en nature mais bien de mesure de cessation de l'illicite : le fait générateur est toujours actuel et le risque de dommage toujours latent.

473. Lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Au contraire, la conception de l'illicéité en tant que lésion d'un intérêt juridiquement protégé permet de concevoir la cessation du trouble illicite. La thèse a été défendue par Ihéring à partir de sa lecture du droit romain. Selon l'auteur, chaque droit est constitué de deux éléments. Le premier, substantiel, contient le but pratique du droit qui est l'utilité, l'avantage ou le bien assuré par le droit. Le second, formel, est le moyen pratique d'assurer ce but au travers d'une action en justice. Il ne s'agit dès lors plus de droit subjectif, qu'il s'agisse d'une relation d'appartenance¹²²⁷, d'une prérogative¹²²⁸ ou d'un pouvoir d'agir¹²²⁹, mais d'un intérêt reconnu par l'ordre juridique et protégé par lui. Ce qui préexiste, ce n'est pas une obligation juridique mais un intérêt à protéger juridiquement.

474. Intérêt de la conception objective de l'illicéité définie comme la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Cette définition de l'illicéité est tout à fait intéressante. Elle permet de concevoir que la cessation d'un fait générateur puisse être ordonnée avant même qu'un dommage ne survienne parce qu'elle n'assimile pas l'illicéité au dommage. Telle hypothèse a été rencontrée à propos du propriétaire d'un lac maintenant ses eaux de manière artificiellement haute condamné à payer des dommages et intérêts à son voisin sujet à un risque prévisible d'inondation¹²³⁰. Cette allocation est qualifiable de sanction préventive dans la mesure où elle anticipe la réalisation du dommage. Ce dernier n'étant pas réalisé, le caractère illicite du fait générateur ne peut lui être rattaché. C'est donc bien le fait générateur qui est illicite et non le dommage, la conception objective de l'illicéité définie comme la lésion d'un intérêt juridiquement protégé permettant de le concevoir.

¹²²⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t. 71, préf. R. BOUT et avant propos de PH. Le TOURNEAU, 2008, n° 128-2.

¹²²⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, « le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû ». Cf. C. EISENMANN, "Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin", *RDP*, 1954, pp. 153 et s.

¹²²⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 128, il existe « à la base du droit subjectif, un avantage, une prérogative à laquelle le bénéficiaire de ce droit peut prétendre ».

¹²²⁹ O. IONESCU, *Théories nouvelles sur le droit subjectif*, Athènes, Katsikalis, 1973, extrait de J. ZEPOS, *Xenion Festschrift für Pan*, I., Band, p. 151. Le droit subjectif est défini comme « le pouvoir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi ».

¹²³⁰ Civ. 3^{ème}, 17 déc. 2002, *RD. Imm.*, 2003, p. 322, obs. F.-G. TREBULLE ; *JCP*, G., 2004, I, 101, n° 5, obs G. VINEY. Pour d'autres exemples, Cf. *supra*, n° 90.

475. Extension matérielle du fait générateur. Le fait générateur subjectif lorsqu'il résulte d'un fait illicite plutôt que du devoir de prudence conduit au prononcé d'une sanction préventive car il se dissocie du dommage non encore réalisé. On assiste alors à une évolution de l'appréhension juridique du fait générateur. Le prononcé d'une sanction préventive influe sur l'appréhension du fait générateur en dissociant bien son caractère illicite de son rôle générateur dans la réalisation du dommage. Autrement dit, *le fait générateur caractérisé dans son illicéité peut être source de responsabilité sans être qualifié en droit de cause du dommage.*

Qu'en est-il de cette évolution lorsque le fait générateur est objectif ?

2. Les faits générateurs objectifs

476. Responsabilité du fait des choses et prévention des dommages. C'est au cœur de la responsabilité du fait des choses que l'on retrouve la prévention des dommages. La notion de chose et la notion de garde tendent à le prouver.

477. Notion de chose¹²³¹. C'est au sein de la notion de chose elle-même, avant que cette dernière ne soit définie par l'arrêt Jand'heur¹²³², que l'obligation de prévention des dommages était présente. La doctrine s'accordait à ne mettre en œuvre la responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa premier du Code civil qu'en la présence d'une chose dangereuse. Selon Ripert, seules les choses mues par une force dont l'homme n'a pas la direction absolue, celles qui sont mises en mouvement par la force humaine mais qui en développent l'effet ou celles qui ne peuvent être dangereuses que par la force de leur pesanteur et à la condition qu'elles soient mises dans une situation telle que cette force les entraîne, doivent être considérées comme dangereuses¹²³³. Étant dangereuses, ces choses doivent donc être gardées et faire l'objet « de précautions suffisantes pour qu'elles ne nuisent point aux tiers »¹²³⁴. Le critère de dangerosité d'une chose prête à discussion doctrinale mais tous les auteurs convenaient que les choses dangereuses étaient celles que le gardien devait normalement prévoir susceptibles de causer un dommage selon le doyen Savatier¹²³⁵ ou celles pour lesquelles une politique préventive se trouvait toujours justifiée selon le professeur Esmein¹²³⁶. En d'autres termes, la responsabilité du fait des choses est engagée

¹²³¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 631 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 731 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. cit.*, n° 285 et s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005, n° 410 et s.

¹²³² Ch. Réunies, 13 fév. 1930, *D.*, 1930, I, p. 57, rapport LE MARC'HADOUR, concl. MATTER, note G. RIPERT ; *S.*, 1930, I, p. 121, note P. ESMEIN, *Grands arrêts*, n° 193.

¹²³³ G. RIPERT, note sous Civ., 21 fév. 1927, *D.* 1927, I, p. 97, spéc. p. 98.

¹²³⁴ *Ibid.*

¹²³⁵ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th préc.*, n° 486.

¹²³⁶ P. ESMEIN, notes sous Civ., 21 fév. 1927, *S.* 1927, I, p. 1377, *spéc.*, p. 138 et Civ., 25 juil. 1927, *S.* 1928, I, p. 89.

parce que le gardien n'a pas pris de précaution pour que la chose ne soit pas susceptible de causer un dommage. On retrouve dans les mêmes termes que ceux du devoir général de prudence la prévention dans ce fait générateur objectif. Une fois l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930 rendu, l'obligation de prévention se déplaça de la notion de chose (peu important désormais son caractère dangereux) à la notion de garde.

478. Notion de garde¹²³⁷. La responsabilité du fait des choses pèse sur le gardien de cette dernière. Par garde, il faut entendre depuis l'arrêt Franck¹²³⁸, l'exercice de l'usage, la direction et le contrôle de la chose. Lorsque le gardien est privé de l'exercice, il ne peut être tenu responsable des conséquences dommageables dues à la chose. La garde matérielle c'est-à-dire le pouvoir effectif d'usage, de direction et de contrôle sur la chose était ainsi consacrée. Ainsi définie, la notion de garde, constate le doyen Carbonnier, se rattache « à la possibilité de prévenir la survenance du dommage »¹²³⁹. Là encore, on retrouve la même conclusion que lors de notre développements précédents : est responsable, le gardien, c'est-à-dire celui qui n'a pas pris les mesures de précaution adéquates de nature à éviter le dommage. Cette obligation de prévention des dommages est inhérente à la notion de garde, qu'on la conçoive de manière matérielle ou juridique. En effet, la notion de garde juridique se justifie également de cette obligation de prévention des dommages. Le gardien est alors reconnu responsable non pas parce qu'il a fauté dans l'exercice effectif de son pouvoir de garde mais parce qu'il est justifié juridiquement en tant que gardien à répondre du « risque délictuel » engendré par la chose¹²⁴⁰. Et le doyen Carbonnier de conclure que la responsabilité du fait des choses procède d'une « vue politique de prévention » qu'on la fonde sur la faute ou sur le risque¹²⁴¹.

479. Garde de structure et garde de comportement. Ce constat n'est pas démenti par les précisions qu'a pu apporter la Cour de cassation sur la notion de garde à propos de la distinction entre la garde de structure et la garde de comportement¹²⁴². Dans l'affaire de l'*Oxygène Liquide*, les deux arrêts rendus avant et après la résistance de la Cour de renvoi énoncent pour le premier que « le propriétaire de la chose ne cesse d'en être responsable que s'il est établi que celui à qui il l'a confiée a reçu corrélativement toute possibilité de prévenir lui-même le préjudice qu'elle

¹²³⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 675 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 755 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 287 et s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 435 et s.

¹²³⁸ Ch. Réunies, 2 déc. 1941, *D.* 1942, jur., p. 25, note G. RIPERT ; S. 1941, 1, jur., p. 217, Rapport LAGARDE, note H. MAZEAUD ; *JCP*, G., 1942, II, 1766, note MIHURA ; *Grands arrêts*, n° 194.

¹²³⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, coll. thémis, 22^{ème} éd., 2000, n° 257.

¹²⁴⁰ L. JOSSERAND, "Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident", *D.*, 1936, 37, *spéc.*, p. 40.

¹²⁴¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, op. cit., n° 263.

¹²⁴² La distinction est une proposition doctrinale antérieure à sa consécration jurisprudentielle. B. GOLDMAN, *La détermination du gardien du fait des choses inanimées*, Ed. Sirey, préf. P. ROUBIER, 1947. *Adde*, B. GOLDMAN, "Garde du comportement et garde de la structure", in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges Paul Roubier, t.2*, Dalloz-Sirey, 1961, p. 51

peut causer »¹²⁴³, et pour le second, que « le propriétaire de la chose, bien que la confiant à un tiers, ne cesse d'en être responsable que s'il est établi que ce tiers a reçu, corrélativement, toute possibilité de prévenir, lui-même, le préjudice qu'elle peut causer »¹²⁴⁴.

480. Conclusion : l'obligation indirecte de prévention des dommages. La responsabilité du fait des choses conduit au même constat que celui qui s'évince des faits générateurs subjectifs. *Il pèse sur le responsable une obligation de prévention des dommages.* Il faut néanmoins préciser la nature de cette obligation. De toute évidence, elle n'appert d'aucun texte mais résulte d'une analyse du comportement de l'auteur du dommage au moment de la réalisation de ce dernier. En d'autres termes, il s'agit d'une obligation indirecte qui n'a pas pour objectif de permettre l'anticipation du dommage mais la désignation du responsable comme le seul capable de prendre les mesures de précaution adéquates de nature à éviter le dommage. Naturellement, le constat de cette obligation *a posteriori* ne débouche pas sur une sanction préventive sauf lorsque le fait générateur perdure et qu'il en est demandé la cessation. Cette obligation indirecte de prévention des dommages ne se situe pas au niveau des conditions d'engagement de la responsabilité. Il n'est en effet pas possible de fonder une action sur sa violation dans la mesure où elle ne provient d'aucun texte. Telle n'est pas sa nature. C'est une obligation qui est posée au niveau des effets de la responsabilité civile pour déterminer le responsable. On sait depuis l'étude de Mlle Boutonnet que les normes de la responsabilité civile ne sont pas toutes tournées vers la sanction d'un fait générateur¹²⁴⁵. Il en est tels les principes de responsabilité pour trouble de voisinage, de réparation intégrale et de précaution qui n'interviennent qu'au niveau des effets de la responsabilité. En tant qu'obligation indirecte, l'obligation de prévention des dommages fait partie de cette dernière catégorie. Il est assez naturel par ailleurs qu'une norme sanctionnant un fait générateur, ici le fait générateur objectif du fait des choses, ait besoin d'une norme située au niveau des effets de la responsabilité pour la mettre en œuvre par l'intermédiaire d'une sanction juridique¹²⁴⁶.

L'étude des faits générateurs objectifs ne s'arrête pas là. Elle permet également de découvrir le déplacement dans le temps du fait générateur.

B. L'extension temporelle du fait générateur

481. Il est d'autres faits générateurs objectifs et subjectifs que ceux précédemment étudiés. Parmi eux, les troubles illicites et anormaux révèlent davantage qu'une obligation indirecte de

¹²⁴³ Civ. 2^{ème}, 5 janv. 1956, *D.* 1957, jur., p. 261, note R. RODIERE, *JCP*, G., 1956, II, 9095, note. R. SAVATIER, *RTD civ.*, 1956, p. 340, n° 24, obs. H. et L. MAZEAUD, *Grands arrêts*, n° 195-196.

¹²⁴⁴ Civ. 2^{ème}, 10 juin 1960, *D.* 1960, jur., p. 609, note. R. RODIERE, *JCP*, G., 1960, II, 11824, note. P. ESMEIN.

¹²⁴⁵ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 346.

¹²⁴⁶ Sur les principes gouvernant les effets de la responsabilité civile, Cf. *infra*, n° 670.

prévention des dommages. Certaines décisions judiciaires reconnaissent implicitement un risque d'illicéité (1) conduisant à une dissociation entre le fait dommageable et le fait générateur (2).

1. Le risque d'illicéité du fait générateur

482. Manifestations du risque d'illicéité. Parmi les sanctions préventives, il en existe un petit nombre qui ont pour finalité d'anticiper la réalisation du dommage. Les manifestations préventives de l'anticipation du dommage sont tout à fait particulières lorsqu'on les étudie sous l'angle du fait générateur. Quel est le fait générateur de la responsabilité civile conduisant à des mesures d'anticipation du dommage ? Notre étude du droit positif a montré dans la première partie que ni la faute ni le fait causal n'est exigé¹²⁴⁷. Au contraire, la responsabilité est prononcée précisément parce que le fait n'est que potentiellement la cause d'un dommage futur. Le fait n'est pas encore fautif ou dommageable car il n'est pas encore exécuté. Faute d'être juridiquement actuelle, l'illicéité n'est que latente. Ainsi l'avons-nous constaté pour les atteintes à l'honneur par exemple. C'est le fait de rendre public un propos diffamant qui sera à l'origine d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne. La personne sujette au propos diffamant peut en avoir connaissance avant que l'ouvrage ne soit publié. Avant que ce dernier ne soit rendu public, l'illicéité ne peut être constatée ; l'ouvrage n'est pas sorti des presses. La responsabilité civile est prononcée précisément parce qu'il existe un risque que le fait soit à l'origine d'un dommage, et ce dans trois cas. *Primo*, parce que le fait est possiblement fautif. C'est le cas de la traditionnelle responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 C. civ. *Secundo*, parce que le fait est possiblement anormal. C'est le cas pour les troubles anormaux de voisinage. *Tertio*, parce que le fait est possiblement à l'origine causal d'un dommage futur. C'est le cas de l'abus de droit. Il convient de conclure que le fait n'est pas encore illicite (entendu largement). Nous sommes en présence d'un risque d'illicéité. Nous proposons une définition du risque d'illicéité qui soit en mesure de regrouper ces trois manifestations.

483. Définition proposée du risque d'illicéité. Prévenir le risque de dommage, c'est bien agir sur le fait qui en est à l'origine. Lorsque ce fait n'est pas actuel, l'illicéité ne peut être constatée. Il n'existe qu'un risque d'illicéité¹²⁴⁸. Il faut ainsi entendre le risque d'illicéité comme *la potentialité de contradiction au droit d'un fait qui pourrait être à l'origine d'un dommage*.

484. Risque d'illicéité et référés. Ainsi défini, le risque d'illicéité n'est-il pas en contradiction avec la considération de l'illicite par le juge des référés ? La majorité des auteurs conçoit que la considération de l'illicite est requise pour les deux branches de l'article 809 CPC disposant respectivement de la prévention du dommage imminent et de la cessation du trouble

¹²⁴⁷ Cf. *supra*, n° 32-38.

¹²⁴⁸ La notion de risque d'illicéité n'a pas été dégagée par la doctrine. On peut néanmoins citer un auteur qui utilise l'expression sans l'avoir conceptualisée, M.-A. MONDOLONI, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, PUAM, 2004, n° 88.

manifestement illicite¹²⁴⁹. Pourtant, la lettre du texte ne vise l'illicéité que pour la cessation du trouble. Les auteurs contournent cet argument en arguant que la considération de l'illicéité apparaît moins comme une condition distincte que comme un élément de la notion de dommage¹²⁵⁰. La jurisprudence ne leur donne pas raison. Certaines décisions de justice affirment clairement que « la notion de dommage imminent n'est pas liée à l'illicéité de l'acte susceptible de causer le dommage »¹²⁵¹ ou bien encore que « le dommage imminent doit s'apprécier en soi et non au regard d'un fait fautif (...) qui serait avéré »¹²⁵². En outre, nous avons précédemment vu que l'illicéité n'était assimilée au dommage que par certains auteurs. Dès lors, il nous semble que l'anticipation de la réalisation du dommage est assurée par la première branche de l'article 809 CPC qui n'exige pas la preuve d'un fait illicite manifeste.

485. Spécificité des mesures d'anticipation de la réalisation du dommage. Cette réflexion sur le fait générateur apporte la spécificité des mesures d'anticipation du dommage par rapport aux autres sanctions préventives. Il est un fait que les manifestations préventives de l'anticipation de la réalisation du dommage sont prononcées en la présence d'un risque de dommage. Cependant, cette condition est commune à d'autres sanctions préventives telles les mesures de cessation de la réalisation du dommage¹²⁵³. *Ce qui est propre à l'anticipation de la réalisation du dommage, c'est le risque d'illicéité du fait générateur.*

Le risque d'illicéité n'est pas sans conséquence sur la notion même de fait générateur.

2. La dissociation entre le fait dommageable et le fait générateur

486. Le problème que pose le risque d'illicéité à la condition du fait générateur. Quelle est l'influence du risque d'illicéité sur la présentation traditionnelle de l'engagement de la responsabilité ? Le mécanisme classique est le suivant. Un fait est qualifié d'illicite parce qu'il est fautif ou simplement imputable en raison du dommage qu'il a engendré et qu'il convient de réparer. Dans les exemples conduisant à une mesure d'anticipation, le dommage n'est pas réalisé

¹²⁴⁹ J. NORMAND, *RTD civ.*, 2002, 138, obs. sous Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Soc. Trésis et IPIB*, et du même auteur, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *ibid.*, p. 301. ; également *RTD civ.*, 1988, p. 168 ; 1997, p. 219 ; G. PARLEANI, « Le juge des référés face au droit communautaire », *D.*, 1990, chron., n° 27 p. 70 ; J.-M. COULON, note sous Ass. Plen., 28 juin 1996, *D.*, 1996, p. 501 ; L. LEVY, note sous Com., 26 févr. 1991, *JCP*, G., 1992, II, 21915 ; X. VUITTON, *La cour de cassation et le juge des référés*, Thèse Reims, 2001, pp. 73 et s. et *JCP*, G., 2001, II, 10506, note sous Civ. 1^{ère}, 7 nov 2000, *Soc. Trésis et IPIB* ; M. BARBIER et S. LEMARCHAND, *JCP*, G., 1999, II, 10212, p. 2201, note sous Paris, 6 juin 1999, *Soc. Trésis et IPIB*.

¹²⁵⁰ P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 2^{ème} éd., 1998, n° 86 et s. ; G. LE TALLEC, « Les soubresauts juridiques des affaires Leclerc-carburants et Leclerc-livres », *JCP*, G., 1986, I, 3231, n° 9 ; Y. STRIKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1993, pp. 216 et 240.

¹²⁵¹ TGI Paris, 3 mai 1982, *JCP*, G, 1984, IV, p. 146.

¹²⁵² CA Paris, 9 juin 1999, *JCP*, G., 1999, II, 10212, note M. BARBIER et S. LEMARCHAND ; CA Aix-en-Provence, 23 févr. 1996, *Gaz. Pal.*, , 1996, 2, 367 ; CA Versailles, 4 déc. 1997, *Soc K. Disc c/ La poste*, n° 5645.

¹²⁵³ Cf. *supra*, n° 102-108.

et le fait à son origine non plus. Pourtant, l'action en responsabilité civile aboutit. Est-ce à dire que le fait générateur de responsabilité a disparu du raisonnement judiciaire conduisant au prononcé d'une telle sanction ? Cette hypothèse n'a aucun sens. Si elle n'est pas définie dans la doctrine¹²⁵⁴, la condition du fait générateur représente simplement la cause juridique à l'origine du dommage¹²⁵⁵. Le constat que la responsabilité puisse être engagée alors que la cause du dommage comme le dommage ne sont pas réalisés retrace davantage l'évolution juridique de la notion de fait générateur. Il nous semble possible d'appréhender le plus simplement cette évolution en montrant que dans la définition traditionnelle du fait générateur, ce dernier englobe le fait dommageable.

487. L'assimilation traditionnelle du fait dommageable dans le fait générateur. Dans le langage juridique, les manuels n'ont pas recours identiquement aux deux expressions. Pour certains d'entre eux, elles sont tenues pour synonymes¹²⁵⁶. Certains n'utilisent que l'expression de fait générateur¹²⁵⁷ tandis que d'autres relatent le même contenu avec l'expression fait dommageable¹²⁵⁸. Ainsi, pour une majorité d'auteurs, les deux expressions sont assimilées. Pour tous ces auteurs, il n'y a pas de distinction entre le fait à l'origine du dommage et sa qualification juridique de cause du préjudice. C'est bien naturel lorsqu'il s'agit de réparer un dommage déjà réalisé ! Mais cette présentation est incompatible avec les mesures d'anticipation qui montrent une dissociation entre les deux.

488. L'existence implicite d'une distinction entre fait dommageable et fait générateur dans la doctrine. D'autres auteurs ont pressenti cette distinction. De manière implicite, elle se retrouve dans le manuel du professeur Philippe Brun¹²⁵⁹. En apparence, les deux expressions sont synonymes. Lorsque l'auteur parle des faits, il emploie l'expression fait dommageable tandis qu'il réserve l'expression fait générateur pour les conditions d'engagement de la responsabilité civile. En ce sens, le fait dommageable n'ouvre pas forcément droit à réparation alors que le fait

¹²⁵⁴ Constat dressé par Mme Marianne Faure-Abbad. « Expression consacrée dans l'usage doctrinal et jurisprudentiel, le terme de « fait générateur » n'est à proprement parler défini ni dans les manuels et traités, ni dans les dictionnaires, et ne constitue pas même une entrée dans les index, semble-t-il ». L'auteur présente alors sa définition. « le fait générateur apparaît, dans la systémique doctrinale, comme le fait (juridique) dont l'effet de droit est de faire naître (ce en quoi il est « générateur ») une obligation spécifique – réparer le dommage injustement causé », M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat.*, LGDJ, Poitiers, préf. PH. REMI, 2003, n° 1.

¹²⁵⁵ Cette définition s'inspire de celle du professeur Jourdain pour qui le fait générateur, « étant la cause du dommage, fonde le droit à réparation de la victime », P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, Connaissance du droit, 6^e éd., 2003, p. 30.

¹²⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, op. cit., n° 277 ; PH. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 49 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 9^e éd., 2005, n° 557.

¹²⁵⁷ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 359.

¹²⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, op. cit., n° 1136.

¹²⁵⁹ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 333.

générateur est une condition nécessaire. Ainsi, le fait dommageable devient un fait générateur lorsqu'il est possible de le soumettre à un régime de responsabilité civile. Le manuel des professeurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette contient également cette affirmation selon laquelle tous les faits dommageables ne donnent pas lieu à réparation¹²⁶⁰. En effet, le fait dommageable est utilisé à un niveau du plan de l'ouvrage qui englobe le dommage, le fait générateur et le lien de causalité.

489. La dissociation du fait dommageable du fait générateur lors du prononcé d'une mesure d'anticipation. Ainsi, il peut se dégager de la doctrine une distinction entre le *fait dommageable*, d'une part, en tant que *fait matériel à l'origine du dommage* et le *fait générateur*, d'autre part, *qualification du premier comme la cause du préjudice (actuel ou futur)* fondant l'engagement d'une action en responsabilité civile. Cette distinction trouve à s'illustrer lors du prononcé d'une mesure d'anticipation. En effet, *lorsqu'il convient d'anticiper la réalisation d'un dommage, le fait qui en sera la cause peut lui-même n'être pas réalisé (fait dommageable) ce qui n'empêche pas le juge de le qualifier de cause potentielle du risque de dommage (fait générateur)*.

Les mesures d'anticipation traduisent ainsi une évolution de la notion de fait générateur dans le temps. Le fait générateur peut être prouvé alors que le fait dommageable n'est pas actuel. Le raisonnement opéré est le même que celui de la dissociation entre le dommage et le préjudice. *Le fait que le dommage ne soit pas réalisé n'empêche pas le juge dans certaines circonstances de considérer que la condition du préjudice est juridiquement remplie.*

490. Relativité de la dissociation. Il faut néanmoins relativiser cette évolution. Les mesures d'anticipation rendues dans l'hypothèse d'un risque d'illicéité sont très peu nombreuses et peuvent naturellement apparaître comme des anomalies. Il n'en demeure pas moins qu'elles existent et qu'elles bouleversent la présentation des conditions d'engagement de la responsabilité civile.

Le fait générateur subit ainsi une double extension matérielle et temporelle. Cette dernière extension a partie liée avec la condition du lien de causalité.

§3. L'assouplissement du lien de causalité

491. « La notion même de causalité est essentiellement fuyante »¹²⁶¹. Elle est appréhendée par différentes conceptions dont il est bien difficile de dire laquelle est admise par le droit positif¹²⁶².

¹²⁶⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 666.

¹²⁶¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 162 *in fine*.

¹²⁶² V. GAILLOT-MERCIER, « Le lien de causalité, condition de la responsabilité », *J.-Cl., Lamy*, étude 270.

La doctrine elle-même ne dresse pas le même bilan. Pour certains auteurs¹²⁶³, la théorie de l'équivalence des conditions jadis retenue par la jurisprudence serait désormais remplacée par la théorie de la causalité adéquate tandis que pour d'autres¹²⁶⁴, on assiste au contraire au triomphe de la théorie de l'équivalence des conditions. Tout récemment, une thèse soutient même que les théories doctrinales sont trop inspirées de sources extra-juridique pour être crédible juridiquement¹²⁶⁵. Le constat n'est pas le même quant aux caractères du lien de causalité. En effet, alors que la causalité en responsabilité civile a un caractère direct et certain, chacun s'accorde à reconnaître que la jurisprudence récente accueille plus souplement la certitude (A). Cet assouplissement n'est pas sans incidence sur le prononcé d'une sanction préventive et sur la notion même de lien de causalité (B).

A. Les manifestations de l'assouplissement du lien de causalité

492. Parmi les manifestations préventives de la responsabilité civile, certaines sont sanctionnées par le recours à une causalité davantage scientifique que juridique tandis que d'autres sont le fruit d'un dévoiement des autres conditions d'engagement de la responsabilité civile. L'accueil de la causalité scientifique (1) et le dévoiement de certaines notions juridiques (2) traduisent un assouplissement du lien de causalité.

1. L'assouplissement du lien de causalité par l'accueil de la causalité scientifique

493. Définition et preuve de la causalité. Le lien de causalité est la condition juridique qui permet d'imputer le préjudice à un fait générateur¹²⁶⁶. Pour prouver ce lien, la Cour de cassation

¹²⁶³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 860.

¹²⁶⁴ G. VINEY, *JCP*, G., 2000, I, 241, n° 4.

¹²⁶⁵ CH. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, th., Université de Savoie, 2008, « Le recours à des disciplines auxiliaires pour éclairer une notion juridique n'est pas condamnable en soi. Néanmoins, en matière de causalité, ces inspirations extra-juridiques ne contribuent guère à la clarté de la notion, et encourent plusieurs critiques. Les théories juridiques ne sont pas les transpositions exactes des théories philosophiques ou scientifiques dont elles sont inspirées. Elles en diffèrent, et parfois les contredisent ouvertement. Les théories extra-juridiques sur lesquelles elles s'appuient sont contestées, voire considérées comme caduques dans leur discipline d'origine ; pourtant, les théories juridiques qui en sont issues sont toujours regardées comme plus ou moins valides. Il est ainsi apparu que la théorisation de la causalité était extrêmement complexe, notamment en raison du nombre de théories distinctes ; peu de notions juridiques ont donné naissance à tant de systèmes différents. Par ailleurs, des approximations et des incohérences minent la quasi-totalité des théories classiques », n° 109, p. 90.

¹²⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations, op. cit.*, n° 213 et s. ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, par F. Chabas, Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 560 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 156 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 1055 et s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1701 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les*

exige un caractère direct et certain¹²⁶⁷. La définition et la preuve du lien de causalité sont alors bien distinguées sous la plume de certains auteurs. En effet, c'est au niveau de la preuve que le lien de causalité subit un assouplissement. Une nouvelle fois, c'est par l'admission des présomptions que cette influence se fait sentir.

494. Contentieux de la contamination par transfusion. Le droit de la santé offre une terre d'accueil à l'admission des présomptions dans la preuve du lien de causalité. Pour retenir la responsabilité des centres chargés des transfusions sanguines, les magistrats ont permis aux victimes d'une contamination par le virus du sida¹²⁶⁸ ou par le virus de l'hépatite C¹²⁶⁹ de prouver le lien de cause à effet entre la transfusion et l'apparition de symptômes à l'aide d'un ensemble de présomptions qui excluaient tout autre facteur de risque de contamination. Autrement dit, non seulement la contamination n'est pas prouvée de manière directe mais en outre elle est établie par des présomptions qui permettent d'exclure toute autre origine. La présomption s'établit de cette manière : le fait inconnu, ici la contamination à l'occasion d'une transfusion, est déduit d'un fait connu, les circonstances dans lesquelles a eu lieu la transfusion (la victime n'avait pas d'antécédents médicaux, l'un des donneurs appartenait à un groupe à risque, les transfusions ont eu lieu après le développement de l'épidémie en Europe qui a débuté en 1978). Tant les juridictions judiciaires qu'administratives¹²⁷⁰ font droit aux demandes des victimes qui prouvent le lien de causalité entre leur préjudice et la transfusion dès lors qu'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes établissent que la transfusion est le seul facteur présent dans le dossier d'une contamination possible. Depuis 2001, la preuve du lien de causalité en matière de transfusion sanguine s'est davantage assouplie dans la mesure où il suffit désormais que la victime établisse « d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun autre mode de contamination qui lui soit propres ». Ces éléments établis, si les produits sanguins ne sont pas exempts de vices, la responsabilité du centre de transfusion sera retenue.

obligations, op. cit., n° 858 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 332 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 90 et s.

¹²⁶⁷ Civ. 2^{ème}, 27 oct. 1975, *Gaz. Pal.*, 1976, 1, jur., p. 169, note PLANQUEL.

¹²⁶⁸ CA Paris, 7 juillet 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, p. 752, concl. G. PICHOT ; CA Rennes, 23 oct. 1990, *Gaz. Pal.*, 1991, 1, p. 232 ; CA Paris, 26 nov. 1991, *D.*, 1992, 1. IR., p. 70. TGI Paris, 1^{er} juill. 1991, *JCP*, G., 1991, II, 21762, note M. HARICHAUX ; CA Paris, 28 nov. 1991, *D.*, 1992, p.85, note A. DORSNER- DOLIVET ; *JCP*, G., 1992, II, 21797, note M. HARICHAUX ; *D.*, 1993, somm. p. 30, obs. J. PENNEAU. TGI Nice, 27 juill. 1992, *D.*, 1993, jur., p.38, note D. VIDAL ; Civ. 2^{ème}, 20 juill. 1993, *Bull. civ.*, II, n° 273.

¹²⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1996, *Bull. civ.*, I, n° 306.

¹²⁷⁰ CAA Lyon, 2 oct. 1997, *Centre Hospitalier Joseph-Imbert d'Arles c/ Mme Carlotti, LPA*, 8 mai 1998, n° 55, p. 9, note J.-A. BAS ; CAA Paris, Plen. 12 fév. 1998, *X. et Y., Dr. adm.*, Août-sept. 1998, comm. n° 293, p. 29, note C. ESPER ; *Méd et dr.*, 1998, n° 32, p. 23 ; CAA Lyon, 17 juill. 1998, *CHR Clermont-Ferrand, Dict. Perm. Bioéthech.*, feuillets 26, p. 2274 ; CAA Nantes, 11 mars 1999, *M. Robert Florendeau, Procédures*, déc. 1999, comm. n° 281, p. 17 ; TA Grenoble, 21 fév. 2000, *M. Syord, A.J.D.A.*, juill.-août 2000, p. 665, concl. C. SOGNO ; CE, 29 mars 2000, *A.P.-H.P., D.*, 2000, jur., p. 563, note A. BOUREL, *JCP*, G., 2001, I, 336, n° 33, *LPA*, 23 Aout 2000, n° 168, p. 7, note F. BAUDE.

495. Contentieux de la responsabilité du fait des médicaments défectueux. Nous avons également constaté cet assouplissement de la preuve du lien de causalité lors de l'étude des manifestations préventives de la responsabilité du fait des médicaments défectueux¹²⁷¹. La sclérose en plaques engendrée par la vaccination contre l'hépatite B est réputée causée par cette dernière dès lors qu'il en résulte de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes¹²⁷². Ce revirement de jurisprudence opéré en 2008 rend plus cohérent l'ensemble de la jurisprudence afférente à la responsabilité du fait des médicaments défectueux qui accueillait déjà la preuve du lien de causalité par présomptions pour d'autres médicaments tels que le distilbène, l'hormone de croissance, l'Isoméride, le Zyloric et le Colchimax.

496. Double origine de l'assouplissement. La confrontation de ces deux manifestations d'assouplissement du lien de causalité est féconde. En effet, si l'assouplissement a pour même objet le caractère certain de la causalité, l'origine de cet assouplissement n'est pas la même dans le cas des transfusions sanguines que dans celui des médicaments défectueux. *Dans le premier cas, l'assouplissement se fait en droit.* Il est difficile de prouver que la transfusion est la cause de la contamination mais on sait que scientifiquement la transfusion est une cause de contamination. Au contraire, *dans le second cas, l'assouplissement se fait en fait.* On facilite la preuve que la défectuosité du médicament est la cause du préjudice parce que l'on ne sait pas scientifiquement si le médicament peut être la cause du préjudice. C'est le cas dans la vaccination de l'hépatite B mais également dans le cas de l'Isoméride ou du Distilbène.

Cet assouplissement du lien de causalité par l'admission de présomptions est redoublé par le dévoiement de certaines notions juridiques.

2. L'assouplissement du lien de causalité par le dévoiement de certaines notions juridiques

497. Exposition à un risque. Parmi les manifestations préventives des conséquences de la réalisation du dommage, nous avons distingué la perte d'une chance de l'exposition à un risque¹²⁷³. Ce dernier cas survient lorsqu'un risque est pris mais avant que le dommage ne se réalise. Contrairement à la perte d'une chance, l'exposition à un risque est sanctionnée par des mesures de réparation intégrale. Comme le risque est pris, la création d'un risque sanctionne l'absence de mesure prise pour éviter le dommage. Là encore, la doctrine souligne

¹²⁷¹ Cf. *supra*, n° 70 et s.

¹²⁷² Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *Bull. civ.* I, n° 221, 222 et 223 ; I. GALLMEISTER, *D.* 2008, AJ, 1544 ; L. GRYNBAUM, « Vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation gagne du temps », *JCP G.*, 2008, II, 10131 ; J. PEIGNE, note sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, *RDSS* 2008, 578 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.*, juill/sept, 2008, p. 492 ; C. SINTEZ, "Responsabilité du fait des médicaments défectueux : trois arrêts attendus pour un revirement mesuré", *art. préc.*

¹²⁷³ Cf. *supra*, n° 142-143.

l'assouplissement au niveau de la preuve du lien de causalité qu'entraînait la sanction de la création fautive d'un risque qui s'est finalement réalisé¹²⁷⁴. Le lien entre le fait générateur et le préjudice n'existe pas puisque ce dernier n'est pas réalisé. Le lien de causalité est ici rapporté entre le fait générateur et le risque de préjudice. On retrouve alors sur le terrain de la condition du lien de causalité l'obligation de prévention des dommages pour défaut d'accomplissement de mesures d'évitement.

498. Perte de chance¹²⁷⁵. Dans le domaine de la responsabilité médicale, la preuve du lien de causalité a été accueillie non sans « dévoiement »¹²⁷⁶ de la perte d'une chance. En effet, les médecins sont sanctionnés lorsqu'ils ont fait perdre à leurs patients, par manque de prudence, une chance de guérison¹²⁷⁷, de survie¹²⁷⁸, ou plus largement d'éviter le préjudice subi. Traditionnellement, la perte de chance ne répare pas un préjudice futur mais seulement une probabilité certaine qu'un événement favorable se soit produit. Autrement dit, *si le préjudice final est incertain, le préjudice intermédiaire qui est constitué par la perte de chance est, quant à lui, certain*. Or, il n'en est pas de même lorsque la responsabilité d'un médecin est engagée des suites d'un mauvais diagnostic compromettant les chances de guérison d'une victime. Pourtant, ni la guérison ni les chances de guérison ne sont certaines. La perte de chance sanctionne moins un préjudice partiel qu'elle ne permet un assouplissement du caractère certain du lien de causalité. Une nouvelle fois, il pèse sur le responsable une obligation de prudence dans la mesure où ce dernier avait la possibilité d'éviter le dommage. En ce sens, la Cour de cassation a

¹²⁷⁴ R. SAVATIER, "Une faute peut-elle engendrer un dommage sans l'avoir causé?", *D.*, 1970, pp. 123 et s. ; C. RUELLAN, "La perte d'une chance en droit privé", *RRJ*, 1998, pp. 729 et s.

¹²⁷⁵ Sur le lien de causalité et la perte d'une chance, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 182 et s.

¹²⁷⁶ C. RUELLAN, "La perte d'une chance en droit privé", *ibid.*, p. 744.

¹²⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 25 mars 1968, *Bull. civ.*, n° 109 (perte de chances de guérison suite à l'administration tardive d'un traitement). Civ. 1^{ère}, 25 mai 1971, 2^{ème} espèce, *JCP*, G., 1971, II, 16859 ; *RTD civ.*, 1972, p. 408, obs G. DURRY (perte de chances de guérison résultant d'un défaut de surveillance du patient). Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2003, *D.*, 2004, somm., p. 601 (perte de chance de guérison résultant de l'absence ou du retard fautif de diagnostic ou de traitement).

¹²⁷⁸ CA Paris, 23 avril 1968, *JCP*, G., 1968, II, 15625 (perte de chances de survie suite à un accident convulsif après une anesthésie locale) confirmé par Civ. 1^{ère}, 27 janv. 1970, *JCP*, G., 1970, II, 16422, note A. RABUT ; *D.*, 1970, somm. p. 70. Civ. 1^{ère}, 18 mars 1969 (perte de chances de survie en raison du défaut d'examens pré-opératoires). TGI Montpellier, 21 déc. 1970, *D.*, 1971, jur., p. 637, note F. CHABAS (perte de chance de survie en raison d'une imprudence commise au moment d'un arrêt respiratoire d'une patiente survenu à la fin d'une opération). Civ. 1^{ère}, 25 mai 1971, 1^{ère} et 3^{ème} espèces, *JCP*, G., 1971, II, 16859 ; *RTD civ.*, 1972, p. 408, obs. G. DURRY (perte de chance de survie en raison d'un défaut de surveillance du patient). Civ. 1^{ère}, 27 mars 1973, *JCP*, G., 1974, II, 17643, note R. SAVATIER ; *D.*, 1973, p. 595, note J. PENNEAU ; *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 630, note J.-P. DOLL (perte de chances de survie résultant d'une anesthésie pratiquée sur un patient qui n'était pas à jeun). Civ. 1^{ère}, 2 mai 1978, *Bull. civ.*, n° 167 ; *JCP*, G., 1978, II, 18966, note R. SAVATIER ; *D.* 1978, IR, p. 408, obs. C. LARROUMET (perte de chance de survie résultant du retard dans la mise en application d'une thérapeutique adéquate). Civ. 1^{ère}, 21 nov. 1978, *JCP*, G., 1979, II, 19033, note R. SAVATIER (perte de chance de survie résultant d'une faute du médecin ayant accepté que son associé, non spécialiste, se substitue à l'anesthésiste).

sanctionné le retard apporté à un examen radiographique et à une intervention¹²⁷⁹. *La lettre des arrêts ne laisse pas de doute quant à l'existence d'une obligation de prévention du dommage.* L'expression « une chance d'éviter le préjudice »¹²⁸⁰ ou « d'échapper au dommage »¹²⁸¹ est souvent employée pour caractériser le comportement du médecin.

L'assouplissement du lien de causalité a ainsi pour double cause l'admission des présomptions du fait de l'homme et le dévoiement de certaines notions juridiques. Il n'est pas sans conséquence importante.

B. Les conséquences de l'assouplissement du lien de causalité

499. Cet assouplissement du lien de causalité entraîne des conséquences sur sa notion (1) et sur le prononcé d'une sanction préventive (2)

1. Conséquences sur la notion de causalité

500. Conception large de la causalité. Les manifestations d'assouplissement du caractère certain du lien de causalité exigé pour sa preuve ne sont pas sans conséquence sur la notion même de causalité¹²⁸². L'obligation de prévention du dommage qui s'évince maintenant clairement de ce chapitre ne peut être accueillie sans une conception large de la causalité. En effet, cette obligation repose sur une faute d'abstention consistant à n'avoir pas pris les mesures adéquates afin de prévenir la réalisation du dommage. Or, une abstention n'est pas une cause efficiente du dommage car elle n'interrompt pas le cours des événements¹²⁸³. Dès lors, il faut conclure que la faute d'abstention consiste à n'avoir pas empêché l'action d'une cause efficiente. A ce titre, elle a un rôle causal et permet à l'obligation de prévention du dommage d'être sanctionnée.

501. Théorie de l'équivalence des conditions. Les manifestations d'assouplissement du caractère certain relevées en matière de voisinage ou de responsabilité médicale démontrent également une utilisation fréquente de la théorie de l'équivalence des conditions. Selon cette théorie, « chacun des facteurs, du moment qu'il a été indispensable à la réalisation du résultat,

¹²⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1970, *Bull. civ.*, I, n° 301 ; *D.*, 1971, somm. p. 46.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1995, *RCA*, janv. 1996, n° 25 ; Civ. 1^{ère}, 10 juill. 2002, *Bull. civ.*, n° 197

¹²⁸² Pour une étude des différentes théories juridiques de la causalité et de leur sources extra-juridique, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 14 à 109.

¹²⁸³ L. AYNES, « Le préjudice de l'enfant handicapé : la plainte de job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron., p. 492, pour lequel la cause du dommage s'entend « non seulement de l'évènement positif qui a produit celui-ci, mais aussi celui qui ne l'a pas empêché de se produire », p. 494.

doit être considéré comme l'une des causes de celui-ci »¹²⁸⁴. En d'autres termes, « pour qu'un fait dommageable soit considéré comme causal, il faut et il suffit qu'il en ait été l'une des conditions *sine qua non* »¹²⁸⁵. Si cette théorie peut présenter le risque d'une application démesurément extensive de la responsabilité civile¹²⁸⁶, force est de constater qu'elle est à l'œuvre dans les jurisprudences que nous avons précédemment citées. Non seulement le médecin est rendu responsable parce que son fait est l'une des causes du dommage mais encore parce qu'il s'est abstenu d'agir dans un sens qui aurait permis au dommage de ne pas se réaliser. La théorie de l'équivalence des conditions s'applique également pour les événements qui n'ont pas empêché de produire le dommage, autrement dit pour des fautes d'abstention.

502. Théorie de la causalité adéquate. Pourtant, certains auteurs¹²⁸⁷ estiment que la théorie de la causalité adéquate est davantage susceptible de mettre en œuvre un « risque de causalité »¹²⁸⁸. Selon cette autre théorie, « un antécédent n'est causal qu'autant, qu'à soit seul, il rende le dommage vraisemblable : qu'autant que l'on aurait pu pronostiquer - si l'on y avait songé à l'avance, qu'il le produirait »¹²⁸⁹. Contrairement à la théorie précédente où toutes les conditions sont équivalentes, « le rapport de causalité adéquate existe lorsque la faute a constitué le facteur qui parmi ceux en cause, a joué un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres, même lorsqu'ils ont faiblement concouru au dommage, qu'un caractère secondaire »¹²⁹⁰.

503. Critique de la conception large de la causalité. Pour certains auteurs, cette conception élargie de la causalité résulte en réalité d'une confusion entre l'origine du dommage et la reconnaissance judiciaire de son rapport causal. Cette confusion marquerait « la crise de la causalité ». En ce sens, M. Sargos écrit que cette crise est « due à la confusion entre la détermination de l'origine matérielle d'un dommage, exclusive à mon sens de toute causalité au sens juridique du terme, et son imputabilité à quelqu'un par la recherche de cette causalité juridique »¹²⁹¹. A propos de la responsabilité du fait des médicaments défectueux, l'auteur démontre la confusion qui a conduit la jurisprudence à refuser l'indemnisation des scléroses en plaques résultant de la vaccination contre l'hépatite B : « ... le conclusif de cassation retient sans nuance et de façon trop absolue qu'il résultait des constatations de la cour d'appel que « le défaut du vaccin comme le lien de causalité entre la vaccination et la maladie ne pouvaient être établis ». Or l'appréciation du lien de causalité, au sens juridique du terme, ne se fait pas entre la

¹²⁸⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 339.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 1080.

¹²⁸⁷ A. JOLY, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, thèse non publiée, Université de Caen, 1939, p. 116 ; P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, th., Aix-Marseille, 1913, p. 93 et 121. ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1145.

¹²⁸⁸ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1122 et s.

¹²⁸⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique, op. cit.*, n° 157.

¹²⁹⁰ A. DORSNER-DOLIVET, note sous Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1993, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *JCP, G.*, 1994, II, 22226.

¹²⁹¹ P. SARGOS, "La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf"", *D.*, 2008, 1935, *spéc.*, p. 1936.

vaccination et la maladie, mais entre le défaut et le dommage »¹²⁹². Cette acception élargie de la causalité est effectivement critiquée par la doctrine qui parle de « distorsions du lien de causalité »¹²⁹³, des « affres de la causalité »¹²⁹⁴, et d'un « trouble sémantique »¹²⁹⁵ qui résulte d'un « langage Schtroumpf »¹²⁹⁶. Ainsi, l'élargissement de la causalité est considéré comme la perversion de la dernière des conditions d'engagement de la responsabilité. En ce sens, dans une thèse récente, M. Christophe Quézel-Ambrunaz propose de distinguer drastiquement la causalité matérielle de la causalité juridique¹²⁹⁷. Cette dernière aurait un domaine plus large : « en responsabilité civile, elle s'étend de la défectuosité du fait dommageable à l'indemnisation de la victime »¹²⁹⁸. Autrement dit, elle précéderait la notion de fait générateur et irait au-delà de la désignation du responsable en constituant la cause de l'obligation de réparation¹²⁹⁹. Pour la concevoir théoriquement, l'auteur soutient qu'il faut abandonner les théories classiques et présenter la causalité comme l'empreinte continue du mal. Cette proposition est à l'origine celle de M. Dejean de la Bâtie¹³⁰⁰. Elle vise à représenter le lien de causalité comme l'enchaînement des faits dont la part de défectuosité a poursuivi le cheminement du mal. « Ce qui compte, c'est qu'il soit continu, c'est-à-dire constitué par un enchaînement de défectuosités qui s'engendrent l'une vers l'autre sans aucun hiatus »¹³⁰¹. Selon M. Quézel-Ambrunaz, « La théorie de l'empreinte continue du mal suppose de distinguer deux questions dans l'établissement du lien causal, la causalité positive et la causalité négative. Il s'agit, peu ou prou, du rôle de chacune des parties dans le procès en responsabilité civile : le demandeur s'efforce d'établir la causalité, le défendeur tente de montrer que la chaîne causale a été rompue. Si certaines démarches conduisent à retenir immédiatement les antécédents qui peuvent être regardés comme des causes du dommage, l'empreinte continue du mal propose de déterminer dans un premier temps les antécédents qui sont susceptibles d'expliquer la survenance du dommage, et dans un second temps, de vérifier s'il n'est pas des faits qui justifieraient que le lien de causalité précédemment établi soit rompu. Cette démarche en deux temps, proposée par le législateur à propos de la

¹²⁹² *ibid.*, p. 1938. V. également du même auteur, note sous Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, *JCP*, G., 2009, II, 10030, ainsi que, *JCP*, G., 2009, II, 10031.

¹²⁹³ "Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006 de la Faculté de droit et de sciences de Rennes", *Lamy droit civil*, supplément au n° 40, 2007.

¹²⁹⁴ P. ESMEIN, "Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité", *D.*, 1964, Chron. 205.

¹²⁹⁵ Ph. PIERRE, *Avant propos*, in "Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006 de la Faculté de droit et de sciences de Rennes", *art. préc.*

¹²⁹⁶ P. SARGOS, "La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf""", *art. préc.*

¹²⁹⁷ Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 201 et s.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, n° 261.

¹²⁹⁹ Pour l'auteur, la causalité a deux sens : elle est le lien entre le fait dommageable et le préjudice, et la cause de l'obligation de réparation, *ibid.*, p. 9.

¹³⁰⁰ N. DEJEAN DE LA BATIE, note sous Civ. 2^{ème}, 13 mai 1969, *JCP*, G., 1970, II, n° 16470. *Egal.*, du même auteur, Civ. 2^{ème}, 20 déc. 1972, *JCP*, G., 1973, II, n° 17541.

¹³⁰¹ N. DEJEAN DE LA BATIE, cité par Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 295.

responsabilité du fait des produits défectueux, est justifiée »¹³⁰². L'auteur propose d'en prolonger la véracité pour les questions de causalité collatérale¹³⁰³. Cette conception de la causalité critique ainsi la conception élargie que nous avons mise en lumière dans la jurisprudence. La raison en est la suivante. Pour M. Quézel-Ambrunaz, « le lien de causalité est un outil de politique juridique : le choix d'une conception causale se fait notamment en considération des fonctions attribuées à la responsabilité civile »¹³⁰⁴. Or, M. Quézel-Ambrunaz ne retient de la responsabilité civile que la fonction de réparation des dommages. Selon lui, il n'existe pas de responsabilité sans préjudice¹³⁰⁵, et incidemment, de fonction préventive. Pour notre étude, la théorie de l'empreinte du mal, même élargie et remaniée, ne saurait concevoir le lien de causalité en responsabilité civile prise dans l'ensemble de ses fonctions de réparation, de prévention et de répression.

2. Conséquences sur le prononcé d'une sanction préventive

504. La causalité adéquate sied bien aux mesures d'anticipation de la réalisation du dommage. Lorsque le dommage n'est pas survenu, toute cause ne peut retenir l'application préventive de la responsabilité. Exiger un risque de causalité adéquate est le gage d'une sécurité juridique. Au contraire, lorsque le dommage est survenu et qu'il s'agit d'en réparer par anticipation les conséquences actuelles ou futures, il est préférable que toutes les conditions qui ont concourues à sa production puissent mettre en œuvre le mécanisme de la responsabilité civile.

505. Le raisonnement judiciaire ne va-t-il pas déjà en ce sens ? Lorsqu'il convient de faire cesser un trouble, la caractérisation de son illicéité ou de son anormalité permet d'identifier la cause la plus adéquate à l'origine d'un probable dommage. Au contraire, lorsqu'il convient de réparer un préjudice par anticipation, dans la mesure où ce dernier est acquis, toute cause doit être accueillie pour agir préventivement contre ses conséquences actuelles ou futures.

506. Conclusion de section. Le bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile est patent. Il se vérifie tout particulièrement lors du prononcé d'une sanction préventive. En premier lieu, la condition du préjudice apparaît démembrée. Dans certains cas, le dommage suffit en lieu et place de la preuve du préjudice, c'est-à-dire des conséquences patrimoniales ou extra-patrimoniales sur les personnes tandis que dans d'autres cas, la condition du préjudice est considérée comme remplie alors que sa réalisation dans les faits (le dommage) n'est pas nécessaire. L'étude a conclu à une dissociation du dommage et du préjudice comme réelle condition du prononcé d'une sanction préventive. En deuxième lieu, le fait générateur

¹³⁰² *Ibid.*, n° 296.

¹³⁰³ *Ibid.*, n° 321 et s.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, n° 109.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, n° 282., « il n'est pas, *de lege lata*, d'hypothèse de responsabilité sans préjudice, donc, (...) le lien de causalité n'a jamais vocation à combler l'absence de préjudice ».

subit une extension à la fois matérielle et temporelle. Matériellement, le fait à l'origine d'un préjudice sanctionné préventivement est moins considéré par le juge par son rôle générateur que par son caractère illicite. Temporellement, le fait générateur est facilement retenu en présence d'un simple risque d'illicéité, c'est-à-dire lorsque le fait générateur n'est pas encore commis. La jurisprudence se suffit du fait dommageable non actuel en lieu et place du fait générateur traditionnellement conçu. En dernier lieu, le prononcé d'une sanction préventive engendre un assouplissement de la condition du lien de causalité. Le caractère certain est minimisé par l'accueil de présomption du fait de l'homme ou par le dévoiement de certaines notions juridiques telles que l'exposition à un risque et la perte de chance, notamment en matière médicale. *La sanction préventive entraîne donc une interprétation dérogatoire des conditions d'engagement traditionnelles de la responsabilité civile.* Elle les rapproche davantage du fait, et ce d'autant plus nettement que ce fait peut n'être que potentiel. Cette influence est perturbante pour un droit conçu à partir de ses conditions d'engagement.

Dès lors, il nous apparaît nécessaire de rechercher si l'origine de ce bouleversement est connue et pensée.

SECTION 2. L'origine du bouleversement des conditions selon la doctrine de la responsabilité civile

507. Dans son ensemble, la doctrine perçoit-elle le bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile ? Plus précisément, établit-elle le lien entre ce bouleversement et la sanction préventive ? Ces questions méritent d'être posées au sein du mouvement actuel qui anime la doctrine car, si cette dernière établit le constat d'une crise (§1), sa volonté de redonner cohérence au droit de la responsabilité (§2) semble ne pas procéder du bouleversement des conditions du fait du prononcé des sanctions préventives.

§1. Le déclin de la faute ou l'origine retracée par la doctrine du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile

508. La perception doctrinale du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile s'inscrit dans l'établissement du constat de crise du droit positif (A). Au sein de ce constat, le déclin de la faute apparaît comme l'origine du bouleversement des conditions (B).

A. Le constat de la crise : le déséquilibre du « système responsabilité »¹³⁰⁶

509. Le système de la responsabilité civile est jugé incohérent dans sa globalité. Ce constat est nourri de trois arguments : la multiplication des lois spéciales, l'imprévisibilité de la jurisprudence, et les limites de l'assurance.

510. La multiplication des lois spéciales. Les articles 1382 à 1386 du Code civil ne répondent pas de l'ensemble du droit de la responsabilité civile. Selon l'expression du doyen Cornu, le code est dépassé par le droit¹³⁰⁷. Cette évolution est en partie due à l'instauration de nouveaux cas de responsabilité au sein de lois non codifiées. Il s'agit, entre autre, de la responsabilité des transporteurs, des constructeurs, des accidents de la circulation¹³⁰⁸. Le sentiment d'émiettement¹³⁰⁹ naît également de la création légale de régimes spéciaux d'indemnisation¹³¹⁰

¹³⁰⁶ Titre emprunté à M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, th. préc.*

¹³⁰⁷ G. CORNU, "La lettre du code à l'épreuve du temps", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157

¹³⁰⁸ Sur le constat, PH. BRUN, "Rapport introductif", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif, RCA*, hors-série, juin 2001, p. 4, *spéc.*, p. 6.

¹³⁰⁹ Pour reprendre l'expression du droit en miette de M. TUNC, *APD*, 1977, p. 31.

¹³¹⁰ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 7052 ; G. VINEY, "L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P.*

comme pour les victimes du sang contaminés¹³¹¹, de l'hormone de croissance, de l'amiante, du terrorisme, ou encore d'accidents médicaux. « Cette multiplication des lois spéciales d'indemnisation à l'époque contemporaines traduit un émiettement du droit de la responsabilité, et, ainsi qu'on l'a remarqué, se solde par une « décodification » de ce droit pourtant déjà si peu codifié »¹³¹². Et, pour autant, cette multiplication laisse encore des cas « d'angle mort »¹³¹³ où les victimes ne trouvent aucun fondement à leur demande d'indemnisation¹³¹⁴. En d'autres termes, la prolifération des interventions spéciales du législateur ne conduit pas à la complétude du système. « Fabriqué de bric et de broc et de régimes d'indemnisation divers et variés, notre droit actuel pêche par le caractère non systématique de la couverture du risque de dommage corporel et par une tendance assez inquiétante à attendre des opérateurs privés qu'ils combent les failles du système grâce à des produits d'assurance qui tournent le dos à l'idéal de solidarité »¹³¹⁵. Ce résultat d'un système parcellaire proviendrait, selon un auteur, d'une réaction politique du législateur « sous le coup de l'émotion collective »¹³¹⁶.

511. L'imprévisibilité de la jurisprudence. Dans ce constat de crise, le juge n'est pas en reste. Il est reconnu satisfaisant à un courant « victimologiste »¹³¹⁷ l'entraînant à indemniser un panel de préjudices ne semblant avoir aucune limite¹³¹⁸. M. Christophe Radé a également montré en 2003¹³¹⁹ comment la Cour de cassation était encline à satisfaire les victimes d'accidents médicaux en renforçant doublement les obligations pesant sur les médecins, d'une part, en reconnaissant facilement une faute virtuelle de leur part, et d'autre part, en faisant peser sur eux

Drai, Dalloz, 2000, p. 671 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, "Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation", in *Mélanges Roger O. Dalcq*, éd. Larcier, Bruxelles, 1994, p. 349 ; F. LEDUC, "L'oeuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux", in *La responsabilité à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA*, juin 2001, p. 50.

¹³¹¹ Loi n° 91-1406 du 31 déc 1991.

¹³¹² P. JOURDAIN, "Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ?", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, 247, p. 248. L'auteur cite Mme Lehot concernant l'idée de « décodification », M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Université de Maine, 2001.

¹³¹³ CH. RADE, "Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture", *RCA, chron. n° 5*, mars 2009, p. 26, *spéc.*, p. 27.

¹³¹⁴ Par exemple, M. Radé cite le refus de permettre à une victime d'un accident de travail d'agir contre le FGVAT, Civ. 2^{ème}, 7 févr. 2008, *JCP, G.*, 2008, II, 10056.

¹³¹⁵ Ch. RADE, "Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture", *art. préc.*, n° 11, p. 28.

¹³¹⁶ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", préf. Y. LEQUETTE, 2005, n° 345 et s., *spéc.*, n° 355.

¹³¹⁷ CH. RADE, "Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile", *D., chron.*, 2003, 2247, « La montée en puissance du courant victimologiste s'est encore fait nettement sentir ces dernières années dans la jurisprudence de la Cour de cassation, relançant le débat sur les limites et les dangers d'une telle politique jurisprudentielle », n° 4, p. 2248.

¹³¹⁸ L. CADDIET, "Les métamorphoses du préjudice", *art. préc.*

¹³¹⁹ Ch. RADE, "Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile", *art. préc.*, n° 5 et s.

une obligation de sécurité reconnue pour les produits sanguins¹³²⁰, le matériel médical¹³²¹, les médicaments¹³²² et les infections nosocomiales¹³²³. Pour autant, cette tendance favorable aux victimes ne conduit pas à établir une claire prévisibilité du droit jurisprudentiel de la responsabilité. La Cour de cassation est également réceptive aux critiques de la doctrine au sujet d'une croissance trop rapide de la responsabilité sans faute au détriment de la responsabilité pour faute. Ainsi, l'obligation de sécurité en matière médicale a-t-elle été bornée, par la suite, dans la réparation de l'aléa thérapeutique¹³²⁴ par exemple, et ce, en dépit du fait que les juridictions administratives l'admettaient¹³²⁵. M. Christophe Radé illustre également son propos par l'obligation d'information¹³²⁶ et en matière de responsabilité du fait d'autrui¹³²⁷. Il est cependant difficile de critiquer la position des magistrats, comme le note M. Patrice Jourdain, « ce droit jurisprudentiel est en effet nécessairement dépendant du contentieux et donc des problèmes juridiques que les tribunaux ont à résoudre »¹³²⁸.

512. Les limites de l'assurance¹³²⁹. Le « système responsabilité » présente également une incohérence dans l'offre d'assurance. S'objectivant, la responsabilité civile transfère le coût de la réparation du responsable à l'assuré¹³³⁰. Pour que l'indemnisation soit versée, il faut alors que le responsable soit solvable, c'est-à-dire qu'il soit assuré. Or, l'assurance n'est pas une technique globale. A chaque type de risque encouru doit correspondre une assurance spécifique¹³³¹. Là encore, le constat de l'éparpillement s'impose. Si le nombre d'assurance n'a cessé d'augmenter¹³³², les principales hypothèses de responsabilité civile fondée sur le fait d'autrui nécessiteraient une assurance obligatoire. Ces dernières se sont multipliées mais à des cas de

¹³²⁰ Civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998, *JCP*, G., 1998, II, 10088, rapp. P. SARGOS.

¹³²¹ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 1999, *D.* 2000, Jur. p. 117, note P. JOURDAIN.

¹³²² Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, *JCP*, G., 1998, II, 10049, rapp. P. SARGOS ; *D.* 1999, Jur. p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN.

¹³²³ Civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, *JCP*, G., 1999, II, 10138, rapp. P. SARGOS ; *RCA* 1999, chron. 20, par H. GROUDEL ; *Gaz. Pal.* 2000, I, Doctr. p. 324, par S. HOCQUET-BERG ; *D.* 1999, Jur. p. 559, note D. THOUVENIN, et *Somm.* p. 395, obs. J. PENNEAU.

¹³²⁴ Civ. 1^{ère}, 8 nov. 2000, *RCA* 2000, comm. 375 ; *D.* 2001, *Somm.* p. 2236, obs. D. MAZEAUD ; Civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, *Smatt*, *RCA* 2001, notre chron. 13 ; *D.* 2001, *Somm.* p. 2236, obs. D. MAZEAUD, *préc.*

¹³²⁵ CE 9 avr. 1993, *Bianchi*, *AJDA* 1993, p. 383, chron. C. MAUGÛE, p. 344, note L. TOUVET ; *D.* 1994, *Somm.* p. 65, obs. P. BON et P. TERNEYRE ; 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, *D.* 1998, Jur. p. 146, note P. CHRESTIA ; *RFDA* 1998, p. 90, concl. V. PECRESSE.

¹³²⁶ Ch. RADE, "Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile", *art. préc.*, n° 5.

¹³²⁷ *Ibid.*, n° 6 et 13.

¹³²⁸ P. JOURDAIN, "Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ?", *art. préc.*, p. 248.

¹³²⁹ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, *th. préc.*, n° 97 et s.

¹³³⁰ En ce sens, C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *th. préc.*, n° 366.

¹³³¹ En ce sens, Ch. RADE, "Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture", *art. préc.*, n° 8, p. 27.

¹³³² En ce qui concerne les assurances obligatoires, 90 en 2000, une centaine en 2008, selon M. Ch. Radé, citant, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Le droit des assurances obligatoires*, LGDJ, 2000.

responsabilité spécifique couvrant un risque dû à une chose (ou un animal¹³³³) et plus rarement à une personne. Les institutions censées couvrir cette multiplicité sont elles-mêmes sectorisées : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages¹³³⁴ d'un côté, Office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux¹³³⁵, de l'autre.

Ce constat d'un droit en crise s'établit au niveau du déséquilibre économique du système d'indemnisation que forment la responsabilité civile, l'assurance, et la solidarité. A son origine, la doctrine pointe le rôle du déclin de la faute.

B. L'origine de la crise : le déclin de la faute

514. Pour la doctrine, la raison fondamentale de la crise de la responsabilité civile réside dans le déclin de la faute¹³³⁶. Tout se passe comme si les conséquences de la fin du « primat »¹³³⁷ de la responsabilité pour faute n'avaient de cesse d'irradier l'entier droit de la responsabilité et, surtout, de monopoliser l'attention des auteurs¹³³⁸. Pour certains, le déclin de la responsabilité pour faute entraîne une disparition de la fonction normative de la responsabilité¹³³⁹, ou du nécessaire sentiment de responsabilisation¹³⁴⁰. Or, tout le droit en cette matière est gouverné par la recherche du responsable, c'est-à-dire de celui qui a commis la faute au sens large, qu'elle soit subjective ou objective¹³⁴¹. En outre, si la faute n'est plus une condition que pour certains cas de

¹³³³ Assurance obligatoire pour les chiens dangereux, art. 5 de la loi n° 2008-582 du 20 juin 2008.

¹³³⁴ Loi n° 2003-706 du 1^{er} Aout 2003, *RCA*, 2004, chron. 4, S. ABRAVANEL-JOLLY.

¹³³⁵ L'office est compétents pour la prise en charge des victimes de contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C depuis la loi n° 2008-1330 du 17 déc. 2008 en son article 67, par le VIH depuis la loi du 9 Aout 2004, en cas de menace sanitaires grave depuis la loi du 5 mars 2007, et pour les dommages causés par une intervention d'un professionnel de santé, depuis la loi du 30 déc 2002.

¹³³⁶ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1965.

¹³³⁷ CH. RADE, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1- L'impasse", *D., chron.*, 1999, 313, n° 5 et 6.

¹³³⁸ CH. RADE, "L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile", *D., chron.*, 1998, p. 301 ; CH. RADE, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1- L'impasse", ; Y. FLOUR, "Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?", *Droits*, 1987, p. 29 ; PH. Le TOURNEAU, "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin", *RTD civ.*, 1988, 505 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, th. préc.*

¹³³⁹ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, th. préc.*, n° 155 et s.

¹³⁴⁰ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, th. préc.*, n° 5. Sur la notion de responsabilisation, H. CHARTIER, *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, thèse, Orléans, 2003, n° 5 et 6.

¹³⁴¹ « Quoiqu'il en soit, la responsabilité civile, qu'elle soit subordonnée ou non à la preuve d'une faute, repose toujours sur la considération de la personne du responsable, de la nature singulière de son activité ou du contexte dans lequel il cause un dommage ; ce sont d'ailleurs les particularités des responsables qui justifieront les spécificités et, partant, l'extrême variété des régimes mis en place », CH. RADE, "Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture", *art. préc.*, n° 6.

responsabilité, elle demeure un critère de répartition de la réparation entre co-auteur¹³⁴² et une cause d'exonération lorsqu'elle est commise par la victime¹³⁴³. L'assurance est alors perçue comme une technique de « neutralisation »¹³⁴⁴, voire de « refoulement »¹³⁴⁵ de la fonction normative de la responsabilité. *Pour la majorité des auteurs, la recherche de cohérence du droit de la responsabilité passe alors par un rétablissement de sa fonction normative.* Au niveau du constat, on observe donc que seule une partie du bouleversement des conditions est analysée – celle du fait générateur fautif. Et l'origine du bouleversement est retracée dans le refoulement de la fonction normative, non pas dans l'existence des sanctions préventives. Au niveau des remèdes apportés, l'observation est-elle identique ?

§2. Le recouvrement de la faute, ou la volonté doctrinale de redonner cohérence au droit de la responsabilité civile

515. Les projets visant à redonner cohérence à la responsabilité civile se multiplient. Qu'elles soient à l'échelle européenne¹³⁴⁶ ou française, individuelle¹³⁴⁷ ou collective¹³⁴⁸, voire institutionnelle¹³⁴⁹, les tentatives demeurent encore infructueuses. Si elles se fondent sur le constat de crise ainsi rappelé, se focalisent-elles sur l'influence de la sanction préventive sur le droit positif ? La réponse est négative. La prévention, en règle générale, ne jouit pas d'une attention particulière. En ce sens, dans la présentation de la partie portant sur la responsabilité dans le Rapport Catala, Mme Geneviève Viney écrit-elle que « quant à la prévention, elle n'est pas présentée comme l'une des fonctions spécifiques de la responsabilité. Cependant, une place

¹³⁴² G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 421 et s ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1164 et s.

¹³⁴³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 387 et s ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 770.

¹³⁴⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 363.

¹³⁴⁵ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 194.

¹³⁴⁶ *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien New York, <http://www.egtl.org>, 2005 ; B. WINIGER (dir.), *La responsabilité civile européenne de demain, projets de révisions nationaux et principes européens*, Bruylant, Schulthess, 2008. Adde, PH. BRUN, "Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile", in *Liber amicorum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 187 ; L. NEYRET, "La force normative des principes de droit européen de la responsabilité civile", C. THIBIERGE et alii., in *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 529.

¹³⁴⁷ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc. ; CH. RADE, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2-Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté", *D., chron.*, 1999, 323.

¹³⁴⁸ Un groupe de réflexion sur la responsabilité française dans le contexte européen est actuellement dirigé par les professeurs Pascal Ancel et Philippe Brun.

¹³⁴⁹ P. CATALA, G. CORNU et et alii, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, La Documentation française, 2005.

discrète lui a été réservée, sous le couvert de la réparation en nature »¹³⁵⁰. Le groupe européen sur la responsabilité civile a néanmoins inscrit dans ses principes que « les dommages et intérêts ont accessoirement une fonction préventive »¹³⁵¹. Hormis quelques exceptions de la sorte, la volonté de redonner cohérence à la responsabilité civile passe avant tout par le renouveau de la faute et, plus fondamentalement, de la fonction normative de la responsabilité. Mme Clothilde Grare propose en ce sens l'introduction d'une action en réparation-expiation qui délesterait du poids de la faute une action en réparation-compensation seule dévolue à la question indemnitaire¹³⁵². D'autres auteurs préconisent d'utiliser l'assurance pour parvenir à une forme de responsabilisation, en interdisant ou modulant l'assurance des responsables fautifs¹³⁵³. Au niveau des pouvoirs publics, il existe également une volonté de réformer les règles de la responsabilité civile. Dans un communiqué du 16 juillet 2009, la commission des lois du Sénat a fait 28 recommandations en ce sens. Parmi les plus notables, on peut relever l'introduction de trois innovations majeures en droit français. En premier lieu, permettre des actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'encontre d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant, en deuxième lieu, autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, notamment dans les domaines du droit des médias et du droit de la concurrence, et en dernier lieu, responsabiliser les victimes grâce à l'obligation, pour la victime d'un préjudice non corporel, de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, cette obligation n'étant qu'une obligation de moyens, appréciée *in concreto* eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime. Ces propositions attestent d'une volonté proche de celle de la doctrine de réhabiliter la fonction normative de la responsabilité par la sanction des fautes lucratives.

Ainsi, l'origine du bouleversement des conditions de la responsabilité civile n'est pas retracée dans le prononcé de la sanction préventive de sorte que la volonté de redonner cohérence au droit de la responsabilité ne passe pas par la prise en compte de la sanction préventive et de son influence particulière mais par le renouveau de la faute et de la fonction normative.

516. Conclusion de section. La perception du bouleversement des conditions de la responsabilité civile par la doctrine fait l'objet d'un constat paradoxal. Alors qu'il est établi à l'aune de la crise de ce droit en raison notamment de l'émergence tous azimuts de cas de responsabilité objective, la doctrine plaide pour un retour de la faute afin de recouvrer la

¹³⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

¹³⁵¹ Art. 10 : 101 des Principles of European Tort Law, *préc.*

¹³⁵² Sur cette proposition, Cf. *infra*, n° 795.

¹³⁵³ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, *th. préc.* Sur le rôle prophylactique de l'assurance, L. CADIET, "Le spectre de la société contentieuse", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, 29, n° 28 et s.

cohérence perdue. Autrement dit, *la véritable origine du bouleversement, à savoir les sanctions préventives, demeure impensée en soi et dans leur impact.*

517. Conclusion de chapitre. Le prononcé des sanctions préventives exerce une influence bouleversante sur les conditions d'engagement d'une action en responsabilité civile. *Davantage qu'une disparition des exigences traditionnelles du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité, la sanction préventive prononcée conduit à démembrer la condition du préjudice en dissociant l'atteinte factuelle (le dommage) de ses conséquences en droit (le préjudice), à étendre le fait générateur matériellement (son caractère illicite suffit en lieu et place de son rôle générateur) et dans le temps (le fait peut être non commis et être potentiellement illicite) et à assouplir le lien de causalité (notamment par l'accueil des présomptions).* L'ampleur de ce bouleversement n'est pas perçu par la doctrine qui, bien qu'établissant un diagnostic de crise, répercute son origine dans le déclin de la faute. La sanction préventive demeure un impensé.

Il convient alors de construire cette recherche de l'origine et des raisons du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile.

CHAPITRE 2. LES RAISONS DU BOULEVERSEMENT DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE

518. Constats précédents. Le prononcé d'une sanction préventive a une influence perturbante sur les conditions de la responsabilité civile. Au minimum, elle assouplit les exigences de preuve du lien de causalité et du fait générateur, au maximum, elle supprime la condition du préjudice entendu classiquement comme la lésion d'un intérêt ayant une répercussion sur la personne de la victime ou sur son patrimoine.

519. Problématique. La question de savoir d'où provient cette influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile s'inscrit ainsi dans une problématique plus générale de l'influence des sanctions juridiques prononcées par le juge saisi d'une action en responsabilité civile sur le schéma classique de la responsabilité civile mettant en scène ses trois conditions d'engagement. Au sein de cette vaste problématique, il convient alors de rechercher en quoi le prononcé d'une sanction est de nature à perturber la présentation du point de vue des conditions, quelle en est l'ampleur et quel rôle joue spécifiquement la sanction préventive.

520. Hypothèse. La problématique peut sembler trop vaste pour notre étude. L'intérêt est pourtant patent. La problématique invite à faire la généalogie de la production du savoir juridique de la responsabilité civile. Notre hypothèse consiste à montrer que si la doctrine¹³⁵⁴ a développé une analyse pertinente des évolutions jurisprudentielles du dernier siècle, elle n'a pas en revanche modifié le schéma fondamental de ce droit figé par la théorie moderne autour de ses conditions d'engagement. *Il y aurait un décalage entre les avancées de la jurisprudence et leur réception par la doctrine. Cette première hypothèse explique pourquoi la sanction préventive est un point aveugle du savoir juridique de la responsabilité civile mais ne dit rien de son évolution contemporaine.* Une seconde hypothèse est alors nécessaire. Pour savoir ce qui détermine notre ère du temps à faire ainsi évoluer la normativité de la responsabilité civile à ce point tel que la présentation classique de ce droit par ses conditions perd sa pertinence, il sera mis à l'épreuve l'idée selon laquelle *la sanction préventive illustre une nouvelle finalité sociale de la responsabilité civile.*

521. Autrement dit, il convient de rechercher dans un premier temps ce qui empêche le travail doctrinal de concevoir la sanction préventive alors que son analyse des décisions jurisprudentielles devrait l'y conduire. Et de mettre alors en place une généalogie du savoir juridique de la responsabilité civile (Section 1). Dans un second temps, il sera nécessaire de

¹³⁵⁴ Il est possible de considérer, surtout en France, que l'ensemble des auteurs forme un corps assez cohérent que l'on peut assimiler, agréger sous une notion unitaire dénommée doctrine. Nous rejoignons en ce sens la conception des professeurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin. V. not., PH. JESTAZ et CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. "Méthodes du droit", 2004, pp. 258 et s.

rechercher pourquoi l'influence de la sanction préventive correspond véritablement à une nouvelle fonction sociale de la responsabilité civile. Et de mettre en lumière l'équilibre entre les fonctions symbolique et instrumentale de ce droit (Section 2).

SECTION 1. Les raisons induites d'une généalogie du droit fondamental de la responsabilité civile

522. L'existence de sanctions préventives non prises en compte par la doctrine peut sembler paradoxale. Cette dernière n'a-t-elle pas déjà connu une reconfiguration de sa représentation de la responsabilité lors de l'objectivation de son fondement ? L'arrêt Teffaine n'a-t-il pas entraîné une réflexion fondamentale sur la responsabilité elle-même conférant à la doctrine une expérience, un précédent propice pour la conceptualisation de la sanction préventive ?

Il importe de revenir sur cette jurisprudence pour décrypter l'analyse de la doctrine et sa production du savoir juridique. A partir de là, il sera possible de comprendre pourquoi ce précédent ne permet pas de mettre en œuvre le même mécanisme de reconfiguration pour la sanction préventive.

§1. Généalogie du droit fondamental moderne de la responsabilité civile

523. Le droit de la responsabilité civile a connu une évolution fondamentale avec l'avènement de la responsabilité générale du fait des choses à la fin du XIX^{ème} siècle. Cet avènement a conduit à une reconfiguration du droit fondamental (A) qui a engendré des conséquences structurelles sur sa représentation doctrinale (B).

A. La reconfiguration du droit fondamental avec l'avènement de la responsabilité du fait des choses

524. L'avènement d'un principe général de responsabilité objective du fait des choses (1) tient une place importante en droit mais également dans le savoir élaboré par la doctrine, le savoir fondamental. Il importe d'en retracer la genèse (2) et d'en dresser une généalogie (3) qui permettra d'éclairer la notion de sanction préventive dans son effet perturbateur sur les conditions d'engagement de la responsabilité civile.

1. L'avènement du principe général de responsabilité objective du fait des choses

525. L'arrêt Teffaine rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 16 juin 1896 marque un tournant dans l'histoire de la responsabilité civile¹³⁵⁵. Cette dernière ne connaissait

¹³⁵⁵ Civ., 16 juin 1896, *DP* 1897, I, 433, note R. SALEILLES ; *S.* 1897, I, 17, note A. ESMEIN.

jusqu' alors aucun principe général de responsabilité du fait des choses¹³⁵⁶. Deux cas étaient régis par le Code civil : ceux de la responsabilité du fait des animaux à l'article 1385 et des bâtiments à l'article 1386. Le Code Napoléon ne divergeait pas sur ce point de l'histoire du droit français et notamment du droit romain qui ne comportaient que quelques actions spécifiques telles l'action de pauperie à l'encontre des propriétaires d'esclaves et d'animaux et la *cautio damni infecti* contre le propriétaire d'un bâtiment en ruine.

526. L'arrêt Teffaine. L'arrêt est connu ; son importance également. En l'espèce, la chaudière d'un remorqueur en explosant dégagea un jet de vapeur brûlant à mort le mécanicien travaillant à bord du navire. Dès le premier attendu, la Cour déclare « qu'aux termes de l'article 1384 du Code civil, cette constatation qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur, sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant, soit la faute du constructeur, de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé ». En d'autres termes, la victime, ou plus exactement ses ayants-droit, n'ont pas à apporter la preuve d'une faute de l'employeur de l'ouvrier pour pouvoir engager sa responsabilité civile.

527. L'idée était depuis longtemps dans l'air du temps¹³⁵⁷ et la solution juridique n'était pas non plus nouvelle. L'article 1386 C. civ. avait déjà permis d'indemniser des dommages par la seule preuve d'un vice de construction non sans dévoiement de la lettre de cet article lorsqu'il fut appliqué, notamment, au dommage causé par la chute d'un arbre¹³⁵⁸. En effet, un arbre n'est pas juridiquement un bâtiment ; cette notion supposant une construction¹³⁵⁹. Les juridictions du fond retenaient déjà sur le fondement de cet article une présomption de faute à la charge du gardien. Autrement dit, l'alternative entre la responsabilité pour faute prouvée et la présomption de faute en cas de dommage causé par une chose était déjà présente en jurisprudence avant que l'arrêt Teffaine ne soit rendu. Ce dernier est novateur en ce qu'il refuse d'étendre le champ de l'article 1386 aux faits de l'espèce et préfère accueillir le visa de l'article 1384 al 1^{er}. Là encore, il faut bien relire les gloses de l'époque et se souvenir que les juridictions du fond avaient admis que l'absence de faute pouvait exonérer le patron sur le fondement même de l'article 1384 alinéa

¹³⁵⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 627 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2006, n° 714 et s. ; PH. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007, n° 7692 et s. ; PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005, n° 410 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, Thémis, coll. "Droit privé", 2004, n° 284 et s. ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Ed., Yvon Blais, 6^e éd., Québec., 2003, n° 817 et s. ; F. LEDUC (dir.), *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997.

¹³⁵⁷ Sur le contexte politique de l'avènement d'une responsabilité pour risque dans les accidents de travail, V. F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, pp. 265 et s.

¹³⁵⁸ Paris, 20 juill. 1877, S. 1878, 2, 48.

¹³⁵⁹ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 721.

1^{er}¹³⁶⁰. La place de l'arrêt Teffaine dans notre savoir juridique excède de beaucoup sa véritable portée.

Ainsi, ce qu'il importe de bien comprendre pour notre étude de la sanction préventive, ce n'est pas tant la solution adoptée et la naissance d'une responsabilité entièrement dégagée du fondement de la faute que la genèse de cet avènement qui nous renseignera sur la production du savoir juridique en responsabilité civile.

2. Genèse de l'avènement d'un principe général de responsabilité objective du fait des choses

528. Genèse de la solution¹³⁶¹. Cette genèse peut aisément être retracée. La seule lecture des notes de l'arrêt Teffaine rédigées par Esmein et Saleilles l'éclaire¹³⁶². Toutes les notions nécessaires à l'analyse de l'arrêt y sont déjà présentes, au lendemain même du prononcé de la décision. D'abord, la question de la nature de la responsabilité. Les commentateurs rappellent le choix de certains auteurs et droits étrangers de préférer la responsabilité contractuelle en supposant que le contrat de travail contienne une obligation absolue de sécurité rendant responsable le patron des dommages causés pendant le travail. Ensuite, le fondement de la responsabilité. Les dommages nés des risques professionnels ne sauraient reposer sur l'article 1382 et 1383 requérant une faute du patron en l'espèce introuvable. C'est sur cette question que la genèse de la responsabilité objective fait ressortir la spécificité de l'élaboration du savoir juridique par la doctrine. En effet, délaissant le fondement de la faute prouvée, le commentaire doctrinal s'il eut été neuf et nu devant l'évènement nouveau de cette jurisprudence n'aurait eu d'autre hypothèse que celle de la présomption de faute. Nous le rappelions en ce qui concerne l'article 1386, l'alternative existait dans la doctrine. Pourtant, tant Esmein que Saleilles vont au-delà de cette alternative. Ils placent bien tous les deux l'analyse de l'arrêt sur la notion de responsabilité de plein droit. Enfin, le conflit d'autorité doctrinale est déjà en place. Le premier commentateur est résolument contre cette solution. « La thèse (...) paraît des plus contestables ; (...) [elle] « donne une portée générale et absolue à ces termes de l'article 1384 » ce qui est une « très grave innovation par rapport au droit antérieur »¹³⁶³. Le second commentateur est résolument pour et son avis est d'importance pour notre généalogie du droit fondamental sur cette question. Pour cause, c'est lui qui a forgé, en amont, avec Josserand, la théorie reprise par l'arrêt¹³⁶⁴. Son ouvrage intitulé *Les accidents du travail et la responsabilité civile* ne paraît-il

¹³⁶⁰ Grenoble, 10 févr. 1892, S. 1893, 2, 205 ; Dijon, 26 déc. 1895, S. 1896, 2, 48.

¹³⁶¹ J. GARNIER, "De l'arrêt Teffaine aux arrêts Jand'heur", F. LEDUC *et alii.*, in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997, pp. 25-34.

¹³⁶² Notes *préc.*

¹³⁶³ A. ESMEIN, *note préc.*, p. 19.

¹³⁶⁴ En ce sens, S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001, « René Saleilles et Louis Josserand, ardents partisans de cette thèse, unissent leurs efforts pour convaincre les tribunaux de son bien-fondé », p. 15.

concomitamment¹³⁶⁵ ? De même que celui de Josserand sur *La responsabilité du fait des choses inanimées* écrit sans avoir connaissance de celui de Saleilles¹³⁶⁶ ? L'arrêt est rendu en juin 1896 et l'ouvrage de Saleilles est terminé de rédiger en mai 1897¹³⁶⁷. Toutes les données sont là. Si d'autres ont pu dire que la théorie du risque « était partiellement sous-jacente dans la création jurisprudentielle de la responsabilité générale du fait des choses »¹³⁶⁸, il faut aller plus loin. Saleilles est à l'origine de cette jurisprudence.

3. Généalogie du savoir fondamental nécessaire à l'avènement du principe général d'une responsabilité objective du fait des choses

529. Généalogie de l'analyse doctrinale¹³⁶⁹. Il existait dans la jurisprudence suffisamment de précédents. Nous l'avons dit : l'alternative entre faute prouvée et présomption de faute sur le fondement de 1386¹³⁷⁰. Mais également les commentaires de Labbé sous un arrêt datant de 1870 rappelés par Esmein¹³⁷¹. « Il est un système qui est vaguement au fond de beaucoup d'esprits : c'est que le propriétaire répond du dommage causé par sa chose, non parce qu'il est en faute, mais par cela seul qu'il est propriétaire... ». La note de Raymond Saleilles au Dalloz comportait tout l'appareil d'analyse critique : l'évolution de l'idée de faute, la notion de faute objective, la théorie du risque et cette idée selon laquelle le vice de construction visé par l'arrêt ne ravive pas la faute présumée mais écarte simplement le cas fortuit. La solution était également dans l'ère du temps et consacrée par le Conseil d'Etat¹³⁷² avant la Cour de cassation à propos des ouvriers des manufactures publiques¹³⁷³. Cette chronologie permet de faire le constat suivant. *Il n'existe pas de décalage entre l'avènement jurisprudentiel d'une responsabilité objective du fait des choses et le savoir doctrinal d'une pensée de la responsabilité objective*. Au moment où la Cour a à se prononcer, le débat est en place et les fondements juridiques ont été proposés par la doctrine.

¹³⁶⁵ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, 1897.

¹³⁶⁶ L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1898, voir la note 1 p. 129.

¹³⁶⁷ V. la correspondance entre Saleilles et Huber, A. ARAGONESES, *Recht im fin de siècle: Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber*, Vittorio Klostermann, 2007, p. 78.

¹³⁶⁸ G. SCHAMPS, "Le principe de précaution justifie-t-il une nouvelle responsabilité en droit civil Belge ? D'autres alternatives existent ...", in *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, pp. 517 et s., spéc., p. 518.

¹³⁶⁹ P. KAYSER, "Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France", *RRJ*, 2000, 445.

¹³⁷⁰ Civ. 19 avr. 1887, S. 1887, 1, 217.

¹³⁷¹ Civ. 19 juill. 1870, S. 1871, 1, 9, note LABBE.

¹³⁷² CE, 21 juin 1895, D., 1896, 3, 65.

¹³⁷³ Pour une analyse comparative entre l'arrêt de la Cour de cassation et celui du Conseil d'Etat, J.-P. BOURGOIS, "Un double centenaire", F. LEDUC et alii., in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, *Economica*, 1997, pp. 9-24.

L'innovation consiste à fonder la solution sur l'article 1384 al 1^{er}, ce « lambeau d'article »¹³⁷⁴, non à la découvrir de toute pièce. Du reste, cet arrêt ne répond pas à toutes les questions et la responsabilité du fait des choses demandera d'autres arrêts à commencer par l'arrêt Jand'heur afin de déterminer la notion de chose¹³⁷⁵. Entre-temps, la Cour est même revenue sur la présomption de responsabilité en admettant, par sa Chambre des requêtes, l'exonération du propriétaire pour absence de faute¹³⁷⁶. Ce qui demanda une succession de décisions résidait donc dans le caractère irréfragable ou non de la présomption de faute. Avec l'arrêt Teffaine, on pouvait seulement espérer une présomption de responsabilité que certains arrêts postérieurs écartaient. En revanche, dès le début de cette jurisprudence, le fondement même de la responsabilité s'était écarté de la notion de faute. Alors non encore définitivement et explicitement adoptée par la Cour, la présomption de responsabilité constituait la nouvelle alternative pour la doctrine. Saleilles n'écrivit-il pas que « désormais, la jurisprudence aura à opter entre ces deux partis : ou bien en revenir purement et simplement à l'application de l'article 1382 et exiger que l'on prouve la faute du patron ; ou bien se maintenir sur le terrain de l'article 1384 et admettre la *responsabilité de plein droit*, sans qu'il y ait à prouver la faute, ni même à parler de vice de construction »¹³⁷⁷ ?

B. Les conséquences structurelles de la reconfiguration du savoir doctrinal sur notre représentation de la responsabilité civile

530. Conséquences structurelles. De ce tracé généalogique, trois conséquences structurelles nous semblent résulter. Par conséquences structurelles, nous voulons signifier que la responsabilité civile a été durablement marquée dans sa structure même par l'avènement d'un principe général de responsabilité objective du fait des choses. Ces trois conséquences structurelles portent successivement sur la normativité du droit de la responsabilité civile (1), sur l'influence de l'œuvre doctrinale sur la construction du droit (2) et sur le sens minimal que revêt le concept de responsabilité en droit civil (3).

1. Une nouvelle approche de la normativité du droit de la responsabilité civile

531. Première conséquence structurelle. La première a trait aux assises du débat sur l'opportunité d'une responsabilité générale du fait des choses. La confrontation des notes d'Esmein et de Saleilles est sur ce point pertinente. Les arguments, pourtant contraires, des deux auteurs portent identiquement sur la normativité de l'article 1384 al 1^{er}. Esmein : « Par le

¹³⁷⁴ H. CAPITANT, "La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930", *DH, chron.* 29, 1930, p. 29.

¹³⁷⁵ Ch. Réunies, 13 févr. 1930, *DP*, 1930, 1, 57, rapp. Cons. LE MARCH'HADOUR, concl. Proc. Gén. MATTER, note G. RIPERT, *S.* 1930, 1, 121, note P. ESMEIN, Grands arrêts, n° 122.

¹³⁷⁶ Req., 30 mars 1897, *S.* 1898, 1, 71.

¹³⁷⁷ R. SALEILLES, *D.* 1897, *note préc.*, p. 438. Les soulignés sont de nous.

membre de phrase en question, le législateur, qui, dans l'article 1384, ne dispose en réalité que sur la responsabilité du dommage causé par le fait des personnes, a simplement indiqué, par préoccupation de symétrie, qu'une responsabilité semblable résultait aussi du fait de certaines choses ; et le dispositif sur ce second point se trouve dans l'article 1385. Le membre de phrase discuté de l'article 1384 ne contient point la règle qu'on prétend en tirer : il n'a pas disposé sur ce point, mais simplement annoncé la disposition de l'article suivant¹³⁷⁸. M. Saleilles : « (...) reconnaissons donc que c'est une obligation légale, obligation fondée sur l'idée de risque et justifiée par cette conception, si simple et si équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise doit en supporter les risques. C'est la pensée qui a inspiré l'article 1384 du Code civil ; il suffit de lui donner tout le développement qu'elle comporte, et c'est la mission qui appartient à la jurisprudence. Cela rentre dans ses pouvoirs : sa fonction n'est pas de limiter la loi aux applications qu'elle avait pu avoir en vue dans la sphère limitée de l'état économique dont elle s'est inspirée, mais de lui donner toute la vitalité progressive d'un principe qui opère et qui agit ; il faut que la loi, grâce à la jurisprudence, s'adapte aux progrès des temps et à l'évolution historique elle-même »¹³⁷⁹. Ainsi, les auteurs soutiennent chacun leur point de vue antagoniste en se fondant sur le même article. Comment est-ce possible ? De prime abord, la question peut conduire au paradoxe dans la mesure où les deux auteurs semblent avoir raison ! En effet, Esmein ne trahit pas la pensée des rédacteurs du Code Napoléon en soutenant que l'alinéa premier de l'article 1384 n'avait d'autre utilité que d'articuler les cas de responsabilité du fait d'autrui avec ceux du fait des choses prévus aux deux articles suivants. De même, Saleilles ne sera pas contredit par la jurisprudence en soutenant que l'esprit de cet article permet son application de manière générale à tout fait d'une chose – jurisprudence fondée elle-même sur l'article 1384 alinéa 1^{er}. Comment résoudre l'aporie ?

532. 1384 al. 1^{er}, une question de normativité. L'argumentation des deux auteurs a pour même objet l'article 1384 al. 1^{er} : selon la doctrine contemporaine, l'arrêt Teffaine fait partie des « arrêts de règlement » qui ne sont pas *contra legem*, mais qui extrapolent la règle légale¹³⁸⁰. Toutefois, l'argumentation des deux auteurs ne se positionne pas identiquement face à cet article. En soutenant que le codificateur n'a pas souhaité introduire un principe général de responsabilité du fait des choses, *Esmein appuie son argumentation sur la lettre du Code et sur l'intention des codificateurs* tels que les travaux préparatoires au Code civil nous l'enseigne¹³⁸¹. Au contraire,

¹³⁷⁸ A. ESMEIN, note préc., p. 19. Le membre de phrase en question est le suivant : « dommage causé par le fait...des choses que l'on a sous sa garde ».

¹³⁷⁹ R. SALEILLES, note préc., p.439.

¹³⁸⁰ O. TOURNAFOND, "Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement. A partir de quelques exemples tirés du droit des obligations et du droit des biens", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2008, 547, spéc., p. 555.

¹³⁸¹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, rééd. 1968, vol.n° XIII, 1827. Que ce soit dans l'exposé des motifs par M. TREILHARD (p. 467), dans la communication officielle au Tribunal par M. BERTRAND DE GREUILLE (p. 475-476) et dans le discours prononcé par le Tribun TARRIBLE devant

Saleilles revendique l'application de sa théorie des risques pour justifier la nécessité d'un tel principe général en se fondant sur l'esprit de l'article 1384 tel qu'il se dégage des premières applications judiciaires. Autrement dit, c'est une conception de la normativité qui distingue l'argumentation des deux auteurs. La première conception, celle défendue par Esmein, peut être qualifiée de classique en droit civil. Elle tend à assimiler le normatif à l'énoncé de la norme en respectant avant tout l'intention de son émetteur. La seconde conception, celle défendue par Saleilles, est très novatrice pour l'époque¹³⁸². Elle prétend que le caractère normatif d'un texte ne résulte pas de son énoncé mais naît du contexte dans lequel il est interprété. Saleilles revendique « une approche historique des textes, afin de permettre leur constante adaptation aux exigences de la vie »¹³⁸³. Dans le premier cas, la parole du législateur est magnifiée tandis que dans le second cas le rôle de la jurisprudence est consacré. Or, force est de constater que la jurisprudence ne s'est pas bornée à respecter scrupuleusement l'intention origininaire du Code Napoléon. Confronté à un contexte nouveau, celui des conséquences dommageables de l'industrialisation du travail, et à défaut de norme spéciale, il n'était d'autre choix offert aux magistrats que de puiser dans la force normative latente¹³⁸⁴ de l'article 1384 al. 1^{er}, seul fondement susceptible d'ouvrir droit à réparation de ce type de dommages. Ce sur quoi le législateur n'est jamais intervenu pour démentir ou contrecarrer cette jurisprudence.

533. Un acquis du droit fondamental. Depuis lors, la doctrine n'a pas manqué de théoriser cette conception de la normativité. Quelle que soit l'approche retenue, il est un fait acquis que l'on ne saurait assimiler une norme à son seul énoncé¹³⁸⁵. De nombreux auteurs contemporains l'écrivent explicitement¹³⁸⁶ au retour de leur lecture de la théorie des actes du langage

le corps législatif (p. 488), il n'est jamais question que des deux cas spéciaux des animaux et des bâtiments et jamais d'un principe général du fait des choses.

¹³⁸² Elle est désormais admise couramment. V. J.-P. GRIDEL, "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *D.*, 2002, 228, *spéc.*, p. 232.

¹³⁸³ CH. JAMIN, "Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal", in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 125 et s., pp. 125-126.

¹³⁸⁴ Sur ce concept de force normative, C. THIBIERGE *et alii.*, *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

¹³⁸⁵ Pour une approche vulgarisée, C. SINTEZ, "Les propositions sur le droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala", C. THIBIERGE *et alii.*, in *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 243.

¹³⁸⁶ O. CAYLA, "Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique", D. ROUSSEAU (dir.), in *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, pp. 37 et s. ; O. CAYLA, "Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, La constitution, le traité et la loi : contributions au débat sur la hiérarchie des normes*, n° 7, Dalloz, 1999, pp. 77-86. Pour une étude approfondie, voir le chapitre préliminaire de la thèse de l'auteur. O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, th. dact., Paris II, 1992 ; F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, coll. "Léviathan", trad. O. Jouanjan, 1996.

développée par les linguistes¹³⁸⁷. De nombreux autres auteurs font leur cette dissociation de manière plus intuitive, ou du moins, sans ressentir le besoin de la relier à la philosophie du langage¹³⁸⁸. Dominique Rousseau résume cette idée sous le nom de *théorie discursive de la juridicité* : « La normativité juridique d'un énoncé ne se gagne que par un travail d'interprétation compris comme processus de construction d'une signification. Si, fait supposé, un énoncé est un texte qui ne contient pas une norme, il énonce, parce qu'il est un acte de langage et que tout acte de langage est une réserve de sens, une proposition prétendant à la qualité de norme, prétendant avoir la signification de norme. Cette prétention à la normativité ne pouvant être validée par imputation à un référent indisponible qui fait maintenant défaut, elle ne peut l'être que par une « discussion » qui, au terme d'une procédure d'échanges d'arguments pour ou contre cette prétention, produit un accord sur la signification à reconnaître à l'énoncé, accord qui permet aux participants à la discussion de se le représenter, sur un mode « objectif », comme norme juridique »¹³⁸⁹.

534. Mais, n'était-ce pas déjà l'enseignement du Doyen Gény par sa méthode d'interprétation¹³⁹⁰ reprenant celui de Saleilles sur les rapports de la sociologie avec le droit¹³⁹¹ ? Sur ce point, l'arrêt Teffaine est l'image d'Épinal d'une conception de la norme en tant que signification attribuée à un texte par un interprète¹³⁹². Le droit de la responsabilité civile a fait son tournant pragmatique avec ce célèbre arrêt¹³⁹³ ! Se retrouve ainsi ancrée dans l'histoire du droit de la responsabilité civile, l'origine de notre conception interprétativiste de la sanction présentée dans la première partie de cette étude qui nécessite une conception de la norme distincte de son énoncé à défaut de quoi on ne peut comprendre les changements de fondements juridiques et de sanctions juridiques sur une même problématique au cours du temps¹³⁹⁴. Dès lors, la première conséquence structurelle peut ainsi être formulée : *la nature prétorienne du*

¹³⁸⁷ J. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, Seuil, coll. "L'ordre philosophique", 1970, et compléter avec, J.-R. SEARLE, *Les actes de langage, Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, coll. "Savoir", 3^e éd., 1988.

¹³⁸⁸ Par exemple, G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1991, (bien que l'auteur soit un lecteur de Saussure) ; P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 2005. Pour l'étude d'autres auteurs, Cf. *supra*, n° 378 et s.

¹³⁸⁹ D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé. Actes du colloque de Montpellier, Faculté de droit, 10 et 11 avril 2003*, Montchrestien, 2007, p. 15.

¹³⁹⁰ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique.*, 2^e éd., LGDJ, 1954.

¹³⁹¹ R. SALEILLES, "Rapports de la sociologie avec le droit", *Revue internationale de sociologie*, n° 4, 1904, pp. 229 et s.

¹³⁹² Nous reprenons la définition de M. Troper, M. TROPER, "Une théorie réaliste de l'interprétation", in *Théories réalistes du droit (textes réunis par Olivier Jouanjan)*, Presses universitaires de strasbourg, 2000, pp. 51-68 : ainsi que M. TROPER, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Ed. Cujas, 1975, pp. 133-151.

¹³⁹³ Sur l'histoire du tournant pragmatique, B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, coll. "Penser le droit", 2^e éd., 2007, pp. 156 et s.

¹³⁹⁴ Cf. *infra*, n° 373-376.

droit de la responsabilité civile s'évinçant de l'arrêt Teffaine nécessite une conception contextuelle de la normativité de ce droit. Parce que le juge est en prise avec les faits, la norme de responsabilité ne saurait jouir d'emblée d'un sens donné. Elle varie selon ses emplois et le travail doctrinal en rend compte par une approche pragmatique de la normativité. Par approche pragmatique, il faut ici entendre que la norme n'a pas de signification textuelle, donnée *a priori*, avant tout litige, mais possède une signification contextuelle, attribuée par un interprète, compte tenu du contexte dans lequel elle s'infère.

2. *L'influence des constructions doctrinales sur le concept de responsabilité civile*

535. Deuxième conséquence structurelle. Est-ce à dire que la norme de responsabilité civile peut être appliquée à tout contexte ? Qu'elle n'a aucun sens résiduel ? Aucun sens propre, même *a minima* ? Cette question soulève une problématique complexe que l'analyse du discours doctrinal sur l'arrêt Teffaine peut aider à résoudre. Nous avons dit que dès la publication de l'arrêt, tous les éléments de l'analyse de la solution étaient présents dans les analyses doctrinales. C'est d'autant plus vrai qu'étaient présentes à la fois une analyse technique de la solution nouvelle entraînant de nouvelles conditions d'engagement de la responsabilité civile et une analyse théorique de ce nouveau principe de responsabilité entraînant une reconfiguration des fondements de la responsabilité civile. Un siècle plus tard, nous enseignons effectivement que l'apparition d'une responsabilité conduit à concevoir que la responsabilité civile puisse être fondée soit sur la faute de l'auteur du dommage, soit sur le risque créé par l'activité du responsable. Le fondement de la responsabilité réside soit dans la faute ou dans le risque. Or, force est de constater que cette présentation est le fruit d'une reconfiguration des fondements du droit de la responsabilité civile qui est déjà présente dans l'œuvre de Saleilles. La théorie du risque qu'il développe porte sur les effets de la responsabilité. Elle conduit à concevoir un régime de plein droit. Elle permet de justifier que le responsable ne puisse s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Mais elle théorise également les fondements de ce droit en proposant aux côtés de la faute le fondement du risque. Voici la deuxième conséquence. La raison de l'absence de décalage entre le savoir technique et le savoir fondamental de la responsabilité civile au sortir de l'apparition du nouveau principe de responsabilité du fait des choses est due à l'œuvre de Raymond Saleilles. Selon l'auteur, il en est de la mission des juristes de « produire les vérités légales que réclament leurs temps, en se soumettant au commandement éternel d'agir selon la justice et l'équité »¹³⁹⁵. Cette fonction doctrinale, Saleilles l'exerce à partir d'une pratique théorique qui consiste à construire des théories à partir des décisions de justice comme il a pu le faire pour l'abus de droit. M. Xifaras résume ainsi cette pensée : « les vérités légales sont d'abord « pressenties » et « désirées » par les juges, qui les manifestent sous une forme confuse dans la jurisprudence. Dans ce sens, la science

¹³⁹⁵ M. XIFARAS, "La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme", *Droits*, 47, 2008, 77-145, *spéc.*, p. 87.

du droit ne découvre rien mais apporte la preuve rationnelle que certaines des croyances des juges sont vraies »¹³⁹⁶. La conception de l'œuvre doctrinale a ainsi pour base un travail à partir des décisions de justice dans le but affiché parce que juste et équitable de faire évoluer les axiomes du droit en fonction des impératifs contemporains de la société. Les constructions élaborées par la doctrine ont donc une visée politique, une finalité particulière qu'elles mettent en œuvre parce qu'elles expriment une vérité légale nouvelle. En ce sens, M. Xifaras a démontré que Raymond Saleilles opère une historicisation de l'ontologie du droit¹³⁹⁷. L'absence de décalage entre savoir technique et savoir fondamental se résout alors par une évolution de ce dernier. Jusqu'alors où ne régnait que la responsabilité subjective, le concept de responsabilité était porté par une représentation du responsable à la fois très spécifique et *quasi* éternelle : celle du responsable-coupable en raison de la faute qu'il a commise. Par la consécration d'une responsabilité objective, la rupture du lien direct entre le fait commis et la désignation du responsable engendre une évolution historique de l'être-responsable, c'est-à-dire de la représentation de la figure du responsable en droit civil. Cette figure n'est plus fixée dans une vérité d'éternité mais évolue en fonction de ce qui deviendra une idéologie : la politique de la réparation. Autrement dit, *le savoir fondamental de la responsabilité civile n'a plus pour axe central une représentation déterminée du responsable mais un désir absolu, parce que juste et équitable, d'une réparation des dommages.*

3. La mise à nu du sens minimal du concept de responsabilité en droit civil

536. Troisième conséquence structurelle. Le constat que Saleilles a présidé à la consécration jurisprudentielle d'un principe général de responsabilité du fait des choses ne peut suffire à expliquer l'absence de décalage. Une interrogation demeure. Pourquoi le débat doctrinal sur l'opportunité d'une telle responsabilité a-t-il tourné en son avantage ? L'argument de la présence initiale de la théorie du risque n'explique pas tout. Il convient de rechercher dans la facture même de cette théorie les conditions de son admission. Or, précisément, il nous semble que c'est parce que la théorie du risque respecte le sens minimal, le sens propre de la responsabilité civile qu'elle en a permis l'extension au fait des choses. De nouveau, il convient de faire retour en amont.

537. Pour éclairer notre recherche, tentons de repérer par quels arguments Saleilles justifie l'application de sa théorie au-delà des seuls arguments liés à sa nécessité sociale que seul le contexte historique justifie indépendamment de la nature propre de la responsabilité civile. Sa « brochure », telle qu'elle est qualifiée à l'époque, intitulée *Les accidents de travail et la responsabilité civile* publiée en 1897 expose après l'arrêt Teffaine une théorie objective de la

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 89.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, voir la première partie de l'article et la conclusion.

responsabilité civile ambitionnée dès le sous-titre¹³⁹⁸. Pour asseoir le fondement du risque au cœur de l'article 1384 al. 1^{er}, le raisonnement commence par revisiter la place de la faute dans l'économie d'ensemble de la responsabilité de droit commun. Saleilles va effectivement soutenir que la faute entendue subjectivement n'est pas au cœur même de l'article 1382 comme le prétend la doctrine classique. Selon lui, le terme « faute » inscrit dans la lettre de l'article renvoie à l'expression populaire du fait à l'origine du dommage et non à l'idée de culpabilité. Un commentateur relie en ce sens différents passages de cette brochure : « C'est l'expression populaire : « Vous avez voulu cela ! C'est votre faute ! » C'est là un « pur rapport de causalité volontaire » ; ce n'est pas la faute subjective qui consiste à vouloir non seulement le fait, mais « la conséquence dommageable qui peut en résulter »¹³⁹⁹. Incidemment, quant à l'article 1382 du Code civil, « le mot faute, qui est le point d'appui du système classique, n'apparaît que pour désigner le débiteur de l'indemnité, car il fallait bien qu'à côté « de la notion du fait fondant le droit à l'indemnité » le texte précisât « la notion de l'auteur responsable... le rapport de causalité qui permettrait de rattacher ce fait à son auteur initial »¹⁴⁰⁰. Cette lecture différente de l'article 1382 peut sembler étrange. Elle est le point de départ d'un raisonnement qui vise à présenter l'idée du risque comme un principe général de la responsabilité, en montrant d'un côté que « la formule de l'article 1384 al. 1^{er} est une formule complète comme celle de l'article 1382 », et de l'autre côté, que « le principe du risque est l'inspiration directe de l'article 1382 lui-même »¹⁴⁰¹. Autrement dit, *la proposition de la responsabilité objective du fait des choses se fait par une reconfiguration du droit commun sur l'assise d'une nouvelle interprétation de l'article 1382*. « Le fait dans sa matérialité, voilà ce que désigne le premier cri de la victime lorsqu'elle proteste contre le dommage en disant : c'est votre faute ! Voilà ce qu'a reproduit la formule de l'article 1382(...) Pour tout le monde, le fait volontaire qui porte préjudice à quelqu'un est un fait fautif ; c'est une faute objective »¹⁴⁰². *La reconfiguration du droit commun est totale. Son cœur même est remanié. Toute condition d'engagement de la responsabilité se fonde sur le fait brut à l'origine du dommage sans égard pour la volonté de l'avoir commis*. « Si nous n'avions pas de longs siècles de traditions romaines qui pèsent sur nos conceptions juridiques, le bon sens, et surtout ce que nous avons de sens moral en nous, ne manquerait pas de répondre : celui-là doit payer qui a pris l'initiative du fait et qui en est l'auteur : et quant à l'autre, qui l'a subi passivement et sans la moindre initiative de sa part, c'est à lui d'être dédommagé »¹⁴⁰³. Cette justification n'est pas sans susciter la perplexité tant on sait l'esprit romaniste de Saleilles. Mais M. Xifaras a pu récemment démontrer que le droit romain apparaissait pour Saleilles non comme

¹³⁹⁸ R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, op. cit.*

¹³⁹⁹ CH. MASSIGLI, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle*, éd. Arthur Rousseau, 1914, p. 25.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁰¹ R. SALEILLES, "Le risque professionnel dans le Code civil", *Réforme sociale*, 35, 1898, 634-667, *spéc.*, p. 667.

¹⁴⁰² R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, p. 57-58.

¹⁴⁰³ *Ibid.*

une somme de règles à suivre en tous lieux et en tous temps mais comme une science ayant « une fonction constitutive dans l'évolution du droit actuel, comme modèle pour la pensée juridique »¹⁴⁰⁴. Or, le droit romain ne concevait-il pas la responsabilité civile de manière pragmatique, empirique ? La *culpa*, si elle était effectivement un fait fautif entendu subjectivement, ne régnait pas en maître des conditions d'engagement de la responsabilité civile, et M. Etier a démontré la place très importante du risque en droit romain¹⁴⁰⁵. Cette justification permet également de faire émerger le nœud du raisonnement de Saleilles. En remplaçant le « fait matériel brut » au cœur de l'article 1382 par une acception populaire du terme « faute », l'auteur remonte à l'épure de la responsabilité qui réside fondamentalement dans le lien d'obligation qui unit un débiteur à un créancier. Ce lien d'obligation est légal parce qu'il est un lien causal, le fait du fait, la conséquence du déroulement, d'une succession de causes à l'origine du dommage. Si l'auteur direct du fait apparaît censément comme le responsable, il est juste socialement que celui qui agit avec profit dans son activité professionnelle soit responsable des risques nécessairement engendrés. Pourtant celui qui est responsable juridiquement n'est pas celui qui est à l'origine du fait causal. Le patron n'a pas produit matériellement le dommage. M. Philippe Brun a mis en évidence la problématique qui se posait à Saleilles et Josserand : « Peut-on encore parler de responsabilité civile lorsque l'attribution de la charge de la réparation ne se fait plus sur la base de l'imputation d'un fait à un individu, directement ou indirectement, sur la recherche d'une causalité, mais comme l'ont suggéré les tenants de la théorie du risque par un principe de répartition lié à une appréhension statistique de la réalité des dommages ? »¹⁴⁰⁶. Le raisonnement tenu par Saleilles dans sa brochure sur les accidents de travail ne met pas en face à face une conception classique de la responsabilité civile fondée sur le lien d'imputation et une responsabilité civile fondée sur un principe de répartition des risques. *Le rapport causal est toujours le centre de la notion juridique de responsabilité civile. Précisément, ce rapport est l'essence de la responsabilité qu'il ne faut pas confondre avec la désignation du responsable. Le lien de responsabilité est un lien d'obligation découlant de l'enchaînement causal des faits. En revanche, le responsable se voit imputer le fait non parce qu'il l'aurait matériellement commis mais parce qu'il y est légalement obligé. On passe d'un lien d'imputation empirique à un lien d'imputation donné légalement.*

538. On comprend dès lors pourquoi Saleilles reconfigure le droit commun. Il n'y a pas de différence entre la responsabilité des articles 1382 et 1384 du Code civil parce que l'essence de la responsabilité est la même. Il s'agit d'un lien d'obligation imposé par la loi en raison de l'enchaînement des causes matérielles de l'apparition du dommage. *La responsabilité est*

¹⁴⁰⁴ M. XIFARAS, "La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme", *art. préc.*, p. 104.

¹⁴⁰⁵ G. ETIER, *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun.*, Bruylant, Bruxelles, préf. B. SCHMIDLIN, 2006.

¹⁴⁰⁶ PH. BRUN, "Rapport introductif", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA*, hors-série, juin 2001, p. 4, *spéc.*, p. 5.

expurgée de la notion de culpabilité. Voilà le sens propre, le sens minimal de la responsabilité. Voilà l'épuration qui la particularise et qui fonde la justice d'une responsabilité générale du fait des choses.

539. Il faut insister sur ce point. La démarche suivie est fructueuse parce qu'elle respecte l'identité de la responsabilité. C'est d'autant plus remarquable qu'elle conduit pourtant à repenser l'article phare du droit commun ! *Ce que reconfigure le raisonnement de Saleilles, ce sont uniquement les conditions d'engagement de la responsabilité et non l'essence même de la responsabilité.*

540. Cette analyse épistémologique de la production de la théorie du risque par Saleilles explique, au-delà de l'autorité doctrinale que représentait l'auteur¹⁴⁰⁷, l'articulation entre le savoir technique et le savoir fondamental et surtout le fait qu'ils ne soient pas en décalage. Le travail de Saleilles est proprement et doublement herméneutique. Il se fonde sur une herméneutique juridique des premières décisions des juges du fond et une herméneutique sociale du nouvel agir industriel résultant de la machinisation. Il conduit à trois conséquences structurelles qui sont primordiales pour notre compréhension des manifestations préventives de la responsabilité civile. Car, à y regarder de plus près, le débat doctrinal se renouvelle à une seule différence majeure près.

§2. Généalogie du savoir contemporain de la responsabilité civile

541. Le débat de l'époque actuelle présente une similitude avec celui de la fin du XIX^{ème} siècle. La doctrine est marquée par un débat sur la nature de la responsabilité civile. Or, il est remarquable que *ce débat porte en réalité sur chacune des dimensions de la sanction préventive* (A). Les conséquences structurelles de la reconfiguration du droit de la responsabilité civile par les tenants du risque permettent-elles de comprendre pourquoi la sanction préventive pose inconsciemment problème ? (B)

A. La similitude entre les questionnements moderne et contemporain dans le droit fondamental de la responsabilité civile

542. La réflexion actuelle sur la responsabilité civile qui conduit à diagnostiquer un état de crise révèle la problématique de la sanction préventive sans la nommer (1). Pourtant, chacune des dimensions de la sanction préventive est bel et bien ce qui met en échec le savoir fondamental contemporain (2).

¹⁴⁰⁷ En ce sens, A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 119 : « Saleilles rayonna sur toutes les branches du droit de 1890 à sa mort survenue en 1912 ». Sur la responsabilité civile, v. les pages 96 à 102.

1. La sanction préventive ou l'envers de la crise de la responsabilité civile

543. Questionnement actuel. La responsabilité civile est en crise. Ce jugement actuel dans la doctrine que notre étude a précédemment croisé¹⁴⁰⁸, porte sur les évolutions récentes du droit positif mais également sur l'identité même de la responsabilité civile. Du côté du droit positif, les excès de la fonction indemnitaire sont mis en cause. L'éventail des préjudices réparables semble sans limite¹⁴⁰⁹ tandis que la responsabilisation ne serait plus assurée suffisamment¹⁴¹⁰. Techniquement, le droit commun perdrait de la cohérence face à la multiplication des droits spéciaux et de leur particularisme. En outre, les techniques d'indemnisation au dehors du droit commun par des fonds spéciaux¹⁴¹¹ ou par l'assurance attesteraient de la suprématie de la réparation débordant tout le droit civil. Du côté de l'identité même de la responsabilité civile, de nombreux auteurs l'estiment perdue dans cette idéologie de la réparation ayant évacué sa dimension normative. Cette crise conduit alors à une réflexion sur le sens même de l'institution de la responsabilité civile. Contrairement à la réflexion de la fin du XIX^{ème} siècle, une problématique n'est pas au centre du débat. Il ne s'agit pas de savoir si tel ou tel dommage doit être couvert par le domaine de la responsabilité mais quelle est et quelle doit être la spécificité de la responsabilité civile dans la société du XXI^{ème} siècle compte tenu de son éclatement.

544. Crise de la responsabilité civile et sanction préventive. Il est frappant de constater que le bilan prospectif établi sur le devenir de la responsabilité civile lors d'un colloque en 2001¹⁴¹² porte sur chacune des dimensions de la sanction préventive sans que celle-ci ne soit consciemment identifiée. En effet ce qui est mis en question, c'est à la fois la finalité préventive présente au cœur de la réparation¹⁴¹³ (les dommages et intérêts punitifs, les astreintes, la faute lucrative, etc.), la fonction anticipatrice de la responsabilité tournée vers l'avenir (le principe de précaution)¹⁴¹⁴, et les incohérences et les excès de la réparation de tous préjudices. La sanction

¹⁴⁰⁸ Cf. *supra*, n° 296, 440, 509 et s.

¹⁴⁰⁹ J.-S. BORGHETTI, "Les intérêts protégés en droit de la responsabilité civile", in *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. "Mélanges", 2008, 148 ; L. CADIET, "Les métamorphoses du préjudice", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journées R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37 ; P. JOURDAIN, "Le préjudice et la jurisprudence", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, bilan prospectif, RCA, hors-série*, juin 2001, p. 45.

¹⁴¹⁰ M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t. 19, préf. M.-L. DEMESTER, 2004.

¹⁴¹¹ M. MEKKI, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *Petites Affiches*, 12 janvier 2005, p. 3.

¹⁴¹² *La responsabilité à l'aube du XXI^{ème} siècle, bilan prospectif*, colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, in *RCA*, vol. 6 bis, juin 2001.

¹⁴¹³ V. la contribution de Stéphane Piédelièvre intitulée « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », au colloque précité, p. 68.

¹⁴¹⁴ V. la contribution de Denis Mazeaud intitulée « Responsabilité civile et précaution », au colloque précité, p. 72.

préventive n'a-t-elle pas un domaine qui couvre toutes ces questions ? Or, si le bilan est complet, force est de constater que les remèdes sont parcellaires. *Ce qui est en crise, c'est moins le droit de la responsabilité civile que notre savoir sur le droit de la responsabilité civile. La crise montre l'envers de l'idéologie de la réparation sans la nommer. Cet envers, en droit, n'est autre que la sanction préventive.*

La crise de la responsabilité civile est celle de l'impensé de la sanction préventive.

2. *Les dimensions de la sanction préventive ou la preuve de l'échec du droit fondamental contemporain*

545. Dimensions de la sanction préventive et questionnement actuel. Chacune des dimensions de la sanction préventive pose effectivement problème et la doctrine est en débat sur chacune d'elles mais de manière isolée.

546. Quant à la finalité préventive au cœur de la réparation, une doctrine majoritaire, à la suite de la thèse de Suzanne Carval, est désormais acquise à la reconnaissance d'une fonction de peine privée. Sur ce point, notre étude a montré dans la première partie que le droit positif employait d'ores et déjà des sanctions à finalité punitive¹⁴¹⁵. Or, la dissuasion et la répression sont une dimension de la prévention. C'est la prévention entendue au sens général telle que la concevait le professeur Tunc notamment¹⁴¹⁶. En ce domaine, on discute encore de la place de la faute et certains jugent que l'objectivation des fondements de la responsabilité l'a trop minimisée¹⁴¹⁷.

547. Quant à la fonction anticipatrice d'une responsabilité tournée vers l'avenir, le débat est plus complexe. Il nous semble qu'il faille distinguer, et ce bien que le débat soit récent, deux étapes. Une première étape a opposé aux propositions parfois militantes d'une doctrine minoritaire en faveur de l'introduction du principe de précaution, une doctrine majoritaire ouvertement hostile. On retrouve ici le questionnement du XIX^{ème} siècle sur le sens même de la responsabilité. A la suite d'une lecture des philosophes contemporains tels Emmanuel Levinas, Paul Ricœur, et Hans Jonas¹⁴¹⁸ favorables à une responsabilité tournée vers l'avenir, Mme Catherine Thibierge a proposé d'étendre la responsabilité civile aux risques de dommages graves et irréversibles¹⁴¹⁹. La responsabilité, c'est à la fois répondre de ses actes et être garant d'autrui, pour autrui. Or,

¹⁴¹⁵ Cf. *supra*, n° 173 et s.

¹⁴¹⁶ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges offerts à Marc Ancel*, Pédone, t. I, 1975, p. 407.

¹⁴¹⁷ PH. Le TOURNEAU, "Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées R. Savatier*, PUF, 1998, p.19 ; PH. Le TOURNEAU, "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin", *RTD civ.*, 1988, 505 ; Y. FLOUR, "Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?", *Droits*, 1987, p. 29.

¹⁴¹⁸ Pour une présentation de leur philosophie en lien avec la responsabilité, voir la prochaine subdivision.

¹⁴¹⁹ C. THIBIERGE, "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, 561.

répondre de ses actes est une promesse¹⁴²⁰, c'est-à-dire un engagement du présent pour le futur. La promesse relie le présent au futur contrairement au souvenir ou au devoir de mémoire qui, partant du passé, n'atteignent que le présent. Face à des risques de dommages graves et irréversibles, ce ne serait donc pas dénaturer le sens de la responsabilité que de les inclure à son domaine en droit civil. Cette proposition a conduit Mme Mathilde Boutonnet dans sa thèse de doctorat à proposer une action en responsabilité civile qui permettrait de mettre en œuvre le principe de précaution sans dénaturer le régime de droit commun¹⁴²¹. La réception par le reste de la doctrine a été majoritairement négative dans la mesure où il a été jugé que si le concept de responsabilité ainsi tourné vers l'avenir était bien respecté, il s'agissait moins du concept philosophique que du concept juridique¹⁴²². En droit, la responsabilité serait marquée par une limite que la responsabilité morale ne connaît pas et que le concept de responsabilité philosophique exclut¹⁴²³. La spécificité de la responsabilité juridique serait précisément de ne tenir pour responsable un homme libre et conscient qu'à raison des actions passées commises en contradiction avec les normes en vigueur. Le principe de précaution s'est vu ainsi opposer une fin de non recevoir en responsabilité civile.

La deuxième étape dans laquelle nous nous situons est moins marquée idéologiquement. Elle débute avec le prononcé de plusieurs décisions de justice rendues dans le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile et dans le celui des médicaments défectueux¹⁴²⁴. La jurisprudence, sans fonder juridiquement ses décisions sur le principe de précaution, inclut sa logique pour permettre la réparation des risques de dommages qu'il faut bien reconnaître comme hypothétiques. La première partie de cette étude en a étudié les manifestations. Il est nécessaire ici de montrer l'influence de cette évolution du droit positif sur chacune des deux positions doctrinales de la première étape. En ce qui concerne les partisans du principe de précaution en responsabilité civile, ce nouvel argument jurisprudentiel en leur faveur les conduit à constater la déformation des conditions de droit commun de la responsabilité et à plaider pour plus de clarté en attribuant une place particulière à ce principe¹⁴²⁵. Pour autant, face à la réception plutôt hostile de la doctrine majoritaire, Mme Catherine Thibierge a proposé que cette responsabilité développant une fonction anticipatrice puisse s'émanciper de la responsabilité de droit commun afin de ne pas en défigurer la teneur¹⁴²⁶. Cette proposition s'inscrit dans le mouvement historique

¹⁴²⁰ F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999, *spéc.*, pp. 157 et s.

¹⁴²¹ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t.444, préf. C. THIBIERGE, 2005, *spéc.*, pp. 301 à 428.

¹⁴²² G. PIGNARRE, "La responsabilité : débat autour d'une polysémie", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, RCA, vol. n° 6 bis, hors série, juin 2001, 10.

¹⁴²³ V. le rapport de synthèse établi par G. Viney au colloque précité ; P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, 1995, chapitre 2, Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique, p. 41 et s.

¹⁴²⁴ Cf. *supra*, n° 69 et 70.

¹⁴²⁵ M. BOUTONNET, "La théorie des troubles anormaux de voisinages et le principe de précaution : une conciliation difficile", *D.*, 2008, 2916.

¹⁴²⁶ C. THIBIERGE, "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *ibid.*, 2004, chron. 9, 577.

qui a lui-même permis à la responsabilité civile de s'évincer de la responsabilité pénale à raison de sa fonction indemnitaire en déphasage avec la fonction répressive de la responsabilité pénale. L'autre position doctrinale n'a pas eu de réaction particulière, ce qui tranche avec la réaction hostile de la première étape. Il est permis de penser que cette proposition est plus acceptable pour la majorité des auteurs.

548. Quant aux incohérences et aux excès de la réparation¹⁴²⁷, la doctrine a dressé le réquisitoire, a trouvé de possibles remèdes mais n'a pas non plus relié cette thématique à la sanction préventive. *Tout se passe comme si la fonction réparatrice de la responsabilité agissait comme une idéologie masquant l'existence des manifestations préventives de la réalisation du dommage : l'anticipation et la cessation du fait générateur.* En ce qui concerne la cessation, elle est classiquement rattachée à l'illicéité à travers le droit civil et non particulièrement la responsabilité civile. Seule une thèse récente a montré le rapport d'inclusion qui les unit¹⁴²⁸. En ce qui concerne l'anticipation, elle est tout simplement ignorée du droit commun et inconsciemment rattachée à la particularité de droits spéciaux¹⁴²⁹. Par exemple, l'anticipation de la diffamation par voie de presse conduisant tant au référé qu'au fond à interdire préventivement la diffusion d'un ouvrage susceptible de porter atteinte est la marque d'une dérogation au caractère actuel et certain du préjudice dont il faut en préserver la pureté en droit commun. S'il s'agit effectivement de particularismes propres à des droits dits spéciaux, il n'en demeure pas moins que c'est toujours sous couvert de la notion de responsabilité qu'ils se manifestent. Si le régime est autonome, la notion juridique est identique.

549. Décalage actuel entre savoir technique et savoir fondamental. Ces trois questionnements qui balisent l'étendue de la crise de la responsabilité civile sont donc en réalité liés entre eux à la place de la prévention, sous ses formes générale et spéciale, telle qu'elle se manifeste à travers les différentes sanctions préventives. La crise du savoir doctrinal est bien celle de l'exclusion d'une réflexion unitaire sur la sanction préventive. La prévention est au cœur ou à la marge de toutes les problématiques actuelles. Lorsqu'il s'agit de l'échec de l'indemnisation, on plaide pour plus de prévention en amont. Lorsqu'il s'agit de repérer les manifestations de la prévention, le spectre s'étend de la dissuasion jusqu'à la précaution. *Par rapport au débat de la fin du XIXème siècle, on constate alors un décalage entre le savoir technique et le savoir doctrinal. Si le droit positif présente de notables manifestations préventives de la responsabilité civile, aucune doctrine ne les a théorisées.* Seul le constat de sa présence problématique au travers de la prise

¹⁴²⁷ L. CADIET, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 495 ; v. la contribution de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS intitulée « Quelle(s) réparation(s) ? », au colloque précité, p. 62.

¹⁴²⁸ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t. 71, préf. R. BOUT et avant propos de PH. Le TOURNEAU, 2008.

¹⁴²⁹ V. la contribution de F. Leduc intitulée « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », au colloque précité, p. 50.

en compte de ses différentes dimensions repérées individuellement a été dressé. Incidemment, comme il n'existe pas de Saleilles contemporain pour combler ce décalage, les conséquences structurelles qui se sont dégagées de sa proposition nous permettent-elles aujourd'hui de le combler ?

B. La nécessité d'une évolution du droit fondamental de la responsabilité civile

550. Problématique. Les conséquences structurelles qui se sont dégagées de la reconfiguration de la responsabilité civile au sortir du XIX^{ème} siècle permettent-elles de combler le décalage entre le savoir technique et le savoir fondamental ?

551. La réponse à cette question est délicate car la première conséquence structurelle présente un risque d'arbitraire judiciaire (1), la seconde conséquence révèle une aporie d'ordre éthique (2) et la dernière nécessite une distinction d'ordre méthodologique (3). Toutefois, des pistes de réflexion se font jour.

1. Le risque d'arbitraire lié à une approche pragmatique de la normativité du droit de la responsabilité civile

552. Première conséquence structurelle – Risque d'arbitraire judiciaire. La reconfiguration opérée par Saleilles s'appuie sur une approche moderne de la normativité juridique. Nous avons effectivement montré que pour Raymond Saleilles, le sens de l'article 1384 al. 1^{er} ne pouvait rester figé au contexte napoléonien mais devait évoluer en fonction du contexte actuel¹⁴³⁰. Sans être reliée à Saleilles, cette approche pragmatique de la signification en droit a depuis lors été reprise en théorie générale et développée par nombre d'auteurs¹⁴³¹. En ce qui concerne la responsabilité civile, force est de constater qu'elle a pu conduire à des excès. *Sans contrainte directe du texte, le juge jouit d'une grande liberté dans l'interprétation du sens à lui donner face aux faits qui le saisissent. L'approche pragmatique de la normativité porte en germe le risque de l'arbitraire.* Certaines décisions rendues ces dernières années semblent selon nous l'attester. En ce qui concerne la liste des dommages réparables, l'affaire Perruche en admettant que l'enfant né handicapé puisse recevoir réparation à ce titre a apporté une extension sur laquelle le législateur a dû revenir¹⁴³². Puisque les articles du droit commun de la responsabilité civile ne renferment pas le sens de la réparation en droit, le juge ne peut que la déterminer par la casuistique, autrement dit, dans une décision juste pour le cas soumis mais sans rapport de cohérence pour l'ensemble des décisions rendues sur le long terme. La jurisprudence vogue au gré des valeurs

¹⁴³⁰ Cf. *supra*, n° 531-532.

¹⁴³¹ Cf. *supra*, n° 378 et s.

¹⁴³² Art 1 de la Loi du 4 mars 2002.

dominantes dans la société¹⁴³³ avec une vigie de courte portée. Comment pourrait-il en être autrement ? Incidemment, ce n'est pas dans la normativité du droit qu'il faut chercher les limites raisonnables à l'exercice de son application nécessairement interprétative. Ces limites nous apparaissent être purement déontologiques. Depuis une petite dizaine d'années, la majorité des droits occidentaux ont pris la mesure de l'importance d'une déontologie judiciaire en proposant un véritable Code de déontologie. C'est le cas au Québec depuis la création du Conseil de la magistrature en 1978 qui connaissait déjà plusieurs ouvrages de déontologie judiciaire appliquée¹⁴³⁴. En France, il existe un Code de déontologie pour la police nationale, pour la police municipale, pour les architectes, pour les commissaires aux comptes, pour les professionnels de la médecine et pour les professionnels comptables. Dans un avis daté du 2 octobre 2003, le CSM s'est prononcé contre l'élaboration d'un Code de déontologie judiciaire. Le CSM suggère ainsi que tous les magistrats puissent le saisir, pour avis, quand ils rencontrent des difficultés. Sous la pression politique, à défaut d'un Code, le CSM a toutefois adopté un *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*. En revanche, un Code d'éthique et de déontologie des médiateurs a été adopté en 2006 par l'Assemblée Générale de la Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation.

553. L'avvers de l'approche pragmatique de la normativité : la déontologie. La responsabilité et la responsabilisation des interprètes qui appliquent le droit sont en quelque sorte le pendant concret et inévitable de l'approche pragmatique de la normativité. Le modèle du juge – bouche de la loi, s'il est historiquement caricatural¹⁴³⁵, a conduit à une forme d'intangibilité de l'exercice judiciaire pour la raison première qu'il y avait peu de risque à courir dans la mesure où la signification de la norme était considérée comme l'exclusive du texte de loi. Au contraire, lorsque la jurisprudence a pris son autonomie en reconnaissant elle-même le champ de ses compétences¹⁴³⁶, l'interprétation de la signification des textes n'a eue désormais d'autres limites que celles fixées par l'interprète lui-même. La volonté récente de mettre en place une déontologie et une discipline¹⁴³⁷ résulte ainsi d'un besoin de retrouver une garantie objective de

¹⁴³³ L'influence des valeurs dominantes dans la société sur la prise de décision judiciaire a été démontrée par Mme Andrée Lajoie. V. A. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", 1997 ainsi que dans A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", 2003.

¹⁴³⁴ P. NOREAU et C. ROBERGE, *La déontologie judiciaire appliquée*, 2^e éd., Wilson & Lafleur, 2008, ainsi que P. NOREAU et C. ROBERGE, "Emergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : Eléments d'une théorie générale", *Revue du barreau canadien*, 84, 2006, 457.

¹⁴³⁵ On peut se reporter à la lecture critique faite par M. Gérard Timsit sur les commentaires de l'expression de Montesquieu. G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1993, pp. 27 et s.

¹⁴³⁶ Dans l'ordre judiciaire administratif, on pense notamment au Tribunal des conflits qui a reconnu compétent la juridiction administrative dans le contentieux de la responsabilité de l'Etat du fait des personnes qu'il emploie dans le service public, TC, 8 févr. 1873, er suppl., p. 61, concl. David ; *D.* 1873, 3, 17 ; *S.* 1873, 3, 153.

¹⁴³⁷ (...) la discipline et la déontologie n'ont pas la même finalité. Tandis que les règles disciplinaires sont à visée répressive, car destinées à sanctionner les comportements déviants, les règles déontologiques aspirent au contraire à la prévention ; elles sont plus proches de la norme de conduite ou de comportement, de l'objectif à poursuivre, destinées à guider les individus dans l'exercice de la profession qu'elles encadrent, voire, plus rarement, dans leur

cohérence. *Naguère située au niveau de la textualité du droit, cette garantie est maintenant recherchée au niveau de son application* contentieuse (Code ou Recueil de déontologie judiciaire) ou non (Code de déontologie des médiateurs et des négociateurs). Cependant, ces instruments juridiques ne comportent pas d'obligations quant à la cohérence et à l'évolution d'ensemble des jurisprudences élaborées par les magistrats. La déontologie judiciaire porte sur le comportement et l'exercice de la fonction judiciaire et non sur la production. L'étude de M. Pierre Noreau et de Mme Chantal Roberge a fait ressortir les trois principes d'intégrité, d'impartialité et d'indépendance du droit de la déontologie judiciaire¹⁴³⁸ – principes qui concerne la responsabilité du juge et non l'élaboration de la jurisprudence.

Ainsi, les principes déontologiques n'offrent pas de moyens pour combler le décalage entre le savoir technique et le savoir fondamental.

2. *L'absence d'une figure ontologie de l'être responsable*

554. Deuxième conséquence structurelle – Absence d'une figure ontologie de l'être-responsable. La deuxième conséquence structurelle qui s'évince selon nous de la reconfiguration du droit de la responsabilité civile au sortir du XIXe siècle est-elle davantage susceptible de réduire le décalage ? Nous avons montré que l'œuvre de Saleilles conduisait à la proposition du fondement du risque parce qu'elle était véhiculée par une conception du droit que M. Xifaras a dénommé « science de la vérité légale »¹⁴³⁹. Pour Saleilles, la vérité légale qui s'évince des premières décisions de justice à propos des accidents du travail réside dans la justice d'une réparation de ces accidents reposant non pas sur leur auteur dans les faits, puisqu'il est introuvable, mais sur leurs garants dans la société. Cette vérité légale « pressentie et désirée par les juges », pour reprendre l'expression de M. Xifaras¹⁴⁴⁰, nécessite de revoir et de faire évoluer les axiomes du droit pour les accueillir dans un souci de justice et d'équité sociale. Nous avons vu que l'œuvre de Saleilles y contribue pleinement mais ce qui importe maintenant de montrer, c'est que, si cette évolution scientifique des axiomes du droit est respectueuse du sens minimal de la responsabilité, elle oblitère, pour la doctrine contemporaine, une ontologie de l'être responsable qui a toujours été présent dans le droit de la responsabilité à travers la culpabilité du fautif. Autrement dit, *en peine de repère pour la responsabilité civile d'aujourd'hui, la doctrine tend à recourir à la philosophie morale de la responsabilité afin de redonner du sens et de la cohérence au concept juridique de responsabilité civile.*

vie privée. Elles servent de référent, de moyen de responsabilisation », G. CANIVET et J. JOLY-HURARD, *La discipline des juges judiciaires, administratifs et des comptes.*, Litec professionnels, coll "Justice", 2007, n° 14, p. 5. Egal., G. CANIVET, *La déontologie des magistrats*, Dalloz, coll "Connaissance du droit", 2004, pp. 12 et s.

¹⁴³⁸ P. NOREAU et Ch. ROBERGE, "Emergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : Eléments d'une théorie générale", *art. préc.*, pp. 465 et s.

¹⁴³⁹ Cf. *supra*, n° 537.

¹⁴⁴⁰ M. XIFARAS, "La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme", *art. préc.*

Ce constat dressé par les philosophes contemporains (a) conduit à différentes conceptions qui ne sont pas toutes pertinentes quant à notre étude (b).

a. Le constat de l'absence d'une figure ontologique de l'être-responsable

555. Les références à l'œuvre de Paul Ricœur parmi la doctrine civiliste sont devenues systématiques. Dans son étude sur le concept de responsabilité reproduite dans son ouvrage intitulé *Le juste*¹⁴⁴¹, Paul Ricœur montre que pour atteindre le concept de responsabilité, il faut s'émanciper du champ sémantique du verbe répondre. Selon lui, c'est dans le champ sémantique de l'imputation¹⁴⁴², c'est-à-dire l'action de mettre sur le compte de quelqu'un l'une de ses actions, que le concept de responsabilité s'enracine. Or, l'histoire de l'acception juridique de ce concept montre que le droit a opéré une dérivation de son sens en assimilant l'imputation à la rétribution. L'action de mettre sur le compte de quelqu'un s'est ainsi colorée de manière rétributive par une conception subjective de la faute que même la théologie ne semblait pas connaître. Paul Ricœur plaide pour démoraliser la notion d'imputation en droit. Or, force est de reconnaître que la reconfiguration opérée par Saleilles a déjà réalisé ce vœu. En faisant porter la responsabilité aux preneurs de risques en dehors de toute considération fautive, la théorie objective de la responsabilité restaure l'imputation dans son sens non rétributif. La doctrine contemporaine n'en a pas pris la pleine mesure et pour une certaine partie d'entre-elle, ne souhaite pas en prendre la pleine mesure¹⁴⁴³. Pour autant, cette démoralisation de l'imputation nécessaire a produit un effet pervers. « La question posée est en effet de savoir si la substitution de l'idée de risque à celle de faute n'aboutit pas, paradoxalement, à une totale déresponsabilisation de l'action ? »¹⁴⁴⁴. La démoralisation de l'imputation a conduit à l'aporie suivante : en l'absence de responsable désigné comme l'auteur du préjudice, la figure de l'être-responsable semble introuvable. Pour une grande partie des auteurs contemporains, il manque dans la reconfiguration opérée par Saleilles une ontologie de l'être-responsable. Or, c'est pour la doctrine dans sa très large majorité ce qui définit juridiquement la responsabilité. En effet, que son critère réside dans la causalité, dans l'illicéité ou l'anormalité, il met toujours en face à face un responsable désigné et un dommage¹⁴⁴⁵. *Une figure prédéterminée du responsable semble être pour la doctrine civiliste une représentation inhérente à la responsabilité juridique en droit civil.*

¹⁴⁴¹ P. RICOEUR, *Le juste*, op. cit., chap. 2.

¹⁴⁴² En droit, v. J. FISCHER, "Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile", in *Libre Droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, 383.

¹⁴⁴³ V. les articles qui plaident pour une plus grande importance de la faute en droit positif. Par ex., Y. FLOUR, "Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?", *préc.*

¹⁴⁴⁴ P. RICOEUR, *Le juste*, p. 58.

¹⁴⁴⁵ En ce sens, P. JOURDAIN, "Du critère de la responsabilité civile", in *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, coll. "Les mélanges", 2008, 553, « C'est donc la notion objective de « lien de rattachement » qui nous paraît la plus appropriée pour désigner le critère de la responsabilité civile. (...) Le responsable, sans être nécessairement la cause du dommage, doit, par son comportement, par l'activité qu'il déploie ou par l'autorité et les

556. Paul Ricœur entrevoit deux conséquences à cette absence. La première est celle d'un rétrécissement de la responsabilité juridique à sa seule dimension réparatrice entraînant une extension du champ moral de la responsabilité¹⁴⁴⁶. La seconde conséquence est corrélée à la première : « On peut alors légitimement se demander si l'inflation présumée du concept moral de responsabilité n'est pas à mettre en rapport avec un déplacement vers l'amont de la responsabilité juridique elle-même, reportée plus haut que l'action et ses effets dommageables, en direction des démarches requises de précaution et de prudence susceptibles de prévenir le dommage »¹⁴⁴⁷. *Sans représentation d'une figure du responsable, ce qui était jusqu'alors possible grâce à la faute – le responsable se figurant dans le coupable – la réparation reporte sa quête de signification dans le champ moral d'une part, et appelle à être rééquilibrée par la prévention dans le champ juridique, d'autre part.*

b. Les propositions palliant l'absence d'une figure ontologique de l'être-responsable

557. A la recherche d'une ontologie actuelle de l'être-responsable. Loin d'être nostalgique d'un travail plus que centenaire, plusieurs philosophes ont préféré se demander quelles pourraient être les propositions d'une nouvelle figure de l'être responsable ? En ce sens, Paul Ricœur développe une ontologie de l'agir à mi-chemin entre l'herméneutique, la phénoménologie et l'analyse pragmatique (i), Emmanuel Levinas développe une approche éthique de la philosophie sur le concept de responsabilité pour autrui (ii) et Jacques Derrida poursuit la métaphysique heideggérienne en déconstruisant les fondements de la réparation (iii). Avec ce dernier auteur, on comprendra pourquoi cette recherche actuelle conduit à une impasse.

i. La philosophie de Paul Ricœur

558. Paul Ricœur : une ontologie de l'agir. L'œuvre de Paul Ricœur est assez méconnue¹⁴⁴⁸. Il faut dire qu'elle est assez difficile d'accès. La philosophie développée par l'auteur ne comporte pas d'ouvrage de vulgarisation. Bien au contraire, elle est réputée pour sa rigueur intellectuelle. Parmi les sujets qu'elle contient, l'éthique intéressera notre propos en ce qu'elle a permis à l'auteur d'échafauder une phénoménologie herméneutique du soi. Si celle-ci est disséminée tout

pouvoirs qu'il exerce, être our quelque chose dans sa survenance. Précisons. S'il en est l'auteur, le régime de la réparation sera incontestablement un régime de responsabilité civile. Sinon, si le dommage a été causé par le fait d'une autre personne ou d'une chose, on sera encore en présence d'une responsabilité civile si le débiteur est désigné en raison des relations qu'il entretient avec l'auteur direct ou avec la chose cause du dommage, c'est-à-dire avec le fait dommageable. C'est le lien de rattachement. », p. 558.

¹⁴⁴⁶ Egal., en ce sens, O. ABEL, "La responsabilité incertaine", *Esprit*, nov. 1994, 20, *spéc.*, p. 26 ainsi que la note infrapaginale n° 16.

¹⁴⁴⁷ P. RICOEUR, *Le juste*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁴⁸ Pour une introduction, O. MONGIN, *Paul Ricoeur*, Seuil, coll. "Points Essais", 1994.

au long des ouvrages de Ricoeur, cette dissémination a néanmoins conduit à une pensée unitaire dans *Soi-même comme un autre*¹⁴⁴⁹. En premier lieu, Ricoeur distingue l'éthique de la morale. Il réserve « le terme éthique pour la visée d'une vie accomplie et celui de morale pour l'articulation de cette visée dans des normes caractérisées à la fois par la prétention à l'universalité et par un effet de contrainte »¹⁴⁵⁰. L'éthique, première à la morale, est celle de l'homme responsable. Or, elle ne s'établit pas dans un présent de vérité éternelle mais s'inscrit et progresse dans l'histoire. L'éthique n'est pas un « don » venu généreusement du dehors « donner sens » à une histoire mortelle ou un équivalent de la norme morale : elle s'inscrit et progresse dans une histoire, elle a une « corporéité » individuelle, sociale et historique »¹⁴⁵¹. Elle se réalise par une dialectique entre l'opinion, du domaine du sensible, et du savoir, du domaine du concept. Elle est ce que l'auteur appelle l'opinion droite (ou *Doxa Sein*). Précisément, comment atteindre cette opinion droite si elle n'est ni réellement dans les choses ni consciemment dans le savoir ? C'est ici que la pensée de Ricoeur s'écarte à la fois d'une ontologie de la substance et d'une ontologie de la conscience en gagnant les terres de l'herméneutique et de la pragmatique pour, démarche nouvelle, revenir à une ontologie¹⁴⁵². En second lieu naît son ontologie de l'agir. Car l'être ne réside pas entièrement dans l'existence ni dans l'essence mais dans l'acte, dans l'agir humain. Et inversement, « l'agir et le pâtir humain sont enracinés dans l'être »¹⁴⁵³.

559. Pour réaliser ce tour de force, le cercle herméneutique est surmonté d'un cercle de la *mimèsis* dont chacun des trois temps – préfiguration, configuration, refiguration – permet de relier la description, la narration et la prescription afin d'identifier le soi de l'action. Détaillons. Le cercle herméneutique représente le travail de l'interprète pour déterminer le sens d'un énoncé¹⁴⁵⁴. Il est composé de trois étapes. La première étape est celle de la pré-interprétation. Elle marque le temps où l'interprète projette ses préjugés sur l'énoncé à partir desquels le sens du texte va être influencé. Après avoir pris conscience de ses préjugés et également de ceux des autres car tout fait pour les herméneutes est déjà un fait pré-interprété, la seconde étape peut commencer. Cette étape est proprement celle de l'interprétation. Elle consiste à donner la signification d'un texte (qu'il faut entendre de manière large, c'est-à-dire écrit ou non écrit). Une fois l'interprétation déterminée, la signification n'est pas encore fixée ; il existe une dernière étape. La post-interprétation ou surdétermination représente l'influence que peut revêtir la

¹⁴⁴⁹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, coll. "Points Essais", 1990.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 200.

¹⁴⁵¹ O. MONGIN, *Paul Ricoeur, op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁵² « Est-ce que l'éthique est une alternative à l'ontologie ? [...] Je pense que l'éthique est fortement enracinée dans la tradition ontologique, mais précisément dans une autre ontologie que l'ontologie de la substance : elle est enracinée dans une ontologie de l'acte », citation de Paul Ricoeur reproduite dans l'ouvrage d'Olivier Mongin, préc., p. 194.

¹⁴⁵³ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre, op. cit.*, p. 364.

¹⁴⁵⁴ Sur le cercle herméneutique en droit, V. C. SINTEZ et J. ANDINO DORATO, "La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme.", in *L'Egalité, Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, pp. 319-340, *spéc.*, le II, A.

communauté des interprètes et plus largement la société dans son ensemble sur la fixation définitive de la signification. C'est à ce moment que les valeurs dominantes dans la société ont tendance à influencer la signification à donner au texte¹⁴⁵⁵. Ce cercle herméneutique utilisé par les juristes¹⁴⁵⁶ montre bien quelle est l'importance du travail herméneutique. Cependant ce dernier ne concerne que la recherche du sens dans le récit. S'il renseigne sur la normativité du droit, il ne dit rien de la figure de l'être responsable. En d'autres termes, il ne comporte pas nécessairement d'éthique ni d'ontologie. Pour cela, il faut adjoindre aux trois étapes du cercle herméneutique les trois étapes parallèles dans la sphère ontologique. C'est ce que Ricoeur appelle le cercle de la *mimèsis*¹⁴⁵⁷. La première étape est celle de la préfiguration qui appréhende le récit à partir de sa sémantique. On accède ainsi à ce qu'il convient d'appeler le sens. Mais ce sens n'est pas signification tant qu'il ne renvoie pas à l'usage qui en est fait. C'est l'objet de la seconde étape dénommée configuration qui appréhende le sens par une approche pragmatique. Mais Ricoeur va au-delà de l'analyse pragmatique sur laquelle il rejoint Austin et Searle¹⁴⁵⁸. Il ajoute une troisième étape appelée refiguration qui vise à insérer la signification dans l'agir humain. À travers ces trois étapes, le cercle de la *mimèsis* permet ainsi de conduire à une ontologie de l'agir dans laquelle l'être-responsable acquiert l'opinion droite par la réflexion puis la délibération au sein d'une démarche successivement descriptive, narrative et prescriptive. En tenant les deux versants de l'herméneutique – son côté objectif résidant dans la détermination de la signification des signes extérieurs, et son côté subjectif, l'interprétation de la compréhension de soi – *Soi-même comme un autre* enjambe la double difficulté d'une pensée de l'action : l'observation passive et l'illusion du savoir¹⁴⁵⁹.

560. Apports de la philosophie ricoeurienne à la théorie générale de la responsabilité civile.

Ne pas laisser à l'interprète la seule détermination de la signification de nos actes parce que son travail n'est pas porteur d'une ontologie de l'agir, d'une figure de l'être-responsable, voilà ce qui pourrait bien apparaître comme l'apport de la philosophie du soi ricoeurienne à la théorie de la responsabilité civile. En effet, si c'est par une approche pragmatique de la normativité que la détermination de la signification des normes est seule possible, il faut en parallèle restaurer une démarche réflexive sur l'agir du responsable. On constate avec le doublement du cercle herméneutique par celui de la *mimèsis* que cette démarche réflexive ne peut pas venir du même interprète. Il appartiendrait soit à la délibération du responsable dans sa décision de faire ou de ne pas faire pour laquelle il est jugé, de se poursuivre afin de représenter le soi de l'être responsable, soit à la doctrine, interprète des décisions judiciaires et des procédures non

¹⁴⁵⁵ Cette surdétermination des valeurs dominantes dans la société a été démontrée en doctrine. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, préc., ainsi que LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, préc.

¹⁴⁵⁶ Par exemple, les étapes de prédétermination, codétermination et surdétermination de l'analyse systémale de Gérard Timsit. V. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, préc. Egal., chez R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, PUF, Paris, coll. "Recherches politiques", 1994.

¹⁴⁵⁷ P. RICOEUR, *Temps et Récit*, tome 1, Seuil, coll. "L'ordre philosophique", 1983, pp. 86 et s.

¹⁴⁵⁸ Sur ces auteurs, Cf. *supra*, n° 381.

¹⁴⁵⁹ En ce sens, O. MONGIN, *Paul Ricoeur*, *op. cit.*, p. 114.

contentieuses, de faire émerger du lien entre les représentations individuelles des figures du responsable une véritable ontologie de l'être-responsable. Cette double démarche réflexive sur l'agir du responsable ne repose donc ni sur la normativité ni sur son interprétation juridique.

561. Toutefois, cette dernière peut aider. Au cours du travail de l'interprète, la détermination de la signification n'est pas l'unique produit ; elle doit s'accompagner d'une mise à terme, provisoire, de la dialectique entre l'action du responsable et le récit du procès pour déterminer une figure du responsable. N'est-ce pas le propre de la sanction ? La sanction, semble nous commander Paul Ricœur, c'est à la fois le témoignage du récit historique, celui de l'acte du responsable, et le témoignage du récit narratif, celui de la décision judiciaire. « La sentence dont la vertu performative est celle d'une parole qui dit le droit dans une circonstance déterminée ; la sentence fait ce qu'elle dit : le plaignant est désigné comme victime et l'accusé, s'il est condamné, est désigné comme coupable. La sentence est bien nommée « arrêt » : elle met fin au procès et assigne aux parties en procès les places qui engendrent une juste distance entre la vengeance et la justice »¹⁴⁶⁰. C'est à partir d'elle qu'une figure de l'être-responsable peut naître du responsable lui-même et du travail de la doctrine. Mais dans les deux cas, ce travail échappe aux acteurs du droit, juges et législateur. L'ontologie de l'agir ricoeurienne ne nous est donc qu'indirectement secourable. Il faut poursuivre notre quête.

ii. La philosophie d'Emmanuel Levinas

562. Emmanuel Levinas : une éthique sans ontologie. Contemporain de Paul Ricœur, Emmanuel Levinas développe également l'éthique au centre de son œuvre. Contrairement à son collègue, Levinas a le souci de bien séparer l'éthique de l'ontologie notamment en raison de son parcours de vie personnel. Le philosophe a effectivement subi la barbarie nazie si bien que sa pensée « est taraudée par la recherche d'une forme de résistance à ces manifestations de l'inhumain »¹⁴⁶¹. Ce souci très présent explique certainement que le philosophe a recours au concept de responsabilité pour développer son éthique. Pour Levinas, le sujet ne saurait résider dans le phénomène ni dans l'essence. Selon ses mots, le sujet est constitué et destitué par autrui. Le soi ne se retrouve pas dans l'acte mais dans le désir que seul l'autre peut me faire ressentir. Autrui est représenté par Levinas comme un infini inaccessible auquel le soi se doit de répondre parce qu'il révèle davantage ce qui me manque que ce que je suis. Être soi, c'est être responsable de cette infinité que représente le visage de l'autre. À défaut, on confondrait le soi et l'autre et on ouvrirait la porte à toute forme d'annihilation d'autrui au profit de soi. Autrui est infini et inaccessible pour Levinas car il a ce souci de le placer au-dessus d'une puissance de soi qui pourrait le détruire. Le sujet n'est donc pas la cause de ce qu'il est. Au contraire il est subordonné à la figure d'autrui. La responsabilité d'autrui qui donne la spécificité au soi ne conduit donc pas

¹⁴⁶⁰ P. RICOEUR, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, coll. "Carnets", 2005, p. 30.

¹⁴⁶¹ A. ZIELINSKI, *Levinas. La responsabilité est sans pourquoi*, PUF, coll. "Philosophies", 2004, p. 7.

à une responsabilité de l'agir humain mais à une responsabilité de la prévention d'autrui. « En ce sens, Levinas contribue à faire prendre au concept de responsabilité ce tournant relevé par Ricœur. Cependant, il n'en va pas ici d'une demande de dédommagement comptable en fonction de ce qui a eu lieu, mais bien plutôt d'une dimension de prévention, afin que la vulnérabilité d'autrui ne le mène pas à la disparition. (...) La responsabilité se définit (...) par tout ce qui peut empêcher de faire disparaître autrui, de nier son altérité »¹⁴⁶². *Le projet de Levinas se démarque donc radicalement de celui de Kant et même de celui de Ricœur ainsi que de la définition juridique de la responsabilité. Le concept levinasien de responsabilité ne se fonde pas sur la liberté ni sur l'imputation encore moins sur le principe de causalité. Ce qui est au cœur du concept de responsabilité, c'est le don de soi à autrui dans une forme de gratuité qui tranche radicalement avec les éthiques conséquentialistes contemporaines telle que celle de Hans Jonas. Le concept levinasien de responsabilité réside dans une « obligation sans imputation [où] la responsabilité aurait à voir avec le devoir dans sa démesure radicale : démesure de la gratuité, puisque l'autre m'oblige sans que je n'aie rien à attendre en retour »¹⁴⁶³.*

563. Apports de la philosophie levinasienne à la théorie de la responsabilité civile. Pour cette dernière raison, *le concept levinasien de responsabilité se démarque nettement du droit. La responsabilité détachée du sujet-responsable est sans commencement ni fin puisqu'elle se dissipe dans l'infini du visage d'autrui.* Il est pourtant essentiel de constater que cette acception du concept, alors qu'il est détaché d'une ontologie de l'être-responsable, rejoint également la prévention. Face à Ricœur, Levinas nous permet ainsi de comprendre l'évolution préventive des manifestations de la responsabilité civile sans avoir recours à une figure ontologisante de l'être-responsable. Quelle voie notre étude peut-elle alors suivre pour être juridiquement cohérente ? Convient-il de charger le responsable et corrélativement la doctrine d'une recherche réflexive de la figure du responsable ? Ou au contraire, la responsabilité doit-elle définitivement se distancier d'un rapport à l'être pour se fondre dans la nécessité et le désir de l'autre afin d'asseoir sa propre responsabilité ? Levinas nous montre que l'aporie dont souffre la doctrine actuelle d'une figure ontologisante de l'être responsable n'est peut être pas fondée.

iii. La philosophie de Jacques Derrida

564. Jacques Derrida : la déconstruction des fondements de la responsabilité¹⁴⁶⁴. L'alternative est littéralement posée par Jacques Derrida dans un ouvrage collectif sur la religion. Il faut en effet rappeler, ce par quoi commencent les propos de l'auteur, que le droit, la religion

¹⁴⁶² *Ibid.*, pp. 123 et 124.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, p. 128.

¹⁴⁶⁴ Pour une introduction à la philosophie du droit de Jacques Derrida, V. P.-Y. QUIVIGER, "Derrida : de la philosophie au droit", *Cités*, 2007, pp. 41-52 ; C. SINTEZ et E. NICOLAS, "Par-delà le concept de force dans la philosophie de Jacques Derrida", C. THIBIERGE *et alii.*, in *La force normative. Naissance d'un concept.*, Paris, LGDJ, 2009, p. 99.

et la responsabilité partagent la même racine étymologique dans le latin *respondere*. *Ius* comme *religio*, c'est répondre. Précisément, pour Derrida, qu'est-ce que répondre ? « Quant à la réponse, c'est *ou bien ou bien*. *Ou bien* elle s'adresserait à l'autre absolu en tant que tel, d'une adresse entendue, écoutée, respectée dans la fidélité et la responsabilité ; *ou bien* elle réplique, riposte, compense et *s'indemnise* dans la guerre du ressentiment et de la réactivité. Une des deux réponses doit toujours pouvoir contaminer l'autre. On ne prouvera jamais que c'est l'une ou l'autre, jamais dans un acte de jugement déterminant, théorique ou cognitif. Tel peut être le lieu et la responsabilité de ce qu'on appelle la croyance, la fiabilité ou la fidélité, le fiduciaire, la « fiancée » en général, l'instance de la foi »¹⁴⁶⁵.

565. Ainsi se retrouve d'un côté « l'autre absolu » entendu de nous par notre responsabilité, et de l'autre, l'indemnisation, c'est-à-dire, le retour à l'indemne soit par notre ressentiment soit par notre réactivité. D'un côté, la responsabilité pour autrui de Levinas, de l'autre, la responsabilité imputée à nos actes de Ricœur. De cette alternative, Derrida revendique l'inéluctable contagion de l'une par l'autre. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, aucun jugement ne peut séparer les deux facettes de la réponse. Car, *in fine*, la réponse se solde dans la croyance, dans une nécessaire instance de la foi. *Répondre, c'est croire à l'absolu de l'autre et au retour à l'indemne par soi*. Derrida en profite alors pour déconstruire le concept d'indemnisation afin d'en relever sa signification première. Indemniser, ce n'est pas attribuer une somme d'argent. Indemniser, ce n'est pas donner l'équivalent. L'indemnisation désigne « à la fois le processus de compensation et la restitution, parfois sacrificielle, qui reconstitue la pureté intacte, l'intégrité saine et sauve, une propreté et une propriété non lésées. C'est bien ce que dit en somme le mot « indemne » : le pur, le non-contaminé, l'intouché, le sacré ou le saint avant toute profanation, toute blessure, toute offense, toute lésion »¹⁴⁶⁶. Autrement dit, le processus même de l'indemnisation qui est la technique par laquelle la responsabilité se fait réponse, doit s'accompagner nécessairement d'une prise en compte de l'appel absolu d'autrui. Incidemment, la figure ontologique de l'être responsable n'existe pas *a priori*. Elle passe par une recherche indispensable du retour à l'indemne. *Aucun jugement ne peut se faire jugement de responsabilité sans coupler, a posteriori, les deux facettes de la réponse : compensation et retour à l'indemne*.

566. Apports communs des trois philosophes à la théorie de la responsabilité civile. Avant que la norme de responsabilité privée ne subisse l'interprétation extensive du fait de l'apparition de nouveaux dommages de l'ère industrielle, on pouvait encore identifier une ontologie de l'être-responsable dans la figure du coupable. Mais avec le surplus de sens que lui apporte la jurisprudence, la question de l'imputation s'est désormais renversée. Il ne s'agit plus de savoir *Qu'est-ce qu'un responsable dont la responsabilité consiste à répondre de ses actes mais à quelle condition un responsable peut-il encore être tenu pour tel dans l'immensité des choses qui lui sont possiblement imputables*.

¹⁴⁶⁵ J. DERRIDA et G. VATTIMO, *La religion*, Seuil, 1996, p. 41. Les soulignés sont de l'auteur.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 34, note infrapaginale n° 12.

567. Or, tout se passe dans la doctrine comme si son analyse du droit positif se conformait bien à ce retournement grâce aux conséquences structurelles de la reconfiguration du savoir opérée par Saleilles tandis que sa théorisation du droit demeurerait figée à une représentation ontologisante de l'être-responsable. Or, il nous est apparu essentiel de ne pas poursuivre dans ce sens, même à travers une ontologie repensée comme celle de Paul Ricœur, ni même d'adopter une attitude inverse en établissant une frontière nette entre l'éthique et l'ontologie telle qu'Emmanuel Levinas a pu l'établir. Sous l'inspiration de Jacques Derrida, il convient davantage de coupler les deux approches pour révéler l'entière du concept de responsabilité, de ses manifestations traditionnelles jusque dans ses manifestations préventives.

Dès lors, conceptualiser les manifestations du droit de la responsabilité civile à partir de ses conditions est devenu un non-sens philosophique précisément parce qu'elles demeurent représentées par le prisme d'une ontologie du coupable qui a disparue. La figure du responsable n'est pas donnée *a priori*. Concevoir la responsabilité civile par ses effets permet seul de répondre à cette exigeante conceptualisation.

568. La sanction préventive parce qu'elle s'inscrit dans une présentation des manifestations de la responsabilité civile comme des sanctions juridiques mouvant de la prévention à la réparation en passant par la dissuasion, permet à elle seule de relier la non-présence d'une norme de responsabilité préétablie dans le réel à une théorie du droit échafaudant son argumentation dans une herméneutique ne reniant pas l'ontologie *a posteriori* du responsable grâce à une analyse pragmatique des textes.

569. Conclusion sur la deuxième conséquence structurelle. A notre problématique sur la possibilité des conséquences structurelles de combler le décalage actuel entre savoir technique et savoir fondamental qui anime cette sous-partie, la deuxième conséquence structurelle, si elle apparaît en soi capable de nous aider ne le permet pas concrètement en raison de l'effet pervers qu'elle a incidemment produit : l'idéologie de la réparation. Pour corriger cet effet producteur d'une « déresponsabilisation de l'action » selon les propos de Paul Ricœur, certains philosophes proposent de redonner une figure ontologique à l'être-responsable, d'autres au contraire estiment nécessaire de responsabiliser chacun non à la mesure de son agir mais en raison de l'infini vulnérabilité d'autrui. Ce qui pourrait apparaître comme une alternative irréconciliable ne l'est en rien comme le démontre Jacques Derrida. Ainsi, la deuxième conséquence structurelle permet de *combler le décalage entre savoir fondamental et savoir technique à condition de repenser le double élément nécessaire à chaque jugement de responsabilité : la mise en œuvre d'un retour à l'indemne et non d'une simple indemnisation compensatoire et la représentation a posteriori d'une figure de l'être-responsable à raison de son agir et non de sa position de condition d'engagement juridique de la responsabilité.*

3. Une nécessaire distinction méthodologique entre les niveaux de théorie générale de la responsabilité civile et du droit positif

570. Troisième conséquence structurelle – Un apport à deux niveaux. La troisième conséquence structurelle qui nous semble s'évincer de la reconfiguration opérée par Saleilles porte sur le sens minimal de la responsabilité civile. Nous avons effectivement montré que si les tenants du risque revenaient sur la place centrale de la faute en soutenant que sa notion ne devait pas être entendue subjectivement, la proposition de la responsabilité objective parvenait à convaincre parce qu'elle respectait le sens minimal de la responsabilité en droit civil. Ce sens premier est celui de l'imputation des faits par une obligation légale qu'il ne faut désormais plus confondre avec la désignation du responsable dont l'imputation des faits à sa personne importe peu. Autrement dit, *il ne faut pas essentialiser la notion de responsabilité*. Cette dernière n'a pas un sens final qui résiderait dans les choses comme pourrait le concevoir une philosophie d'obéissance aristotélicienne. Les juristes savent d'ailleurs à quel point la responsabilité est une construction¹⁴⁶⁷ dont le mot même a mis du temps avant d'apparaître¹⁴⁶⁸. Saleilles retrouve, selon notre lecture, cette source originelle de la responsabilité qui la représente avant tout et surtout comme une technique dont l'évolution n'est pas contrainte par une signification notionnelle forte. *En responsabilité, c'est la pratique qui fait évoluer la notion et non l'inverse*.

571. Pour autant, si les auteurs de la doctrine contemporaine ne sont pas opposants à cette approche, force est de constater que leur travail est plus délicat. Le dernier siècle écoulé après la doctrine de Saleilles a vu émerger des cas de responsabilité, tant légaux que jurisprudentiels, qui conduisent à une crise d'identité de la responsabilité. Entre responsabilité subjective et objective, il faut maintenant également articuler le droit commun aux droits spéciaux, et les fonds d'indemnisation et de garantie aux pratiques assurantielles. Dans cette pluralité et diversité des manifestations, tout demeure-t-il responsabilité ? Quelles sont et quelles doivent être les frontières de la responsabilité civile d'aujourd'hui et de demain ? A ces interrogations qui animent les spécialistes de la matière, il nous semble que la troisième conséquence structurelle puisse déboucher sur un élément de réponse fécond. S'il ne serait pas éclairant de répondre que la responsabilité a vocation à tout englober comme l'approche pragmatique de Saleilles pourrait nous y conduire, et comme d'autres, au premier rang desquels Henri Mazeaud nous en défend¹⁴⁶⁹, il nous semble incontournable de respecter ce sens minimal bien mis en exergue par

¹⁴⁶⁷ S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, op. cit.

¹⁴⁶⁸ M. VILLEY, "Esquisse historique sur le mot responsable", in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, pp. 75 et s.

¹⁴⁶⁹ H. MAZEAUD, "L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile", *D.*, 1935, 5, « Le principe énoncé par l'art. 1382 c. civ. est l'une de ces grandes règles d'équité qui peuvent, à elles seules, résumer le

Saleilles et qui est à l'œuvre dans les nombreux cas et fonds actuels de responsabilité. Cet apport doit néanmoins être circonscrit à la seule théorie générale de la responsabilité. Car *il s'agit bien du même concept qui est mis en œuvre par différentes techniques*. En revanche, au niveau du droit positif, la particularité des régimes spéciaux doit demeurer et conduire à des dispositifs distincts. En d'autres termes, *l'unité ne peut se faire qu'au niveau de la théorie générale mais doit s'y faire inévitablement, sauf à manquer le sens minimal du concept de responsabilité*.

572. Troisième conséquence structurelle et sanction préventive. Quant au domaine de la sanction préventive, l'apport de la troisième conséquence structurelle¹⁴⁷⁰ conduit à une extension maximale. Au niveau de la théorie générale de la responsabilité civile, il serait contraire à son sens minimal¹⁴⁷¹ d'exclure du domaine de la sanction préventive, la dissuasion (dommages et intérêt punitifs, astreinte, etc.), la cessation (cessation de l'illicite, cessation de l'anormal), l'anticipation (prévention et précaution) ou la réparation anticipée (indemnisation du préjudice futur). Au niveau du droit positif, les régimes de ses différentes dimensions de la sanction préventive peuvent donc être très différents sans que cela ne pose de problème. L'unité notionnelle de la sanction préventive se fait au niveau de la théorie de la responsabilité et non en droit positif.

573. Conclusion de section. A travers l'analyse généalogique du droit fondamental de la responsabilité civile, les raisons de l'influence perturbatrice de la sanction préventive sont apparues. *Le concept de responsabilité en droit a évolué historiquement à ce point tel qu'il n'est pas permis de l'envisager comme un concept ayant une signification fixe et déterminée. C'est davantage une technique dont seule la pratique est gardienne du sens*. Il fut alors nécessaire de retracer les différentes strates de significations accordées à la responsabilité et notamment la redéfinition opérée par la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait des choses. Cette étape dans l'histoire du droit marque par ces conséquences structurelles le droit fondamental de la responsabilité civile. Il n'est plus permis d'appréhender sa normativité, son sens minimal, et son image comme avant. Le recours à la philosophie morale, ou plus précisément à la question de l'éthique en philosophie, a permis à certains auteurs de combler le décalage qui a pu apparaître entre les données positives du droit toujours plus aventureuses et le droit fondamental scindé entre l'avant-gardisme des propositions de Saleilles et le conservatisme du reste de la doctrine. De notre étude, il ressort que le concept de philosophie morale de la

droit tout entier. (...) L'examen de quelques situations délicates dans lesquelles le problème s'est posé aux tribunaux fait suffisamment apparaître la tendance dangereuse déjà signalée, qui est aujourd'hui celle de la jurisprudence française et qui consiste à se servir des art. 1382 et suiv., c. civ., non seulement pour « compléter » les règles de droit, mais même pour les « corriger », autant dire pour les tourner ».

¹⁴⁷⁰ La distinction des niveaux technique (droit positif) et théorique (droit fondamental) du droit de la responsabilité civile.

¹⁴⁷¹ Cf. *supra*, n° 538. En soi, la responsabilité n'est pas une recherche du coupable, mais une technique juridique de retour à l'indemne déclenchée par l'enchaînement des causes matérielles de l'apparition possible d'un dommage.

responsabilité doit être appréhendé de manière complémentaire avec celui du droit. Si le premier renseigne le second sur la question du sens, il ne saurait le limiter par là même quant au domaine. Le droit doit être vu plus largement que dans la seule responsabilité à l'égard d'autrui. Si significativement, autrui rend responsable ; autrui ne saurait être le seul objet de responsabilité. *En se croisant au carrefour d'une appréhension morale de la responsabilité réintroduite dans le domaine juridique, on peut alors conclure qu'il est nécessaire d'être responsable juridiquement devant les choses comme on l'est moralement devant les êtres : sans repère ontologique précis et prédéfini, mais dans la raisonnable précaution de son agir social.*

L'approche philosophique de cette section a permis de montrer que *la crise de la responsabilité civile était avant tout une crise du savoir de la responsabilité en raison de l'incapacité du savoir fondamental à concevoir la sanction préventive se cachant derrière chacune de ses manifestations préventives.*

Il convient alors d'aller plus loin dans la recherche de l'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité en se détachant du discours juridique par une recherche des raisons déduites sociologiquement des fonctions de la responsabilité.

SECTION 2. Les raisons déduites de l'équilibre des fonctions de la responsabilité civile

574. La recherche des raisons de l'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile se poursuit sur le terrain de la réalité sociale. Ces raisons sont déduites à partir d'une observation de sociologie du droit (§2), et non à partir du constat doctrinal du déséquilibre des fonctions de la responsabilité civile (§1).

§1. Les raisons non déductibles du constat doctrinal du déséquilibre des fonctions de la responsabilité civile

575. Le droit de la responsabilité civile s'analyse traditionnellement par ses fonctions. La doctrine dresse le constat d'un déséquilibre des fonctions de la responsabilité civile. Cependant, ce constat de déséquilibre ne laisse pas percevoir les raisons qui en sont à l'origine (A). Il est alors nécessaire de lui adjoindre une observation sociologique requérant un modèle particulier pour la guider (B).

A. La présentation traditionnelle de la responsabilité civile par ses trois fonctions normative, indemnitrice et dissuasive

576. Les trois fonctions de la responsabilité civile. La responsabilité civile est un droit dont l'analyse est traditionnellement menée sous l'angle des fonctions. Si les typologies varient au sein des manuels et des traités¹⁴⁷², trois fonctions se retrouvent parmi chacune d'elles¹⁴⁷³. En premier lieu, la responsabilité civile aurait pour rôle de « normer » les comportements par l'application des articles généraux du Code civil. Cette fonction normative coexisterait, en deuxième lieu, avec une fonction indemnitrice qui de l'avis de tous, ou presque, serait la spécificité de ce droit. Le rôle premier de la responsabilité consisterait à rétablir ce que le préjudice a détruit. En dernier lieu, une fonction dissuasive plus discrète marquerait également ce droit en ce qu'il concourrait à dissuader autrui de porter préjudice, autrement dit, d'encourir la sanction civile. Cette fonction dissuasive est, dans la plupart des ouvrages, rattachée ou assimilée à la fonction normative en ce sens qu'elle est synonyme de dissuasion des comportements

¹⁴⁷² G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 35 à 43-2 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3 et s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 12 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 241 ; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 11 à 13.

¹⁴⁷³ M. MEKKI, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *art. préc.*

dommageables tel que le concevait le professeur Tunc¹⁴⁷⁴ et non d'anticipation des dommages. En ce sens, M. Philippe Brun écrit que l'« on prête traditionnellement à la responsabilité civile une double fonction : outre la réparation des dommages, et donc la résorption du trouble social engendré, la responsabilité civile jouerait un rôle prophylactique de dissuasion des comportements dommageables. Envisagée en ce sens qui seul nous paraît pouvoir être retenu, la fonction préventive de la responsabilité civile apparaît *a priori* plus théorique que réelle, encore qu'il soit par définition impossible d'en évaluer la portée »¹⁴⁷⁵.

577. Le constat du déséquilibre entre les trois fonctions. Au surplus, ces trois fonctions de la responsabilité civile font l'objet d'une analyse en terme d'équilibre. Le constat est ainsi enseigné¹⁴⁷⁶. Avant la codification Napoléonienne, la fonction normative de la responsabilité civile occupait la place centrale en raison de sa confusion avec la responsabilité pénale. Le déclin de la primauté de cette fonction s'est effectué, nous semble-t-il, en deux temps. D'abord, la distinction nette des régimes privé et pénal de la responsabilité s'est accompagnée d'un rattachement de la fonction normative à la seule responsabilité pénale. Enfin, le déclin de la faute en droit civil a entraîné celui de la fonction normative. Le rééquilibrage s'est opéré au profit de la fonction indemnificatrice. Le propre de la responsabilité civile se rattachant alors à la responsabilité pénale, un vide de sens est apparu que la fonction indemnificatrice est venue combler. *Ainsi, l'origine du déséquilibre entre les trois fonctions est retracée dans l'hypertrophie de la fonction indemnificatrice.*

578. L'introuvable fonction préventive. Telle est la présentation, retracée sommairement, de l'équilibre des fonctions de la responsabilité civile. Deux remarques s'évincent d'une confrontation de cette présentation avec la problématique de la sanction préventive. La première réside dans *l'absence de véritable réflexion sur la fonction préventive* dont on observe qu'elle se résume en réalité à une fonction de dissuasion qui rappelle une nouvelle fois l'emprise de la pensée pénale sur la matière. D'ailleurs, la première partie de cette étude a montré que la fonction préventive est recouverte en doctrine par la fonction dissuasive, pour une part, et par la fonction normative, pour une autre part¹⁴⁷⁷. Or, tandis que la fonction dissuasive ne transcrit qu'une dimension de la prévention, la fonction normative la dépasse largement du fait de son évolution récente l'ayant conduite à la sanction de nouveaux droits subjectifs¹⁴⁷⁸ – rôle qui était auparavant dévolu à la notion de propriété. *En soi, la fonction préventive n'est pas rentrée dans la typologie du droit de la responsabilité civile. Pour identifier le rôle préventif de la responsabilité civile, il convient donc de se détacher de la présentation traditionnelle des fonctions attribuées à cette*

¹⁴⁷⁴ A. TUNC, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", *art. préc.*

¹⁴⁷⁵ En ce sens, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 12.

¹⁴⁷⁶ Ce constat est généralement dressé sous l'angle des fondements de la responsabilité civile. En ce sens, G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 48 et s.

¹⁴⁷⁷ Cf. *supra*, n° 303-313.

¹⁴⁷⁸ T. AZZI, "Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *RTD civ.*, 2007, pp. 227 et s.

matière par les juristes. On y parviendra d'autant mieux en retenant des fonctions exclusives les unes des autres : la prévention, la réparation, et la punition. Notre démarche consiste donc à concevoir les fonctions de la responsabilité civile non de manière doctrinale mais sociologique. Aux fonctions normative, indemnitrice et dissuasive assignées par la doctrine civiliste à la responsabilité, nous rechercherons l'équilibre des fonctions sociales de la responsabilité : fonction réparatrice, fonction répressive et fonction préventive.

579. L'échec du constat doctrinal. Force est de constater que l'analyse fonctionnelle de la responsabilité par la doctrine civiliste ne permet pas de déceler les raisons du bouleversement des conditions du fait du prononcé des sanctions préventives. Cette analyse arrête son raisonnement en terme strictement juridique : l'hypertrophie de la fonction indemnitrice est due à l'objectivation du droit de la responsabilité civile en raison, pour partie, de son éloignement de la responsabilité pénale. Cet échec pousse à rechercher quels sont les nouveaux rôles sociaux de la responsabilité civile et surtout de retracer leur origine sociale. En d'autres termes, il nous apparaît essentiel de rechercher quel est l'équilibre, dans la société, entre les fonctions contemporaines de ce droit mais également dans quelle proportion cet équilibre et ses composantes sont portés, revendiqués et mis en œuvre par l'Etat, la jurisprudence, la doctrine et les intérêts privés. Ces interrogations sont sous-tendues par une analyse fonctionnelle qui renvoie classiquement à une démarche de sociologie du droit. Or, plusieurs recherches en sociologie juridique ont permis de proposer des typologies à même de guider méthodologiquement notre propos.

B. La présentation sociologique des fonctions du droit

580. Typologie des fonctions. En sociologie générale, de nombreux auteurs ont dressé une typologie des fonctions sociales de l'Etat¹⁴⁷⁹. M. Pierre Noreau a récemment fait la synthèse d'une grande partie des propositions¹⁴⁸⁰. Il rappelle notamment l'apport majeur d'un article de Karl Llewellyn publié en 1940 présentant quatre grandes fonctions étatiques dans la société¹⁴⁸¹. « On trouve dans l'œuvre de Llewellyn une proposition plus complète et plus convaincante qui tient compte, justement, des dimensions à la fois sociologique et politique du droit et offre, de ce

¹⁴⁷⁹ V. FERRARI, "Fonctions du droit", A.-J. ARNAUD (dir.), *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, 161. V. EGAL, V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, Laterza, 1987. Ouvrage recensé par A.-J. ARNAUD, "Vincenzo Ferrari, Funzioni del diritto", *Droit et société*, 7, 1987, 465.

¹⁴⁸⁰ P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", P. NOREAU (dir.), *in Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Les éditions Thémis, 2008, 205.

¹⁴⁸¹ K. N. LLEWELLYN, "The Normative, The Legal, and the Law-jobs : The Problem of Juristic Method", *Yale Law Journal*, 49, 1940, 1355.

fait, une typologie plus étendue des fonctions du droit (Law-jobs) »¹⁴⁸². Par fonctions, Karl Llewellyn entend dire quelles sont les tâches nécessaires à une société pour demeurer une société à travers le temps : « such arrangement and adjustment of people's behavior that the society (or the group) remains a society (or a group) and gets enough energy unleashed and coordinated to keep on with its job as a society (or a group) »¹⁴⁸³. Les deux premières fonctions du droit sont connues de tous les sociologues. Le droit a d'abord pour rôle de réglementer les conduites au sein de la société (*Preventive channeling and shift of orientation*)¹⁴⁸⁴. Et incidemment, sa deuxième fonction est celle de la résolution des conflits lorsque la première échoue (*The adjustment of the trouble-case*)¹⁴⁸⁵. A ces deux fonctions classiquement assignées au droit, Llewellyn en ajoute deux autres « directement reliées, elles, à l'usage étatique du droit dans les sociétés modernes »¹⁴⁸⁶. Le droit a également pour rôle d'organiser et de légitimer le pouvoir (*the job of arranging the say, and its saying*)¹⁴⁸⁷, d'une part, et d'orienter la société vers un ensemble d'objectifs utilitaires (*the Net drive*)¹⁴⁸⁸, d'autre part.

581. Typologie nouvelle. Les fonctions sociales attribuées au droit, poursuit M. Noreau, ont dans un premier temps conduit à des représentations totalisantes à partir des institutions et des autres formes abstraites de réalisations collectives¹⁴⁸⁹. Les rôles du droit dans la société étaient perçus à partir de l'Etat et de ses autorités déléguées formant un tout ayant un impact indissocié. Plus récemment dans l'histoire de la sociologie, les fonctions sociales du droit ont été investies d'une problématique davantage wéberienne que durkheimienne s'évertuant à se placer au niveau des acteurs et de leur pratique plutôt que du côté des institutions¹⁴⁹⁰. La perception des praticiens et plus largement des sujets de droit influe non seulement sur l'effectivité du droit mais

¹⁴⁸² P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *art. préc.*, p. 216.

¹⁴⁸³ K. LLEWELLYN, "The Normative, The Legal, and the Law-jobs : The Problem of Juristic Method", *préc.*, p. 1373.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, pp. 1376 à 1383.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 1375-1376.

¹⁴⁸⁶ P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *ibid.*

¹⁴⁸⁷ K. LLEWELLYN, "The Normative, The Legal, and the Law-jobs : The Problem of Juristic Method", *préc.*, pp. 1383-1387.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, pp. 1387-1395.

¹⁴⁸⁹ « L'idée même de « fonction sociale » accompagne toujours de près ou de loin l'image d'un découpage précis et stable de l'action de la société sur elle-même, d'une certaine spécialisation des structures et des champs sociaux institutionnalisés », A. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *art. préc.*, p. 208.

¹⁴⁹⁰ « Une démarche plus orientée vers l'étude des acteurs et des interactions sociales allait conduire à ce changement de posture : la société y apparaît moins fondée sur la stabilité des structures relationnelles établies – ou sur un équilibre cybernétique totalisant – que sur la recomposition constante de l'action sociale, c'est-à-dire sur la redéfinition continue du sens et des formes de la relation sociale. C'est la « société des individus » [L'auteur cite un ouvrage de Norbert Elias intitulé *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991]. Chaque collectivité y est encore définie comme le lieu de sa propre mutation, mais on s'intéresse davantage à l'action des acteurs sociaux qu'à la société elle-même », *ibid.*, p. 211.

également sur sa place dans l'ensemble des modes de régulations sociales. En couplant une approche à partir des institutions à une approche à partir des acteurs, M. Pierre Noreau a établi une typologie plus englobante des fonctions sociales du droit en montrant qu'elles appartiennent à deux dimensions parallèles¹⁴⁹¹.

582. Ces dimensions entre les fonctions permettent de clarifier leur existence dans la société. Elles décrivent plus finement que l'analyse doctrinale les rôles sociaux de la responsabilité civile. La première dimension repose sur une distinction entre l'instrumentalité et la symbolique des fonctions. La seconde dimension s'adjoit à la première en distinguant l'activité et l'intégration des fonctions. Autrement dit, les fonctions du droit ont différentes formes d'existence sociale : empiriquement biens sûr¹⁴⁹², mais également, symboliquement¹⁴⁹³. De même, les fonctions du droit peuvent être perçues statiquement dans la manière dont elles sont intégrées au droit¹⁴⁹⁴, et dynamiquement dans la manière dont elles évoluent au cours du temps¹⁴⁹⁵. Ces deux dimensions instrumentale/symbolique et active/intégrative se couplent en permettant de cerner quatre états sociologiques des fonctions : leur opérationnalisation (comment elles sont mises en œuvre), leur structuration (comment elles sont intégrées au droit), leur légitimité (ce qu'elle véhicule axiologiquement) et leur iconographie (leur image dans la société). Cette typologie offre une grille de lecture propice à rechercher l'équilibre actuel des fonctions de la responsabilité civile.

¹⁴⁹¹ Sur l'intérêt de cette démarche, selon l'auteur, « une telle perspective emporte trois conséquences : 1) elle nous éloigne d'une conception préalable de ce qui fonde ou non une fonction sociale essentielle, 2) elle fait repose la définition de cette fonctionnalité sur une conception interactionniste (et plus microscopique) des rapports sociaux et 3) elle reconnaît le mouvement et les mutations continues que peuvent connaître ces fonctionnalités », *ibid.*, pp. 212-213.

¹⁴⁹² La dimension instrumentale « renvoie à la poursuite, par voie législative, de finalités concrètes et bien définies », *ibid.*, p. 237. Elle rend opérationnelle la société en même temps qu'elle la structure en confiant la résolution des problèmes collectifs « à une entité particulière dont l'action s'appuie sur un certain nombre de standards ou d'objectifs préétablis », *ibid.*, p. 238.

¹⁴⁹³ La dimension symbolique apparaît comme un « point aveugle de l'univers juridique » P. NOREAU, "De la force symbolique du droit", C. THIBIERGE *et alii.*, in *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 137. Très peu étudiée, cette fonction explique comment le droit contribue socialement à la « production de sens, à la consécration publique de certaines valeurs, de pratiques ou d'identités valorisées. Ces repères servent de balise à l'établissement d'une normativité collective partagée en même temps que de siège de cette normativité » P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *art. préc.*

¹⁴⁹⁴ La dimension intégratrice qui fixe les cadres de la réalisation des mouvements et des changements des rapports sociaux. En ce sens, le droit est « fondateur de frontières de la vie en commun, qui consacre à la fois la communauté de destin des membres d'une collectivité (c'est la fonction *iconographique* du droit) et son organisation (c'est la fonction de *structuration*) », *ibid.*

¹⁴⁹⁵ La dimension active ou proactive qui traduit les mouvements et changements des rapports sociaux d'un état à un autre « soit au plan des pratiques sociales et des conditions culturelles, économiques ou matérielles de la vie collective soit au plan de la signification donnée aux rapports sociaux eux-mêmes », *ibid.*

583. Hypothèse de recherche. Il nous semble pertinent de retenir cette typologie pour l'étude des fonctions de la responsabilité civile. Les dimensions instrumentale/symbolique et active/intégratrice saisissent les évolutions et l'état ponctuel des différentes fonctions sociales du droit telles qu'elles sont intégrées à la représentation sociale du droit par chacun de ses acteurs (Etat, juge et doctrine) et par chacun des citoyens intéressés (victime, auteur du dommage, assureurs, groupes d'intérêts privés, *etc.*). Notre hypothèse de recherche consiste à démontrer qu'à partir de cette typologie des fonctions sociales, il est possible de constater quel est l'équilibre actuel entre les fonctions répressive, réparatrice et préventive du droit de la responsabilité civile et, plus particulièrement, ce que représente socialement la fonction préventive de la responsabilité civile.

§2. Les raisons déduites d'une observation sociologique de l'équilibre des fonctions de la responsabilité civile

584. Actuellement, les fonctions répressive, réparatrice et préventive apparaissent sans raison en déséquilibre. Dans la dimension instrumentale des fonctions, ce déséquilibre est du à l'émergence d'une nouvelle finalité préventive de la responsabilité civile (A). Dans la dimension symbolique, au contraire, nous observons un équilibre vertueux qui met en exergue le procès comme lieu commun d'existence des fonctions de la responsabilité (B). Autrement dit, *le déséquilibre puise son origine dans l'exercice préventif des normes de la responsabilité mais se rééquilibre dans l'exercice judiciaire de la responsabilité.*

A. Le déséquilibre apparent entre les fonctions de la responsabilité civile sous l'angle de la dimension instrumentale

585. Prise dans sa dimension instrumentale, la responsabilité civile met-elle identiquement en mouvement les fonctions de réparation, de prévention, et de répression ? C'est la question de l'opérationnalisation selon les termes de M. Pierre Noreau (1). Par suite, comment sont intégrées les fonctions de la responsabilité au droit de la responsabilité civile ? C'est ici la question de la structuration (2).

1. L'opérationnalisation des fonctions de la responsabilité civile

586. Affinement du cadre théorique. Selon M. Pierre Noreau, « tout l'usage instrumental du droit renvoie à la poursuite, par voie législative, de finalités concrètes et bien définies. C'est sur cet axe que se placent les fonctions opérationnelles et structurantes du droit. Elles sont liées l'une à l'autre parce qu'elles renvoient toutes deux à des finalités précises, très proches des impératifs de l'action publique : circonscrire, définir et résoudre des problèmes collectifs et confier leur résolution à une entité particulière dont l'action s'appuie sur un certain nombre de standards ou

d'objectifs préétablis »¹⁴⁹⁶. De prime abord, il apparaît nécessaire d'affiner ce cadre théorique établi pour les fonctions étatiques du droit afin qu'il s'adapte au mieux au droit de la responsabilité civile. Dans notre matière, force est de reconnaître que l'action publique par la voie législative est peu empruntée. Il est nécessaire de rechercher comment la responsabilité civile est opérationnalisée par les voies législatives mais également jurisprudentielles et conventionnelles. La recherche de la réalisation des fonctions de réparation (a), de prévention (b), de répression (c) à travers ces trois voies et du point de vue de leur évolution dans le temps sera ainsi plus finement encadrée.

a. L'opérationnalisation de la fonction réparatrice de la responsabilité civile

587. Fonction réparatrice. Précisément, le rôle joué par la loi et par la jurisprudence n'est pas le même. On peut constater en premier lieu que la fonction réparatrice est surinvestie par voie législative mais, ce, de manière ponctuelle par rapport au travail, de même ampleur, de la jurisprudence. En effet, « la fonction indemnitaire de la responsabilité civile a pris le dessus et a entraîné une objectivation de la responsabilité civile doublée d'une prolifération des régimes spéciaux d'indemnisation »¹⁴⁹⁷. La voie dégagée par la jurisprudence creuse son sillon par la loi. La fonction réparatrice de la responsabilité civile a donc deux sources complémentaires mais différentes. La jurisprudence apparaît davantage comme une source créatrice dans la mesure où elle est à l'origine de nombreux préjudices réparables, d'une part, et où elle a consacré de nouveaux régimes objectifs d'indemnisation, d'autre part. Au contraire, la loi n'a pas ce rôle créateur et les projets récents de re-codification apportent moins de nouvelles règles à la responsabilité qu'ils ne reprennent celles dégagées par la jurisprudence. Les articles 1382 et suivants du Code civil ont une telle aura que la loi est reléguée au rang second de relais des solutions jurisprudentielles. Ce rôle de relais n'est pas pour autant minime. La multiplication des régimes spéciaux d'indemnisation et des fonds d'indemnisation par exemple pour les victimes du sang contaminé, de l'amiante, ou de l'hormone de croissance, traduit un *surinvestissement légal de la fonction réparatrice de la responsabilité civile conduisant à une dérive indemnitaire*. Il faut rajouter au rôle que tient la jurisprudence et la loi celui tenu par les conventions. Au premier rang desquelles figurent les contrats d'assurance qui atteignent tout le domaine privé de l'activité sociale. L'indemnisation ainsi institutionnalisée fait émanciper la fonction réparatrice de la responsabilité civile de son droit commun. Ainsi, « du droit de la responsabilité, l'idéologie de la réparation n'a pas seulement perturbé les frontières ; elle en a également brouillé les fonctions »¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁶ P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *art. préc.*, p. 238.

¹⁴⁹⁷ M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", in *Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, coll. "Les mélanges", 739, n° 13, p. 752.

¹⁴⁹⁸ L. CADDIET, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", *art. préc.*, p. 506.

L'opérationnalisation de la fonction réparatrice est donc une opérationnalisation massive et invasive. Elle retient l'attention des acteurs du droit positif comme de la doctrine. Ce constat est essentiel lorsqu'il est mis en rapport avec celui dressé pour la fonction préventive.

b. L'opérationnalisation de la fonction préventive de la responsabilité civile

588. Fonction préventive. Les contrats d'assurance éclairent en même temps le rôle prophylactique reconnu à la responsabilité civile. En ce sens, M. Loïc Cadiet constate que « la pratique assurantielle a su réintroduire une certaine prophylaxie des comportements dommageables par le jeu des clauses *bonus-malus*, voire de déchéance et l'institution des franchises »¹⁴⁹⁹. Ce constat s'accompagne d'une compréhension classique du rôle préventif de la responsabilité civile. *La prévention est appréhendée de manière abstraite et générale dans sa seule dimension de dissuasion des comportements déviants*. En tant que tel, il n'est alors pas possible de distinguer les fonctions, au sens sociologique, de prévention et de répression. Du reste, c'est ce qui appert de la fonction normative, dans un sens juridique, traditionnellement attribuée à la responsabilité civile. Une fonction proprement préventive au sens d'évitement et d'anticipation de la réalisation des dommages n'existerait-elle pas ? Davantage encore, existerait-elle qu'elle ne serait pas observable du fait de l'assimilation des sens préventif et dissuasif ? La typologie de M. Pierre Noreau permet de passer outre cet obstacle précisément parce qu'elle repose aussi sur une *lecture compréhensive de la sociologie* d'obéissance wébérienne. En effet, la sociologie développée par Max Weber est particulière grâce à son individualisme méthodologique. *Weber observe la société du point de vue de ses acteurs et non de ses institutions*. « Il faut partir de ceci que ce qui est réel pour Max Weber, c'est toujours l'individu ; les types idéaux ne doivent pas être dissociés de ce qu'on peut appeler l'individualisme méthodologique de Max Weber. On a toujours affaire à des individus qui s'orientent d'après d'autres individus, dès lors que la notion d'action sociale implique l'intersubjectivité »¹⁵⁰⁰. Sa sociologie est dite compréhensive précisément parce que la société est observée à partir du sens intentionnel que les acteurs sociaux prêtent aux institutions, sens qui est révélé par l'interprétation rationnelle du sociologue¹⁵⁰¹. Or, l'évolution sociale souvent décrite comme le passage de la modernité à la postmodernité s'accompagne de nouvelles demandes des acteurs sociaux parmi lesquels les demandeurs en justice porteurs d'une action en responsabilité civile font parties. En ce sens, le sociologue Jean Foucart a montré comment la fin de l'État-

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 507. L'auteur cite à l'appui la thèse suivante. PH. PIERRE, *Vers un droit des accidents – Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, th. Rennes, 1992, *spéc.*, n° 16 à 298.

¹⁵⁰⁰ P. RICOEUR, *Le Juste 2*, Esprit, coll "Philosophie", 2001, « Les catégories fondamentales de la sociologie de Max Weber », p. 143, *spéc.*, p. 158.

¹⁵⁰¹ Nous reprenons l'explication du doyen Carbonnier, « le sociologue a pour première tâche de comprendre (*verstehen*), comprendre avant que d'expliquer (*erklären*). Comprendre, c'est appréhender, pénétrer, par une interprétation rationnelle, le sens intentionnel que les acteurs sociaux prêtent aux institutions et aux conduites (y compris leurs propres conduites). L'explication, explication causale, vient ensuite », J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, coll. "Quadrige Manuels", 2004, pp. 120-121.

providence se caractérise par une modification de l'aide sociale sur le modèle de la mise en scène contemporaine de la souffrance. « Alors que celle-ci, dans le cadre de la modernité relevait de la sphère privée, elle est aujourd'hui sur le devant de la scène »¹⁵⁰². Dans un article datant de 2002, l'auteur formulait l'hypothèse que la souffrance est devenue l'aspect psychique de la rupture des liens entre les membres de la société¹⁵⁰³.

Poursuivant cette hypothèse dans un article plus récent, *M. Jean Foucart soutient que l'aide passe d'un modèle réparateur à un modèle d'accompagnement*. Selon lui, alors que la période contemporaine est marquée par un fort individualisme qui pousse le citoyen comme les salariés à se détacher de la société pour vivre de manière isolée le quotidien, la question de la solidarité sociale est reportée sur la figure de l'État à défaut d'une solidarité directe entre les membres du corps social. L'État-providence se transformerait en un « État social actif ». Chaque échec au sein de la société tel que le chômage, le handicap, le statut d'immigré, *etc.*, est perçu comme une défaillance individuelle à laquelle, du point de vue du citoyen, seul l'État est en mesure de répondre par une aide. Comme a pu le démontrer Norbert Elias¹⁵⁰⁴, c'est effectivement ce désengagement des appartenances collectives qui rend patent cette demande d'aide et non pas un effet des transformations du système économique. Cette aide sociale conduit ainsi au développement de nouveaux métiers d'aides et d'accompagnateurs sociaux dans le domaine du travail mais aussi plus largement du social. Parce que les aléas de la vie sont désormais perçus comme une souffrance publique, les personnes sujettes à ces aléas ne demandent plus la réparation mais l'accompagnement de la société afin de regagner une place en son sein en plus d'une solution à leur problème. On assiste alors à un phénomène intéressant les juristes à savoir celui du développement de « la conciliation, la médiation, l'accompagnement, la reliaison, l'activité réflexive, en tant que pratique sur la pratique [qui sont] érigés en norme d'intervention ordinaire »¹⁵⁰⁵.

589. Du modèle réparateur au modèle de l'accompagnement de l'agir social. A proprement parler, M. Jean Foucart n'illustre pas son propos en droit, encore moins en droit de la responsabilité civile. Toutefois, l'analyse peut s'y prêter aisément tant elle renvoie aux observations à la fois des théories¹⁵⁰⁶ et des pratiques juridiques contemporaines. La demande

¹⁵⁰² J. FOU CART, "Relation d'aide, fluidité sociale et enjeux symbolico-identitaires. Du paradigme réparateur au paradigme de l'accompagnement", *Pensée plurielle*, n° 10, 2005, 97.

¹⁵⁰³ J. FOU CART, "La souffrance : une rupture des conditions de la confiance. Une approche sociologique du récit de David", in J.-P. POURTOIS et N. MOSCONI, *Plaisir, souffrance et indifférence en éducation*, Paris, PUF, coll. "Education et formation", 2002.

¹⁵⁰⁴ N. ELIAS, *La société des individus*, Paris, Pocket, 1997.

¹⁵⁰⁵ J. FOU CART, "Relation d'aide, fluidité sociale et enjeux symbolico-identitaires. Du paradigme réparateur au paradigme de l'accompagnement", *art. préc.*, p. 104. Voir égal., J. FOU CART, *Sociologie de la souffrance*, Bruxelles, De Boeck, coll. "Ouvertures sociologiques", 2008.

¹⁵⁰⁶ Sur le lien entre l'individualisme et la demande de plus d'Etat, V. ce passage de M. Pierre Noreau : « Certains auteurs européens ont voulu comprendre par quel paradoxe étrange la montée de l'individualisme pouvait favoriser

d'assistance juridique existe et se manifeste à différents niveaux. Sur le plan substantiel, l'aide juridique est une clause contractuelle pratiquée de longue date mais qui s'est étendue de manière légale à l'aide de l'Etat pour l'accompagnement des victimes de dommages corporels notamment¹⁵⁰⁷. Sur le plan procédural, outre l'aide juridictionnelle, le développement des modes alternatifs de règlement des différends par la médiation, la conciliation, la négociation et la transaction font plus qu'écho au travail de M. Jean Foucart. On retrouve le même souci d'accompagnement et d'aide aux personnes et non plus seulement le traitement réparateur de leur préjudice. En ce sens, il nous semble que le besoin d'accompagnement préventif en responsabilité civile ressenti par les demandeurs en justice est perceptible tant au plan substantiel que procédural. Selon nous, le recours de plus en plus fréquent, et pas seulement dans les droits spéciaux, à la procédure en référé¹⁵⁰⁸ dénote la volonté, certes d'un traitement rapide des litiges, mais aussi – dans la mesure où la procédure en référé ne juge pas sur le fond du droit – d'un accompagnement en temps réel des actions à entreprendre par le requérant. Une justice au plus près des faits n'est pas seulement gage de célérité des procédures, c'est également une illustration du besoin d'aide à la prise de décision conforme au droit dans un contexte où le dialogue social est rompu entre les protagonistes. Le rôle de la responsabilité est alors pleinement préventif : dans un sens temporel, agir avant la réalisation du dommage, mais également substantiel, décider juridiquement d'agir en toute sécurité. *Ce n'est plus un jugement de valeur qui est demandé au juge mais une décision d'accompagnement, conforme au droit, de l'action des protagonistes, c'est-à-dire une aide qui soit à la fois une voie à suivre et une garantie de conformité au droit.* Ce besoin d'assistance s'émancipe effectivement d'une unique volonté de réparation comme l'atteste le refus souvent rencontré des victimes de recourir à un fond d'indemnisation en lui préférant la tenue d'un procès¹⁵⁰⁹. Le besoin de reconnaissance de la qualité de victime est le corollaire non d'une stricte indemnisation mais d'un regain de légitimité personnelle au sein de la société. A la procédure des référés, il faut ajouter le succès croissant de la juridiction de proximité chargée de régler les petits litiges de moins de 1500 euros. Elle est compétente en matière de responsabilité au même titre que le Tribunal d'instance et le Tribunal

une augmentation de la demande d'Etat. Michel Foucault prétend pour sa part qu'il s'agit là de tendances complémentaires. La société libérale, qui, d'un côté, reconnaît le principe de la liberté individuelle, fait reposer, de l'autre, la légitimité du pouvoir politique sur l'unité de la Nation. Cette ambiguïté met l'Etat dans une position singulière. Pour contourner cette opposition des principes de liberté individuelle et d'unité de la Nation, les autorités politiques n'ont d'autre choix que de forcer la cohésion des citoyens. Cette intervention n'est possible que par le biais du droit. L'individualité devient dès lors une des causes de l'inflation législative. Elle force le développement de ce que Foucault appelle la gouvernamentalité », P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, éd. Thémis, Montréal, 1993, p. 59.

¹⁵⁰⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 5^e éd., 2004, n° 401 et s., p. 552 et s.

¹⁵⁰⁸ Cf. *supra*, n° 58-58.

¹⁵⁰⁹ En ce sens, M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 762, « Le procès de responsabilité civile, enfin, permet à certaines personnes d'officialiser leur statut de victimes qui, de ce fait, refusent la voie de la justice négociée ». V. la note infrapaginale n° 145, « On pense surtout à l'échec des fonds d'indemnisation dans notre pays ».

de grande instance mais statue à juge unique dans des délais plus courts et sans l'exigence d'un avocat. Pourtant, le rapport remis le 30 juin 2008 par M. le recteur Serge Guinchard président de la commission sur la répartition des contentieux au Garde des sceaux propose la suppression de la juridiction de proximité par son rattachement au TGI¹⁵¹⁰. Selon le Président de la commission, « la création de cet ordre de juridiction était une fausse bonne idée, dont la traduction concrète a été de brouiller davantage la lisibilité de la carte judiciaire »¹⁵¹¹. Il n'est pas certain que cette proposition aille dans le sens de la célérité des procédures mais la chancellerie y est favorable¹⁵¹².

590. Fonction préventive et droit préventif. Du point de vue des acteurs, on peut ainsi constater en sociologie juridique *l'émergence d'un rôle préventif de la responsabilité civile*. Le besoin des justiciables de recourir plus tôt, pendant la réalisation du conflit et avant la survenance du dommage à une action contentieuse ou alternative marque le passage d'une représentation profane¹⁵¹³ de la responsabilité civile du modèle réparateur à un modèle d'accompagnement de l'agir social. Le constat véritable selon nous mériterait une analyse détaillée en responsabilité civile qui, force est de le reconnaître, reste à mener. En revanche, de manière plus générale, le développement d'un droit non pathologique de résolution des différends a été théorisé sous le concept de droit préventif par M. Pierre Noreau¹⁵¹⁴ non sans rapport avec ce constat d'un besoin d'accompagnement et d'assistance social¹⁵¹⁵. « En favorisant l'exploitation des normes qui naissent au fur et à mesure des rapports – contractuels ou spontanés – qu'entretiennent les individus, le droit préventif vise à éviter le développement des différends »¹⁵¹⁶. Ce concept ne renvoie pas uniquement aux modes alternatifs de règlements des litiges. Il a pour ambition de réunir, par opposition à ce que l'on appelle par habitude le droit positif, l'ensemble des normativités concurrentes à celle de l'Etat au sein de la société. En d'autres termes, *le droit préventif est le terme générique pour désigner les normes non édictées*

¹⁵¹⁰ Proposition première, alinéa 2. S. GUINCHARD, "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", *D.*, 2008, 1748 ; sur l'évolution du statut des juges de proximité, voir la proposition n° 22. Adde – B. RAJOT, "Le grand chantier de la justice française : le recteur Serge Guinchard formule 65 propositions", *RCA*, 10, 2008, 2.

¹⁵¹¹ S. GUINCHARD, "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", p. 1749.

¹⁵¹² Rép. min. n° 23799 : JOAN Q, 7 avr. 2009, p. 3305.

¹⁵¹³ Sur la pensée juridique des profanes, V. M. WEBER, TRAD. J. GROSCLAUDE, *Sociologie du droit*, rééd. 2007, Paris, PUF, coll. "Quadrige, grands textes", 1986, pp. 230 et s.

¹⁵¹⁴ P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, op. cit., ainsi que, P. NOREAU, "Droit et sociologie : pour une approche globale du droit. Contribution à la définition du concept de droit préventif", *La revue du Notariat*, 94, mars-avril 1992, n° 7-8, p. 403.

¹⁵¹⁵ Dans un sens critique, par rapport à procédure contentieuse classique de la justice, P. NOREAU, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, *ibid.*, p. 49, « La juridicisation ne favorise pas seulement l'envahissement législatif, elle implique une forme de clientélisation du citoyen. En multipliant les catégories de justiciables, elle produit une cristallisation des rôles et des statuts sociaux et atténue le caractère social, - sinon humain - de toute une série de problèmes concrets. Les pauvres sont devenus des assistés sociaux ; les chômeurs, des prestataires de l'assurance-chômage ».

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 89.

par l'Etat dans une situation de pluralisme juridique¹⁵¹⁷. En outre, « lors même qu'un conflit survient, le droit préventif trouve encore son sens »¹⁵¹⁸ car il s'étend également au sein du droit étatique aux modes de résolution préventif des conflits tels que la négociation, la conciliation, la médiation et l'arbitrage¹⁵¹⁹. Du point de vue des fonctions, le droit préventif développe ses priorités à l'inverse de celles du droit positif : la fonction de régulation des comportements individuels prime celle de la gestion des différends¹⁵²⁰. En conclusion, *le droit préventif aborde « le droit comme un processus de prévention des différends. Et dans le cas où un conflit n'a pu être évité, elle lui oppose un traitement non contentieux »*¹⁵²¹. Il conduit alors à une pratique qui trouve à s'appliquer notamment en matière de médiation familiale¹⁵²², de protection du consommateur¹⁵²³ et plus généralement du citoyen¹⁵²⁴, d'arbitrage commercial¹⁵²⁵ ou en droit du travail¹⁵²⁶.

591. En ce sens, le droit québécois connaît une procédure de droit commun de médiation. Elle est dénommée « contrat collaboratif »¹⁵²⁷. Le rapport Guinchard préconise une procédure semblable sous l'intitulé suivant : procédure participative de négociation assistée par avocat¹⁵²⁸. M. Guinchard précise que « les avocats remplissent leurs fonctions traditionnelles d'assistance aux parties (et non pas de parties à une procédure comme c'est le cas dans le contrat collaboratif) dans le cadre d'une négociation entre les parties, préalablement à la saisine du juge. En cas d'échec partiel ou total, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction compétente est prévue, afin de permettre un traitement accéléré de l'affaire (les observations et pièces des parties figureront dans l'acte de saisine) »¹⁵²⁹.

592. Apport – une nouvelle finalité préventive de la responsabilité civile. En somme, l'opérationnalisation de la fonction préventive est bien plus implicite et insidieuse que ne l'est celle de la fonction réparatrice. Elle n'est visible que sous l'angle de la sociologie compréhensive là où la seule sociologie des institutions ne permet de mettre à jour que l'ampleur de l'extension

¹⁵¹⁷ Sur le lien entre le droit préventif et le pluralisme juridique, et notamment les différentes conceptions en théorie du droit du pluralisme juridique, *ibid.*, pp. 74 à 84.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, pp. 90 à 93 et pp. 103 à 107.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, p. 88.

¹⁵²¹ *Ibid.*, p. 96.

¹⁵²² *Ibid.*, pp. 122 à 130.

¹⁵²³ *Ibid.*, pp. 131 à 134.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, pp. 134 à 140.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 144 à 150.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, pp. 151 à 157.

¹⁵²⁷ Sur le droit collaboratif, M. SHEA et S. CLAIRMONT, *Le droit collaboratif : la diversification de la pratique*, 10 nov. 2006, in http://www.droitcollaboratifquebec.ca/fr/pdf/DC_conf_09Nov06ersion13.pdf,

¹⁵²⁸ Proposition n° 47 du rapport. V. S. GUINCHARD, "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", *art. préc.*, p. 1749.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, p. 1749.

de la fonction réparatrice. Cette différence apparaît clairement comme une première raison de l'influence perturbatrice de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile. Au fondement social de cette influence perturbatrice, *le besoin d'accompagnement ressenti par le demandeur dans son action sociale est nourri par une attente sécuritaire. Sécurité matérielle, en agissant préventivement avant le dommage. Sécurité processuelle, en agissant alternativement au procès civil : le besoin sécuritaire ressenti par les justiciables est le contenu d'une nouvelle finalité préventive de la responsabilité civile.*

c. L'opérationnalisation de la fonction répressive de la responsabilité civile

593. Si « la sociologie du droit est indispensable à la connaissance des facteurs culturels et sociaux qui rendent compte de l'existence des divers modes de règlement des conflits et de leur mobilisation variable selon les types de litiges et les catégories de justiciables »¹⁵³⁰, elle permet également d'observer le rôle préventif de la responsabilité civile tel que les acteurs en demande dans la société en ressentent le besoin. Il en ressort une fonction proprement préventive contrairement à la fonction normative confondant le caractère dissuasif de la sanction avec le sens général de la prévention¹⁵³¹. Dépouillée du caractère contraignant propre aux sanctions et non à la fonction normative, la fonction répressive peut apparaître clairement. La première partie de cette étude a montré quelles en étaient les manifestations¹⁵³². Les dommages et intérêts majorés ou punitifs, l'astreinte, l'amende civile, la clause pénale, *etc.*, sont autant d'exemples d'une fonction de peine privée¹⁵³³ s'instaurant largement en droit positif. Institutionnellement, on peut donc constater en sociologue la survivance d'une fonction de répression. En revanche, il convient, derechef, de se placer au niveau des acteurs pour comprendre à la fois cette survivance et son évolution.

594. Figure ontologique du responsable et besoin des victimes. « La fonction de peine privée de la responsabilité civile existe certes en droit positif, mais c'est surtout la volonté persistante et grandissante des victimes à trouver un responsable, pour ne pas dire un coupable, qui attire l'attention »¹⁵³⁴. L'observation sociologique recoupe ainsi nos investigations philosophiques de la première section de ce chapitre. La recherche d'une ontologie de l'agir de l'être-responsable ressort moins des règles de la responsabilité civile que du besoin des justiciables. Le regard du sociologue permet ainsi de comprendre pourquoi la fonction de répression survit alors que la responsabilité civile s'est largement émancipée de la responsabilité pénale. « Les explications

¹⁵³⁰ J.-G. BELLEY, "Les facultés de droit et l'accès à la justice au Québec", in *Québec, La responsabilité partagée à l'égard de la justice : état de la situation*, Ste Foy, Ministère de la Justice, octobre 1991, p. 6.

¹⁵³¹ Sur cette confusion, Cf. *supra*, n° 308.

¹⁵³² Cf. *supra*, n° 170 et s.

¹⁵³³ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 250, préf. G. VINEY, 1995.

¹⁵³⁴ M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 752.

sont légion : idée de proportionnalité en faisant souffrir l'auteur autant qu'il a fait souffrir la victime ; effet cathartique et prophylactique avec la reconnaissance du statut de victime ; recherche de la vérité et volonté de faire son deuil du dommage causé »¹⁵³⁵. La recherche de bouc émissaire¹⁵³⁶ mise à nue pour la responsabilité pénale n'est pas étrangère à la responsabilité civile, peut-être parce qu'elle est inéluctablement consubstantielle au concept de responsabilité. Cette survivance d'une satisfaction de vengeance dans sa forme contemporaine n'est pas sans paradoxe face au recul de la responsabilité pour faute et à la montée d'une approche sociale de la responsabilité en terme de gestion des risques¹⁵³⁷. Ce détour par l'observation sociologique montre clairement que les deux coexistent lorsque l'on couple à la sociologie des institutions celle des acteurs de la société.

595. Sur ce point, on observe une évolution de la fonction répressive de la responsabilité civile. Le besoin de désignation d'un coupable tend à l'extrême en ce sens qu'importe peu la recherche du véritable auteur des faits. « Ce n'est plus l'auteur du dommage qui est recherché mais un acteur auquel la société aura décidé de faire jouer un rôle et de lui faire supporter le poids de l'indemnisation »¹⁵³⁸. La satisfaction des victimes n'est pas rationnelle mais émotionnelle, voire thérapeutique. On retrouve sur le plan institutionnel ce constat établi du point de vue des acteurs. De nombreux régimes de responsabilité conduisant au prononcé d'une sanction préventive bouleversent les conditions de l'action en justice en rendant responsable non l'auteur du fait dommageable mais son garant dans la société qu'il soit parent, fabricant, patron, *etc.*

596. Apport. Ces données sociologiques intéressent de beaucoup le traitement des manifestations préventives de la responsabilité civile. Parmi elles, nous avons recensé des sanctions ayant une finalité répressive que le présent regard sociologique pousse à bien distinguer des sanctions proprement préventives. Nous tâcherons d'en tenir compte lors de la proposition d'une typologie des sanctions de la responsabilité civile¹⁵³⁹.

2. La structuration des fonctions de la responsabilité civile

597. Les mouvements, la dynamique des trois fonctions sociales de la responsabilité civile montrent qu'une fonction préventive s'est émancipée de la fonction répressive qui subsiste toujours sous une forme renouvelée. Il s'agit maintenant de mesurer comment cette dynamique est intégrée au droit de la responsabilité civile par ses différents acteurs. Cette recherche est possible selon la typologie de M. Pierre Noreau en observant la structuration des fonctions de la

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 753.

¹⁵³⁶ D. SALAS, "Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire", *Droit et Cultures*, n° 31, 1996, 7.

¹⁵³⁷ L. ENGEL, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité - Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit*, juin 1993, p. 5.

¹⁵³⁸ M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 753.

¹⁵³⁹ Cf. *infra*, n° 751 et s.

responsabilité civile au sein de son droit positif. Une nouvelle fois, le regard du sociologue à partir des acteurs de la société, c'est-à-dire du législateur (a), du juge (b), et de la doctrine (c) sera croisé avec celui du sociologue des institutions pour rechercher comment est intégrée en droit positif chacune des trois fonctions de la responsabilité civile.

a. La structuration des fonctions de la responsabilité civile par le législateur

598. Les intégrations de chacune des trois fonctions en droit positif par le véhicule de la loi et plus largement des normes publiques sont-elles identiques ? Retrouve-t-on au sein des lois la même dynamique sociale entre les fonctions préventive, réparatrice et punitive ?

599. Quant à la fonction réparatrice, il est assez difficile de jauger l'œuvre législative quantitativement. La loi intègre-t-elle beaucoup ou peu la fonction réparatrice en droit de la responsabilité civile ? Il serait hasardeux d'apporter une réponse à défaut de se fonder sur un standard de base pour comparer. En revanche, on peut étudier qualitativement comment l'intégration par la loi s'effectue. La remarque première est basique mais significative. *La loi intègre la fonction réparatrice au droit positif de la responsabilité civile sans toucher à ses normes fondamentales*. Les articles 1382 à 1386 du Code civil n'ont pas été amendés pour intégrer plus particulièrement cette fonction. La remarque est également vraie pour les deux autres fonctions. Par contre, il s'est développé toute une législation spéciale sur une forme particulière de réparation qui est l'indemnisation. Cette législation est thématique ; elle vise par des lois isolées un type de préjudice à indemniser. On remarque également que la loi tend à organiser toute l'indemnisation jusqu'à la création de procédures, et de fonds pour traiter et liquider les demandes de réparation. Il faut également rajouter à ce traitement par voie de législation spéciale de l'indemnisation de certains préjudices, l'œuvre légale de transposition des directives et d'intégration des règlements communautaires. Par ce travail, le législateur français n'abdique pas tout contrôle sur la manière et le contenu de l'intégration de la fonction réparatrice dictés par l'Union au sein de son droit positif. Comme le montre la transposition des directives sur la responsabilité des fabricants, une marge de manœuvre est laissée aux Etats membres pour choisir les modalités d'intégration des normes nouvelles ainsi que la portée de certaines de ses dispositions par souci d'harmonisation avec l'économie d'ensemble du droit interne dans lequel elles s'insèrent¹⁵⁴⁰. Dans cet exemple, la possibilité de faire varier les causes d'exonération des fabricants à travers la notion de risque de développement l'illustre. On peut alors conclure que *la loi demeure souveraine pour intégrer concrètement la fonction réparatrice en droit positif français de la responsabilité civile et qu'elle œuvre en ce sens par le déploiement d'une législation spéciale adjointe aux normes de droit commun demeurant intactes*.

¹⁵⁴⁰ J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.

600. Quant à la fonction préventive, le constat est diamétralement opposé. L'œuvre législative ne nous semble opposer aucune mise en intégration de mesures de prévention spéciale en responsabilité civile. Les manifestations des sanctions purement préventives répertoriées en début de thèse sont effectivement jurisprudentielles. Plus précisément, si la loi couple actuellement de manière quasi systématique la prévention et la réparation, il s'agit bien de responsabilité mais autre que civile : administrative, pénale, et surtout internationale. Est-ce à dire que les lois sur la réparation en droit civil ne recourent jamais aux mesures préventives ? Paradoxalement, la réponse est bien positive et ne contredit pas notre premier constat. On touche alors à la spécificité de l'œuvre législative actuelle. On observe effectivement une tendance très nette en matière civile à substituer légalement à la responsabilité traditionnelle le couple mesures de prévention/ mesures de réparation par « torsions que fait subir la responsabilité environnementale à la théorie de la responsabilité civile et aux notions corollaires de dommages et d'imputabilité »¹⁵⁴¹. Les lois sur la santé et notamment contre le tabagisme¹⁵⁴², sur la responsabilité environnementale¹⁵⁴³ et sur les risques technologiques¹⁵⁴⁴, par exemple attestent, par leur facture, un traitement législatif qui transcende la responsabilité par le recours systématique à des mesures de prévention et de réparation dont la nature civile ou administrative est de plus en plus floue. Au sujet de la responsabilité environnementale telle qu'elle ressort de la loi du 1^{er} Aout 2008, le caractère hybride qui ressort du couple prévention/réparation a fait l'objet de ce constat par Mme Carval¹⁵⁴⁵. Par conséquent, nous concluons que *la fonction préventive de la responsabilité civile n'est pas intégrée en soi par la loi mais par le recours à un tandem avec la réparation qui a tendance à s'émanciper des normes du droit commun de la responsabilité civile.*

601. Quant à la fonction répressive, l'œuvre législative est plus classique. On constate, d'abord, un regain de volonté légale pour une plus grande punition civile. La responsabilité en

¹⁵⁴¹ M. DEGUERGUE, "Le sens de la responsabilité environnementale", in *Terres du droit, mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, 2009, 573-587, spéc., p. 575.

¹⁵⁴² Dès la loi Evin, et sans interruption depuis, les lois contre le tabagisme couplent la prévention à la réparation : mesure fiscale par la hausse des prix, diminution du nombre de cigarettes par paquet, information du danger sur les paquets, remboursement des substituts nicotiques par les jeunes, etc. V. par ex., J.-PH. GUEDON, "Lutte contre le tabagisme, la répression au service de la prévention, Loi n°2003-715 du 31 juillet 2003", *JCP*, G., I, 104, 2003, pp. 121 et s.

¹⁵⁴³ Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOUE, n° L. 143 du 30 avril 2004, I. DOUSSAN, "Le droit de la responsabilité civile français à l'épreuve de la responsabilité environnementale instaurée par la directive du 21 avril 2004", *LPA*, 25 aout 2005, p. 3. Egal. Dans le rapport Lepage, V. not., M. BOUTONNET et L. NEYRET, "Commentaire des propositions du rapport Lepage relatives à la responsabilité civile", *Environnement*, avril 2008, 28.

¹⁵⁴⁴ L. n° 2003-699 du 30 juillet 2003, JO n° 175 du 31 juillet 2003, p. 13021. N. REBOUL-MAUPIN, "Environnement et responsabilité civile", *LPA*, n° 176, 3 septembre 2003, 3 ; N. REBOUL-MAUPIN, "La prévention des risques technologiques : aspects juridiques", *LPA*, n° 251, 16 décembre 2004, 6.

¹⁵⁴⁵ S. CARVAL, "Un intéressant hybride : la "responsabilité environnementale" de la loi n° 2008-757 du 1^{er} Aout 2008", *D.*, 2009, 1652.

matière de droit des affaires et des sociétés l'atteste et va de pair avec le souci actuel de moralisation de la vie des affaires¹⁵⁴⁶. Pour autant, la loi demeure assez mesurée dans le développement de la fonction de peine privée de la responsabilité civile. L'intégration des dommages et intérêts punitifs en France n'a pas encore atteint le niveau du droit québécois.

602. Apport. L'étude du travail législatif met en évidence une intégration assez particulière de la fonction préventive de la responsabilité civile. Elle passe par la consécration d'un couple prévention/réparation dans des lois qui s'émancipent des normes fondamentales de la responsabilité civile. On peut tirer une autre raison de l'influence perturbatrice de la sanction préventive sur les conditions d'engagement de la responsabilité. Mêlées aux mesures de réparation, elles sont difficilement perceptibles et intégrables à la théorie générale de la responsabilité.

Ce constat est d'autant plus intéressant qu'il n'est pas identique à celui que l'on peut dégager du travail jurisprudentiel.

b. La structuration des fonctions de la responsabilité civile par le juge

603. Pour s'en tenir à la Cour de cassation, interprète authentique du droit de la responsabilité civile¹⁵⁴⁷, les manifestations préventives répertoriées au début de cette étude démontrent l'existence des trois fonctions de réparation, de prévention et de répression selon que le dommage s'est réalisé, va se réaliser ou va produire ses conséquences dommageables. En outre, la jurisprudence concoure-t-elle à structurer le droit de la responsabilité par ses fonctions ?

604. Structuration substantielle. L'accueil jurisprudentiel des sanctions préventives, dans la mesure où elles conduisent à un bouleversement des conditions classiques d'engagement d'une action en responsabilité civile¹⁵⁴⁸, intègre *de facto* la fonction préventive au droit positif. Au sortir de notre étude de droit positif, on peut observer que lorsque la condition du préjudice au sens de la lésion d'un intérêt ayant des répercussions sur les personnes ou sur leur patrimoine est admise dès lors qu'un simple fait potentiellement dommageable est susceptible de se produire, c'est la marque d'une sanction préventive qui met en œuvre la responsabilité dans sa fonction préventive. La même observation dans le sens de l'assouplissement peut être faite pour la condition du fait générateur et du lien de causalité. En d'autres termes, *la jurisprudence structure la fonction préventive de la responsabilité de manière substantielle sans rien changer des formes légale et procédurale du droit de la responsabilité.*

¹⁵⁴⁶ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, in rapport remis le 21 fevr. 2008 au Ministre de la Justice, La Documentation française.

¹⁵⁴⁷ Au sens donné à cette expression par M. Michel Troper.

¹⁵⁴⁸ Cf. *supra*, chapitre 1 du titre 1 de cette seconde partie.

605. Structuration par voie de principe d'interprétation. Cette structuration substantielle de la fonction préventive a déjà été perçue pour la fonction réparatrice. La manière dont le juge intègre la fonction de réparation au sein du droit positif de la responsabilité passe par une norme bien connue : celle du principe de réparation intégrale¹⁵⁴⁹. La jurisprudence est habilitée à interpréter et à s'aider de barèmes et de grilles d'indemnisation des victimes dans la mesure où il existe un principe lui commandant de réparer tout le préjudice et rien que le préjudice. Plus après, il conviendra de rechercher si ce principe agit également pour les fonctions préventive et répressive, s'il existe un autre principe ou au contraire aucune norme allant en ce sens¹⁵⁵⁰.

606. La jurisprudence laisse ainsi entrevoir une restructuration du droit positif par l'intégration en son sein de ses fonctions auxiliaires de prévention et de répression dont les modalités non seulement n'ont pas été étudiées mais ne sont pas non plus exposées par les décisions de justice et les rapports annuels de la Cour de cassation. Il réside ici un manque qu'il nous faudra tenter de combler¹⁵⁵¹.

c. La structuration des fonctions de la responsabilité civile par la doctrine

607. La doctrine a-t-elle intégré théoriquement ces fonctions ? Apporte-elle une conception structurelle de l'économie que forment ces trois fonctions ?

608. Structuration par étape. La structuration des fonctions de la responsabilité civile par la doctrine est en cours. Il nous semble que la doctrine soit dans sa première étape de restructuration. Cette première étape consiste à identifier chacune des trois nouvelles fonctions de la responsabilité civile. Des thèses récentes et reconnues ont ainsi étudié la responsabilité civile sous un autre angle que celui de la réparation¹⁵⁵². C'est le cas des thèses portant sur la fonction de peine privée mettant en évidence une fonction répressive propre à la responsabilité civile¹⁵⁵³. C'est également le cas d'une thèse récente portant sur la cessation de l'illicite¹⁵⁵⁴ mettant en lumière une part de la fonction préventive complétée par une thèse sur le principe de précaution¹⁵⁵⁵, une autre sur les principes de prévention et de précaution¹⁵⁵⁶ et plusieurs autres

¹⁵⁴⁹ V. not., C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLIAUD-DULIAN, 2002.

¹⁵⁵⁰ Ce sera l'objet du Chapitre 1 du titre 2 de cette seconde partie.

¹⁵⁵¹ Nous faisons référence à la proposition du principe de prévention intégrale qui sera exposé aux numéros 654 et suivants.

¹⁵⁵² Celle-ci n'a toutefois pas été abandonnée du domaine de la recherche, bien au contraire.

¹⁵⁵³ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, th. préc. Ayant un domaine plus large que la responsabilité civile, V. A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 442, préf. F. CHABAS, 2005.

¹⁵⁵⁴ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc.

¹⁵⁵⁵ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, th. préc.

sur la prévention du préjudice¹⁵⁵⁷. Cette première étape constitue en quelque sorte l'exploration des fonctions de la responsabilité civile. Une deuxième étape consisterait à rapprocher ces premières études pour établir une théorie fonctionnelle de la responsabilité civile. La structuration des fonctions actuelles de la responsabilité par la doctrine est à mi-chemin.

609. Nécessité d'une étude de sociologie. En somme, les fonctions de prévention, de réparation et de répression peuvent ne pas apparaître comme des fonctions juridiques mais seulement sociales parce qu'elles n'ont pas encore été intégrées à la théorie générale de la responsabilité civile. Force est de reconnaître que cette étape nécessaire dépasse les possibilités de notre étude. Comment pourrait-elle être menée à bien ? De prime abord, une étude plus approfondie que les seules observations de ces derniers paragraphes devrait être conduite pour analyser comment le recours par les justiciables au droit de la responsabilité civile oriente l'interprétation de ses règles dans le sens de telle ou telle fonction. A partir du besoin des justiciables, il serait alors possible d'observer la réaction accueillante ou non des magistrats de la Cour de cassation sur tel ou tel contentieux mettant en œuvre chacune des trois fonctions de la responsabilité. Au surplus, la réaction dernière du législateur pour canaliser ou laisser filer la jurisprudence terminerait l'étude sur l'économie d'ensemble des trois fonctions. Cette étude proprement sociologique nécessiterait l'appareil de recherche correspondant, notamment des sondages auprès des demandeurs en justice et des interviews de magistrats. Cet appareil scientifique n'est pas celui d'une thèse juridique qui peut en revanche tendre vers un résultat proche en établissant dans le droit positif la part concrète des manifestations de chacune des trois fonctions. Ce travail peut-être fait dans le cadre de cette étude à partir de la recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile établie au titre premier de la première partie de thèse. En effet, parmi ces manifestations préventives, il en est qui ressortent davantage de la fonction de répression et de réparation que de la fonction préventive. A partir des fonctions de la responsabilité civile, il est alors possible d'établir une typologie des sanctions de ce droit. Cette piste méritera d'être suivie plus après¹⁵⁵⁸.

610. Apports et conclusion. Dans leur dimension instrumentale, les fonctions de la responsabilité civile apparaissent dès lors en déséquilibre. L'opérationnalisation massive de la fonction réparatrice tranche avec celle des fonctions préventive et répressive. La structuration de la fonction réparatrice par tous les acteurs du droit de la responsabilité civile se distingue aussi très nettement de la structuration uniquement jurisprudentielle des autres fonctions. Pour autant, *l'étude de la dimension instrumentale des fonctions de la responsabilité civile fait émerger l'existence d'une finalité sociale préventive de la responsabilité. Son opérationnalisation*

¹⁵⁵⁶ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008.

¹⁵⁵⁷ F. AUBERSON, *La prévention du dommage, éléments pour une conception subjective en droit privé français*, thèse non publiée, Université de Reims, 2003 ; S. MARION-NAU, *La prévention du dommage en droit civil français*, Toulouse, 2005 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 54, préf. G. VINEY, 2009.

¹⁵⁵⁸ Cf. *infra*, n° 750.

provient d'un besoin sécuritaire des justiciables. Sa structuration n'est pas l'œuvre de la loi mais de la jurisprudence et a débuté son intégration en doctrine.

En outre, le regard du sociologue permet au juriste de se représenter les niveaux de réalisation de la prévention. Effectivement, la prévention est présente dans le droit de la responsabilité civile à différents niveaux. **Au niveau fondamental**, par une analyse compréhensive en sociologie, *la prévention apparaît dans la consécration d'un modèle accompagnateur coexistant aux côtés du modèle réparateur*. La responsabilité civile en développant des effets de droit préventifs et des procédures préventives met en œuvre une forme d'accompagnement social des acteurs de la société et non uniquement une indemnisation de leur préjudice. En ce sens, la prévention irrigue l'esprit de la responsabilité civile sans se confondre avec son effet dissuasif comme c'est le cas dans l'analyse économique. La prévention est donc au fondement de la responsabilité civile en tant que dissuasion rationnelle et économique et en tant qu'accompagnement social. **A un niveau plus technique**, la prévention se réalise également dans la législation récente au travers du couple mesures de prévention / mesures de réparation en s'émancipant des articles 1382 et suivants du Code civil. Ici, la prévention ne se trouve pas au fondement de l'entier droit de la responsabilité mais au cœur de certaines de ses normes en tant que prévention spéciale. Il est essentiel de bien distinguer ces deux niveaux. *La prévention apparaît de manière universelle au niveau fondamental alors qu'elle est particulière et très circonscrite au niveau technique.*

Il existe un autre niveau de réalisation de la prévention qui apparaît en étudiant la dimension symbolique des fonctions de la responsabilité civile.

B. L'équilibre vertueux entre les fonctions de la responsabilité civile sous l'angle de la dimension symbolique

611. Les fonctions de la responsabilité civile véhiculent des valeurs qui légitiment (1) et représentent (2) l'institution de la responsabilité auprès des membres de la société. Autrement dit, les fonctions de la responsabilité civile ont une dimension symbolique. Cette dimension symbolique s'enracine dans le symbole du procès.

1. La légitimation des fonctions de la responsabilité civile

612. Il est assez familier de rapprocher les fonctions du droit des valeurs sur lesquelles elles se fondent. En ce sens, un article de M. Mekki¹⁵⁵⁹ relie la fonction réparatrice à la solidarité, la fonction préventive à la sécurité et la fonction répressive à la vengeance (a). Toutefois, le fait que

¹⁵⁵⁹ M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*

les fonctions coexistent alors que leurs valeurs sont exclusives les unes des autres pose problème (b).

a. Les fonctions de la responsabilité et leur valeur

613. Solidarité et fonction réparatrice. Chacune des trois fonctions de la responsabilité civile a une dimension symbolique qui véhicule des valeurs différentes. En ce qui concerne la fonction réparatrice, *la responsabilité civile assure symboliquement un rôle de solidarité sociale*. Elle permet de répartir le coût des faits dommageables sur des garants capables d'en assumer la charge. Pensée comme totalement disjointe de la fonction répressive, la fonction réparatrice tend naturellement à orienter la société vers l'assurance et la gestion/répartition des risques sans égard pour le véritable auteur des faits dommageables et aux notions juridiques de faute et d'imputabilité. Là encore, le constat provient d'une lecture compréhensive de la sociologie des acteurs et plus particulièrement des victimes. Le mouvement victimologiste observé en droit de la responsabilité se fonde sur l'évolution de son concept dans la société. En ce sens, M. Cassirer a montré comment le concept de responsabilité s'est peu à peu substitué à d'autres formes d'interprétation des actes humains comme celles du destin, des interventions divines, des Erinyes, ou de la fatalité¹⁵⁶⁰. A partir de ces travaux, M. Jean-Louis Genard a mis au jour la grammaire de la responsabilité en se fondant sur les formes langagières à son sujet dans la société¹⁵⁶¹. La responsabilité est une justification rationnelle en tant qu'interprétation subjective de l'agir en société¹⁵⁶². En effet, dès lors que les actes humains ne sont plus interprétés à la lueur d'interventions objectives et extérieures à l'Homme, le langage et les institutions morales et juridiques vont s'orienter vers un discours rationnel intrinsèque aux capacités propres de l'homme. Comme le note Paul Ricoeur¹⁵⁶³, ce centrage de la responsabilité sur l'individu lui-même voit l'émergence d'un modèle de la culpabilité en subjectivisant la faute là où auparavant elle lui demeurait extérieure sous le signe du péché originel. Loin de constituer le sens du concept de responsabilité, M. Genard poursuit l'analyse en montrant que l'évolution du concept dans la société va par la suite s'émanciper d'une interprétation subjectivisante fondée sur la faute

¹⁵⁶⁰ E. CASSIRER, *Philosophie des formes symboliques, t. I, Le langage*, Paris, Ed. de Minuit, 1972, pp. 212 et s.

¹⁵⁶¹ J.-L. GENARD, *La grammaire de la responsabilité*, Ed. du Cerf, coll. "Humanités", 1999, « L'émergence d'une sémantique de la responsabilité subjective », pp. 21 et s.

¹⁵⁶² L'idée plus substantielle où la responsabilité renvoie à l'autonomie d'un sujet rationnel apparaît comme un moment dans un processus réflexif dont l'objet serait la compréhension de soi de l'acteur, à la fois dans son rapport à ses actes et dans ses rapports à autrui. Un moment qui s'inscrit au cœur d'un développement où cette thématique va se trouver en concurrence avec d'autres schémas interprétatifs, comme ceux précisément du destin, de la grâce, de la Providence, du chaos, de la fortune, de l'influence astrale...permettant que se libère progressivement l'espace d'interlocution, en renvoyant de plus en plus clairement et symétriquement vers les acteurs eux-mêmes les raisons qu'ils invoquent. », *ibid.*, pp. 13-14.

¹⁵⁶³ P. RICOEUR, *Philosophie de la volonté, t. II, Finitude et culpabilité*, Paris, Aubier-Montaigne, 1960, pp. 90 et s.

de l'homme du fait de l'influence des sciences humaines sur l'agir social¹⁵⁶⁴. En prenant les deux exemples du traitement thérapeutique et des dispositifs assurantiels de l'Etat providence dans le cas du savoir statistique¹⁵⁶⁵, l'auteur soutient qu'il se développe une nouvelle interprétation objectivante de l'agir en société qui tend à une déresponsabilisation des acteurs. Il en résulte le paradoxe suivant : alors que la fatalité n'est plus un discours permettant d'expliquer les événements au sein de la société, la responsabilité ne le permet pas davantage alors qu'elle est invoquée mécaniquement par les victimes. En d'autres termes, le développement de l'expertise, des sondages et plus largement des techniques de calcul des risques conduit à des impasses ne permettant pas de désigner les responsables demandés par les victimes. Alors que les sciences humaines poussent à rechercher la chaîne des événements susceptibles de trouver une vérité scientifique, les moyens techniques mis en œuvre pour y parvenir ne sont pas opérants. Une expertise est facilement contredite par une contre-expertise tout autant fondée scientifiquement. On comprend dès lors comment la solidarité sur laquelle repose la fonction de réparation de la responsabilité civile conduit, par refus du fatalisme, à une indemnisation intégrale de *quasiment* tous types de préjudice, faute de moyens capables de déceler une vérité scientifique absolue ou de notions juridiques subjectives de désignation des coupables.

614. Sécurité et fonction préventive. En ce qui concerne la fonction préventive, M. Mekki rapporte qu'elle repose sur une valeur phare du droit : la sécurité. *La sécurité juridique est une des valeurs fondatrices du droit des contrats mais elle s'incarne également en responsabilité civile à partir du moment où son droit s'étend à l'anticipation des dommages et des risques de dommages.* En ce sens, une responsabilité préventive « présuppose un choix de société où la prise en charge de tous les risques est assurée, certes, mais au détriment de l'esprit d'initiative et du progrès technologique et économique »¹⁵⁶⁶. L'argument, assez majoritaire à propos du principe de précaution, pointe du doigt la possible dérive sécuritaire d'une responsabilité tournée vers l'avenir où l'initiative serait inhibée par crainte d'insécurité juridique. Il est vrai que cet argument est théoriquement fondé. L'idée d'une responsabilité préventive est issue dernièrement, tant en philosophie qu'en droit, de l'éthique développée par Hans Jonas¹⁵⁶⁷. Or, ce dernier propose d'asseoir l'éthique du futur sur une herméneutique de la peur. Selon le philosophe allemand, la prise en compte des conséquences futures des actes dommageables dus à la technologie actuelle pour soi et pour les générations futures ne peut être effective que si elle appelle à un sentiment de crainte chez l'acteur. Mais en droit, l'imposition de conditions permet

¹⁵⁶⁴ « Les formes langagières peuvent traduire ou non ce que j'appelle une interprétation responsabilisante de l'action, la structure de l'énonciation inscrivant l'acte dans un déroulement processuel (un destin, une fatalité) sans que la figure subjective d'un acteur s'y affirme avec netteté ou, au contraire, cette structure épousant en quelque sorte la forme subjectivante d'interprétation de l'action », J.-L. GENARD, *La grammaire de la responsabilité, préc.*, p. 40.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*, pp. 170 et s.

¹⁵⁶⁶ M. MEKKI, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", *art. préc.*, p. 754.

¹⁵⁶⁷ H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, 1995. Egal., H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot, Rivages poche, coll. "Petite Bibliothèque", 1998.

d'éviter de freiner le progrès et l'initiative scientifiques et industriels, notamment la limitation du principe de précaution aux risques de dommages déterminables, évaluables, graves et irréversibles¹⁵⁶⁸. *La valeur sécuritaire de la fonction préventive rejoint directement le contenu social que nous avons observé : celui du besoin de sécurité matérielle et processuelle des justiciables*¹⁵⁶⁹.

615. Vengeance et fonction répressive. En ce qui concerne la fonction répressive, elle est symboliquement chargée de valeurs accusatoire et vengeresse. La responsabilité civile se confond ici avec le souci primaire de personnifier le sujet de la sanction civile en une personne fautive. Ce réflexe ancestral qui trouve son apogée dans la loi du Talion prend des formes actuelles plus pragmatiques. Il ne s'agit plus de contrainte par corps mais de peine pécuniaire et surtout de désignation sociale du responsable. Comme le note Paul Ricoeur, on assiste actuellement à une « résurgence sociale de l'accusation »¹⁵⁷⁰ qui porte ses espérances dans la publicité des procès. Il convient néanmoins de bien repérer symboliquement ce que la part de vengeance et d'accusation ressort des responsabilités civile et pénale, d'une part, et le symbolisme propre au procès, d'autre part. Car ce dernier, en tant que lieu du social¹⁵⁷¹, est la place de l'expiation des torts qui reviennent à chaque membre de la société que le contentieux soit de responsabilité ou non. Lorsqu'il l'est, il resterait à observer les sentiments et besoin des victimes lors du procès civil et pénal. Il s'agirait alors davantage de psychologie juridique que de sociologie. Si la distinction a été formalisée par le doyen Carbonnier¹⁵⁷², aucune étude concrète n'a été menée en ce sens. L'intérêt serait pourtant patent car en sociologie générale, il est davantage établi que « le travail institutionnel se caractérise surtout par la distanciation et la dépersonnalisation qu'il impose aux rapports individuels »¹⁵⁷³. Cette observation générale serait-elle en contradiction avec le besoin de personnification du responsable dans les contentieux de la responsabilité ? Ou au contraire, est-elle de nature à contredire la valeur accusatoire et vengeresse de la fonction répressive qui n'est étayé par aucune véritable recherche sociologique en responsabilité civile ?

¹⁵⁶⁸ En ce sens, M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 1065 et s.

¹⁵⁶⁹ Cf. *supra*, n° 592.

¹⁵⁷⁰ P. RICOEUR, *Le juste, op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁷¹ FR. ZENATI, "Le procès, lieu du social", *APD*, 39, 1995, 239.

¹⁵⁷² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique, op. cit.*, pp. 44 et s. V. notamment, le paragraphe sur la psychologie judiciaire p. 49 et la bibliographie p. 51.

¹⁵⁷³ P. NOREAU, "La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution", *Droit et société*, 40, 1998, 585, *spéc.*, p. 591. V. Egal., J.-G. BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, th., Paris II, 1977, p. 243.

b. La coexistence des fonctions et l'exclusivisme des valeurs

616. Solidarité, sécurité, vengeance, les valeurs sur lesquelles reposent les fonctions de la responsabilité civile sont antagonistes et exclusives les unes des autres. Pourtant, les fonctions de la responsabilité ne se distinguent entre elles que théoriquement. Dans l'exercice du droit de la responsabilité civile, elles sont inextricablement mêlées. Comment expliquer la coexistence des fonctions et l'exclusivisme de leurs valeurs ?

617. Les derniers paragraphes de la thèse de M. Christophe Grzegorzczuk abordent la question. Après avoir rappelé que le « législateur opère à l'échelle d'une société, où plusieurs groupes coexistent, se combattent, s'entrecroisent, (...) il est nécessaire d'assurer la coexistence des systèmes de valeurs concurrentiels pour ne pas exposer la société au risque d'éclatement », l'auteur tranche ainsi la question. « A notre avis, arbitrer les systèmes de valeurs conflictuels revient à les comparer à d'autres valeurs : celles qui sont placées le plus haut dans l'échelle des valeurs collectives. Cette évaluation des valeurs individuelles se fait par rapport à une valeur collective suprême qui est la cohésion sociale, et qui implique deux valeurs dérivées : l'une qu'on appelle traditionnellement la sécurité, et qui est, d'après nous, la prévisibilité des actions individuelles – y compris celles des « gouvernants » et des juges, sans laquelle aucune société ne peut exister sans tomber dans l'état de chaos – et l'autre qu'on appelle la justice. Cette dernière est traitée même comme valeur centrale du droit, et on la définit principalement de deux manières : premièrement, en partant d'une définition aristotélicienne et romaine comme « *sui quique tributio* », deuxièmement, comme exigence de rationalité de traiter de la même façon des situations essentiellement semblables »¹⁵⁷⁴.

618. La coexistence des fonctions malgré l'exclusivisme des valeurs qui les fondent est possible en raison du rapport liant ces dernières entre-elles. Il s'agit de rapports hiérarchiques qui établissent des priorités conjoncturelles. A certains moments la sécurité domine ; à d'autres moments, ce sera la justice.

619. On le voit, le rapport entre les valeurs est toujours conflictuel et insoluble. Sur le seul terrain des valeurs, les questions de responsabilité sont indécidables. La légitimation faisant appel aux valeurs sociales, ne se suffit à elle-seule pour expliquer la dimension symbolique des fonctions. Il faut la coupler à la fonction iconographique où réside peut-être une forme d'unité.

2. *L'iconographie des fonctions de la responsabilité civile*

620. Selon la typologie de M. Pierre Noreau, la fonction iconographique du droit désigne symboliquement ce dernier comme « le fondateur de frontières de la vie en commun, qui

¹⁵⁷⁴ CH. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de philosophie du droit", vol. 25, 1982, p. 267.

consacre (...) la communauté de destin des membres d'une collectivité »¹⁵⁷⁵. Transposée à notre problématique, la dimension iconographique des fonctions de la responsabilité civile illustre la représentation symbolique de ce droit en tant qu'institution sociale et plus particulièrement la manière dont cette représentation structure le droit positif.

621. Iconographie commune aux trois fonctions. Sur ce point, les trois fonctions de la responsabilité civile convergent vers un même destin de l'avis de la doctrine. Ce destin, c'est celui du « spectre de la société contentieuse »¹⁵⁷⁶. Quant à la fonction réparatrice, la dérive consisterait en une expansion des dommages et intérêts. Quant à la fonction préventive, le procès marquerait la normalité de la résolution des conflits sociaux potentiels. Quant à la fonction répressive, la multiplication du recours aux dommages et intérêts punitifs est crainte. En d'autres termes, le symbolisme de la responsabilité du droit positif emprunterait les voies de son homologue états-unien. Pourtant, l'hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité a été invalidée récemment dans un article publié par Mme Sophie Schiller¹⁵⁷⁷. L'auteur montre que le montant des dommages et intérêts en France a augmenté dans des proportions infimes par rapport aux Etats-Unis. En revanche, elle observe un certain rapprochement entre les deux droits (si tant est que le droit de la responsabilité aux Etats-Unis soit un) dans la mesure où les développements récents en France s'orientent davantage vers la multiplication des régimes spéciaux que des principes généraux qui en font sa singularité. La responsabilité du fait des produits défectueux et celle des atteintes à l'environnement sont prises en exemple¹⁵⁷⁸. En prenant un peu de recul, cette juste remarque relève moins d'un rapprochement avec le droit américain qu'avec son type de normativité. La régulation par voie de régimes spéciaux plutôt que de principes généraux fait appel à des lois épisodiques et renvoie concrètement à des développements jurisprudentiels. *La normativité du droit est commune en responsabilité tant française qu'américaine : il s'agit bien d'une normativité pragmatique qui se répand dans la casuistique à des fins sociales très marquées instrumentalement (la réparation, la prévention, la répression) sans égard pour la cohérence théorique des conditions d'engagement des actions et encore moins pour les fondements de la théorie générale de la responsabilité (la faute ou le risque ou la garantie). Symboliquement, la communauté de destin se révèle alors semblable. Elle passe par le procès duquel il ne faut cependant pas en conclure au développement d'un symbolisme pathologique du droit. Le magistrat parvient de plus en plus à réguler préventivement les conflits par la conciliation des intérêts avant l'instance.* En outre, il participe

¹⁵⁷⁵ P. NOREAU, "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", *art. préc.*, p. 239.

¹⁵⁷⁶ Titre emprunté à M. Loïc Cadiet, L. CADJET, "Le spectre de la société contentieuse", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, 29.

¹⁵⁷⁷ S. SCHILLER, "Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité", *APD*, 45, 2001, 177.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, n° 33 et s.

du pluralisme de la régulation juridique¹⁵⁷⁹ avec le droit des assurances qui assure une régulation spontanée des conflits¹⁵⁸⁰.

622. Conclusion de section. Le regard sociologique posé sur l'influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile a fait émerger l'existence d'une *nouvelle fonction préventive de la responsabilité civile*. **L'opérationnalisation** de cette fonction passe par le besoin sécuritaire des justiciables à deux égards : *être en sécurité en s'assurant judiciairement d'agir en bonne conformité juridique, et se sentir en sécurité en palliant les angoisses naissant des risques technologiques, sanitaires et environnementaux*. La **structuration** de cette fonction sociale de sécurité est l'œuvre de la loi par la consécration d'un tandem mesures de prévention/mesures de réparation dans de récentes lois spéciales et surtout de la jurisprudence, par voie de principe d'interprétation des normes de la responsabilité civile. La **légitimation** de cette fonction préventive s'opère sur une valeur ancestrale : celle de la sécurité qui s'oppose à celles de la solidarité et de la vengeance. **L'iconographie** des fonctions sociales de la responsabilité civile est unique et se symbolise dans le procès, lieu du social plus encore que jamais. Ainsi, *si l'opérationnalisation et la structuration mettent en évidence un déséquilibre instrumental entre les trois fonctions sociales de la responsabilité civile à raison de la prédominance de la fonction réparatrice, leur légitimation et leur iconographie démontrent l'équilibre symbolique qui les unit dans le symbole social que représente le procès*.

623. Conclusion de chapitre. La nature jurisprudentielle des sanctions préventives de la responsabilité civile a-t-elle déjà été perçue dans l'histoire du droit ? Pour répondre à cette question, l'étude a exploré ce qui soutendait le débat qui a eu lieu lors de l'avènement du principe général du fait des choses. Or, ce débat portait précisément sur la normativité judiciaire de l'article 1384 al 1^{er}. Raymond Saleilles soutient que le sens de l'énoncé de l'article doit évoluer sous l'interprétation de la Cour de cassation, et admettre la réparation sans faute des dommages causés par une chose, tandis que Adémar Esmein plaide pour que la seule intention des codificateurs contraigne l'interprétation de la Cour – intention ne prévoyant nullement un tel principe général. Ce débat emporte des conséquences qui ont, de notre point de vue, structurées le droit fondamental de la responsabilité au niveau de sa fonction réparatrice. *Avec l'avènement de la responsabilité du fait des choses, le droit fondamental se fige autour de l'objectif indemnitaire en se détournant de la question du responsable et des autres fonctions de prévention et de répression*. Afin de juger de la pertinence d'une représentation purement indemnitaire de la matière se détournant de la question des sanctions préventives, il nous est apparu primordial d'une part, d'approfondir philosophiquement les conséquences de cette

¹⁵⁷⁹ Pour une histoire introductive au pluralisme de la régulation sociale, J.-G. BELLEY, "L'Etat ou la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, n° 18, 1986, 11.

¹⁵⁸⁰ Sur ces deux derniers points, V. en ce sens, L. CADIEU, "Le spectre de la société contentieuse", *art. préc.*, n° 28 et s.

représentation sur le concept de responsabilité, et, d'autre part, de constater sociologiquement quel est le poids respectif des fonctions réparatrice, préventive et répressive. **L'analyse philosophique** montre l'ampleur du modèle du "tout indemnitaire" : *la figururation du responsable, auparavant représentée par le coupable, a disparu. Il nous apparaît essentiel de repenser le double élément nécessaire à chaque jugement de responsabilité : la mise en œuvre d'un retour à l'indemne et la représentation a posteriori d'une figure de l'être-responsable à raison de son agir social et non en tant que condition juridique.* **La recherche sociologique** conduit également à éclairer les conséquences du modèle réparateur : *la responsabilité civile, par les dimensions instrumentales et symboliques de ses fonctions, présente indéniablement une fonction préventive qui coexiste avec une fonction répressive et une fonction réparatrice. La fonction préventive de la responsabilité civile est une fonction sécuritaire. Elle se nourrit du désir sécuritaire des justiciables prenant deux formes : être en sécurité en s'assurant judiciairement d'agir en bonne conformité juridique, et se sentir en sécurité en palliant les angoisses naissant des risques technologiques, sanitaires et environnementaux.*

Autrement dit, philosophiquement, nous avons établi le basculement fondamental dans lequel la responsabilité passe d'une ontologie de l'être-responsable assimilé à une figure typique du coupable, à une recherche ontologique dans l'agir social déliée de repères éthiques. Sociologiquement, nous avons retracé l'évolution de la prévention d'une assimilation abusive de la dissuasion à un besoin d'aide sociale de nature sécuritaire. *Basculement d'une ontologie marquée à une éthique floue : transition philosophique de la responsabilité. Passage d'un modèle réparateur à un modèle accompagnateur : source sociologique de la prévention.*

624. Conclusion de titre. *L'influence de la sanction préventive peut être qualifiée de perturbatrice dans la mesure où elle est un effet judiciaire non prédéterminé* : elle n'est pas visée par un principe général du droit ni par une législation spéciale mais consacrée judiciairement par interprétation des dispositions légales. Effectivement, nous n'avons pas découvert l'existence, l'incarnation de la prévention dans la société. La prévention n'a pas de visage. Elle est au contraire véhiculée par des moyens dont on peut dire qu'ils poursuivent une finalité préventive et non qu'ils incarnent la prévention. *L'identification de la prévention en finalité est la découverte majeure de ce titre.* Corollairement, la prévention ne saurait s'identifier à une des formes de sa réalisation. L'anticipation des risques, la cessation des troubles, la dissuasion des comportements ne sont pas plus ou moins préventive. La réparation elle-même lorsqu'elle est anticipée ou dissuasive est un moyen qui poursuit une finalité préventive. Dans un moment derridien, nous dirions que *la prévention est la finalité même, que la prévention est pure téléologie* comme Jacques Derrida disait de la Justice qu'elle était la déconstruction même.

La prévention procède ainsi d'un besoin des justiciables qui est ressenti en amont du procès, se réalise en son sein conduisant à des procédures alternatives qu'elles soient provisoires ou non contentieuses, et vise non le passé mais l'action présente et future. La sanction préventive procède donc d'un besoin social autre que celui de l'indemnisation pécuniaire mais n'est pas sans lien avec la réparation et la répression. Ainsi se donne à voir les **trois niveaux de la prévention** en responsabilité civile.

- Au niveau fondamental, la prévention est le fruit de l'émergence d'un modèle accompagnateur bien distinct du modèle réparateur. Entendue strictement, elle se distingue aussi de la dissuasion économique que les règles de la responsabilité civile font peser sur les choix rationnels des acteurs sociaux et que l'analyse économique du droit tend à confondre avec la fonction préventive. La sanction préventive est ici l'expression d'un *paradigme social nouveau : un paradigme sécuritaire.*
- Au niveau légal, la prévention est couplée avec la réparation sans égard pour l'économie d'ensemble des normes fondamentales de la responsabilité des articles 1382 et suivants du Code civil. La sanction préventive est ici l'expression d'une *régulation légale nouvelle.*
- Au niveau téléologique, la prévention irrigue en revanche tout le droit de la responsabilité au travers de ses quatre dimensions d'anticipation des risques, de cessation des troubles, de réparation anticipée et de réparation dissuasive. La sanction préventive est ici l'expression d'une *effectivité revisitée du droit de la responsabilité civile.*

L'influence qu'exerce la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile n'est pas du même ordre que celle qui s'exerce sur les conditions. C'est ce qu'il convient maintenant de présenter.

TITRE 2 L'INFLUENCE DE LA SANCTION PREVENTIVE SUR LES EFFETS DE LA RESPONSABILITE CIVILE

625. Constats précédents. Les conditions d'engagement de l'action en responsabilité civile ne font pas apparaître de points communs qui détermineraient la notion de sanction préventive. Au contraire, la sanction préventive exerce une influence perturbatrice sur les conditions de la responsabilité civile. Ces dernières sont bouleversées lorsqu'il convient de prononcer une sanction préventive : démembrement du préjudice, extension du fait générateur et assouplissement du lien de causalité.

626. Problématique. Si ce n'est par les conditions de la responsabilité, la particularité de la sanction préventive pourrait alors résider dans ses effets. Pour cela, il importe d'étudier le droit de la responsabilité civile par l'envers. Que spécifie la sanction préventive lors de son prononcé ? Qu'est-ce qui la particularise au moment de la retenir ? Cette problématique n'est pas sans incidence sur la lecture traditionnelle que l'on fait du droit de la responsabilité civile. En effet, cette matière est généralement appréhendée par le prisme de ses trois conditions d'engagement que sont le préjudice, le fait générateur et le lien de causalité.

627. Hypothèse. Trouver la spécificité de la sanction préventive, c'est au contraire s'abstraire de cette traditionnelle trilogie qui ne permet pas de la trouver. C'est montrer en quoi la nécessité que ressent l'interprète lors du prononcé d'une sanction préventive influe sur son interprétation des normes de la responsabilité elle-même. En d'autres termes, nous émettons l'hypothèse que le prononcé d'une sanction préventive se spécifie par l'influence qu'exerce le travail d'interprétation de la norme sur le droit de la responsabilité civile. Plus précisément, à l'origine du prononcé des sanctions préventives se cache un principe gouvernant les effets de la responsabilité qui doit nécessairement être corollaire de celui de la réparation intégrale. Ce principe de prévention habilite alors une représentation de la responsabilité civile qui s'émancipe des conditions de la responsabilité devenues incohérentes pour se placer du point de vue des effets de la responsabilité.

La découverte du principe de prévention proportionnelle gouvernant le prononcé des sanctions préventives (Chapitre 1) permet de redonner cohérence au droit de la responsabilité civile en ne le représentant plus par ses conditions mais par ses effets (Chapitre 2).

Chapitre 1. La découverte d'un principe de prévention proportionnelle
Chapitre 2. Pour une représentation de la responsabilité civile par ses effets

CHAPITRE 1. LA DECOUVERTE DU PRINCIPE DE PREVENTION PROPORTIONNELLE

628. Problématique. Qu'est-ce qui, au moment du prononcé de la sanction, conduit à une sanction préventive ? En d'autres termes, pour donner effet à la responsabilité civile, quels sont les mécanismes mis en jeu ?

629. Hypothèse. La problématique n'est pas une *terra incognitae*. La doctrine a mis en lumière le principe de réparation intégrale que le juge a consacré dans de nombreuses décisions – le principe ne ressortant d'aucun texte normatif¹⁵⁸¹ sauf à parvenir à une contorsion de l'article 1382 du Code civil¹⁵⁸². Or, il s'avère que ce principe n'est pas approprié pour rendre compte du prononcé d'une sanction préventive. En effet, le principe de réparation intégrale a ses limites propres et la conception qui viserait à l'étendre à l'entier droit de la responsabilité civile est non seulement critiquable mais démentie par l'existence des manifestations préventives de la responsabilité civile. Cette première donnée, une fois démontrée, permet de laisser émerger l'hypothèse selon laquelle il existe à côté du principe de réparation intégrale, un autre principe d'interprétation qui gouverne le prononcé des sanctions de la responsabilité civile.

630. En ce sens, il convient de voir, dans un premier temps, en quoi le principe de réparation intégrale possède des limites propres qui lui interdisent de gouverner seul tous les effets de la responsabilité civile (Section 1) et, dans un second temps, en quoi ces limites permettent de faire émerger un principe subsidiaire au principe de réparation intégrale que nous nommerons "principe de prévention proportionnelle" (Section 2).

SECTION 1. Les limites du principe de réparation intégrale

631. En tant que principe d'évaluation du préjudice, le principe de réparation intégrale comporte plusieurs limites qui lui sont propres (§1). Il met en œuvre une équivalence stricte entre l'indemnité octroyée et le préjudice déjà souffert, ce qui lui interdit de conduire à des dommages et intérêts majorés et à une réparation anticipée. Or, ce principe est présenté comme l'unique principe gouvernant les effets de la responsabilité civile (§2).

§1. Les limites internes au principe de réparation intégrale

632. La doctrine classique a soutenu que le principe de réparation intégrale touchait ses limites quant à la réparation du préjudice moral (A). Nous verrons au contraire que les véritables limites de ce principe se situent dans la surévaluation du préjudice et dans sa pré-évaluation (B).

¹⁵⁸¹ J.-P. GRIDEL, "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *D.*, 2002, 228 *spéc.*, p. 233.

¹⁵⁸² En ce sens, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLIAUD-DULIAN, 2002.

A. Les fausses limites inhérentes au principe de réparation intégrale

633. De simples exceptions. Nul n'a jamais contesté que ce principe soit exempt d'exception. Et l'on reconnaît désormais facilement que le principe de réparation intégrale puisse être écarté lorsque la nature du dommage semble être inconciliable avec une indemnisation intégrale. Un auteur l'a récemment soutenu à propos des dommages de masse¹⁵⁸³. En outre, lorsque l'indemnisation est effectuée par un fond ou par une garantie, il est fréquent quelle soit plafonnée¹⁵⁸⁴. C'est le cas par exemple en matière de transport. Dans le domaine des transports aériens, l'article L. 322-3 du Code de l'aviation civile fixe un maximum de 750 000 F d'indemnités en cas de trafic intérieur français¹⁵⁸⁵. Dans le domaine des transports maritimes, la loi du 18 juin 1966 portant sur les contrats de traitement modifiée en 1986 impose une limite à l'indemnisation à 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou deux unités de compte par kilogramme de poids brut de marchandises perdues ou endommagées¹⁵⁸⁶. La convention internationale de Londres du 19 novembre 1976 plafonne également l'indemnisation des passagers à hauteur de 46 666 unités de compte¹⁵⁸⁷. En dehors du droit des transports, la responsabilité des hôteliers prévoit à l'article 1953 du Code civil une limite à 100 fois le prix de location du logement par journée. Ces quelques exemples doivent être présentés en parallèle des indemnités légales forfaitaires qui sont également plafonnées par la loi. En effet, les conséquences du retard dans le paiement d'une somme d'argent se traduisant par l'attribution de dommages intérêts moratoires sont fixés à un taux légal¹⁵⁸⁸. De même, l'indemnisation des victimes d'accidents ou de maladies d'origine professionnelle du fait de son caractère automatique est soumise à une indemnisation forfaitaire et non pas intégrale. Un barème est prévu par un décret en date du 23 décembre 1982 intégré à l'article R. 434-35 du Code de la sécurité sociale. Ces exceptions légales se couplent de dérogations conventionnelles bien connues au travers des clauses pénales et des clauses limitatives de réparation. En effet, les

¹⁵⁸³ « Ce type de dommage à grande ampleur confronte ainsi le principe de réparation intégrale aux impératifs budgétaires, c'est-à-dire à la nécessité pour le débiteur de réparation de réunir les moyens financiers lui permettant de faire face à sa dette. Cette confrontation a lieu soit *a priori* lorsqu'il s'agit, par anticipation, d'envisager la réparation des dommages de masse avant qu'ils ne se réalisent, soit *a posteriori* lorsque les capacités financières normalement destinées à la réparation se révèlent insuffisantes ou mises en échec par l'énormité révélée de l'ampleur de dommages », A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, t. 472, 2006, n° 100, p. 125.

¹⁵⁸⁴ Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996, n° 475 et s., pp. 589 et s. ; CH. LAPOYADE-DESCHAMPS, "Dommages et intérêts", *Rep. civ. Dalloz*, 1997, n° 120 et s. ; J.-F. BARBIERI, "Régime de la réparation (Modalités de la réparation - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle - Evaluation du préjudice : dommages aux biens)", *J.-Cl. Responsabilité civile*, fasc. 203, 1991, n° 53 et s.

¹⁵⁸⁵ Le plafond est défini par la loi n° 89-467 du 10 juillet 1989 et provient d'une exigence de l'article 22 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929.

¹⁵⁸⁶ Article 28 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 modifié par la loi n° 88-1292 du 23 décembre 1986.

¹⁵⁸⁷ V. Article 40 de la loi n° 66-240 du 18 juin 1966.

¹⁵⁸⁸ Cf. *supra*, n° 162 et s.

clauses pénales mettent en œuvre un forfait et non une réparation intégrale¹⁵⁸⁹ tandis que les clauses limitatives de réparation plafonnent l'indemnisation par contrat¹⁵⁹⁰.

634. Une fausse limite. Ces exceptions ne sont pas des limites inhérentes au principe de réparation intégrale. Tel n'est pas le cas dans la doctrine traditionnelle de la problématique du préjudice moral¹⁵⁹¹. Dans sa thèse, Mme Roujou de Boubée rappelle que certains auteurs classiques des pays de l'Est refusent la réparation du préjudice moral¹⁵⁹². Le raisonnement est le suivant. Le préjudice moral n'est pas réparable car la réparation consiste en la compensation. Or, la perte d'une valeur ne peut être compensée. La doctrine française, au contraire, conçoit dès les premières solutions jurisprudentielles la réparation du préjudice moral. Certains auteurs, tel Demogue¹⁵⁹³, soutiennent que le dommage moral est réparable parce que l'équivalence entre la compensation et le préjudice peut résulter d'une simple équivalence quantitative. Au contraire, pour Madame Roujou de Boubée, « une certaine équivalence qualitative étant indissociable de la notion de réparation, et l'argent n'ayant aucune commune mesure avec les intérêts extra patrimoniaux, la réparation en argent proprement dite nous semble inapplicable aux préjudices moraux »¹⁵⁹⁴. Pour l'auteur, les valeurs morales peuvent avoir un équivalent mais seulement en nature. De nos jours, la problématique n'est plus débattue et l'on admet que la compensation du préjudice moral se fasse par équivalent car la somme allouée permet la satisfaction de la victime. M. Kayser soutient en ce sens que les dommages et intérêts attribués à la victime d'un préjudice moral « rare prenant place dans son patrimoine, ils sont comme ces autres biens, affecté à la satisfaction de ses besoins. Or ceux-ci ne sont pas seulement matériels, mais aussi moraux et intellectuels. Elle peut ainsi se procurer des satisfactions d'ordre intellectuel et moral qui sont une compensation des souffrances qu'elle a endurées »¹⁵⁹⁵. Cette position est alors fondée sur l'idée selon laquelle la souffrance peut avoir pour équivalent qualitatif l'argent. En effet, comme l'explique Mme Coutant-Lapalus, la réparation du préjudice moral est une réparation pécuniaire mais nullement par équivalent¹⁵⁹⁶. Autrement dit, c'est une réparation en nature. Incidemment,

¹⁵⁸⁹ V. H. LEFEBVRE, « Le caractère forfaitaire de la clause pénale », in *Mélanges J. Teneur*, tome II, 1977, p. 714 et s.

¹⁵⁹⁰ Ces clauses consistent à fixer un plafond à la réparation en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse ou de retard dans l'exécution. B. STARCK, « Observations sur le régime des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974, chr. n° 3, p. 157.

¹⁵⁹¹ « (...) il est fréquent qu'à côté des dommages qui sont de nature strictement pécuniaire ou économique, comme les frais de soins ou les pertes de salaires ou de gains professionnels, l'atteinte à l'intégrité corporelle provoque également des préjudices moraux qui affectent la victime immédiate et éventuellement ses proches. Or, pour ceux-ci, le principe dit de la réparation intégrale ne fournit en fait aucune directive sérieuse d'évaluation », G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, J. Ghestin (dir.), LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 104, p. 200. Egal. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, préf. P. HEBRAUD, 1974, pp. 283 et s.

¹⁵⁹² M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 283 et s.

¹⁵⁹³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. n° 4, 1923, n° 405.

¹⁵⁹⁴ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 288.

¹⁵⁹⁵ M. KAYSER, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Etudes J. Macqueron*, PUAM, 1970, n° 15, p. 422.

¹⁵⁹⁶ « Réparation par équivalent et réparation pécuniaire ne sont donc pas synonymes : la première se définit comme toute réparation ne permettant pas à la victime d'obtenir une adéquation « qualitative » entre cette réparation et le

l'opinion majoritaire actuellement se voit formalisée : la réparation du préjudice moral est une réparation en nature par ce que la souffrance a pour équivalent l'indemnité pécuniaire. Si la solution est éthiquement critiquable, elle expose bien l'actuel régime de la réparation des préjudices moraux. *Il faut alors conclure que le principe de réparation intégrale s'applique en cas de réparation du préjudice moral puisque ce dernier est compensé par un équivalent pécuniaire. La réparation du préjudice moral n'est donc pas une limite au principe de réparation intégrale.*

635. La véritable nature du principe de réparation intégrale. Il convient néanmoins de noter la fusion qui s'opère au sein du principe de réparation intégrale. Lorsque la doctrine estime que la simplicité et l'objectivité de l'évaluation de l'indemnité par équivalence avec le dommage sont certaines pour les préjudices patrimoniaux mais évanescents pour les atteintes aux sentiments et à la personnalité¹⁵⁹⁷, elle fait référence à la technique d'indemnisation que met en œuvre le principe de réparation intégrale. En revanche, elle ne remet pas en cause le droit à réparation du préjudice moral. *Il nous semble qu'il faille bien distinguer ce qui semble associé à l'intérieur du principe : le droit à réparation intégrale, d'une part, et la technique d'évaluation par équivalence au préjudice, d'autre part.* Comme le concluent Mlle Viney et M. Jourdain, le principe de réparation intégrale s'adapte davantage au préjudice économique quoiqu'encore à certains types de préjudices économiques¹⁵⁹⁸. Cette adaptation est due à la technique d'évaluation particulière que met en œuvre le principe. Il n'empêche qu'il existe un droit de portée général, c'est-à-dire quel que soit le préjudice (s'il est réparable), à la réparation intégrale. Par conséquent, il faut rechercher les limites à la technique mise en œuvre par le principe et non au droit sur lequel il repose.

636. Droit à réparation intégrale et technique d'évaluation par équivalence au préjudice. Le principe de réparation intégrale assure une indemnisation totale du préjudice souffert. Pourquoi ? Parce qu'il repose sur un droit à réparation intégrale reconnu dans tous les systèmes de responsabilité qu'ils soient internationaux, communautaires ou internes. Comment ? En allouant à la victime un équivalent strict, égal à ce qui a été perdu. En effet, le préjudice ne doit pas être sous indemnisé ni sur indemnisé.

637. Source de la distinction. C'est ce qui ressort des sources du principe de réparation intégrale. La doctrine s'accorde à retracer l'origine de ce principe dans l'équité, voire même dans le droit naturel¹⁵⁹⁹. Réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice découlerait d'une

préjudice qu'elle a subi. La seconde n'en est qu'une forme particulière impliquant que la réparation se présente sous forme de dommages et intérêts. », C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 198, p. 186.

¹⁵⁹⁷ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 58-1, p. 115.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 120.

¹⁵⁹⁹ B. DE GREUILLE, rapport devant le Tribunal, le 16 pluviôse an XII, in LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaires et compléments des codes français*, tome XII, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 33, « Le principe de droit naturel que chacun doit réparer le tort qu'il a causé de son fait, n'admet pas d'exception ».

conception aristotélicienne de la justice. À ce propos, Mme Coutant-Lapalus note que « c'est vraisemblablement la volonté de rétablir un juste équilibre, à la suite de la réalisation d'un dommage, qui a conduit les juristes romains à appliquer la réparation intégrale ; ces juristes disposaient déjà d'un arsenal de sanctions punitives, ce n'est donc en aucune façon la volonté de réprimer une faute qui a guidé l'apparition de cette notion. Si la réparation intégrale s'est avérée peu à peu indispensable au côté de la *poena*, c'est parce que leur but diffèrait et que la réparation intégrale n'a été instaurée que pour défendre "une juste répartition entre les biens répartis entre les familles" »¹⁶⁰⁰. Or, cette juste répartition se fait par équivalence. Comme le notent les commentateurs d'Aristote, le juste « consiste à posséder après l'échange un bien égal à celui que l'on possédait auparavant »¹⁶⁰¹. Ainsi, *il réside au cœur de la justice aristotélicienne l'idée d'équivalence entre la réparation et le dommage. En effet, indemniser tout le préjudice mais rien que le préjudice, c'est établir une équivalence arithmétique : celle de l'égalité stricte et non celle de la proportionnalité.*

Incidentement, pour trouver de véritables limites inhérentes au principe de réparation intégrale, il faut partir à la recherche d'une indemnisation qui ne serait pas un équivalent strict au préjudice.

B. Les véritables limites inhérentes au principe de réparation intégrale

638. En tant que technique d'évaluation par équivalent strict du préjudice, le principe de réparation intégrale présente deux limites : il ne peut pas conduire à une surévaluation (1) ni à une pré-évaluation (2).

1. L'impossible surévaluation du préjudice par le principe de réparation intégrale

639. La surévaluation du préjudice afin de punir l'auteur du dommage se heurte au principe de réparation intégrale. Sa fonction d'équivalence (a) et son caractère intégral (b) sont incompatibles avec la problématique des dommages et intérêts majorés.

a. Une impossibilité due à la fonction du principe de réparation intégrale

640. Fonction. Le principe de réparation intégrale a pour fonction de restituer l'équivalent du dommage à la victime¹⁶⁰². La mesure de l'évaluation mise en œuvre par le principe réside dans la

¹⁶⁰⁰ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th.préc.*, n° 83, p. 93. L'auteur cite en fin de phrase M. VILLEY, "Esquisse historique sur le mot responsable", in *La responsabilité à travers les âges, Economica*, 1989, pp. 75 et s., *spéc.*, p. 79.

¹⁶⁰¹ R.-A. GAUTHIER et J.-Y. JOLIF, *Aristote, Ethique à Nicomaque*, t. II : Commentaires, Paris, Nauwelaerts, 1959, p. 133.

¹⁶⁰² Sur le principe, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, n° 57 et s. ; PH. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007, n° 2521 et s. ; F. TERRE,

seule condition du dommage¹⁶⁰³. Ce dernier est seul pris en compte pour évaluer l'indemnité¹⁶⁰⁴. Cette fonction permet-elle une surévaluation indemnitaire ? Autrement dit, les dommages et intérêts majorés peuvent-ils procéder d'une application du principe de réparation intégrale ?

641. L'impossible surévaluation. Les dommages et intérêts punitifs sont calculés en fonction de la gravité de la faute commise. Or, la faute n'est pas prise en considération dans l'évaluation mise en œuvre par le principe de réparation intégrale. Pourtant, nous avons montré que le droit positif contenait des exemples de dommages et intérêts punitifs¹⁶⁰⁵. Il faut alors doublement conclure que le principe de réparation intégrale n'est pas compatible avec le prononcé de dommages et intérêts punitifs et que ces derniers sont évalués à partir d'un autre type de principe d'évaluation. Que l'on s'en persuade ! Ces dommages et intérêts ont une nature mixte de peine privée et de mesure réparatrice. En effet, *les dommages et intérêts majorés ne sont pas alloués en plus d'une indemnité mais à la place d'elle*¹⁶⁰⁶. *Le principe de réparation intégrale est donc bien dépassé et de nombreux auteurs le constatent ça et là*¹⁶⁰⁷.

642. Critiques. Certains auteurs estiment néanmoins que le principe de réparation intégrale n'est pas incompatible avec une surévaluation du préjudice. Ils avancent la notion des dommages et intérêts multiples¹⁶⁰⁸. Ce sont des indemnités réparatrices auxquelles s'ajoute une peine privée lorsque le juge retient l'application d'un coefficient multiplicateur prévu par la loi. Cette technique permettrait de respecter le principe de réparation intégrale. En effet, les dommages et intérêts multiples se décomposent en une mesure réparatrice traditionnelle sous la forme de dommages et intérêts alloués à la victime et en une mesure de peine privée surabondante prononcée à l'encontre de l'auteur du préjudice uniquement lorsque les faits apparaissent fautifs. *A minima*, la réparation est toujours assurée et le principe de réparation intégrale s'applique et est

Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2006, n° 859 ; PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005, n° 722-729 et n° 990-993 ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, coll. "Droit privé", 2004, n° 338 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*

¹⁶⁰³ « L'évaluation du dommage doit être faite exclusivement en fonction du préjudice subi », Civ. 1^{ère}, 21 juill. 1982, *Bull. civ. I*, n°109 ; *Journ. Not.* 1983, 51, obs. Ph. Le TOURNEAU.

¹⁶⁰⁴ Ainsi peu importe la gravité de la faute pour fixer les dommages et intérêts (Civ. 1^{ère}, 8 mai 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 2, 233 ; Com., 3 avr. 1979, *Rev. soc.* 1980, 723, note E. du PONTAVICE ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, pp. 318 et s. ; Civ. 3^e, 26 oct. 1988, *Bull. civ. III*, n° 146). Peu importe la situation personnelle du responsable, ou sa situation familiale, ou ses ressources (Civ. 2^{ème}, 21 juill. 1982, *préc.*), ou la représentation que la victime se fait du dommage (Crim., 5 janv. 1994, *Gaz. Pal.* 1994, 1 somm. 168).

¹⁶⁰⁵ Cf. *supra*, n° 170 et s.

¹⁶⁰⁶ Cf. *supra*, n° 183.

¹⁶⁰⁷ M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, préf. J.-M. PONTIER, Paris, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit publique", t. CLXXIV, 1994, p. 387 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 363 ; A. TUNC, *La sécurité routière : esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Paris, Dalloz, 1966, n° 22, p. 24.

¹⁶⁰⁸ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 548 et s., pp. 471 et s.

respecté. De tels dommages et intérêts multiples existent-ils en droit positifs ? Si certains auteurs les estiment opportuns dans certains cas¹⁶⁰⁹, le législateur ne les a pas consacrés.

En outre, ces mêmes auteurs ont fait valoir l'existence du caractère dissuasif du principe de réparation intégrale¹⁶¹⁰. Entraînant l'obligation de réparer, le principe de réparation intégrale aurait pour conséquence d'entraîner une crainte, une menace de ne pas réaliser le dommage. Or, il s'agit en fait de l'effet dissuasif propre à la sanction qui en découle. Il ne faut pas confondre les deux. *Le principe de réparation intégrale est un principe d'évaluation indemnitaire et les dommages et intérêts en sont le résultat. Seuls ces derniers sont qualifiables de sanctions juridiques et sont dotés d'un caractère dissuasif. Le caractère accessoire de dissuasion attribué au principe de réparation intégrale est ainsi une confusion avec le caractère comminatoire propre à la sanction.* Le principe de réparation intégrale n'a qu'une fonction indemnitaire¹⁶¹¹.

De surcroît, le caractère intégral rend impossible la surévaluation du préjudice par le principe de réparation intégrale.

b. Une impossibilité due au caractère intégral du principe de réparation intégrale

643. Caractère intégral. « Tout le préjudice mais rien que le préjudice » est la formule traditionnelle retenue pour expliquer le caractère intégral du principe de réparation intégrale. Cette formule prêtée au Doyen Savatier¹⁶¹² a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶¹³. Elle permet de rendre cohérentes les règles d'indemnisation du préjudice quelque soit les juridictions d'appel. Ainsi, le cumul des indemnités est interdit¹⁶¹⁴ entre les ordres juridictionnels et entre les différents acteurs du système responsabilité¹⁶¹⁵ : assureur, caisse primaire, mutualiste et responsable. L'uniformisation est cependant tout à fait abstraite

¹⁶⁰⁹ E. DREYER, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", *JCP. G.*, 2008, I., 201, pp. 22-26, *spéc.* n° 4 ; J. MEADEL, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA*, 17 avr. 2007, p. 12 ; J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT, note sous Com., 1^{er} mars 1994, *D.* 1996, somm., p. 20 ; J. AZEMA, *RTD civ.*, 1991, p. 42, n° 9.

¹⁶¹⁰ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 538 et s ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1947, p. 422.

¹⁶¹¹ *Contra*, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 551.

¹⁶¹² R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français, t.II, Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951, n° 601.

¹⁶¹³ « Les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit », Civ. 1^{ère}, 16 avr. 1996, *Bull. civ.* I, n° 186 ; Crim. 12 avr. 1994, *Bull. crim.*, n° 146 ; Civ. 2^{ème}, 5 juill 2001, *Bull. civ.* II, n° 135 ; Civ. 2^{ème}, 23 janv. 2003, *Bull. civ.* II, n° 20, *JCP. G.*, 2003, II, 10110, note J.-F. BARBIERI ; Civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, *Bull. civ.* II, n°393.

¹⁶¹⁴ On note des exceptions pour la Chambre criminelle, v. par exemple, Crim., 9 févr. 1994, *Bull. crim.*, n°59, *RCA*, 1994, chr. n°38, par Ph. CONTE ; Crim., 6 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 90.

¹⁶¹⁵ Nous faisons référence à l'expression de M. Robineau. V. sa thèse, M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t. 19, préf. M.-L. DEMESTER, 2004.

contrairement au droit québécois où la Cour Supérieure contrôle le calcul des indemnités selon le préjudice subi¹⁶¹⁶. La Cour de cassation censure au contraire les juges du fond qui exposeraient explicitement leur méthode de calcul et notamment le recours à des barèmes préétablis. Sur ce sujet, la doctrine conclut que la Cour favorise le laconisme¹⁶¹⁷ et l'absence de motifs¹⁶¹⁸. Néanmoins, elle note également depuis les années 1970 une évolution de ce contrôle. Si la Cour ne s'intéresse pas aux détails, il semble néanmoins qu'elle oblige la motivation et qu'un arrêt encoure la censure en cas d'inobservation¹⁶¹⁹. Les règles qu'elle a posées sont donc très générales : il s'agit des cas où le dommage est indemnisable ou non¹⁶²⁰, si l'érosion monétaire a une influence sur le calcul¹⁶²¹, s'il est possible d'allouer l'indemnité sous forme de capital ou de rente¹⁶²², et à quel moment le juge doit se placer pour apprécier l'équivalence entre le dommage et la réparation¹⁶²³. Certains auteurs plaident pour des règles plus détaillées comme au Québec¹⁶²⁴.

644. Critiques du caractère intégral. Ce caractère intégral empêche-t-il la surévaluation du préjudice ? La problématique revient à cerner ce que signifie l'adjectif intégral. Pour la majorité des auteurs, l'intégralité de la réparation consiste à ne pas dépasser la valeur attribuée au préjudice. Pour d'autres, le caractère intégral signifie simplement « ce qui ne peut être diminué »¹⁶²⁵. De nombreux auteurs estiment que le principe est mal nommé et préfèrent l'expression réparation appropriée¹⁶²⁶ ou bien encore principe d'équivalence¹⁶²⁷ ou principe d'adéquation¹⁶²⁸. Le point commun entre ces critiques est de rappeler que le préjudice est la seule mesure de l'évaluation. Il semble alors que le caractère intégral corrobore et conforte la fonction indemnitaire du principe. En d'autres termes, il n'est pas dans ses attributions de réprimer l'auteur du préjudice mais seulement de permettre l'évaluation de l'indemnité allouée à la victime.

¹⁶¹⁶ *Andrews c. Grand and Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S.229, 240 et s. Par exemple, pour le préjudice corporel, D. GARDNER, *L'évaluation du préjudice corporel*, 2^{ème} éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 2002, n° 42 et s. Pour une présentation des différentes règles, J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, Ed., Yvon Blais, 6^e éd., Québec., 2003, n° 356 et s.

¹⁶¹⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, n°63.

¹⁶¹⁸ P. AZARD, note *D.*, 1967, p. 480, « La Cour de cassation favorise l'absence de motif, de façon à être plus sûre de ne pas se mêmer d'un problème aussi concret que celui de la fixation de l'indemnité ».

¹⁶¹⁹ « Si les juges du fond apprécient souverainement l'indemnité due à la victime sans être tenu de spécifier les bases sur lesquelles ils en ont évalué le montant, cette appréciation cesse d'être souveraine lorsqu'elle est fondée sur des motifs insuffisants, contradictoires ou erronés », *Crim.*, 27 oct. 1976, *D.* 1976, IR, p. 322 ; *Crim.* 3 févr. 1977, *D.* 1977, IR, p. 157 ; *Crim.* 13 oct. 1987, *D.* 1987, IR, p. 245 ; *Crim.* 27 oct. 1987, *Bull. crim.*, n° 369 ; *Crim.* 6 juin 1990, *Bull. crim.*, n° 224.

¹⁶²⁰ *Crim.* 20 janv. 1987, *Bull. crim.*, n° 25 et 26.

¹⁶²¹ *Civ.*, 23 mars 1942, *Gaz. Pal.*, 1942, I, 224 ; *D.* 1942, p. 118 ; *RTD civ.*, 1942, p. 289.

¹⁶²² *Civ.* 2^{ème}, 21 juin 1989, *Bull. civ.*, II, n° 133.

¹⁶²³ *Civ.*, 23 mars 1942, *préc.*

¹⁶²⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile, op. cit.*, pp. 136-137.

¹⁶²⁵ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 15 et s.

¹⁶²⁶ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, ibid.*

¹⁶²⁷ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 297.

¹⁶²⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, coll. thémis, 22^e éd., 2000, n° 285.

En conclusion, *la surévaluation du préjudice conduisant à une indemnité majorée ou à une mesure de peine privée n'est pas le fruit de la mise en œuvre du principe de réparation intégrale*. En est-il de même lorsqu'il apparaît nécessaire de prévoir une évaluation indemnitaire future ?

2. *L'impossible pré-évaluation du préjudice par le principe de réparation intégrale*

645. Problématique. Le principe de réparation intégrale est un principe d'évaluation de l'indemnité. Peut-il s'appliquer lorsqu'il s'agit de prévoir une indemnité future ? Autrement dit, lorsque le préjudice est qualifié de certain alors que le dommage n'est pas encore réalisé dans les faits, le principe de réparation intégrale permet-il de prévoir une indemnité ?

646. Dommage futur. L'évolution de la jurisprudence sur le dommage futur permet de répondre à la première problématique. Notre étude a préalablement montré que les premières décisions admettant la réparation du dommage futur mais certain requéraient en outre que l'estimation de l'indemnité soit faite au jour du jugement¹⁶²⁹. Or, il a été démontré que cette condition a disparu dans la jurisprudence ultérieure. On peut même douter qu'elle n'ait jamais été appliquée. En effet, le principe de réparation intégrale consistant à établir un lien entre le préjudice et la réparation requiert une évaluation de l'atteinte matérielle. Or, cette évaluation n'est pas possible lorsque le dommage ne s'est pas encore réalisé. En d'autres termes, *le principe de réparation intégrale ne vise pas à prévoir une indemnité mais à estimer l'indemnité à octroyer*.

647. Date de l'évaluation. Cette solution est corroborée par l'état de la jurisprudence sur la date de l'évaluation du préjudice. Depuis 1942, la jurisprudence est constante en affirmant que l'évaluation du dommage doit être faite par le juge au moment où il rend sa décision. Les tribunaux rejettent la proposition d'une certaine doctrine qui souhaiterait déplacer cette date à celle du jour de la réparation effective car elle serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée. Les hypothèses où le juge ne possède pas l'ensemble des éléments lui permettant de procéder à l'évaluation ne concernent pas seulement le préjudice futur. Une grande partie des dommages corporels et des dommages causés à l'environnement, ainsi que certains préjudices économiques comme ceux qui résultent pour une société d'un acte de contrefaçon ou de concurrence déloyale sont difficiles à chiffrer au jour du jugement. Il existe deux solutions insatisfaisantes : prononcer une condamnation de principe au paiement d'une rente sans en chiffrer le montant mais en renvoyant les parties à chaque échéance devant le juge¹⁶³⁰ ou

¹⁶²⁹ Cf. *supra*, n° 126

¹⁶³⁰ Crim., 16 nov. 1976, *JCP*, G., 1976, IV, p. 382 ; 23 nov. 1976, *JCP*, G., 1977, IV, p. 9 ; Civ. 6 mai 1987, *D.* 1987, IR, p. 151.

prononcer une condamnation provisoire assortie d'un sursis à statuer¹⁶³¹. Ces deux solutions sont lourdes procéduralement et très peu intéressantes pour les victimes¹⁶³².

648. Déformations du principe de réparation intégrale. On peut dès lors en conclure que l'intégralité présuppose l'accomplissement du préjudice. Seule une indemnisation en proportion ou partielle permettrait une pré-évaluation des indemnités. Mais, ces solutions ne sont-elles pas déjà de droit positif ? Le principe de réparation intégrale n'est-t-il pas étendu à ces cas ? En effet, il convient de souligner cet apparent paradoxe. Alors que la notion de réparation est conçue strictement comme la compensation stricte d'un préjudice subi, le principe de réparation intégrale est appliqué alors que tous les éléments d'évaluation de la compensation ne sont pas réunis au jour du jugement. Cette déformation de la notion de réparation au sein du principe de réparation intégrale ne peut être éludée. Ce principe ne peut plus être présenté de manière monolithique. Ses applications le déforment et militent pour en circonscrire de nouveau le périmètre.

A fortiori, lorsqu'il ne s'agit pas de compenser pécuniairement, qu'en est-il du principe gouvernant les effets de la responsabilité civile ?

§2. Les limites externes au principe de réparation intégrale

649. Pour autant, s'il comporte des exceptions, des limites et des déformations, le principe est conçu comme l'unique principe gouvernant l'ensemble des effets de la responsabilité civile.

650. L'assimilation des effets de la responsabilité civile au principe de réparation intégrale. Ainsi, il est notable que la jurisprudence vise le principe de réparation intégrale lorsqu'elle exprime l'évaluation du préjudice. En ce sens, la doctrine note que la Cour de cassation énumère le principe de réparation intégrale lorsqu'elle énonce que « les dommages-intérêts dus à la victime doivent couvrir intégralement la valeur du préjudice subi »¹⁶³³. La consécration du principe de réparation intégrale par la jurisprudence est également rattachée par la doctrine dans les décisions de justice qui énoncent que « le propre de la responsabilité civile est de **rétablir aussi exactement que possible l'équilibre** détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »¹⁶³⁴. Or, à bien

¹⁶³¹ Civ. 2^{ème}, 19 avr. 1958, *Bull. civ.* II, n° 264, p. 177 ; 27 mai 1977, *JCP*, G., IV, p. 187 ; Crim. 23 nov. 1976, *D.* 1977, IR, p. 2 ; Civ. 2^{ème}, 4 mai 2000, *Bull. civ.*, II, n° 75, p. 52, *RCA*, 2000, com. 221 ; obs. H. Groutel, *RTD civ.*, 2000, p. 851, n° 6, obs. P. Jourdain ; TGI Paris, 10 juin 1966, *JCP*, G., 1967, IV, p. 12.

¹⁶³² En ce sens, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 234, p. 227.

¹⁶³³ Civ. 2^{ème}, 20 déc. 1966, *D.* 1967, 670, note M. LE ROY.

¹⁶³⁴ Les soulignés sont de nous afin de marquer l'absence du verbe réparer au profit du verbe rétablir. Civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, *Bull. civ.* II, n° 328, p. 222 ; *JCP*, G., 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ.*, 1955, p. 324, n° 24, obs. H. Et L. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, p.10 : 1^{er} avril 1963, *JCP*, G., 1963, II, 13408, note P. ESMEIN ; 23 nov. 1966, *Bull. civ.*, II, n° 916, p. 640 ; 19 nov. 1975, *D.* 1976, p. 137, note Ph. Le TOURNEAU ; 4 fév. 1982, *JCP*, G., 1982, II, 19894, note J.-F. BARBIERI, *Gaz. Pal.*, 1983, p. 335, obs. F. CHABAS.

regarder cette citation, il convient de constater qu'à aucun moment la réparation ni l'intégralité ne sont citées. En revanche, cet attendu vise à cerner la spécificité de la responsabilité civile. Le raisonnement fait par la doctrine majoritaire résulte ainsi, selon nous, d'une assimilation entre la spécificité de la responsabilité civile qui vise à « rétablir l'équilibre » et le principe de réparation intégrale. Il faut implicitement comprendre alors que la nature de la responsabilité civile étant la réparation du préjudice, le principe gouvernant ses effets ne peut être qu'un principe de réparation dite intégrale. Au contraire, nous estimons que seule la première jurisprudence vise le principe de réparation intégrale tandis que la seconde ne concerne que la nature du droit de la responsabilité.

651. Critique. Il serait néanmoins critiquable de conclure que la responsabilité civile a pour seule nature la réparation du préjudice en raison de l'unique existence du principe de réparation intégrale gouvernant l'ensemble de ses effets. Le raisonnement est inverse. *C'est parce que la nature de la responsabilité civile est réduite par la doctrine à la réparation du préjudice que l'on conçoit incidemment l'existence d'un seul principe de réparation pour gouverner ses effets.* Or, toute l'étude du droit positif de la première partie de cette thèse atteste de l'existence de manifestations préventives de la responsabilité civile qui échappent à l'empire du principe de réparation intégrale.

652. Hypothèse. À partir de ce constat, on ne peut qu'émettre l'hypothèse de l'existence d'un autre principe gouvernant les effets de la responsabilité civile lorsque cette dernière ne conduit pas à une indemnisation. Le principe de réparation intégrale ne peut seul gouverner l'ensemble des effets de la responsabilité civile qu'au prix d'une imputation d'une large part du domaine de cette dernière.

653. Conclusion de section. Le principe de réparation intégrale présente des limites propres à le rendre incompatible avec le prononcé des sanctions préventives. *Primo*, il ne peut donner lieu à prévision du dommage. Il consiste au contraire à évaluer une situation déjà survenue afin d'octroyer une compensation stricte du préjudice souffert. *Secundo*, il ne peut permettre d'allouer une indemnité surévaluée en valeur en raison de son caractère intégral. Tout le préjudice, certes, mais rien que le préjudice doit être pris en compte lors de son évaluation. Les dommages et intérêts majorés sont en ce sens incompatibles avec le principe de réparation intégrale.

D'où la nécessité de chercher un autre principe compatible avec les sanctions préventives et capable de rendre compte de leur réalité positive.

SECTION 2. L'identification du principe de prévention proportionnelle

654. Nommer l'innommé. Selon notre hypothèse, il existe nécessairement une autre source que celle du principe de réparation intégrale gouvernant les effets de la responsabilité civile. Néanmoins, force est de constater son absence du langage juridique¹⁶³⁵. A notre connaissance, aucun écrit ne fait mention ni n'envisage l'existence d'un principe, ou autre norme, alternatif à celui de la réparation intégrale. Serait-ce le signe de l'échec de notre hypothèse ? S'il n'est présent ni dans le discours législatif et judiciaire ni dans le discours doctrinal, l'existence de ce principe n'est-elle pas pure présupposition ? Il nous semble que non. Une chose est le constat du non-dit, une autre est la preuve de son existence empirique. Car, si ce principe innommé n'existe pas explicitement dans le discours juridique, il peut aisément se laisser appréhender par ses manifestations en droit positif. Nommer l'innommé n'est donc pas inventer : c'est faire advenir ce qui est sous-jacent, voire caché.

655. Identifier n'est pas essentialiser. Le constat du non-dit n'en demeure pas moins vrai pour autant. S'il existe un tel principe que l'on pourra démontrer par ses manifestations, il ne s'agira que d'un principe induit par un raisonnement doctrinal. Identifier ce principe ne permettra pas de le faire exister juridiquement dans l'unité et l'explicite. Seules ses manifestations sont du droit et elles demeurent disséminées. Les relier est une opération de bonne doctrine qui ne vise qu'à identifier et non à essentialiser, c'est-à-dire à rendre normatif juridiquement. Le non-dit a ses raisons qu'il ne faut pas évincer mais dont il est essentiel de retracer l'origine.

656. De l'identification d'un principe de prévention proportionnelle. Alors comment nommer cet autre, alternatif au principe de réparation intégrale ? Par mimétisme. Puisque le principe de réparation intégrale est un principe, gageons que son autre en est un également. Puisque le principe de réparation intégrale est limité et borné du fait de sa fonction réparatrice, émettons l'hypothèse de bon sens que son autre n'a pas une fonction réparatrice mais préventive. Puisque le principe de réparation intégrale possède un caractère intégral, voyons s'il est pertinent de supposer qu'il en soi de même pour son autre. Il reste alors à démontrer que les manifestations laissées en droit positif peuvent être reliées sous le nom de principe de prévention intégrale. Cette démarche mimétique sera conduite à des fins méthodologiques et à chaque étape, il conviendra de démontrer s'il s'agit véritablement d'un principe, ayant une fonction propre et un caractère intégral. Sur ce dernier point, le mimétisme s'avérera impossible. Nous verrons que le principe gouvernant les effets préventifs de la responsabilité civile est un principe de proportionnalité.

¹⁶³⁵ Toutefois, la recherche d'autres principes gouvernant les effets de la responsabilité civile n'est pas iconoclaste. En ce sens, V. le principe de réparation graduée selon les fautes de B. Starck dans sa thèse aux pages 384 à 387.

657. Pour ce faire, il convient d'identifier la nature du principe de prévention proportionnelle par comparaison à celle du principe de réparation intégrale (§1) avant de rechercher si leurs sources sont communes (§2).

§1. L'identification de la nature du principe de prévention proportionnelle

658. Le principe de réparation intégrale est un principe juridique ayant une fonction réparatrice et un caractère intégral. Comparativement, rechercher la nature (A), la fonction et le caractère (B) du principe de prévention proportionnelle est-il pertinent ?

A. Le principe de prévention proportionnelle, un principe d'interprétation

659. Afin de savoir s'il s'agit d'un principe juridique (2), il est nécessaire de rechercher au préalable ce qu'il recouvre juridiquement (1).

1. Le contenu du principe de prévention proportionnelle

660. Il est important de bien cerner la nature du principe de prévention proportionnelle. Est-elle identique à celle du principe de réparation intégrale ? Autrement dit, le principe de prévention proportionnelle recouvre-t-il également un droit (b) et une technique d'évaluation judiciaire (a) ?

a. la technique de prévision judiciaire du dommage

661. La teneur de la technique de prévision du dommage. Le principe de prévention proportionnelle est d'abord un principe d'évaluation judiciaire. En d'autres termes, ce principe énonce une maxime d'interprétation judiciaire pour évaluer d'une manière préventive le dommage. Les maximes ou les directives d'interprétation sont connus de la doctrine¹⁶³⁶ mais celle de la prévention du dommage n'a semble-t-il jamais été mis en évidence. En ce sens, *le principe de prévention proportionnelle signifie qu'il existe une technique d'évaluation judiciaire du dommage consistant dans la prévention de sa réalisation et de ses conséquences*. En effet, lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage, la technique d'évaluation judiciaire ne réside pas uniquement dans le calcul d'une indemnité octroyée à la victime. Lorsque c'est le cas, l'évaluation faite avant la survenance du dommage se particularise par une prévision soumise à vérification ultérieure. On peut noter en effet que l'indemnisation du dommage peut toujours être révisée et n'est que provisoire quand elle réside dans une pré-évaluation. C'est le cas des dommages et intérêts provisionnels par exemple. Le principe de réparation intégrale permet déjà cela, non sans déformation de la notion de réparation. Lorsque ce n'est pas le cas, c'est-à-dire

¹⁶³⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989. Les auteurs dégagent du droit belge un ensemble de directives d'interprétation telles que l'intention du législateur, le sens clair, le sens stricte, etc... et en induisent une théorie descriptive qui les classe en trois groupes : les directives linguistiques et le recours aux travaux préparatoires ; les directives fonctionnelles et téléologiques, et les directives systémiques.

lorsque l'évaluation du dommage ne conduit pas à une indemnité, la technique judiciaire consiste à prévoir ce que sera la nature et l'ampleur du dommage à fin de l'anticiper, de le dissuader, de le faire cesser ou de le réparer.

662. L'appartenance des techniques d'évaluation judiciaire aux méthodes d'interprétation.

Il reste néanmoins à démontrer qu'une telle technique appartienne effectivement aux méthodes ou directives d'interprétation. De prime abord, la solution inverse s'impose. En effet, *on désigne par méthode d'interprétation soit les arguments échangés lors d'une discussion en droit en ce qu'ils sont des lieux rhétoriques soit les techniques d'interprétation*, c'est-à-dire « les rapports formels, d'ordre syntaxique ou sémantique, entre un texte et son interprétant. (...) En termes plus classiques, les techniques d'interprétation désignent les divers moyens de passer du sens premier d'une expression à un sens second, dit figuré »¹⁶³⁷. Or, la technique que nous visons renvoie à l'appréhension des faits par le juge et non à l'interprétation d'une norme. Donc, les méthodes d'interprétation n'ont pour seul objet que les normes et ne peuvent accueillir notre technique d'évaluation judiciaire du dommage. Cette solution première doit être rejetée car elle sépare nettement la norme des faits. L'exercice judiciaire ne consiste-il pas précisément à les faire se confronter ? Selon nous, la découverte d'une technique de prévision du dommage illustre l'existence d'une méthode parallèle à la méthode d'interprétation des normes. Si la seconde consiste à positionner le magistrat face à la norme en adoptant telle type ou telle autre type d'interprétation, c'est à la condition, parallèle, que l'interprétation de la norme ait un objet empirique également déterminé. L'interprétation de la norme à appliquer n'est possible que si l'objet de la norme interprétée pour résoudre le cas d'espèce est lui-même évalué. Selon nous, *la technique d'évaluation stricte de l'indemnité au sein du principe de réparation intégrale et la technique de prévision du dommage au sein du principe de prévention proportionnelle assurent cette détermination de l'objet du litige et incidemment sont deux techniques d'interprétation parallèles et concomitantes, voir préalables, aux techniques d'interprétation des normes*¹⁶³⁸.

663. Les manifestations d'une technique de prévision du dommage. A quoi peut-on voir qu'il existe une telle technique ? Quelles sont les manifestations laissées par ce principe innommé ? Deux manifestations peuvent être découvertes à partir de nos manifestations préventives de la responsabilité civile. La première a été donnée à voir lors de l'étude du contentieux des médicaments défectueux¹⁶³⁹. Afin de déterminer si le médicament est défectueux, les magistrats effectuent un *bilan coût / avantage*. Ce calcul met bien en lumière l'existence d'une technique de prévision du dommage. En effet, cette opération consiste à prévoir l'ampleur du dommage causé par le médicament compte tenu du risque d'effet secondaire et de l'avantage qu'il prodigue par son principe actif. Si la balance penche du côté du risque alors le médicament est dit défectueux. Autrement dit, on peut prévoir que les dommages seront d'une réalité juridiquement établie et d'une ampleur importante. La seconde trace d'une technique de prévision du dommage se cache

¹⁶³⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, coll. "Penser le droit", 2^e éd., 2007, n° 288, pp. 596-597.

¹⁶³⁸ Ce pressentiment sera conceptualisé par la théorie de la mise en effet des normes. Cf. *infra*, n° 716-739.

¹⁶³⁹ Cf. *supra*, n° 70.

sous la méthode judiciaire de la *pondération des intérêts*¹⁶⁴⁰. Notre étude de droit positif a également mis en lumière cette méthode notamment à propos des atteintes au droit de la presse, de l'expression et plus largement de la vie privée¹⁶⁴¹. Comment le juge procède-t-il pour déterminer la possibilité du dommage ? Là encore, il faut faire appel à l'image de la balance. Souvent s'affrontent dans ses plateaux la liberté, d'une part, et la sécurité, d'autre part, dont le déséquilibre en faveur de l'une ou de l'autre permettra de prévoir un dommage. Les faits en eux-mêmes, ne s'étant pas encore accomplis dans nos exemples de manifestations préventives, ne permettent à eux seuls d'emporter la solution du litige. Au contraire, il convient de délibérer au sens propre, c'est-à-dire sans donnée empirique mais par une prédiction juridique en pesant les intérêts en présence¹⁶⁴². *Ces deux manifestations attestent de l'existence d'une technique judiciaire de prévision de la réalisation du dommage et de l'opportunité d'en rendre compte juridiquement.* Ces manifestations démontrent que l'équilibre n'est pas encore détruit entre les intérêts en présence ou entre les coûts et les avantages dans la mesure où les faits ne sont pas accomplis. Si l'équilibre n'est pas détruit, que l'effet de la responsabilité civile n'est pas prononcé pour le rétablir, alors on ne peut que pointer du doigt cette technique qui permet de juger le dommage par prévision et non par compensation stricte.

La technique judiciaire de prévision de la réalisation du dommage illustre-t-elle un droit à la prévention du dommage ?

b. Le droit à la prévention du dommage

664. Droit subjectif à réparation intégrale. Le principe de réparation intégrale repose sur un droit à réparation intégrale du préjudice subi. Ce droit est reconnu et a une valeur constitutionnelle. Il fait du principe de réparation intégrale, un principe normatif. Ce droit est d'une importance telle que nous avons préalablement montré qu'il occultait au sein du principe, la technique d'évaluation stricte de l'indemnité à octroyer. Nous avons mis en évidence une autre technique d'évaluation judiciaire. Cette autre technique s'accompagne-t-elle également d'un droit ?

665. L'impossible droit subjectif à prévention du dommage. Un premier constat s'impose. Il n'existe pas en droit positif le pendant préventif au droit à réparation intégrale. Néanmoins, existe-t-il un droit subjectif à la prévention du dommage ? Deux éléments peuvent aider dans cette voie.

¹⁶⁴⁰ Sur cette technique, B. FRYDMAN, *Le sens des lois, op. cit.*, chapitre VII, « Les modèles sociologiques et économiques : le droit dans la balance des intérêts », pp. 422 et s., et *spéc.*, n° 217, pp. 455 et s. Egal. J. VAN COMPERNOLLE, "Vers une nouvelle définition de la fonction de juge : du syllogisme à la pondération des intérêts", in *Nouveaux itinéraires du droit, Hommages à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 495.

¹⁶⁴¹ Cf. *supra*, n° 32 et s.

¹⁶⁴² Pour une étude détaillée, G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2006, not., pp. 340 et s. sur la théorie de la pondération des intérêts. Egal. Sur le même thème du contrôle de l'expression, J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *Auteurs & Médias*, n° 2002/6, pp. 485-503.

665-1. *D'une part*, il convient de rappeler la constitutionnalité des principes de prévention et de précaution à travers la Charte de l'environnement adossée à la Constitution¹⁶⁴³. Non seulement la prévention des dommages est reconnue mais elle a valeur constitutionnelle¹⁶⁴⁴. On notera néanmoins que la Charte ne consacre pas de droit subjectif mais un *devoir de prévention*. La question s'est alors posée de savoir s'il pouvait y avoir conflit entre la norme générale de responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil et les obligations constitutionnelles de prévention et de précaution¹⁶⁴⁵. En effet, à travers l'examen de la loi relative au Pacte civil de solidarité, le Conseil Constitutionnel a donné valeur constitutionnelle au principe de responsabilité pour faute en le rattachant à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁶⁴⁶. Est-ce à dire que toute autre forme de responsabilité, ici préventive, ne pourrait qu'être contraire à la Constitution ? Il faut noter tout d'abord que leur champ d'application n'est pas le même. Les obligations de prévention et de précaution ne s'imposent qu'en responsabilité environnementale. Il convient ensuite de préciser que la responsabilité mise en œuvre par l'article 1382 est une responsabilité pour faute alors que les obligations de prévention et de précaution mettent en œuvre une responsabilité sans faute et sans dommage. Il résulte enfin de la décision du Conseil Constitutionnel que par la constitutionnalisation du contenu de l'article 1382 du Code civil c'est le principe de « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité »¹⁶⁴⁷ et non seulement la responsabilité pour faute. En d'autre terme, la valeur constitutionnelle est conférée à la responsabilité elle-même qui n'est pas exclusivement conçue par le Conseil Constitutionnel comme non préventive¹⁶⁴⁸. Toujours est-il que la responsabilité environnementale ne repose pas sur un droit à prévention du dommage mais sur une obligation de prévention ou de précaution.

665-2. *D'autre part*, l'absence de reconnaissance par le droit positif d'un droit subjectif à la prévention du dommage n'éluide pas l'existence d'un *droit général de prévention*. Telle est la

¹⁶⁴³ V. les articles 3, 4 et 5 de la Charte de l'environnement ayant valeur constitutionnelle depuis la loi n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *J.O.*, 2 mars 2005.

¹⁶⁴⁴ Sur la constitutionnalité des normes de la responsabilité civile, S. DION LOYE, « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », *LPA*, 29 juillet 1992, n° 91, p. 11 ; N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Lille, 1996, tome I, Paris, LGDJ, 1997, *spéc.* pp. 78 et s. ; Ch. RADE, « Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *LPA*, 8 sept. 1995, n° 108, pp. 4 et s. ainsi que « Liberté, égalité, responsabilité » dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, octobre 2003-mars 2004, n° 16, p. 111 ; Ph. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », in *La responsabilité pour faute*, Actes du colloque du 17 janvier 2003, *RCA*, juin 2003, p. 37.

¹⁶⁴⁵ Sur ce point, v. D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008, n° 821 et s., pp. 532 et s.

¹⁶⁴⁶ N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel », *JCP*, G., 2000, I, 210.

¹⁶⁴⁷ Termes employés par le Conseil Constitutionnel, Déc. N° 99-419, D.C., 9 novembre 1999 relative à la loi sur le Pacte Civil de Solidarité.

¹⁶⁴⁸ En ce sens, D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th., préc.*, n° 824, p. 537.

démarche que Starck a poursuivi dans sa thèse en rattachant sa théorie de la garantie au droit à la sécurité. Selon l'auteur, le dommage résulte de « la violation du droit à la sécurité qui appartient à chacun de nous »¹⁶⁴⁹. Or, la violation des obligations environnementales de prévention et de précaution n'entraîne-t-elle pas une atteinte à la sécurité des personnes et aux biens dont la responsabilité consiste en ce cas à l'anticiper ? Sous cet angle, le droit à la prévention du dommage serait un pan du droit à la sécurité. Si cette hypothèse est crédible, elle repose sur la notion de droit subjectif qui est incompatible avec la diversité des victimes d'une responsabilité sans dommage. En effet, les manifestations préventives que nous avons répertoriées peuvent concerner des choses dépourvues de personnalité juridique comme les générations futures auxquelles il semble peu opportun de conférer des droits subjectifs actuels¹⁶⁵⁰. Une responsabilité sans dommage pose ainsi le problème du titulaire du droit en cause. Il est néanmoins possible d'outrepasser cet obstacle. M. Christophe Radé plaide en ce sens pour reconnaître un *droit à la sûreté* en responsabilité civile, qui ne serait pas un droit subjectif, mais un droit fondamental¹⁶⁵¹. En effet, le droit à la sûreté est déjà juridiquement reconnu par des textes fondamentaux comme l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁶⁵², l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶⁵³, et l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶⁵⁴. L'auteur soutient alors que ce droit fondamental serait invocable entre particuliers devant les tribunaux et que sa promotion aurait « pour but de combler les lacunes du système existant et de permettre à la victime d'un dommage qui ne serait pas autrement réparable d'obtenir satisfaction. En d'autres termes, son application doit être subsidiaire »¹⁶⁵⁵. Autant dire que notre étude rejoint cette proposition. Mais force est de constater qu'il ne s'agit pas d'un constat *de lege lata* mais d'une proposition *de lege ferenda*.

Au sortir de ces deux pistes, *il nous apparaît impossible de reconnaître l'existence d'un droit subjectif à la prévention du dommage*, d'une part, parce qu'un tel droit n'existe pas en tant que tel et, d'autre part, parce qu'aucun droit subjectif, pas même le droit à la sécurité, ne peut fonder une responsabilité sans dommage. En revanche, il se dégage de cette conclusion une ouverture. C'est à travers le problème que pose le titulaire du droit en cause que la solution peut venir.

666. Le devoir de prévention du dommage. Une responsabilité sans dommage ne peut reposer sur un droit subjectif car ce dernier renvoie précisément au détenteur de ce droit qui serait

¹⁶⁴⁹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. préc., p. 39.

¹⁶⁵⁰ E. SEBILEAU, *Généralités futures et droit privé*, th., Orléans, 2008.

¹⁶⁵¹ CH. RADE, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2-Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté", *D., chron.*, 1999, 323.

¹⁶⁵² Art. 3 : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sûreté de sa personne ». Rappelons que cette déclaration n'a pas force obligatoire.

¹⁶⁵³ Art. 5-1°. « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ».

¹⁶⁵⁴ « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne ».

¹⁶⁵⁵ Ch. RADE, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté", *art. préc.*, n° 9.

victime d'une atteinte à son endroit, autrement dit d'un dommage. Il convient alors de proposer que *le principe de prévention intégrale ne repose pas sur un droit à la prévention du dommage mais sur un devoir de prévention du dommage*. Telle proposition consiste à identifier le fondement de la responsabilité sans dommage dans l'illicéité. L'illicéité peut être conçue de deux manières différentes. Dans une conception objective, l'illicéité est ce qui est contraire au droit. Dans une conception subjective, l'illicéité est ce qui est sans droit. M. Darbellay, présentant ces deux conceptions, démontre que l'illicéité objective se déduit des conséquences de l'acte commis¹⁶⁵⁶. Autrement dit, elle se confond avec le dommage¹⁶⁵⁷. Au contraire, l'illicéité est dite subjective lorsqu'elle fait référence à son auteur. L'illicéité subjective se présente alors comme la violation d'une norme de responsabilité considérée du point de vue de son auteur et sans référence à la victime ou au dommage¹⁶⁵⁸. « Tandis, en effet, que la conception objective de l'illicéité implique de reconnaître l'existence de droits subjectifs, la théorie subjective de l'illicéité permet précisément de concevoir l'existence d'un droit d'action indépendamment de la lésion d'un droit subjectif »¹⁶⁵⁹.

667. Le droit à la prévention du dommage : un droit d'action. Avec la conception subjective de l'illicéité apparaît alors la véritable nature du droit à la prévention du dommage contenu dans le principe de prévention proportionnelle. Ce dernier repose non pas sur un droit subjectif tel que le principe de réparation intégrale mais sur un droit d'action. Tel que le présente M. Darbellay, « si tout droit véritable est muni d'un droit d'action, le droit d'action, en revanche ne postule pas toujours l'existence d'un droit subjectif »¹⁶⁶⁰. C'est notamment le cas de la possession mais également de la prévention du dommage. L'auteur cite M. von Tuhr pour qui la transgression d'une injonction se résout en la réparation du dommage patrimonial causé, qu'il y ait ou non un droit subjectif. *Le principe de prévention proportionnelle repose ainsi non sur un droit subjectif à prévenir le dommage mais sur un droit d'action en vue de prévenir le dommage par l'engagement de la responsabilité civile.*

2. La qualification de principe du principe de prévention proportionnelle

668. La qualification de principe. Pour autant, cette technique d'évaluation judiciaire peut-elle être qualifiée de principe juridique ? Un principe juridique recouvre toujours un droit et une

¹⁶⁵⁶ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg, Editions Universitaires, 1955, n° 24. Sur l'illicéité et la responsabilité civile, J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, LGDJ, 1952 ; J. LIMPENS, "La faute et l'acte illicite en droit comparé", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, t. II, 1963, pp. 723 et s. ; G. MARTY, "Illicéité et responsabilité", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 339 et s. ; M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973. Egal. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t.71, préf. R. BOUT et avant propos PH. Le TOURNEAU, 2008.

¹⁶⁵⁷ En ce sens, M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 28.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, n° 25.

¹⁶⁵⁹ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, th. préc., n° 850, p. 551.

¹⁶⁶⁰ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, th. préc., n° 74.

obligation, tout comme une règle juridique. Contrairement à une règle de droit, le principe peut ne pas être visé par la loi. Dans ce cas, il est découvert par la jurisprudence. La véritable différence réside dans la structure de la norme. *Si la règle et le principe sont tous deux normatifs, la première renferme les conditions de son application tandis que le second ne contient que l'objectif à poursuivre – libre à l'interprète de retenir son application ou non par pondération des intérêts en présence généralement mus par plusieurs principes en contradiction*¹⁶⁶¹. Autrement dit, la règle de droit a une structure hypothétique : si telle condition est remplie, tel effet est appliqué par la règle. Le principe juridique ne présente pas une telle structure. Il renferme seulement une finalité susceptible d'être mise en place ou non. Incidemment, la différence entre règle et principe n'est qu'une différence structurelle et non essentielle. Pour cette raison, les directives, maximes et règles d'interprétation judiciaires ne sont pas qualifiées de principes ni de règles car elles ne renferment ni droit ni obligation. Ce sont des techniques. M. Morvan le soutient dès les premières pages de sa thèse sur le principe en droit privé. Selon l'auteur, « les règles, méthodes, arguments ou maximes d'interprétation ont trop souvent été parés du titre de « principes d'interprétation »¹⁶⁶². L'affirmation est fondée sur l'absence de qualité normative de ces faux principes. M. Rousseau est cité à l'appui de cette prétention : « retenir parmi les principes les règles d'interprétation, c'est là confondre les règles juridiques avec les règles du raisonnement logique, les principes généraux du droit avec les règles de logique formelle. Les principes d'interprétation relèvent de l'art de juger, c'est-à-dire de la méthodologie des traités »¹⁶⁶³.

669. Critique de la qualification traditionnelle du principe. Cette position ne tient pas compte de la particularité des principes de réparation intégrale et de prévention proportionnelle. D'ailleurs, les pages consacrées par M. Morvan au principe de réparation intégrale attestent de la réduction de ce dernier au seul droit à réparation intégrale et font fi de la technique d'évaluation du préjudice sur lequel il repose¹⁶⁶⁴. Or, nous avons montré que le droit subjectif à la réparation de son préjudice nécessite une évaluation stricte de ce dernier. *Il n'est dès lors pas soutenable d'affirmer une séparation nette entre les principes normatifs et les règles d'interprétations. Le principe de réparation intégrale tout comme le principe de prévention proportionnelle sont des principes normatifs en ce qu'ils reposent sur un droit ou sur une obligation et sont également des principes d'interprétation en ce qu'ils énoncent une méthode d'évaluation du préjudice pour le premier et de prévision du dommage pour le second.* A dire vrai, la séparation nette et binaire entre les principes de logique et les principes normatifs sont l'illustration d'une doctrine vieillissante déniait la qualité de créateur de droits à la jurisprudence. Elle refuse à considérer qu'une norme puisse naître d'une interprétation. Au contraire, les méthodes ou techniques d'évaluation du préjudice accompagnant les droits et devoirs de réparation du préjudice et de prévention du dommage démontrent l'illusion d'une normativité restreinte à la légalité.

¹⁶⁶¹ Nous faisons référence à la distinction opérée par R. Dworkin entre règle et principe. V. not. R. DWORKIN, "Le positivisme", *Droit et société*, 1, 1985, pp. 31 et s., *spéc.*, p. 79 ; et R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, coll. "Léviathan", 1995, pp. 82 et s.

¹⁶⁶² P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, coll. "Droit privé", préf. J.-L. SOURIOUX, 1999, n° 38, p. 38.

¹⁶⁶³ CH. ROUSSEAU, *Droit international public*, Dalloz, 3^e éd., vol. n° I, 1970, n° 299, pp. 377-378.

¹⁶⁶⁴ P. MORVAN, *Le principe de droit privé, th. préc.*, n° 203, 218, 379, 403, 449, 472-473, 487-2, 641.

670. Le type de principe. Le principe de prévention proportionnelle, tout comme le principe de réparation intégrale, est un principe d'un genre particulier. C'est à la fois un principe normatif et un principe logique. Cela est dû au fait que ce sont des principes du droit de la responsabilité civile tournés vers ses effets. La distinction entre les *principes sanctionnant un fait générateur* de responsabilité et les *principes gouvernant les effets de la responsabilité* a été proposée par Mme Mathilde Boutonnet¹⁶⁶⁵. L'auteur classe parmi le premier groupe de principes les traditionnels principes du fait personnel, du fait d'autrui, et du fait des choses. Ces principes se différencient de celui de la réparation intégrale, du trouble anormal de voisinage ou encore de l'abus de droit, selon l'auteur, parce qu'ils sont étrangers à la cause du préjudice, à savoir la faute ou le risque. Pour notre part, si nous reprenons la distinction, nous ferons une différence entre le principe de réparation intégrale et les autres principes cités par l'auteur dans la seconde catégorie. En effet, si l'abus de droit et le trouble anormal de voisinage ne sont fondés ni sur une faute ni sur un risque, ils n'en sont pas moins attachés à l'idée d'un fait générateur. De toute autre nature est le principe de réparation intégrale qui commande seulement aux magistrats de ne réparer que le préjudice mais tout le préjudice. Au sens strict, c'est bien un principe qui gouverne les effets de la responsabilité civile quels qu'ils soient. Au côté de ce principe, il existe ainsi un principe adjacent qui commande au juge d'établir, lorsque c'est possible, c'est-à-dire lorsque le dommage n'est pas actuel, une prévision de l'anticipation, de la dissuasion, de la cessation, ou du rétablissement. Voici ce qu'il convient maintenant de développer.

B. La finalité préventive et le caractère intégral du principe de prévention proportionnelle

671. Que recouvre la prévention dans le principe de prévention proportionnelle (1) et en quoi n'apparaît-il pas intégral seront nos deux questionnements.

1. La finalité préventive du principe de prévention proportionnelle

672. Il n'est pas possible de regrouper les limites et exceptions du principe de réparation intégrale au sein d'un principe qui aurait une fonction préventive au sens strict. Davantage qu'une fonction, le principe de prévention proportionnelle présente une finalité (a) dont la prévention doit être entendue largement (b).

a. Le principe téléologique de la prévention proportionnelle

673. Une finalité et non une fonction. Le principe de réparation intégrale a pour fonction d'évaluer strictement l'indemnité réparant le préjudice souffert. Cette évaluation stricte l'empêche de sous-estimer, de surestimer et de pré-estimer l'indemnité. Ce faisant, il assure véritablement une fonction, c'est-à-dire qu'il se présente comme un outil servant à un usage

¹⁶⁶⁵ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 444, préf. C. THIBIERGE, 2005, n° 346 et s., pp. 173 et s.

particulier. Peut-on par mimétisme dupliquer ce constat pour le principe de prévention proportionnelle? Pour y parvenir, il faudrait concevoir que le principe de prévention proportionnelle a pour fonction la prévision du dommage. Or, les limites au principe de réparation intégrale qui constituent le contenu du principe de prévention proportionnelle ne tendent pas identiquement à la prévention du dommage. Il peut s'agir de dissuasion de sa commission (dommages et intérêts punitifs), de cessation de son renouvellement dans l'avenir (cessation de l'illicite), d'anticipation de son avènement (mesure d'anticipation) ou d'évitement de sa réalisation (mesure conservatoire) ou de ses conséquences (mesure de rétablissement). Le caractère préventif qui s'induit de ces sanctions est polymorphe. Contrairement aux sanctions réparatrices qui se réduisent à un type, les dommages et intérêts, ayant une nature indemnitaire¹⁶⁶⁶, les sanctions préventives sont hétéroclites et ce qu'elles partagent ne se réduit pas à une unique fonction. D'ailleurs, le deuxième chapitre de cette thèse a montré l'existence d'une réparation anticipée des conséquences du dommage à laquelle on ne saurait dénier de caractère préventif. Autrement dit, il peut y avoir de la prévention au cœur même de la réparation. On ne peut alors admettre que la prévention soit une fonction unique compte tenu de l'hétérogénéité des sanctions préventives¹⁶⁶⁷.

Si les sanctions préventives ont en commun la prévention sous des formes différentes, il n'est pas possible selon nous de dire qu'elles sont le fruit d'un principe d'interprétation qui a pour fonction la prévision du dommage. S'il ne s'agit d'une fonction, de quoi s'agit-il? La fonction avons-nous dit est liée à l'outil, à ce qui sert. Elle se résume aux moyens. Or, les sanctions préventives regroupent différents moyens pour parvenir à la prévention du dommage. Leur point commun se situe alors au niveau de leur fin. Elle partage la prévention en tant que finalité juridique et non en tant que fonction¹⁶⁶⁸.

674. Un principe d'interprétation téléologique. *Ainsi, le principe de prévention proportionnelle est un, est cohérent, à raison d'une finalité commune aux fonctions qu'il met en œuvre.* Cette découverte se rattache aisément à la nature du principe. C'est un principe d'interprétation disions nous précédemment. Nous pouvons ici préciser de quel type d'interprétation il s'agit. *Le principe de prévention proportionnelle est un principe d'interprétation téléologique.* Il met en œuvre la finalité préventive du droit de la responsabilité civile par une technique judiciaire de prévision du dommage au niveau de sa réalisation ou de ses conséquences. Comment opère-t-il? Puisque ce principe est innomé, induit seulement par un raisonnement doctrinal, quelles sont ses manifestations dans le droit positif?

¹⁶⁶⁶ Voir notre analyse, *supra*, n° 233 et s.

¹⁶⁶⁷ Ceci rejoint notre découverte philosophique selon laquelle la prévention n'est pas un moyen mais pure téléologie, Cf. *supra*, n° 624.

¹⁶⁶⁸ La distinction entre fonction et finalité concerne ici le droit de la responsabilité en lui-même et non ses actions en justice. Mme Boutonnet distingue à ce niveau fonction et finalité des actions en responsabilité en ces termes : « Il existe, en effet, une différence entre la finalité et la fonction d'une action en responsabilité civile. La finalité constitue le but officiel de l'action, ce que peut demander et obtenir officiellement la victime devant le juge, alors que la fonction d'une action en responsabilité civile émane du regard que la doctrine porte que la société, les victimes et les auteurs, et en induit ses multiples fonctions », M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 630, p. 303.

675. Les manifestations de la finalité préventive du droit de la responsabilité civile. Il oriente certaines fonctions de la responsabilité civile (fonction de peine privée, fonction de cessation de l'illicite, fonction de rétablissement, etc.) par sa technique de prévision du dommage dans le but d'en prévenir la réalisation ou ses conséquences. *La sanction préventive apparaît alors comme le fruit d'une interprétation téléologique dont la finalité est la prévention du dommage mise en œuvre par des moyens divers.* Prenons l'exemple de la fonction de cessation de l'illicite. Cette fonction mise en lumière par M. Bloch a pour tâche de rétablir la licéité en empêchant le renouvellement d'un trouble illicite. A proprement parler, il n'est point question de prévention. On ne saurait pour autant dénier l'effet préventif que peut entraîner une mesure de cessation du trouble. La prévention n'est donc pas le moyen mais la fin de cette fonction. Lorsque le trouble n'est pas encore constitué, son fait anormal ou illicite étant encore à l'état de projet, comme ce peut être le cas d'un manuscrit potentiellement diffamant avant sa publication, la mesure de cessation apparaît comme une véritable mesure d'anticipation de la réalisation du dommage. Comment concevoir que cette fonction de cessation de l'illicite, fondée ici en droit sur les articles 808 ou 809 du Code de procédure civile, agisse alors que le fait générateur n'est pas actuel ? Par quel moyen cette mesure est-elle étendue dans ces cas si ce n'est par l'objectif de prévention du dommage, réalisé par une technique de prévision de ses effets ? A travers cet exemple, on perçoit que le principe de prévention proportionnelle prévoit l'ampleur du dommage en interprétant les faits dans l'avenir de leur avènement dans le but de prévenir sa réalisation ou ses conséquences.

La prévention se présente alors comme une finalité du droit revêtant plusieurs sens. Elle est entendue de manière large.

b. Le sens large de la prévention mise en œuvre par le principe

676. La non-convenance du sens strict de la prévention. S'il n'existe pas de fonction préventive mais une finalité, c'est que la prévention est une fin et non un moyen. C'est une fin qui est mise en œuvre par différents moyens faisant tous appel au principe de prévention proportionnelle. *La prévention se réalise au pluriel ; elle est constituée de multiples dimensions.* Autrement dit, le sens littéral de la prévention est trop strict pour décrire les manifestations préventives de la responsabilité civile. Entendue communément comme « un ensemble de mesures destinées à éviter un événement »¹⁶⁶⁹, la prévention ne concernerait que les mesures d'anticipation en droit de la responsabilité civile.

677. Le sens large de la prévention du principe de prévention proportionnelle. Au contraire, le recensement des manifestations préventives de la responsabilité civile a fait apparaître un caractère préventif aux mesures de cessation, de rétablissement, de remise en état, de réparation, et de peine privée. Le spectre de la prévention en responsabilité civile est donc large. Au début du spectre, la prévention est concrète et renvoie au sens strict communément admis. Il s'agit d'éviter la réalisation d'un dommage. A l'autre bout du spectre, la prévention est abstraite et

¹⁶⁶⁹ Trésor de la langue française informatisé, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

renvoie aux mesures qui dissuadent de commettre par principe un dommage. La finalité préventive du principe de prévention proportionnelle s'évince de toutes les fonctions du droit de la responsabilité civile. Elle a donc plusieurs dimensions :

- Anticipation
- Cessation
- Conservation
- Réparation anticipée
- Rétablissement
- Dissuasion

Cette acception de la prévention est due au caractère proportionnel du principe de prévention proportionnelle.

2. La nature proportionnelle du principe de prévention proportionnelle

678. Rappel du caractère intégral du principe de réparation intégrale. Le principe de réparation intégrale présente un caractère intégral diversement interprété par la doctrine. « Trois interprétations du caractère intégral de la réparation sont possibles : celui-ci peut signifier que la réparation s'entend de tout le dommage mais du seul dommage, que la réparation doit couvrir l'intégralité des préjudices subis par la victime ou encore qu'elle doit être équivalente à l'entier préjudice subi par la victime »¹⁶⁷⁰. Dans tous les cas, la mesure de la réparation s'effectue exclusivement par rapport au(x) préjudice(s) souffert(s). Le principe de réparation intégrale repose sur un référent unique pour mettre en pratique sa technique d'évaluation du dommage et pour mettre en œuvre sa fonction de réparation du dommage.

679. Absence de caractère intégral du principe de prévention proportionnelle. Le principe qui gouverne le prononcé des sanctions préventives n'a pas un objet unique. Son évaluation porte sur le fait dommageable non encore commis, le dommage non survenu et le préjudice non constitué. Le principe de prévention proportionnelle ne vise pas à évaluer un objet mais à prévenir les conséquences d'une situation à différents stades de son évolution. Ce principe n'a donc pas de caractère intégral car il n'a pas de référent objectif, de donné existant. Il ne repose pas sur un objet mais développe une projection. Il établit un rapport possible dont l'issue nécessite ou non le prononcé d'une sanction préventive.

680. Caractère proportionnel du principe de prévention proportionnelle. Quel est ce rapport ? Le principe de réparation intégrale établit un rapport réel et direct entre l'indemnité à évaluer et le préjudice souffert. Le principe qui préside à la sanction préventive prévoit le meilleur rapport entre les conséquences potentielles d'une situation et les mesures propres à les éviter. Il s'agit donc d'un rapport fictif qui projette la meilleure mesure à réaliser en proportion des conséquences possibles de la situation. La réparation intégrale ne présente pas ce rapport. Au contraire, elle fixe une indemnité totale et définitive qui épuise entièrement l'évaluation juridique nécessaire. Elle n'établit pas une proportion mais une totalité. Autrement, dit, le caractère

¹⁶⁷⁰ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 14, p. 37.

intégral postule la réalisation de l'objet de la réparation, ce qui est incompatible avec le principe de prévention proportionnelle.

681. Cumul des sanctions préventives et caractère proportionnel. Le principe gouvernant les sanctions préventives apparaît ainsi être un principe de prévention proportionnelle. Ce caractère proportionnel peut conduire au prononcé de plusieurs sanctions préventives. Par exemple, pour une action en concurrence déloyale, une mesure d'anticipation peut être ordonnée, accompagnée d'une mesure dissuasive¹⁶⁷¹. Si l'efficacité n'est pas au rendez-vous, une mesure de cessation pourra faire suite accompagnée d'une mesure de réparation en nature, par exemple¹⁶⁷². Ces hypothèses fréquentes de cumul des sanctions préventives ne conduit pas à une forme de prévision intégrale, totale de la situation. Il s'agit simplement d'un souci d'efficacité. Du reste, le cumul des indemnités est également permis avec le principe de réparation intégrale. Toutefois, la différence est de taille ; le cumul des sanctions réparatrices ne doit pas dépasser l'évaluation du préjudice souffert tandis que le cumul des sanctions préventives leur permet de se surajouter les unes aux autres.

Le principe gouvernant le prononcé des sanctions préventives est ainsi identifié. Il s'agit d'un principe d'interprétation téléologique fondé sur un droit d'action et présentant un caractère proportionnel. Ce caractère proportionnel nous met sur la piste de l'origine de ce principe.

§2. L'identification de l'origine du principe de prévention proportionnelle

682. La doctrine ayant étudié le principe de réparation intégrale et la prévention en responsabilité civile retrace leur origine dans la conception aristotélicienne du droit (A). Si tel point de vue est insuffisant pour le principe de prévention proportionnelle, il nous permettra néanmoins de nous orienter vers une voie plus prometteuse (B).

A. L'origine retracée dans la conception aristotélicienne du droit

683. La justice corrective et la prudence sont avancées par nombre d'auteurs pour identifier les sources du principe de réparation intégrale, pour la première, et de la prévention en

¹⁶⁷¹ Exemple d'une mesure d'interdiction accompagnée d'une astreinte, CA Paris, 18 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 372. V. également, J. CALVO, « Médicament, notion à contenu variable ? », *Gaz. Pal.*, 1987, 1, doctr., p. 476.

¹⁶⁷² Exemple d'une mesure de cessation du trouble illicite (enlèvement d'un stock de paille sèche), et de dommages et intérêts : Civ. 2^{ème}, 24 févr. 2005, *JCP*, G., 2005, II, 10100, note F.-G. TREBULLE ; *JCP*, G., 2005, I, 149, n° 6, obs G. VINEY ; *JCP*, G., 2005 I, 181, n° 5, obs. H. PERINET-MARQUET. Exemple d'une mesure de cessation du trouble (éloignement du « fairway », mise en place de grillages métalliques d'au moins quatre mètres de haut à chaque départ du trou n°2 d'un terrain de golf entraînant des dommages à des maisons voisines), accompagnée d'une mesure de réparation en nature (déplacement du « bunker ») : CA Grenoble, 22 mai 2000, *JCP*, G., 2001, IV, n° 1717 ; CA Montpellier, 5 nov. 2002, *JD* n° 241093 approuvé par Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 738, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2005, somm., p. 186, obs. D. MAZEAUD ; *RCA*, nov. 2004, comm. 336.

responsabilité civile pour la seconde. Ni l'une (1) ni l'autre (2) ne nous semble crédible, *a fortiori* pour le principe de prévention proportionnelle.

1. La remise en cause de l'origine du principe de réparation intégrale dans la justice corrective d'Aristote

684. La Justice corrective – source du principe de réparation intégrale. Si les manuels et traités du droit de la responsabilité civile n'établissent pas ce lien, plusieurs auteurs relient le principe de réparation intégrale à la justice corrective selon Aristote¹⁶⁷³. Selon l'*Ethique à Nicomaque* et son célèbre Livre V, « dans la justice corrective, le juste correspond à la proportion arithmétique »¹⁶⁷⁴. En tant que Justice, la justice corrective ou commutative consiste à donner la juste part qui est due à chacun lorsqu'il y a eu injustice contrairement à la justice distributive qui répartit abstraitement les parts de chacun selon une visée politique. Le principe de réparation intégrale semble directement visé par Aristote lorsqu'il exprime la Justice corrective en ces termes : « le juste dans les rapports qui ne sont pas établis de plein gré, c'est l'intermédiaire entre ce que l'on peut appeler un gain et une perte ; il consiste à posséder après l'échange un bien égal à celui que l'on possédait auparavant »¹⁶⁷⁵. Dès lors, *il n'est pas rare de lire que la source du principe de réparation intégrale se situe dans la conception aristotélicienne de la justice corrective*¹⁶⁷⁶.

685. Critique. Cette argumentation doit néanmoins être réfutée. Du fait de la traduction française du grec ancien, le doute ne peut être exclu d'une synonymie aristotélicienne entre la justice et le droit lui-même. A ce titre, il est important de ne pas sur-interpréter les propos d'Aristote par le contexte actuel qui n'était pas le sien. La lecture du professeur Michel Villey nous semble davantage éviter ce piège. Du reste, n'était-il pas le grand spécialiste de l'auteur ? En quelques pages de synthèse, *Le droit et les droits de l'homme*¹⁶⁷⁷ de Michel Villey rappelle la pensée juridique d'Aristote. Pour Aristote, le droit dérive du même terme grec employé dans l'*Ethique à Nicomaque* que celui de la justice : *dikaïosuné*. Le droit, à travers le terme *to dikaion*, est une acception de la justice. Autrement dit il n'y a pas de limite ou de distinction nette entre les deux notions. Plus encore, la distinction des deux types de justice par Aristote, la justice générale d'une part, et la justice particulière d'autre part, ne permet pas davantage de cerner le droit à travers le terme *to dikaion* qui figure dans l'une comme dans l'autre. Michel Villey écrit

¹⁶⁷³ C. DESPOTOPOULOS, "La notion de synallagma chez Aristote", *APD*, t. XIII, 1968, pp. 115 et s. ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.* ; P. KAYSER, "La Justice selon Aristote", *RRJ*, t. LXV, 1996, pp. 113 et s.

¹⁶⁷⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, traduit par R.-A GAUTHIER et J.-Y. JOLIF, Paris, Nauwelaerts, 1958, p. 131.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁶⁷⁶ En ce sens, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, th. préc.*, n° 84, p. 94, « Le principe impliquant que la réparation soit l'exacte mesure de l'entier préjudice subi par la victime constitue donc une véritable forme d'expression de la Justice commutative telle qu'Aristote l'a définie ». *Egal.*, n° 82, p. 91, « Cette conception de la Justice exprime l'idée d'une compensation intégrale et d'une certaine proportionnalité de la réparation au préjudice subi par la victime ».

¹⁶⁷⁷ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme* PUF, coll. "Quadrige grands textes", 2008, chap 4.

lui-même que dans les traductions ce terme « signifie du même coup le juste et le droit »¹⁶⁷⁸. C'est seulement par une interprétation du terme aristotélicien dans la droite ligne de Saint-Thomas que le « *to dikaion* » est rattaché à la justice particulière. Et par cette interprétation, Michel Villey met au jour la confusion répandue par la mauvaise traduction des termes *dikaion en tais dianomais* en justice distributive. « Cette traduction est trompeuse : elles tendraient à nous faire croire qu'il relèverait de la justice de faire entre tous un partage des richesses communes. J'ai vu récemment quelques théologiens développés, sous le couvert de la doctrine sociale catholique, cette fausse interprétation. Selon le texte d'Aristote, l'office du juge est de vérifier la justice de répartition préalablement opérée – nous ne savons pas trop par qui – mais point par le juge lui-même. Et elles ne pourront être égalitaires »¹⁶⁷⁹. Autrement dit, justice distributive et justice corrective ne se distinguent pas parce que l'une attribue une juste proportion à l'autre. Ceci est le fruit des deux justices car c'est la définition même de la justice. Si l'on veut continuer de traduire les termes aristotéliciens en justice distributive et justice corrective, il faut alors comprendre que la première est réservée aux parts distribuées par l'ordre des choses, ce qu'Aristote appelait la cosmologie, tandis que la seconde induit l'opération du juge pour remettre la part qui appartient à chacun en vertu de cette même cosmologie. Incidemment, la source du principe de réparation intégrale par la justice corrective tombe. Le terme *to dikaion* traduit tout le droit et l'idée de proportion n'est pas propre à la seule justice corrective. Dire que la justice corrective est la source du principe de réparation intégrale, c'est simplement dire que le principe est juridique, ressort du champ juridique, sauf à donner une fausse interprétation par une mauvaise traduction de l'œuvre aristotélicienne. Dès lors, la source du principe de réparation intégrale n'est absolument pas identifiée si ce n'est dans l'entier droit lui-même entendu par le prisme de la justice comme le conçoit exclusivement Aristote. D'une manière générale, selon nous, le recours à la pensée aristotélicienne sur le droit est le fruit d'une longue tradition doctrinale française qui n'est pas étrangère à une posture davantage idéologique que scientifique. Les contextes, celui de la Grèce antique et celui de la France du 21^e siècle, ne permettent pas de fonder la théorie du droit actuelle sur un auteur qui ne distingue pas le droit de la justice terminologiquement. Aristote saura toujours nous guider mais il convient à bien des égards de ne pas réduire l'évolution du droit depuis plus de 20 siècles en une théorie élaborée préalablement.

Pour ces raisons, on ne saurait poursuivre notre raisonnement mimétique et fonder le principe de prévention proportionnelle sur la notion aristotélicienne de Justice corrective. En revanche, échappe-t-on à l'impasse en recourant à la notion de prudence ?

2. L'impasse de l'origine du principe de prévention proportionnelle dans la prudence aristotélicienne

686. La prudence chez Aristote. Par un raisonnement analogue à celui du principe de réparation intégrale, la doctrine identifie l'origine de la prévention et de la précaution en

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 47.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, p.50.

responsabilité civile dans la notion aristotélicienne de la prudence¹⁶⁸⁰. En effet, Aristote présente une notion de prudence dont le commentaire connu de Pierre Aubenque a révélé toute la richesse¹⁶⁸¹. Là encore, la traduction est souvent mise en défaut et Aristote lui-même présente quelques incohérences dans l'utilisation du terme *phronésis* duquel la notion de prudence nous parvient. La confrontation des écrits d'Aristote montre que ce dernier utilise tantôt le terme *phronésis* dans son acception populaire tantôt dans son acception platonicienne tantôt dans un sens qui lui est propre. En tenant compte de ces aléas, il est démontré que la prudence est pour Aristote une vertu possédée seulement par une partie des hommes¹⁶⁸², à défaut d'être des Dieux¹⁶⁸³, qui leur permet dans des situations concrètes d'agir de manière juste sur le fondement d'une règle vraie. Cette vertu, vertu des vertus, n'est réalisable que par certains hommes dans le monde qui est celui des hommes, c'est-à-dire un monde contingent¹⁶⁸⁴. Autrement dit, la prudence démarque l'homme de Dieu habitant un monde absolu ou le choix n'existe pas. Contrairement à la sagesse qui porte sur le nécessaire et qui ignore ce qui naît et périt, la prudence porte sur le contingent, elle est variable selon les individus et les circonstances. Il faut entendre par cela qu'elle est le fruit d'une expérience et non d'un savoir. À travers ces remarques, on constate que la prudence n'est pas une notion théorique. D'ailleurs, en tant que vertu, on peut douter qu'elle soit une notion. En effet, le terme *phronésis* découle de *phronimos* c'est-à-dire l'homme capable de délibérations. Plutôt que de prudence, il faudrait alors parler du caractère prudent de l'homme lorsqu'il en vient à faire un choix suite à la délibération qu'exige la situation dans laquelle il se retrouve. Il faut néanmoins s'empresse d'ajouter que « le prudent n'est pas le pur empirique, qui vit au jour le jour, sans principe et sans perspective, mais il est l'homme de vue d'ensemble ; il reste à sa façon l'héritier du [prudent]¹⁶⁸⁵ platonicien, mais

¹⁶⁸⁰ Position tenue, entre autre, par les auteurs suivants : M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 546 et s. ; J.-J. SALOMON, *Survivre à la science, Une certaine idée du futur*, Albin Michel, 1999, *spéc.* p. 303 ; F. EWALD, « L'expérience de la responsabilité », in *De quoi sommes nous responsables ?*, sous la direction de T. Ferenczi, éd. Le Monde, 1997, pp. 11 et s., *spéc.*, p. 33 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 5^e éd., 2004, n° 650 ; C. GOUTEL, « Le principe de précaution : précaution, philosophie et droit », in Colloque organisé par l'Université d'Artois, *Les principes généraux du droit de l'environnement*, 17 et 18 mai 2001, actes publiés in *Droit de l'environnement*, juillet / aout 2001, n° 90, pp. 172 et s.

¹⁶⁸¹ P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, PUF, coll. "Quadrige, Grands textes", 4^e éd., 2004.

¹⁶⁸² « ... l'élaboration spontanée de la droite règle, mais réservé, durant leur vie, qu'à un petit nombre d'élus : les autres vivront peut-être sous la droite règle, mais ils ne seront pas la droite règle, que seul incarne le prudent. Le *phronimos* (homme prudent) reste donc bien, chez Aristote, l'héritier d'une tradition aristocratique, qui accorde à l'âme bien et un privilège incommunicable au vulgaire », *ibid.*, pp. 62, 63.

¹⁶⁸³ « Les vertus intellectuelles et morales et, en particulier, la vertu de prudence, qu'il résume toute, ne sont qu'un substitut, un pis allait, qui tache de retrouver, par lors des tours de la délibération, les biens que les hommes fortunés reçoivent immédiatement des dieux », *ibid.*, p. 73. « Aussi bien ce n'est pas seulement par la bonne fortune qu'on réussit, mais par la prudence et la vertu. Certes il vaudrait mieux être guidé par Dieu, et n'avoir pas à être prudent ni vertueux ; mais, à défaut de bonne fortune, il reste que l'homme ne doit compter que sur lui-même et qu'il le peut, puisque l'absence de bonne fortune ne s'y signifie pas la mauvaise fortune, mais une indétermination propice à l'action humaine », *ibid.*, p. 75.

¹⁶⁸⁴ « La prudence se meut dans le domaine du contingent, c'est-à-dire de ce qui peut être autrement qu'il n'est », *ibid.*, p. 65.

¹⁶⁸⁵ Le terme ici traduit est en grec dans le texte.

ce qu'il voit est une totalité concrète – le bien total de la communauté ou de l'individu –, et non cette totalité abstraite et, selon Aristote, irréaliste qu'était le monde platonicien des Idées »¹⁶⁸⁶. L'expérience qui fait la prudence est donc à mi-chemin entre le particulier et l'universel. En ce sens, l'expérience est déjà connaissance non par la répétition indéfinie du particulier mais en tant que « savoir vécu plus qu'appris, profond parce que non déduit, que nous reconnaissons à ceux dont nous disons qu'ils ont de l'expérience »¹⁶⁸⁷.

687. Délibération et choix. La vertu de la prudence acquise par l'expérience permet l'action grâce, d'une part, à la délibération, et d'autre part, au choix qui en résulte. La délibération n'est pas une notion éthique ; « elle consiste à rechercher les moyens de réaliser une fin préalablement posée. Elle est alors l'analyse régressive des moyens à partir de la fin, à la façon dont, en mathématiques, on procède à la construction d'une figure : on part de la figure supposée construite, ou de la fin supposée acquise, et on se demande quelles en sont les conditions »¹⁶⁸⁸. La délibération porte donc sur les moyens et non sur la fin qui est connue et recherchée. Le temps de la délibération est celui du présent en ce qu'il se projette dans l'avenir. Il ressort bien de l'œuvre d'Aristote qu'elle est une prévision soumise aux vicissitudes du monde contingent, et de la qualité du raisonnement du prudent. Mais cette délibération serait perpétuelle sans la volonté d'y mettre un terme par un choix, « le meilleur parti à prendre, c'est-à-dire, étant entendu qu'on veut toujours le bien, la meilleure combinaison possible compte tenu des circonstances et des obstacles, tels que nous pouvons les connaître ou les prévoir »¹⁶⁸⁹. L'esprit de décision succède ainsi à l'esprit de prévision et marque les deux temps de la prudence.

688. Impasse. Ce résumé de la prudence aristotélicienne n'est pas sans connexion avec le principe de prévention proportionnelle. Il s'agit bien de prévoir par un choix rationnel le sort d'une situation problématique. Il nous semble cependant très important d'insister sur le fait que les notions qu'il développe sont inséparables de ses fondements philosophiques. Parce qu'elle est vertu, la notion de prudence s'inscrit dans une ontologie éthique mais qui se réalise, non sans paradoxe, par une herméneutique de l'agir¹⁶⁹⁰. Autrement dit, alors que la notion de prudence est une vertu réservée à certains hommes, elle permet davantage qu'une morale, un mode d'action rationnel sur l'avenir. Les pensées de notre temps distinguent très nettement la morale de l'action sur un plan ontologique. Dès lors, Aristote en cernant les conditions de l'agir rationnel en milieu contingent nous ouvre la voie aux origines du principe de prévention proportionnelle mais on ne saurait identifier dans notre droit de la responsabilité civile un lien avec une exigence morale. Au contraire, la responsabilité civile n'a eu de cesse de s'en émanciper au cours du XX^{ème} siècle. S'il faut partir d'Aristote, il ne faut pas y demeurer sans contredire sa pensée.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 57.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 59.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p.108.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁶⁹⁰ « Les analyses d'Aristote sur les conditions de la prudence et les vertus intellectuelles connexes sont moins une contribution à l'éthique qu'elles ne fournissent les fondements d'une théorie générale de l'action, c'est-à-dire d'une herméneutique de l'existence humaine, en tant qu'elle est agissante dans et sur le monde », *ibid.*, p. 119.

Afin de ne pas tomber dans cet écueil, il convient de repartir sur la problématique de l'équivalence et de la proportionnalité de ce qui est dû à chacun en se détachant de la philosophie aristotélicienne.

B. L'origine située dans la proportionnalité

689. L'origine du principe de prévention proportionnelle est double. Concernant sa technique de prévision, elle provient de la technique de proportionnalité (1). Concernant le droit d'action le sous-tendant, l'origine se situe dans le principe de la proportionnalité (2). La proportionnalité constitue ainsi l'origine formelle et matérielle du principe de prévention proportionnelle.

1. L'origine formelle de la technique du principe de prévention proportionnelle : la technique de la proportionnalité

690. Hypothèse. *L'impasse de l'origine du principe de prévention proportionnelle retracée dans la prudence aristotélicienne provient de cette confusion entre la technique mise en œuvre par le principe et le droit dont il est garant. La prudence ne concerne que l'attitude, le comportement du débiteur et non le travail du juge.* Quant à la justice corrective, en tant que source de l'équivalence stricte, elle ne dit rien de la technique du principe de prévention proportionnelle. S'il existe bien comme dans le principe de réparation intégrale un droit (d'action et non subjectif) garanti par le principe de prévention proportionnelle dont il convient d'assurer le respect par une équivalence stricte entre le dommage et la sanction, la technique visant à déterminer la sanction du préjudice ne ressort pas d'une logique d'équivalence.

691. La proportionnalité-interprétation. Autrement dit, il convient de bien distinguer, d'une part, l'équivalence stricte entre le dommage et la sanction commune aux deux principes et d'autre part la proportionnalité de la sanction au préjudice seule mise en œuvre par la technique de prévision du principe de prévention proportionnelle. En effet il ne saurait s'agir de proportionnalité dans le principe de réparation intégrale. Au contraire, la réparation est dite intégrale parce qu'elle est totale, entière. Telle ne peut être le cas lorsque le dommage n'est pas commis. *La technique de prévision du dommage consiste à proportionner la mise en œuvre du droit d'action à prévention du dommage dans le respect des libertés publiques et privées.* Cette distinction entre ces deux formes de proportionnalité est présente dans la doctrine. Il s'agit de la distinction entre la « proportionnalité-interprétation » et la « proportionnalité-appréciation »¹⁶⁹¹. M. Xynopoulos définit la première comme « un moyen de mise en œuvre d'un concept qualificateur, un instrument de contrôle médiateur, et non pas immédiat »¹⁶⁹². M. Jean Pierre

¹⁶⁹¹ Sur cette distinction, B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe.*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 86, préf. A. JEAMMAUD, 2009, n° 54 et s. Egal., P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, th., Montpellier, 2004.

¹⁶⁹² G. XYNOPOULOS, *La proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre*, LGDJ, 1995, p. 58.

Marguénaud précise qu'il s'agit alors d'un « instrument de qualification »¹⁶⁹³. Au contraire, « l'interprétation-appréciation » n'est pas un instrument du juge mais une norme « pour apprécier la validité des actes »¹⁶⁹⁴ ou pour « contrôler la marge d'appréciation »¹⁶⁹⁵ en droit communautaire. En d'autres termes, la proportionnalité peut être contenu dans une norme ou apparaître comme un instrument du contrôle judiciaire. Dans ce dernier cas, la proportionnalité peut être définie comme « la manifestation d'un mode interprétatif, de réalisation juridictionnelle des dispositions conventionnelles, effectué à travers la mise en œuvre d'un raisonnement dialectique. Sa présence implique par voie de conséquence l'expression d'une relation d'intérêts opposés dans le cadre d'une confrontation des raisons ou motifs avancés de part et d'autre des parties »¹⁶⁹⁶.

Cette distinction s'éprouve avec les principes gouvernant les effets de la responsabilité civile. Le principe de prévention proportionnelle est une illustration du contrôle de proportionnalité mise en œuvre par le juge lorsqu'il s'agit de prévoir les conséquences potentiellement négatives d'une situation. Le principe de réparation intégrale ne présente pas ce contrôle de la proportionnalité. Au contraire, il conduit à une indemnité dont l'évaluation épuise les conséquences juridiques d'une situation réalisée.

692. Manifestations. Les manifestations de cette proportionnalité sont patentes. *Un contrôle de proportionnalité est mis en œuvre lorsque le dommage n'est pas réalisé. C'est le cas pour le prononcé d'une mesure de cessation de l'illicite. Les études sur ce point sont fort détaillées*¹⁶⁹⁷. C'est également le cas pour le prononcé des mesures de peines privées proportionnées au comportement du coupable¹⁶⁹⁸. Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde en a fait l'étude à propos des amendes en droit de la concurrence¹⁶⁹⁹. Dans tous les cas, il s'agit de proportionner les

¹⁶⁹³ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 1997, pp. 47 et s.

¹⁶⁹⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, PFUSL/Bruylant, 2001, n° 80.

¹⁶⁹⁵ J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*

¹⁶⁹⁶ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, *th. préc.*, n° 201.

¹⁶⁹⁷ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, *th. préc.*, n° 439 et s. ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *th. préc.*, n° 539 et s.

¹⁶⁹⁸ « Ainsi, par exemple, aux termes de l'article 36, alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991, « le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressé et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter » (...) Comme l'exprime avec justesse un auteur, « la sanction se mesure ainsi à la fraude : la loi crée au préjudice du receleur un déséquilibre égal à celui qu'il a tenté de créer à son profit ». A. JAULT, *La notion de peine privée*, *th. préc.*, n° 299., citant, in fine, M. GRIMALDI, *Droit civil, Les successions*, Litec, 6^{ème} éd., 2001, n° 480 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *th. préc.*, n° 210 et s.

¹⁶⁹⁹ M.-CH. BOUTARD-LABARDE, "Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence", in *Existe-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, vol. 117, 30 sept. 1998, p. 44. Selon l'auteur, « proportionner une amende, c'est apprécier, dans un premier temps, si cette amende doit être lourde ou légère puis, dans un deuxième temps, fixer un chiffre ».

intérêts en conflits pour déterminer lesquels doivent recevoir gain de cause afin de prononcer la sanction préventive adéquate¹⁷⁰⁰.

693. Origine formelle du principe de prévention proportionnelle. *La proportionnalité existe ainsi sous la forme d'une technique dialectique de mise en œuvre des normes en cas de conflits d'intérêts.* Sous cet angle, elle est à l'origine de la technique de prévision du principe de prévention proportionnelle. Mme Martine Béhar-Touchais a bien mis en évidence l'existence d'un principe de la proportionnalité en droit privé¹⁷⁰¹. Après avoir distingué ce principe des cas où la proportionnalité n'est que le signe d'une proportion mathématique comme dans le cas du prix proportionnel dans un contrat, ou le signe d'une exigence raisonnable, l'auteur propose de reconnaître deux manifestations du principe. Ce serait en premier lieu un principe de validation. Le principe de proportionnalité serait appliqué en vue de valider des restrictions volontaires proportionnées à un droit fondamental ou à une liberté ou pour la validation des discriminations proportionnées. Ce serait également, en second lieu, un principe modérateur. Il sanctionnerait la disproportion manifeste des engagements, des comportements des parties, et des sanctions privées. Il faut à notre sens dégager une autre manifestation du principe de proportionnalité, celle du choix et de la mise en œuvre de la sanction proportionnée à la situation. Assurément, il se dégage depuis quelques années un véritable principe de la proportionnalité en droit privé¹⁷⁰².

Cette origine formelle se double d'une origine matérielle.

2. L'origine matérielle du droit d'action du principe de prévention proportionnelle : le principe de la proportionnalité

694. Les deux acceptions de la proportionnalité. Le terme de « proportionnalité » s'emploie ainsi à propos de l' « action d'établir entre deux choses une proportion équitable »¹⁷⁰³. Il présente également une autre acception. « D'inspiration mathématique, [la proportionnalité] a représenté, dès l'Antiquité, ce que le droit devrait être : proportion arithmétique dans les rapports commutatifs privés, proportion géométrique dans les rapports distributifs publics »¹⁷⁰⁴. La proportionnalité est alors au cœur de la représentation du droit comme juste proportion entre les parts des uns et des autres dans la société¹⁷⁰⁵. Certains auteurs préconisent de distinguer ces deux

¹⁷⁰⁰ Sur la pesée des intérêts, P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, th., Montpellier, 2004, n° 113 et s.

¹⁷⁰¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, "Rapport introductif", in *Existe-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, vol. 117, 30 sept. 1998, p. 3

¹⁷⁰² Un tel principe a déjà été étudié en droit des contrats, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

¹⁷⁰³ Dictionnaire *Le Robert, dictionnaire historique de la langue française*, A. REY (dir.), 1993, v° Proportion.

¹⁷⁰⁴ B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe.*, th. préc., n° 1. L'auteur cite F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, in J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois*, PU Laval, l'Harmattan, 1996, p. 53.

¹⁷⁰⁵ M. VILLEY, *Philosophie du droit, t.1*, Dalloz, 4^e éd., 1986, not., n° 41.

accepions par les termes proportionné et proportionnel¹⁷⁰⁶. Le proportionnel viserait la technique de proportion en ce qu'elle établit un rapport, neutre, d'ordre quantitatif, tandis que le proportionné présente un rapport, connoté positivement, d'ordre qualitatif.

695. Origine matérielle du principe de prévention proportionnelle. Cette dernière acception est à la source du droit d'action en prévention. *A défaut d'un droit subjectif, d'un droit à la sécurité ou à la sûreté, le principe de prévention proportionnelle puise ses origines dans l'idée de juste proportion que permet d'établir le juge en rendant le droit, c'est-à-dire en proportionnant l'issue de sa décision à ce qui doit revenir à chacun.* On rejoint alors pour partie la conception aristotélicienne, non de la prudence comme origine du principe de prévention proportionnelle, mais de la conception de l'émergence judiciaire du droit.

696. Conclusion de section. Le principe de prévention proportionnelle s'identifie par similitude avec celui de la réparation intégrale. C'est un principe d'interprétation téléologique ayant un caractère non intégral mais proportionnel. Il puise ainsi ses origines dans la technique et le principe de proportionnalité. *De lege ferenda*, il serait souhaitable de reconnaître un véritable droit à la sécurité, précisément afin de l'encadrer et de garantir les risques d'arbitraires judiciaires.

697. Conclusion de chapitre. Les limites du principe de réparation intégrale interdisent de voir en lui l'unique principe gouvernant les effets de la responsabilité civile. Il est impropre à présider le prononcé des sanctions préventives en raison de l'impossibilité de prévoir les conséquences d'une situation potentiellement dommageable et de surévaluer les indemnités à octroyer pour résoudre une situation dommageable. Il lui coexiste nécessairement un principe que nous avons identifié et dénommé principe de prévention proportionnelle. Ce principe mériterait d'être reconnu comme tel car seules ses manifestations sont actuellement de droit positif. Pour l'heure, c'est un principe doctrinal dont la nature interprétative et le caractère proportionnel montrent que son origine se situe dans la technique et le principe de proportionnalité en droit. L'influence de la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile est bénéfique contrairement à celle pesant sur ses conditions. *Par la reconnaissance d'un principe de prévention proportionnelle corollaire de celui de la réparation intégrale, la responsabilité civile gagne en cohérence pour peu qu'on la représente sous l'angle de ses effets et non de ses seules conditions.* C'est ce qu'il convient maintenant de proposer.

¹⁷⁰⁶ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, p. 383, note infrapaginale n° 33 ; B. GENIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe.*, th. préc., n° 2 et 3.

CHAPITRE 2. POUR UNE REPRESENTATION DE LA RESPONSABILITE CIVILE PAR SES EFFETS

698. Constats précédents. L'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile apparaît maintenant dans toute son ampleur. Les conditions d'engagement d'une action sont bouleversées lorsqu'il s'agit de prononcer une sanction préventive. Les raisons de ce bouleversement ont été mises en lumière en confrontant les données positives du droit à une généalogie du droit fondamental et à une recherche des fonctions sociales de la responsabilité. En effet, *le constat fondamental de la nature exclusivement jurisprudentielle des manifestations préventives n'a de cesse de se vérifier à différents niveaux : des caractères communs qui explicitent ou implicent le pouvoir d'interprétation des juges du fond, une qualification commune de sanction juridique, le fruit d'une normativité pragmatique à l'œuvre depuis l'avènement du principe général de la responsabilité du fait des choses, l'expression d'un besoin social sécuritaire ayant une influence sur le travail judiciaire, et un principe d'interprétation qui leur est propre, celui de la prévention proportionnelle. En d'autres termes, toutes les conséquences de ce constat fondamental convergent vers le travail judiciaire d'interprétation des normes de la responsabilité civile.*

699. Problématique. A partir de toutes ces découvertes, la responsabilité civile ne peut plus être représentée comme un cadre fixe imposant des conditions nécessaires pour obtenir une réparation. Au contraire, la responsabilité est fondamentalement une technique mue par une finalité qui n'est plus exclusivement celle de l'indemnisation. *A travers la fonction préventive nouvelle de la responsabilité civile, les sujets de droit poursuivent une finalité sécuritaire.* Comment redonner cohérence au droit de la responsabilité civile dont les conditions d'engagement sont bouleversées par cette nouvelle finalité sociale ?

700. Hypothèse. Notre étude montre que les conditions d'engagement de la responsabilité civile sont tributaires du travail du juge sur la norme. Ce travail judiciaire est habituellement décrit comme un travail d'interprétation, c'est-à-dire de détermination du sens de la norme dans le cas d'un litige. Interpréter, c'est dire le sens. Or, l'étude des sanctions préventives montre comment le juge est conduit à choisir l'effet de droit¹⁷⁰⁷ apte à résoudre le litige parmi toutes les sanctions possibles. Autrement dit, *le travail judiciaire sur la norme ne porte pas uniquement sur sa signification mais également sur sa mise en effet. Juger, c'est également mettre en effet la norme, c'est-à-dire choisir un effet de droit apte à exécuter la norme.* Notre hypothèse consiste à décrire en quoi cette opération de logique juridique portant sur l'effet est distincte de celle portant sur le sens de la norme. Cette opération permet de comprendre comment une même norme peut signifier la même chose dans un même contentieux et entraîner des effets de droit divers – des mesures de précaution jusqu'aux dommages et intérêts majorés. Incidemment, il est possible de donner une lecture plus cohérente du droit de la responsabilité civile en le théorisant

¹⁷⁰⁷ Une sanction juridique ou une mesure juridique. Sur la relation entre l'effet de droit, et la sanction, Cf. *supra*, n° 395.

non par ses conditions devenues incohérentes mais par ses effets afin de prendre la pleine mesure de la nature exclusivement jurisprudentielle des sanctions préventives.

701. Pour asseoir cette proposition, il est nécessaire de représenter en théorie du droit le travail judiciaire de la mise en effet des normes. En d'autres termes, une représentation de la responsabilité civile par ses effets est rendue possible par une théorie du procès reliant les normes de la responsabilité au travail d'interprétation du juge (Section 1). Cette démarche consistera à montrer comment le travail de mise en effet des normes tient en compte les aspirations de l'émetteur et du destinataire quant à l'effectivité de la norme. Pour tenir compte de cette « effectivité désirée » et redonner une cohérence juridique au droit de la responsabilité en le mettant en adéquation avec sa cohérence philosophique et sociologique, nous dresserons une typologie des sanctions préventives et nous proposerons de nouvelles actions en responsabilité civile (Section 2). Une représentation de la responsabilité civile par ses effets est ainsi fondée en théorie du droit et féconde pour le droit positif.

SECTION 1. La possibilité d'une représentation de la responsabilité civile par ses effets :
La théorie proposée de la mise en effet des normes

702. De notre constat fondamental, il ressort que les sanctions préventives ne sont presque jamais prévues par les textes du droit de la responsabilité civile mais sont pourtant prononcées judiciairement. C'est au cours de la résolution du litige que la sanction préventive est choisie. Ce choix du juge est guidé par un principe gouvernant les effets de la responsabilité civile qui n'est pas celui de la réparation intégrale du préjudice. Au contraire, nous avons mis au jour l'existence d'un principe de prévention proportionnelle. Or, ce principe est un principe d'interprétation téléologique qui a pour objet le choix de l'effet de droit propre à prévoir la réalisation ou les conséquences du dommage. En cela, le travail du juge sur la sanction préventive est un travail portant sur les effets de la responsabilité civile. Les théories existantes sur l'interprétation judiciaire conçoivent-elles ce travail du choix de l'effet de droit lors de la résolution du litige ? Selon l'acception commune, l'interprétation des normes est un thème du droit ayant pour objet la détermination du sens de la norme. Or, il convient de décrire également le travail de mise en effet de la norme par le juge. Avant de le concevoir en proposant une théorie de la mise en effet des normes pertinente pour les sanctions préventives (§2), il est primordial d'observer en quoi une telle théorie est manquante (§1).

§1. Une théorie manquante : la mise en effet des normes

703. D'où vient le besoin de prévenir le dommage puisqu'il n'est pas prévu dans la quasi-totalité des textes ? Et précisément, de quoi procède-t-il lorsqu'il est prévu par certains textes que nous

avons identifié prévoyant des mesures de prévention couplées aux mesures de réparation ?¹⁷⁰⁸ Techniquement, on a pu répondre par l'identification du principe de prévention proportionnelle. Mais la volonté, le désir d'une effectivité préventive des normes de la responsabilité civile n'est pas celle du juge. Il n'est pas dans sa fonction de désirer. C'est celui de l'émetteur de la norme, le législateur. Un désir faible, voire quasi nul dans le cas des sanctions préventives. C'est davantage celui du justiciable dont le besoin sécuritaire traduit l'émergence d'une finalité préventive nouvelle de la responsabilité civile que nous avons mis au jour. Préside ainsi au choix de l'effet de droit par le juge, le désir, en amont, d'une effectivité préventive qui n'est pas sans influence sur le travail d'interprétation du juge. Ce qui manque pour comprendre l'opération judiciaire de mise en effet des normes, c'est donc une notion « d'effectivité désirée » qui fonde et marque le travail de mise en effet des normes par le juge.

La finalité sécuritaire qui se cache derrière la sanction préventive et qui conduit à l'introduction d'une action en justice avant la réalisation du dommage ou de ses conséquences éclaire une nécessaire notion « d'effectivité désirée » (A) fondant la mise en effet des normes (B).

A. La nécessaire notion d'effectivité désirée

704. Derrière le bouleversement des conditions d'engagement d'une action en responsabilité civile est apparue une nouvelle finalité sociale. Cette finalité nouvelle est celle de la sécurité civile. Le droit de la responsabilité civile jusque-là sous l'unique joug de l'indemnisation du préjudice fondée sur la valeur sociale de la solidarité est employé à rendre des sanctions préventives par souci d'une recherche de sécurité. D'une part, se dessine une nouvelle hiérarchie des valeurs sociales où la solidarité cède la place à la sécurité tandis que, d'autre part, les besoins sociaux évoluent de la compensation des maux à l'accompagnement de l'agir en société. Le besoin sécuritaire intervient sur fond de perte des repères éthiques et se traduit par le passage décrit par M. Foucart du modèle réparateur au modèle accompagnateur¹⁷⁰⁹. Pour partie, les justiciables reportent leur recherche de repères éthiques et sociaux sur l'accompagnement de leur agir en société par le droit de la responsabilité civile.

705. Les manifestations juridiques de cette nouvelle finalité sociale de sécurité sont légion. Tout d'abord, la multiplication des obligations de sécurité, de conseil et d'information nous apparaît être la reconnaissance officielle de ce besoin des citoyens d'une garantie du droit au plus près de leur quotidien. Ensuite, le développement récent d'un véritable contentieux de la peur et de l'angoisse est évident. La jurisprudence sur les antennes relais est explicite¹⁷¹⁰. Elle prend en

¹⁷⁰⁸ Cf. *supra*, n° 600.

¹⁷⁰⁹ Cf. *supra*, n° 588 et 589. J. FOU CART, "Relation d'aide, fluidité sociale et enjeux symbolico-identitaires. Du paradigme réparateur au paradigme de l'accompagnement", *Pensée plurielle*, n° 10, 2005, 97 ; J. FOU CART, "La souffrance : une rupture des conditions de la confiance. Une approche sociologique du récit de David", in J.-P. POURTOIS et N. MOSCONI, *Plaisir, souffrance et indifférence en éducation*, Paris, PUF, coll. "Éducation et formation", 2002.

¹⁷¹⁰ Cf. *supra*, n° 57.

charge l'angoisse des justiciables quant au sentiment de subir un éventuel préjudice¹⁷¹¹. Le contentieux des médicaments défectueux et plus largement de tout domaine faisant intervenir la logique de précaution plaide en ce sens. La prise en charge juridique du risque incertain est une manifestation de la reconnaissance du besoin sécuritaire des justiciables. Auparavant déjà, la reconnaissance du préjudice moral peut être similairement analysée. Enfin, aux côtés de ce contentieux de l'angoisse se trouve en parallèle un contentieux de l'assistanat. Les signes sont également forts et vus de tous. C'est en premier lieu le fait que les référés, justice de l'urgence et de la proximité, s'auto-suffisent au détriment du fond du droit¹⁷¹². Les litiges se résolvent à ce stade alors qu'il n'en est juridiquement pas prévu ainsi¹⁷¹³. La recherche d'une réponse aux attentes du quotidien qualifie ce phénomène davantage que la résolution d'un véritable problème de droit. Il en est souvent de même en ce qui concerne les troubles de voisinage et les litiges soumis aux juridictions de proximité. *Ces manifestations démontrent l'accompagnement des justiciables par le droit dans leur quotidien.*

706. Etre en sécurité et se sentir en sécurité. En ce sens, *la sanction préventive est la reconnaissance par le droit du besoin de sécurité. Elle est la marque d'une prise en compte par le droit du contexte social actuel.* Il est alors permis de présenter la manière dont la responsabilité civile prend en charge ce besoin. Par ses effets, la responsabilité civile n'est plus uniquement le droit de l'indemnisation, du retour à l'indemne par nature ou par équivalent. C'est également la prise en charge sécuritaire des sujets de droit, leur permettant, d'une part, d'être en sécurité en s'assurant judiciairement d'agir en bonne conformité juridique, et d'autre part, de se sentir en sécurité en palliant les angoisses naissant des risques technologiques, sanitaires et environnementaux. *Une représentation de la responsabilité par ses effets aurait ainsi le mérite de cerner comment la responsabilité civile répond aux exigences sociales de son temps et surtout de révéler sa cohérence,* la cohérence de l'application de ses normes de nos jours. Néanmoins, une question demeure entière. Comment concevoir que les attentes des justiciables ait une influence sur le travail judiciaire ? Et surtout, à quel stade cette influence se manifeste-elle ?

707. Le temps manquant du choix de l'effet des normes. On peut schématiquement distinguer trois étapes dans le parcours des normes en droit. Leur **formulation** est la première. Quelle soit édictée ou spontanée, la formulation des normes conduit à produire un texte normatif, notion qu'il faut entendre largement dans le sens linguistique du vocable *texte* en tant que support de la norme qu'il soit une succession de signes écrits ou bien des paroles, des gestes, des attitudes ou

¹⁷¹¹ F. ROME, "La guerre des ondes", *D, Edito*, 2009, 793, sur le sentiment d'un « préjudice d'angoisse ».

¹⁷¹² E. DREYER, "La perversion du référé en matière de presse", *JCP, G.*, 2007, I, 171, p. 13 ; PH. MALAURIE, *JCP, G.*, 2003, II, 10064, « L'affiche du film "Amen" représentant une "croix catholique prolongée d'une croix gammée" n'est pas constitutive d'un trouble manifestement illicite" ; J.-F. BURGELIN, "Le point sur l'application de la loi du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles", in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 52 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2006, « En vertu d'un principe d'indépendance entre le fond et le référé, le juge du provisoire **ne devrait pas** qualifier les situations de fait au regard de la règle substantielle, mais uniquement en fonction de conditions propres aux différents cas de référés par des appréciations de pur fait », n° 168, les soulignés sont de nous.

¹⁷¹³ Par exemple, l'affaire du Point de détail historique de J.-M. Le Pen, TGI Nanterre, 23 sept. 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, I, jurispr., p. 685. Solution non cassée, Civ. 2^{ème}, 11 oct. 1989, *Gaz. Pal.*, 1990, I, pan. Jurispr., p. 28.

proprement des formules rituelles, magiques. La norme naît avec son texte normatif et l'écueil positiviste-normativiste consisterait à confondre la norme proprement dite avec cette étape de sa formulation. La confusion est impossible. Nous savons que ni le sens ni l'effet de la norme ne sont contenus dans son texte. Pour en déterminer la signification, la deuxième étape de l'**interprétation** est essentielle. Elle tire du texte normatif un sens donné pour telle situation d'application. A travers la qualification, l'interprétation porte également sur les faits du litige et détermine en retour le domaine d'application de telle ou telle norme. Les faits qualifiés, le fondement juridique choisi et son texte interprété, il ne reste plus qu'à mettre en œuvre la norme. La dernière étape est alors celle de l'**exécution** de la norme, c'est-à-dire de l'application de la décision de justice, de la circulaire, ou de tout acte en général.

En se plaçant du côté du destinataire exécutant, on peut percevoir immédiatement l'étape manquante dans cette présentation habituelle. Comment exécuter la décision de Justice ? Précisément selon ce qu'elle préconise concrètement de faire : telle mesure de réparation en nature, telle somme allouée de dommages et intérêts, etc. A quelle étape ces sanctions ont-elles été prévues ? Lors de la formulation de la norme ? Impossible, nous avons démontré que l'effet de droit n'est pas contenu dans le texte normatif¹⁷¹⁴. Lors de l'interprétation de la norme ? Pas davantage, l'interprétation étant une opération logique consistant à déterminer la signification d'une norme et non à prévoir comment elle peut être mise en œuvre. *Il existe un temps entre l'interprétation et l'exécution de la norme. Le temps propre au dispositif de la décision judiciaire choisissant l'effet de droit apte à en permettre ensuite l'exécution concrète par la caisse d'allocation, l'huissier de justice, le débiteur lui-même, etc.*

Quelle est donc cette opération qui permet de choisir l'effet des normes ? Opération sous l'influence du contexte social. Comme si l'effectivité désirée par les justiciables trouvait écho en jurisprudence lors de cette étape...

B. La notion proposée d'effectivité désirée

708. Les notions d'effectivité en droit comme en sociologie ne permettent pas suffisamment de considérer l'influence des sujets de droit sur l'opération manquante du choix de l'effet des normes (1). Il est nécessaire de proposer une notion nouvelle, celle de l'effectivité désirée (2).

1. La notion d'effectivité en droit et en sociologie

709. Les conceptions juridiques (a) et sociologiques (b) de l'effectivité permettent-elles de concevoir le phénomène d'influence des sujets de droit sur la mise en effet des normes ?

¹⁷¹⁴ Cf. *supra.*, n° 384-385.

710. Dans la langue française, le substantif « effectivité » se retrouve peu dans les dictionnaires contrairement à la forme adjectivale. Le vocable proviendrait du latin *effectus* signifiant « qui existe réellement »¹⁷¹⁵. Ainsi, dans le *Littré*, l'adjectif effectif signifie « qui existe effectivement ». Le vocabulaire *Lalande* oppose « l'effectif » à ce qui n'est que possible en le définissant également comme ce qui existe réellement¹⁷¹⁶. En revanche, les distinctions entre l'effectif, l'efficace et l'efficient sont bien relayées par ces dictionnaires.

711. Dans le langage juridique¹⁷¹⁷, le constat est strictement inverse : le terme effectivité existe mais il n'est pas distingué des termes efficace et efficient. Le vocabulaire *Capitant* offre deux définitions du vocable. Lorsqu'il a trait à la norme, l'effectivité désigne le caractère d'une norme qui produit l'effet voulu appliqué réellement. Lorsqu'il a trait à une situation, l'effectivité désigne son existence en fait, en réalité¹⁷¹⁸. Comme le note un auteur, [le terme « effectivité »] change de signification en fonction de l'objet auquel il est accolé : norme ou situation »¹⁷¹⁹. Le thème de l'effectivité est très actuel et souvent étudié en lien avec la notion de validité¹⁷²⁰. En ce sens, une règle serait valide factuellement parce qu'elle serait effective et l'effectivité permettrait de mesurer « le degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires »¹⁷²¹. Rappelant ces études des théories réalistes du droit, MM. François Ost et Michel Van de Kerchove précisent que l'effectivité devrait en outre s'étendre à l'effectivité symbolique « comme aptitude de la loi à marquer les représentations de ses destinataires. Offrir des modèles de sens, diffuser des valeurs collectives, crédibiliser des fictions fondatrices, n'est-ce pas en effet le rôle le plus fondamental du droit, au-delà de sa capacité à diriger les conduites ? »¹⁷²².

712. Tout récemment, la notion d'effectivité a été revisitée en droit à l'occasion d'une recherche collective portant sur le concept de force normative¹⁷²³. Dans la conclusion de cet ouvrage, Mme Catherine Thibierge induit de l'apport des contributions une représentation de la force normative mettant en évidence trois pôles¹⁷²⁴. Un premier pôle nommé "Valeur normative" illustre la vocation de l'émetteur de la norme à fournir référence. Cette force normative peut être dès l'origine forte et complète en étant une force obligatoire et contraignante. Toutefois,

¹⁷¹⁵ Dictionnaire Larousse.

¹⁷¹⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 5^e éd., 1999, v^o Effectif.

¹⁷¹⁷ P. LASCOUMES, v^o Effectivité, in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ, 6^e éd., 2004.

¹⁷¹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. "Quadrige", 2003, V^o Effectif et Effectivité.

¹⁷¹⁹ V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, th. Paris II, 2003, p. 10.

¹⁷²⁰ CH. MINCKE, "Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : le pôle réaliste de la validité", *RIEJ*, 40, 1998, 126.

¹⁷²¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002, p. 331.

¹⁷²² *Ibid.*, p. 334.

¹⁷²³ C. THIBIERGE et alii., *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009

¹⁷²⁴ Voir la figure 1 sur les trois pôles de la force normative, dans l'ouvrage précité, aux pages 840 et 841.

certaines normes souples et spontanées ont une valeur autre, déclaratoire ou recommandatoire ou facultative ou supplétive qui est juridiquement plus faible. Et pour autant, la force normative de la norme pourra finalement être très forte. C'est qu'il existe deux autres pôles aptes à compléter leur force. Or, *ces deux pôles nous intéressent en ce qu'ils dédoublent la notion traditionnelle d'effectivité. Le pôle "Portée normative", d'une part, représente le fait, pour une norme, de servir de référence dans la société alors que le pôle "Garantie normative", d'autre part, regroupe les réactions du système juridique attribuant ou non une garantie à la norme (invocabilité, opposabilité, sanction, etc.). D'un côté se situent les effets sociaux de la norme tandis que, de l'autre, se logent les effets strictement juridiques.* Tout l'intérêt de cette représentation réside dans sa dynamique. Les pôles, bien qu'autonomes, interagissent entre-eux et se complètent par synergie pour doter la norme d'une force complète, nulle ou partielle. Ils permettent en outre de diagnostiquer précisément d'où la norme tire sa force normative. Tout concourt alors à la prise en compte dans nos théories de l'influence des effets sociaux sur la norme. En ce sens, un autre schéma¹⁷²⁵ met bien en évidence les champs de forces au-delà du seul champ de la juridicité étatique. La force normative juridique est reliée aux forces créatrices telles que Ripert les entendait¹⁷²⁶, aux forces imaginantes telles que Mireille Delmas-Marty les conçoit et aux forces fondamentales du droit dont quelques unes ont été identifiées dans l'ouvrage (la croyance, le langage et le symbolique). Pour plaider en notre sens, à la définition du pôle portée normative, il eût fallu rajouter sur le fait "qu'il s'agit ici d'observer les effets produits par la norme, la manière dont la norme est reçue et perçue par ses destinataires et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit"¹⁷²⁷, la manière dont la perception et la réception de la norme par les destinataires influencent en retour la signification même de la norme lors de son application. Si le pas n'est pas formellement franchi, tout nous y autorise dans cette représentation en mouvement de la juridicité. Pour s'en convaincre ultimement, la synthèse de l'ouvrage évoque clairement que « la réception de la norme conditionne sa force normative, prise au sens de "portée normative" »¹⁷²⁸. Avec l'étude de notre objet de recherche, nous pourrions aller plus loin en disant que *la réception de la norme concourt à sa force normative.*

La sociologie du droit nous le permet-elle ?

b. La notion d'effectivité en sociologie

713. Sociologie moderne. « Selon le point de vue normatif encore bien vivant chez les juristes, la question des effets sociaux n'appartient pas à la définition de la règle et n'entre pas en ligne de compte dans l'évaluation de sa validité intrinsèque »¹⁷²⁹. Etablissant ce constat, M. Pierre Lacoumes et Mme Evelyne Serverin montrent comment le point de vue du sociologue est à

¹⁷²⁵ Voir la figure 4, intitulée Champs de forces, p. 846.

¹⁷²⁶ La synthèse du livre montre néanmoins comment certains auteurs, notamment M. Mustapha Mekki, ont revisité la conception de Ripert. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

¹⁷²⁷ Conclusion, II, A, 1.

¹⁷²⁸ Synthèse, 4. La force normative mise en lien avec la réception de la norme, p. 775.

¹⁷²⁹ P. LASCUMES et E. SERVERIN, "Théorie et pratique de l'effectivité du droit", *Droit et société*, 2, 1986, 127-150, *spéc.*, p. 136.

rebours de cette conception strictement juridique. La question de l'effectivité intéresse les sociologues pour établir la part du droit dans l'évolution de la société et en retour comment le droit est le reflet de la société de son époque. D'une manière générale, la question de l'effectivité « permet de mesurer l'état de la séparation droit / société »¹⁷³⁰. En ce sens, les deux auteurs rappellent que « Durkheim s'attachait à étudier l'influence du droit sur le comportement individuel et collectif. Pour lui, le droit avait un rôle majeur à jouer dans l'orientation et la structuration de la morale sociale. Ses prises de position en matière de réforme du divorce sont particulièrement explicites »¹⁷³¹. La notion d'effectivité est alors à nouveau orientée dans un sens qui n'est pas celui que nous avons mis en exergue pour notre objet de recherche.

714. Sociologie contemporaine. Tel n'est pas le cas de la conception des auteurs de l'article. Ils montrent qu'il existe une doctrine sociologique dénommée "*théorie des lacunes positives*" *concevant la lacune légale comme un moyen d'adaptation de la règle à l'évolution sociale*. Naturellement, « la théorie des lacunes positives nous ramène dès lors à la question plus générale du rôle du juge et de la jurisprudence dans la création du droit »¹⁷³². On retrouve les éléments de notre objet de recherche : une norme de responsabilité peu prédéterminée par le législateur et fortement codéterminée par le juge. Toutefois, cette théorie ne conçoit pas le rôle spécifique que joue le sujet de droit dans son influence sur la décision jurisprudentielle par une sorte d'effectivité inversée. Pourtant, la notion d'effectivité en sociologie contemporaine le pourrait. M. Guy Rocher en a donné une acception suffisamment large pour ce faire. Pour le sociologue québécois, « tenter de comprendre l'effectivité du droit, c'est tout ensemble retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs et indirects, prévus et inattendus, sociaux, politiques, économiques ou culturels. C'est aussi tenter de retrouver les voies par lesquelles passent ces effets et les mécanismes qui les produisent »¹⁷³³. Ce dernier élément de définition peut pleinement prendre en compte notre phénomène observé d' "effectivité inversée".

Bien qu'ils n'en comportent pas de manifestations explicites, les derniers développements en théorie du droit et en sociologie juridique nous habilitent à proposer une notion propice à théoriser le phénomène d'effectivité désirée par les justiciables.

2. La notion d'effectivité désirée, une effectivité inversée

715. L'effectivité de la philosophie grecque et l'effectivité de la sagesse chinoise. *Si nos conceptions de l'effectivité peinent à rendre compte du phénomène observé, c'est peut être qu'elles portent trop en elles les conditions de la philosophie grecque.* Le philosophe sinologue François Jullien a particulièrement montré les fondements métaphysiques de la pensée occidentale de l'efficace (qu'il prend pour synonyme d'effectif). « Nous dressons une forme

¹⁷³⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 137.

¹⁷³² *Ibid.*, p. 132.

¹⁷³³ G. ROCHER, "L'effectivité du droit", ANDREE LAJOIE *et al.*, in *Théorie et émergence du droit, Thémis et Bruylant*, 1998, pp. 134 et s, *spéc.*, p. 136.

idéale (*eidōs*) que nous posons comme but (*telos*), et nous agissons ensuite pour la faire passer dans les faits »¹⁷³⁴. Au contraire, « plutôt que de dresser un modèle qui serve de norme à son action, le sage chinois est porté à concentrer son attention sur le cours des choses, tel qu'il s'y trouve engagé, pour en déceler la cohérence et profiter de leur évolution »¹⁷³⁵. « Quittant une logique de modélisation (se fondant sur cette construction forme-fin), on passe alors dans une logique du processus »¹⁷³⁶. Le sage chinois est non pas un pilote mais un stratège qui amène l'autre à sa position en prenant appui sur le potentiel de situation. Il attendra que ce dernier lui soit favorable pour agir selon le déroulement inéluctable des choses. En d'autres termes, l'effectivité n'est pas forcément la projection d'une représentation humaine sur la matière des événements censés s'y plier. L'effectivité peut être conçue à partir de l'ordre établi sans toutefois demeurer étranger aux vues humaines sur le monde. Le stratège doit néanmoins être prudent, sage et attentif au cours des choses pour décider du moment opportun qui lui sera favorable. Un récent ouvrage du même auteur montre pourquoi notre pensée occidentale reste hermétique à cette sagesse chinoise. Et c'est alors toutes les grandes notions de la philosophie grecques qui apparaissent impropres à une pensée dynamique de l'effectif : l'Action est trop irruptive alors que la transformation fait partie du cours des choses, le Temps rend binaire les états en transition sans rendre compte de cette dernière toujours à l'œuvre, et l'Évènement est doté d'un être propre qui accapare l'attention et structure le récit artificiellement¹⁷³⁷. En conséquence, *l'effectivité apparaît par la sagesse chinoise comme une notion propice à saisir les transformations silencieuses à l'œuvre dans la société au-delà d'une volonté consciente et engagée en finalité.*

716. L'effectivité désirée, une effectivité non conscientisée. Tel est le cas dans le phénomène observé dans cette étude. *Les justiciables et leurs conseils ne projettent pas une volonté consciente de modifier les normes de la responsabilité dans un nouveau sens social. Le phénomène est indépendant du vouloir ; il puise son origine dans un besoin social – celui de la sécurité.* Les désirs ne sont pas toujours conscients et probablement que les désirs profonds les plus susceptibles de s'assouvir transpirent de toutes parts à notre insu même. En cette hypothèse, ils sont la marque d'une véritable évolution des besoins. *On peut dès lors parler d'effectivité désirée pour représenter le besoin des justiciables, fait de nécessité sociale, qui s'incarne au travers de leur action en justice au-delà du sens actuel des normes qu'ils mettent en exercice.* On comprend ainsi en quoi il s'agit d'une effectivité inversée, d'une autre direction de la notion d'effectivité. L'effet de la norme juridique n'est pas observé à partir de l'ordre juridique en vue de la réaction sociale mais depuis la sphère sociale en direction de l'ordre juridique. *L'effet juridique peut ainsi dépendre de l'effet social observé mais également de l'effet social désiré en amont de l'application et durant l'application judiciaire de la norme.* Qui pourrait encore penser de nos jours que les attentes des sujets de droit n'ont pas d'influence sur l'émergence de la juridicité¹⁷³⁸ ?

¹⁷³⁴ F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Le livre de Poche, coll. "Biblio essais", 1996, p. 15. V. Egal., F. JULLIEN, *Conférence sur l'efficacité*, PUF, coll. "Libelles", 2005.

¹⁷³⁵ F. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹⁷³⁷ F. JULLIEN, *Les transformations silencieuses, Chantiers, I*, Grasset, 2009.

¹⁷³⁸ « L'idée de l'effectivité fait déjà partie de l'engendrement du droit », G. ROCHER, "L'effectivité du droit", *art. préc.*, p. 137.

En conclusion, la notion proposée d'effectivité désirée permet de rendre compte du contexte social présidant au choix de la sanction préventive par le juge de la responsabilité civile. Du fait de cette influence, la nécessité d'une théorie explicitant l'opération par laquelle le juge choisit l'effet de droit propre à résoudre le litige se fait jour. Elle doit se loger au niveau du travail judiciaire en raison de notre constat fondamental de la nature exclusivement jurisprudentielle des manifestations préventives. Elle doit être plus précisément une théorie du procès qui rende compte du travail de mise en effet des normes de la responsabilité civile dans une finalité préventive.

§2. Une théorie pertinente pour les sanctions préventives

717. Le choix de la sanction préventive effectué par le juge provient ainsi d'un désir sécuritaire des justiciables. Par l'introduction précoce de leur action en justice, ils aspirent à la prévention du dommage, ils désirent une effectivité particulière des normes de la responsabilité civile. Cette aspiration pourrait être perçue comme un élément surdéterminant le choix du juge. L'effectivité désirée exerce bien une influence sur le juge à laquelle il ne peut échapper dans la mesure où l'action est introduite en justice – action dont il ne peut se dessaisir. En théorie du droit, il existe une notion pour décrire les influences qui s'exercent sur le juge dans sa prise de décision. Il s'agit de la notion de surdétermination. Présente dans la théorie de l'interprétation de M. Gérard Timsit, la surdétermination représente la part des valeurs, des codes sociaux, des comportements qui conditionnent le juge. Or, il convient de démontrer que la surdétermination est une notion portant sur la détermination du sens de la norme et non sur sa mise en effet (A). Déterminer le sens d'une norme et mettre en effet une norme sont deux opérations différentes de logique juridique. Conséquemment, la notion de surdétermination est inadéquate et la théorie de la mise en effet des normes est essentielle pour bien comprendre le choix du juge se portant sur telle ou telle sanction préventive (B).

A. L'impasse de la notion de surdétermination

718. Contextualiser. Les différentes conséquences du constat fondamental font naître la nécessité de bien circonscrire le processus par lequel est prononcée la sanction préventive. A travers les différentes découvertes qui jalonnent les étapes de notre étude, il est possible de proposer une théorie de la mise en effet des normes renouant le droit à ses fondements sociologique, axiologique et éthique. La sanction préventive donne à lire un type de contexte de la mise en effet des normes qui se distingue du schéma traditionnel de la théorie du droit.

719. Insuffisance de la notion d'effectivité désirée pour contextualiser. La notion d'effectivité désirée ne saurait se suffire à elle-même pour expliquer le contexte du prononcé d'une sanction préventive. Elle est insuffisante pour cerner le contexte juridique mais également extra-juridique. En premier lieu, en contexte juridique, la notion d'effectivité désirée

n'appréhende pas la nature de l'influence des besoins sociaux sur les instances créatrices du droit. Par quelle(s) technique(s) l'effectivité désirée des justiciables impactent le système juridique ? A quel stade ? Celui de la consécration du texte normatif ? Celui de son application ? De son interprétation ? Parce que la notion d'effectivité désirée est une notion dont le contenu est sociologique, elle ne peut fournir de réponse à ces questions proprement juridiques. En second lieu, en contexte extra-juridique, la notion d'effectivité désirée ne parvient pas non plus à couvrir tous les contextes nécessaires au prononcé d'une sanction préventive. L'évolution des besoins sociaux est un phénomène dynamique sans cesse en mouvement. Plus encore, c'est un phénomène non linéaire. Il ne touche pas les différentes catégories de justiciables de la même manière. En évolution, les besoins sociaux sont donc portés par autre chose qui les fait se mouvoir dans le temps et s'incarner dans la société. Les besoins sociaux n'épuisent pas les contextes de la mise en effet des normes de la responsabilité civile dans le cas de la sanction préventive. Ils s'accompagnent d'une perte des repères moraux dont on a vu le basculement d'une figure ontologique du responsable à une éthique floue de l'agir. L'évolution des besoins sociaux est elle-même en corrélation avec une nouvelle hiérarchie des valeurs, qui fait primer la sécurité sur la solidarité. Contexte sociologique, éthique et axiologique se couplent ainsi et la notion d'effectivité désirée doit être reliée à cette origine extra-sociale. Mais par quelle théorie du droit ?

720. Notion de surdétermination. La notion de surdétermination permet d'appréhender les déterminismes, les conditionnements sociaux qui s'imposent au juge. La notion de surdétermination a été conçue par M. Gérard Timsit¹⁷³⁹ et rendue opératoire par Mme Andrée Lajoie. Nous voulons montrer que cette notion n'est pas pertinente pour décrire l'influence de l'effectivité désirée sur le choix de la sanction préventive.

M. Timsit développe une conception interprétative du droit, ou pour reprendre ses termes, une analyse systémale du droit. Selon lui, la question de la juridicité est celle du décodage de la norme, c'est-à-dire la recherche de son sens, au-delà de ce que son seul auteur a voulu. Cette signification juridique est une propriété de l'ordre normatif. Elle procède des trois concepts de pré-, co- et sur- détermination qui permettent concrètement ce décodage. Prédéterminée, la norme l'est en effet par la volonté d'un auteur de lui donner un sens général et abstrait. Co-déterminée, la norme l'est par la lecture de l'interprète afin de lui faire signifier un sens en lien avec un cas concret. Sur-déterminée, la norme l'est par le code culturel, c'est-à-dire l'ensemble des « principes, valeurs, idées, croyances, pratiques, usages des membres d'une société »¹⁷⁴⁰ que l'auteur comme l'interprète retiennent, appliquent au décodage. « Qu'est-ce donc que la surdétermination sinon cet ensemble de valeurs, de principes, de croyances auxquels adhèrent les membres d'une communauté et qui constituent le fonds dans lequel puiseront ceux qui, ayant à s'interroger sur **le sens de la loi**, y trouveront le moyen de combler une lacune, de décider de la manière de lever une contradiction ou de justifier une extension de la loi à un cas qu'elle n'avait

¹⁷³⁹ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1991, Cf. *Le silence, la loi comme surdétermination*, pp. 151 et s.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 12. Les soulignés sont de nous pour bien faire apparaître que la notion de surdétermination porte sur le sens et non sur l'effet des normes.

pas prévu »¹⁷⁴¹. Ainsi conçue, la surdétermination est une référence, celle du contexte social dans lequel le droit est situé à un moment donné, dans un pays donné. Cette référence surdétermine l'interprète car il ne peut rendre la justice dans l'absolu en se soustrayant à sa condition d'homme du XXI^{ème} siècle. *En lien avec le contexte social, la notion de surdétermination semble a priori apte à rendre compte de l'effectivité désirée des justiciables et de son influence sur le travail de mise en effet des normes par le juge.*

721. Le recours à la notion de surdétermination. Or, il n'en est rien. Mme Andrée Lajoie est revenue sur cette notion dans son ouvrage intitulé *Jugements de valeurs*¹⁷⁴². *Son utilisation de la notion de surdétermination montre que cette dernière n'est pas pertinente pour décrire le travail de mise en effet des normes.* En définissant la surdétermination comme « l'efficace des valeurs », elle réduit la notion aux seules valeurs sociales, un élément parmi la liste de référence donnée par M. Timsit. Parallèlement, sa recherche conduit à étendre la notion de surdétermination, en étudiant, d'une part, la construction des valeurs, et d'autre part, la réception des valeurs¹⁷⁴³. Il convient de bien analyser comment Mme Lajoie a recouru à la notion de surdétermination pour montrer dans quelle mesure elle en déplace le sens.

721-1. Dans *Quand les minorités font la loi*¹⁷⁴⁴, Mme Lajoie rend véritablement opératoire la notion de surdétermination en montrant comment les valeurs soutenues par les minorités sociales (les femmes, les gais et lesbiennes, les autochtones, les québécois, *etc*) sont surdéterminées par une sorte de standard axiologique du groupe dominant dans la société canadienne, celui des hommes/blancs/hétérosexuels/canadiens. « Le choix de la Cour quant aux intérêts des minorités qu'elle va protéger comme celui des valeurs au nom desquelles elle les inscrira dans le droit se déploie à l'intérieur des contraintes surdéterminantes qui découlent de l'efficace du champ des valeurs et intérêts dominants dans la société »¹⁷⁴⁵. Ces contraintes surdéterminantes ont été identifiées dans la recherche sur les minorités. Il s'agit avant tout des intérêts économiques du groupe dominant. « Quand l'affirmation des valeurs invoquées par les groupes impliquerait des conséquences économiques pour la minorité dominante, ces valeurs seront exclues, passées sous silence – telles l'identité comme fondement de droits politiques par les Autochtones et les Québécois – minimisées ou subordonnées à d'autres, leur sens sera réduit – comme celui de l'égalité dans de nombreuses décisions relatives aux femmes – ou carrément détourné, comme ceux de la liberté et surtout de la démocratie dans certaines décisions relatives aux femmes et aux Autochtones »¹⁷⁴⁶. Mme Lajoie met également en évidence la contrainte des valeurs propres à la Cour pour part constitutive de la surdétermination des valeurs des minorités. Ces valeurs propres à la Cour, comme « l'évolution du contexte social », « l'importance de la procréation pour la société », « les valeurs morales inhérentes à une société démocratiques »¹⁷⁴⁷, ont pour

¹⁷⁴¹ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹⁷⁴² A. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", 1997.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, pp. 198 à 201.

¹⁷⁴⁴ A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", 2003.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 128.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, pp. 128-129.

rôle de garantir la légitimité professionnelle et institutionnelle de la Cour auprès de son auditoire particulier¹⁷⁴⁸ – celui des autres magistrats et plus largement de la communauté des juristes.

722. Impasse de la notion de surdétermination. Le recours à la notion de surdétermination ne se situe donc plus sur le domaine de la détermination du sens de la norme – domaine originaire dans la conception de M. Gérard Timsit. Selon ce dernier, la surdétermination est la troisième étape dans le processus d'interprétation du sens de la norme. *L'étape de la surdétermination est celle où la décision judiciaire s'imprime des références sociales qui surplombent les magistrats et l'entier droit qu'ils ont à faire respecter. Avec Mme Lajoie, la notion de surdétermination ne concerne pas la détermination du sens de la norme mais l'influence des références sociales sur la prise de décision. Par un détournement de sa notion, la surdétermination passe du domaine de la signification à celui de la réalisation de la norme.* Or, il nous semble que la notion de surdétermination n'est pas du tout appropriée à cette tâche. La raison en est simple. M. Timsit conçoit la juridicité comme une propriété, celle permettant à la norme d'accéder à sa signification. L'auteur précise explicitement que la juridicité est une propriété et non un état¹⁷⁴⁹ de sorte qu'il n'est pas vrai de dire qu'une norme est juridique ou n'est pas juridique. Au contraire, la juridicité est susceptible de degrés¹⁷⁵⁰. *Pour M. Timsit, en n'étant pas, peu, ou fortement surdéterminée, une norme est plus ou moins juridique et non plus ou moins effective.* La question de l'application judiciaire du droit n'est perçue que sous l'angle de la recherche du sens et non celle de la mise en effet des normes. Autrement dit, l'analyse systémale du droit de M. Timsit est une théorie interprétative du droit et ne contient aucune théorie du procès. Ce n'est pas son objet. Or, selon les propos même de Mme Lajoie, son étude relie la détermination du sens à la mise en effet des normes : « Lier le rôle attribué à l'interprète par l'herméneutique aux effets de ce caractère impératif de textes auxquels le juge, seul parmi tous les interprètes, doit donner un sens qui a une portée normative, tel est je crois l'un des apports théoriques de ma réflexion »¹⁷⁵¹.

723. Un temps manquant à nos théories : la mise en effet des normes. En conclusion, *le juge ne fait pas que déterminer le sens de la norme. Il la met également en effet.* Comment ne pas en être convaincu ! Comment ne pas l'inclure dans la théorie du droit ! C'est pourtant le cas de certains théoriciens dont la découverte masque l'entier processus de la juridicité¹⁷⁵². Pour d'autres, *la notion de surdétermination apporte une réponse à l'influence du contexte social sur le travail du juge mais uniquement en ce qui concerne la détermination du sens de la norme.* Il est donc nécessaire de coupler à une théorie de la détermination des normes, une théorie de la mise en effet des normes pour décrire comment le juge choisit l'effet de droit le plus apte à résoudre le litige compte tenu du sens qu'il attribue à la norme dans ce cas particulier.

¹⁷⁴⁸ Sur cette notion, C. PERELMAN, *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd., 1979.

¹⁷⁴⁹ G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 49.

¹⁷⁵¹ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁵² Par exemple, Pattaro soutient que l'objet de la recherche de la juridicité est la « signification des mots ». E. PATTARO, "Vers une définition de la science juridique", in *Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse*, vol. 118-119, avril/sept 1985, 245.

B. Pour la reconnaissance d'une théorie de la mise en effet des normes

724. La mise en effet des normes. *Après la détermination de leur sens, avant l'observation de leur effectivité, il faut dire la mise en effet des normes. Il faut une théorie miroir à celle de l'effectivité, une théorie qui sache montrer comment l'effet de la norme est choisi au cours de la prise de décision. N'avons-nous justement pas montré que l'effet ne provenait pas de la violation de la norme mais de son interprétation ?*¹⁷⁵³ La nécessité d'une théorie qui relie cette mise en effet des normes à celle de la détermination des normes se fait jour. Une théorie du procès qui conduise à une théorie de l'effectivité et qui provienne d'une théorie de la normativité. Une théorie qui ne sacrifie pas les multiples contextes de l'émergence de l'effet de droit sur l'autel des institutions et mécanismes proprement juridiques. Une théorie à la fois de sociologie du droit et de droit dogmatique. Une théorie de l'effectuation. Effectuation : « action par laquelle une chose survient à la réalité »¹⁷⁵⁴. Effectuer : « mettre en effet »¹⁷⁵⁵. Nous y sommes. Mme Andrée Lajoie effleure la question lorsqu'elle montre comment, dans certaines hypothèses, les magistrats de la Cour Suprême du Canada peuvent intégrer une valeur revendiquée par un groupe minoritaire sous forme de grand principe juridique et dans la foulée la priver d'effet en délimitant ce dernier à tel point qu'il n'ait aucune existence effective possible¹⁷⁵⁶, aucune garantie juridique permise¹⁷⁵⁷. Les deux étapes apparaissent ici bien distinctement. *Déterminer le sens de la norme, en premier lieu, dire si elle autorise telle situation de fait, telle reconnaissance sociale, telle intégration de valeur. Mettre en effet la norme, en second lieu, dire quelle peut être son application, par quels moyens elle doit se réaliser, par quel effet de droit elle pourra ensuite être mise en œuvre, être exécutée.* A dire vrai, toute théorie ressent la nécessité de tenir compte de cette double opération ; et toute phase d'interprétation du sens conduit logiquement à celle de la mise en effet. Voilà certainement qu'elle est la raison de l'absence de théorie actuelle mentionnant cette étape. Elle appert au même stade que celle de l'interprétation – celui du procès, et, de ce fait, est confondue avec elle. Il est néanmoins tout à fait essentiel de les distinguer. La raison en est que nous avons là *deux étapes logiques différentes, la première portant sur le sens, la seconde sur l'effet.*

725. L'interprétation ne porte que sur le sens. *Déterminer le sens d'une norme, mettre en effet une norme, voici deux étapes différentes de logique juridique. L'opération intellectuelle n'est pas la même et peut analytiquement être séparée. Dans le cas de la détermination du sens des normes, il s'agit d'une phase d'interprétation. Soit que l'on considère que le sens d'une norme existe objectivement, et il s'agit d'en atteindre la connaissance. Soit que l'on considère que la signification d'une norme est un acte de volonté, et il convient à l'interprète de déterminer pour telle situation quel est le sens de la norme*¹⁷⁵⁸. Quelque soit le fondement retenu, la question du

¹⁷⁵³ Cf. *supra*, n° 384.

¹⁷⁵⁴ Dictionnaire Larousse, V° Effectuation.

¹⁷⁵⁵ Dictionnaire Littré, V° Effectuer.

¹⁷⁵⁶ A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi, op. cit.*, p 131.

¹⁷⁵⁷ Sur la garantie juridique, Cf. C. THIBIERGE *et alii.*, *La force normative, naissance d'un concept, op. cit.*, Conclusion, p. 813, *spéc.*, p. 823.

¹⁷⁵⁸ Fondement retenu en droit depuis Kelsen.

sens est posée par l'interprétation. A partir d'un texte normatif, tout interprète, qu'il soit institutionnel (le juge, l'administration) ou simple destinataire, procède à une réception d'un donné qui lui est extérieur et à partir duquel se pose la question du sens, pour lui et pour sa situation. Quelle signification lui donner ? A partir de quoi ? De l'intention de l'auteur ? Interprétation fidèle. Des fins envisagées ? Interprétation téléologique. Avec quelle marge ? Interprétation stricte ou large. A partir de quel contexte ? Pour quelle situation ? Voilà une étape bien connue et étudiée des herméneutes, qu'ils soient réalistes, plus largement positivistes, ou au contraire, jusnaturalistes. La question du sens a retenu tous les théoriciens¹⁷⁵⁹.

726. La mise en effet excède l'interprétation. Pourtant, une fois la signification de la norme déterminée, le travail de l'interprète ne s'arrête pas là. Du reste, la saisine d'un juge ou d'un administrateur ne consiste pas en cela ! Ce qui est demandé au juge, de même que ce qui pousse tout sujet de droit à se saisir du journal officiel, ce n'est pas un travail d'herméneute. Initialement, la question du sens est même secondaire. Le texte normatif est pris pour en déployer les effets. Il est à la fois essentiel et naturel de délimiter le champ des possibles et en même temps, impossible d'appliquer, d'exécuter directement le texte normatif. *Après en avoir déterminé le sens, avant d'exécuter la norme, s'inscrit le temps de son effectuation, c'est-à-dire le processus par lequel la mise en effet de la norme se déploie. Il s'agit d'une phase d'évaluation et non d'interprétation.* Cette étape conduit au prononcé de l'effet de la norme. La question de son application est une question ultérieure, celle de l'effectivité. L'effet de la norme est-il bien appliqué ? Observe-t-on un décalage entre le prononcé de l'effet et les conduites des membres de la société ? Ce sont là des questions d'effectivité. En amont, l'effet doit être choisi, car il n'est pas contenu dans la norme – point démontré sur lequel nous ne reviendrons plus¹⁷⁶⁰. Pour cela, il doit nécessairement exister des principes gouvernants le choix de l'effet. Puis, ensuite, des moyens et techniques choisissant entre tel ou tel effet. Et enfin, un certain rituel ou mécanisme de paroles ou d'écrits prononçant l'effet. Tout ceci n'est pas du ressort de l'exécutant ni de l'interprétant. Il s'y glisse entre comme *une étape logique demeurée sous silence dans nos théories mais bien présente dans nos pratiques.* Et, les éléments de cette théorie ne sont-ils pas déjà dans notre étude ?

727. La mise en effet préventive des normes de la responsabilité civile¹⁷⁶¹. En rebroussant chemin, *les différentes conséquences de notre constat fondamental illustrent la théorie de la mise en effet des normes.* La résolution du problème du fondement de la sanction, **en premier lieu.** La théorie classique énonce le caractère prescriptif de la règle de droit¹⁷⁶² mais rend impossible la résolution des changements de fondement et de sanction¹⁷⁶³. Nous avons vu effectivement qu'il n'était pas soutenable de voir dans la structure de la règle le fait que l'effet y soit contenu. Car, si l'effet qui doit être appliqué lors de la violation de la norme réside déjà dans

¹⁷⁵⁹ Le récit de l'histoire de l'interprétation juridique par M. Frydman est sur ce point édifiant. D'ailleurs, son intitulé ne porte-il pas précisément sur le sens ? B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, coll. "Penser le droit", 2^e éd., 2007.

¹⁷⁶⁰ Cf. *supra*, n° 384-385.

¹⁷⁶¹ Cf. figure 2, *La théorie de la mise en effet des normes et son application à la sanction préventive*, p. 459.

¹⁷⁶² Cf. *supra*, n° 333.

¹⁷⁶³ Cf. *supra*, n° 373 à 376-2.

son texte, alors comment concevoir qu'un changement de sanction puisse avoir lieu sans changement de texte normatif et à l'inverse, qu'un changement de texte conduise au prononcé du même effet pour un même type de violation. Quel est alors le véritable fondement normatif de la sanction si ce n'est l'interprétation de la norme ? D'où la notion de normativité pragmatique¹⁷⁶⁴. La résolution du problème de l'origine juridique des manifestations préventives, **en deuxième lieu**. Non prévue par les textes, la prévention apparaît pourtant au cœur de certains contentieux alors qu'elle bouleverse les conditions nécessaires à l'engagement d'une action et qu'elle s'émancipe du domaine du principe de réparation intégrale. D'où provient la source de telles manifestations préventives si ce n'est d'un principe gouvernant les effets de la responsabilité civile ? D'où le principe de prévention proportionnelle¹⁷⁶⁵. L'évolution incontestable des contextes social, éthique et axiologique, **en dernier lieu**. Les besoins sociaux des justiciables sont immanquablement marqués dans de nombreuses hypothèses nouvelles de la responsabilité civile par une demande de sécurité. Besoin social d'autant plus visible qu'il s'explique, d'une part, par l'ébranlement des repères moraux, et d'autre part, par la nouvelle hiérarchie des valeurs prônant la sécurité devant la solidarité. Quelle notion serait propre à conceptualiser cette influence du contexte social sur l'office du juge ? D'où la notion d'effectivité désirée. *Normativité pragmatique, interprétation téléologique et effectivité désirée sont les éléments d'une mise en effet préventive des normes de la responsabilité civile. A partir de ces éléments, il est maintenant possible de décrire le travail judiciaire effectué par le juge sur les normes pour les mettre en effet.*

728. La promesse d'un effet par l'émetteur de la norme : premier élément de la mise en effet des normes. Si l'effet de la norme n'est pas contenu dans sa structure, il paraît néanmoins évident que son auteur en a projeté le dessein. Derechef, il faut dire que la question des effets est première à celle du sens. Il est indéniable que le législateur consacre des textes normatifs dans une finalité spécifique. Ce qui n'est plus soutenu par quiconque, c'est l'idée d'une effectivité donnée par le texte. Le législateur a bien une intention mais la mise en effet de la norme ne s'y réduit pas. L'effectivité n'est pas donnée par le texte car il ne suffit pas de lire pour accéder à un sens vrai dans l'absolu mettant tout destinataire à égalité de sens. Au contraire, l'effectivité est révélée par l'emploi du texte normatif. Le destinataire de la règle est avant tout le lecteur d'un texte (ou le locuteur d'une parole, ou plus largement, le récepteur d'une formule, d'un rite, d'un geste, d'une pratique, *etc*) qui doit comprendre le texte pour le mettre en œuvre. Or, comprendre, c'est en premier lieu interpréter. Faire sens. Faire sens à partir de. Faire sens à partir de soi et à partir du texte. L'intention du législateur n'est donc pas reine, et la lecture du destinataire n'est pas davantage dénuée de contrainte. Il faut alors tenir compte que dans chaque texte normatif se loge une promesse. La promesse d'un effet. *La mise en effet des normes commence par la prise en compte de la promesse de l'auteur de la norme de voir déployer certains effets.*

729. L'illustration par la sanction préventive de la promesse légale des effets. Dans le cas de la sanction préventive, la promesse d'une effectivité préventive des normes de la responsabilité civile a longtemps été absente. Il en eut été différemment s'il s'était agi de responsabilité pénale

¹⁷⁶⁴ Sur la notion de norme, Cf. *supra*, n° 399.

¹⁷⁶⁵ Cf. *supra*, n° 654 et s.

ou du prononcé des sanctions réparatrices de la responsabilité civile. Notre panorama du droit positif a montré que *les textes traditionnels de la responsabilité civile ne promettent pas la prévention. La prévention s'évince du droit positif par l'interprétation des normes et non lors de l'édition des textes*. Il est vrai que le résultat n'est pas si net. Nous avons mis en évidence le développement légal d'une technique s'émancipant des normes fondamentales de la responsabilité. La consécration d'un couple mesures de prévention/mesures de réparation a investi le champ légal récemment¹⁷⁶⁶. C'est le cas notamment de la transposition de la directive européenne sur la responsabilité environnementale. *On peut ainsi dire qu'il y a émergence d'une promesse d'effet préventif des normes de la responsabilité civile mais seulement au sein de certaines lois spéciales très récentes*.

730. L'attente d'un effet par les justiciables : deuxième élément de la mise en effet des normes. La mise en effet des normes n'est pas une phase de logique juridique fermée sur elle-même. Au contraire, elle est ouverte et réceptive au contexte social. Le justiciable et plus largement les sujets de droit participent également à la mise en effet des normes. Ils soumettent un effet désiré que le juge met en balance avec l'effet promis par l'auteur de la norme. Cette attente d'un effet particulier est le deuxième élément de la mise en effet des normes. Contrairement à la surdétermination qui surplombe le juge et tout interprète par l'impossibilité de s'extraire de sa position dans la société, dans tel type de société, à tel moment donné de son histoire, l'attente d'un effet par les justiciables est, quant à elle, sujette à la délibération judiciaire. Le tiers exerce en conscience un processus de choix qui mènera à conduire ou éconduire l'effet désiré soumis par la demande en justice ou propagé par l'opinion sociale. Il est tout à fait possible grâce aux sondages, aux rumeurs, aux attitudes de connaître ce que l'on nomme l'état de l'opinion sur la peine de mort, le mariage entre homosexuels, et toute autre question de société. Il nous semble que c'est à cette étape et non à celle de la surdétermination que les valeurs proposées par les groupes minoritaires étudiée par Mme Andrée Lajoie reçoivent ou non un accueil judiciaire favorable. Car si, en soi, les valeurs surdéterminent tout membre d'une communauté, lorsqu'il convient dans telle hypothèse conflictuelle d'arbitrer entre leur intégration juridique ou non, il n'est pas soutenable de dire que le juge ne délibère pas, n'exerce pas son choix sur la question, ne fait que suivre l'état de l'opinion. Pas plus qu'un autre, le juge n'est entièrement et définitivement déterminé. D'ailleurs, l'étude de Mme Andrée Lajoie ne montre-t-elle pas des exceptions au critère de délibération du juge (celui de la préservation de l'intérêt économique du groupe majoritaire des hommes/blancs/hétérosexuels/canadiens) ? En résumé, *la mise en effet des normes est sous l'influence du contexte social au travers de l'attente particulière des justiciables d'un effet de droit*.

730-1. L'illustration par la sanction préventive de l'attente d'un effet de droit par les justiciables. Dans le cas du prononcé d'une sanction préventive, cette attente naît du désir d'une effectivité sécuritaire. Nous avons dit le besoin de reconnaissance du statut de victime conduisant à la préférence de la tenue d'un procès sur l'indemnisation par un fond spécifique. Également, le souci d'un accompagnement social dans l'optique d'acquiescer une garantie de conformité au droit par sécurité. Et surtout, la réponse judiciaire aux angoisses naissant des

¹⁷⁶⁶ Cf. *supra*, n° 600.

risques technologiques, sanitaires, et biologiques. Ces besoins sociaux de sécurité à la fois symbolique et instrumentale reposent sur une évolution sociale plus fondamentale promouvant une nouvelle hiérarchie des valeurs – la sécurité prenant la première place à la solidarité. Evolution d'autant plus fondamentale qu'elle a lieu dans un contexte éthique de perte des repères moraux, identitaires, acquis précédemment. *L'introduction d'une action en justice à un stade précoce où le dommage n'est pas réalisé ou lorsque ses conséquences ne sont pas encore advenues exerce une influence sur la mise en effet des normes dans une optique préventive.*

731. Le choix de l'effet de droit par le juge : dernier élément de la mise en effet des normes.

La mise en effet des normes apparaît dès lors comme un processus faisant intervenir différents acteurs à différentes étapes. L'auteur de la norme – le législateur ou les membres d'une communauté dans le cas des normes spontanés comme la coutume ou l'usage – ne peut que promettre un effet car son rôle ne réside que dans la formulation de la norme. Le destinataire de la norme – les sujets de droit, et plus particulièrement les justiciables créanciers et débiteurs – ne peut qu'attendre un effet. Il revient au tiers impartial de mettre en balance l'effet promis et l'effet désiré. Saisi d'un conflit, le juge, l'arbitre, le conciliateur, ou le négociateur, qualifiant les faits, rattachera le problème de droit posé à un ou plusieurs textes normatifs. Les trois étapes de l'interprétation de la norme bien révélées par les herméneutes se déroulent¹⁷⁶⁷. Une première étape de pré-interprétation (ou pré-détermination dans le cas de la théorie de M. Gérard Timsit) où le juge se saisit du texte normatif et procède à une lecture à partir de ses propres présupposés et préjugés de départ¹⁷⁶⁸. Cette première étape laisse place à une deuxième où a lieu au sens strict l'interprétation de la norme, c'est-à-dire la détermination de la signification à lui donner dans ce conflit. Une dernière étape dit de post-interprétation (ou sur-détermination) met en jeu les forces d'influence qui surplombent la position du tiers : un ensemble de déterminants sociaux, éthiques, axiologiques provenant de la société, d'une part, et de la communauté spécifique à laquelle appartient le tiers, d'autre part. Les études de M. Perelman¹⁷⁶⁹ et Mme Lajoie¹⁷⁷⁰ montrent effectivement que l'interprète est sujet aux réactions de son auditoire particulier qu'il anticipe avant sa prise de décision. Une fois la signification de la norme déterminée, le travail du tiers ne s'arrête pas là. La norme n'est pas applicable par les personnes qui seront chargées de son exécution – huissier, avocat, notaire, les parties prenantes du conflit, etc. Le tiers doit choisir l'effet spécifique qu'il convient de donner à la violation de la norme dans cette résolution de conflit. Il s'agit bien d'un choix parmi l'ensemble des sanctions et mesures juridiques possibles, et dans leur évaluation. *La mise en effet des normes par le juge se résout dans le choix de l'effet de droit propre à mettre un terme au litige et va permettre la mise en œuvre, l'exécution concrète de la norme.*

¹⁷⁶⁷ Sur ces trois étapes du travail d'interprétation des normes, nous nous permettons de renvoyer à nos travaux sur Dworkin, C. SINTEZ et J. ANDINO DORATO, "La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme.", in *L'Egalité, Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, pp. 319-340.

¹⁷⁶⁸ Sur l'influence des présupposés de l'interprète sur son travail d'interprétation, H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode*, édition intégrale revue et complétée par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Merlio, éd. du Seuil, Paris, 1996.

¹⁷⁶⁹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, op. cit.

¹⁷⁷⁰ A. LAJOIE, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, op. cit.

731-2. La mise en effet des normes par l'exécutant lui-même. A dire vrai, lorsqu'il n'y a pas de litige, la norme a aussi besoin d'être mise en effet avant d'être exécuté concrètement. L'exécutant, administrateur, fonctionnaire, huissier, notaire, greffier, etc, doit lui aussi en interpréter le sens et la mettre en effet, avant de concrètement mettre en œuvre son contenu. Prenons l'exemple d'un chef de service d'une administration publique. Dans de nombreux cas, pour appliquer un règlement, une circulaire de service sera prise¹⁷⁷¹. Cette circulaire de service mentionne le règlement, en précise tel domaine, et soumet tout un outillage propre à la réaliser. Une fois cette mise en effet prévue, les administrateurs pourront appliquer la circulaire et ainsi mettre en œuvre le règlement. « Dans les faits, un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire adéquate pour *faire application* des dispositions législatives ou réglementaires, qui pourtant sont déjà en vigueur »¹⁷⁷².

Pour conclure, la mise en effet est un nécessaire préalable à l'exécution de la norme qu'il y ait un litige ou non. Dans les deux hypothèses, *le tiers met en balance l'effet promis par l'auteur de la norme avec l'effet désiré par le destinataire* – parties prenantes à un procès ou destinataire exécutant de la norme.

732. L'illustration par la sanction préventive du choix de l'effet de droit par le juge. Le détail de cette phase du choix de l'effet appert nettement de notre étude de la sanction préventive. La mise en effet est gouvernée par un principe entièrement tourné vers cette finalité et non celle du contrôle des conditions d'engagement de l'action. Le principe de réparation intégrale est d'ailleurs qualifié comme tel, de principe tourné vers les effets de la responsabilité civile¹⁷⁷³. *Dans le cas du prononcé d'une sanction préventive, la mise en effet des normes de la responsabilité est gouvernée par un principe que nous avons désigné sous le nom de principe de prévention proportionnelle.* Ce principe est constitué d'une technique qui permet de choisir l'effet approprié à la violation de la norme. Dans ce cas, à partir du principe de prévention proportionnelle, le tiers recourt à une technique de prévision du dommage qui peut conduire soit à la sur-évaluation des dommages et intérêts ou à l'anticipation de leur allocation, soit à l'injonction de mesures d'anticipation ou de cessation. Cette technique de prévision s'évince des caractères propres aux sanctions préventives : adéquates et proportionnées. La technique de prévision ne vise pas à évaluer quantitativement une compensation puisque le dommage n'est pas réalisé ou le préjudice n'est pas constitué. *La prévision conduit à l'injonction d'un effet en adéquation avec le risque et de manière proportionnée.* Pour les mesures de précaution et de cessation, l'effet choisi est également provisoire. Une fois l'effet choisi et ajusté à la violation de la norme (ici, potentielle), le tiers le prononce. Cette ultime étape est essentielle et se formalise

¹⁷⁷¹ « [Les circulaires] contiennent normalement des instructions, recommandations, explications adressées par les chefs de service, et notamment par les ministres, aux personnels dont ils ont à diriger l'action. Relatives le plus souvent à l'application d'une législation ou d'une réglementation déterminées, elles en constituent un commentaire et en interprètent les dispositions ; **elles indiquent les façons de procéder**, les précautions à prendre, les contrôles à exercer, les délais à observer. », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. "Précis Domat", 2001, n° 683. Les soulignés sont de nous.

¹⁷⁷² *Ibid.*, les soulignés sont de nous.

¹⁷⁷³ M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 444, préf. C. THIBIERGE, 2005, voir, notamment le schéma 3 en annexe, p. 598.

souvent par un *sacramentum*, un rite, une procédure particulière. Formule des préteurs romains, arrêt des Cours, sentence des arbitres, la décision rendue revêt l'effet choisi d'une force apte à en rendre l'exécution indiscutable. Là réside la force exécutoire des normes. La décision est assez transparente sur cette distinction du choix de l'effet et de la détermination du sens. *La signification attribuée à la norme pour le cas à résoudre se loge dans les motifs de la décision tandis que la mise en effet s'exprime dans son dispositif.*

733. La théorie de la mise en effet des normes et les principes d'une réalisation méthodique d'Henri Motulsky¹⁷⁷⁴. Par l'étude de la consécration judiciaire des droits subjectifs en droit privé, Henri Motulsky est amené dans sa thèse de doctorat à soutenir une théorie de la réalisation du droit par le juge. La mise en effet des normes serait-elle une reformulation de cette proposition ? Deux arguments plaident en son contraire. En premier lieu, la réalisation du droit s'inscrit dans une lecture légaliste du droit privé impropre à la représentation de la responsabilité civile¹⁷⁷⁵. Henri Motulsky soutient effectivement que le juge ne fait que réaliser la loi contenant la sanction juridique. La réalisation consiste alors à concrétiser la règle générale en appliquant l'effet prévu. Au contraire, notre étude démontre le pouvoir créateur du juge dans son travail d'interprétation et de mise en effet des normes. Par son interprétation, il détermine un sens qui n'est pas contenu dans le texte normatif. Par sa mise en effet, il choisit un effet de droit qui n'est pas prescrit par la norme. La "conception structurale de la règle de droit"¹⁷⁷⁶ de l'auteur est incompatible avec notre conception interprétative de la sanction. Ainsi, les principes d'une réalisation de la norme sont diamétralement opposés à la théorie de la mise en effet. En second lieu, la réalisation des normes théorisée par Motulsky vise à décrire le raisonnement méthodique du juge à l'origine des droits subjectifs. Elle résulte du syllogisme judiciaire. Pour sa part, la théorie de la mise en effet des normes illustre les conditions d'exercice de l'activité judiciaire. La mise en effet des normes n'est pas un mécanisme méthodologique ; c'est une réalité due à l'influence qu'exerce le contexte social sur la prise de décision judiciaire. *Ni légaliste, ni méthodique, la théorie de la mise en effet ne réalise pas les normes. Elle prépare leur exécution par d'autres intervenants. Autrement dit, la mise en effet des normes est une théorie plus détaillée pour décrire ce que le terme de réalisation pourrait englober sans distinguer : l'interprétation, la mise en effet et l'exécution de la norme.*

En résumé, la mise en effet des normes est patente en responsabilité civile. Elle éclaire le travail du juge sur les normes de la responsabilité civile. Elle permet de comprendre à quel moment et comment le choix de l'effet de droit propre à résoudre le litige est effectué par le juge. *Dans le cas du prononcé d'une sanction préventive, la mise en effet des normes se réalise sous l'influence d'une effectivité désirée très forte de prévention des dommages de la part des justiciables et d'une promesse de prévention très faible de la part du législateur*¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. "Bibliothèque Dalloz", 2002.

¹⁷⁷⁵ Sur le légalisme de Motulsky, voire l'avant propos de Mme Frison-Roche.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁷⁷ Cf. *infra*, fig. 2, p. 459.

734. Conclusion de section. Le besoin de sécurité qui s'inscrit dans le recours judiciaire à la responsabilité civile par les justiciables est au fondement d'une nouvelle fonction sociale du droit de la responsabilité civile. Pour en rendre compte théoriquement, la notion d'effectivité désirée est nécessaire pour comprendre comment ce besoin social est pris en compte par le juge. Or, il n'existe pas de théorie pour représenter cette attention du juge au contexte social ni de théorie pour concevoir le temps manquant entre la détermination du sens de la norme et son exécution en pratique. Afin de pallier cette double lacune, il nous est apparu nécessaire de bien distinguer le moment de la détermination du sens de la norme applicable, de l'étape durant laquelle sa mise en effet va conduire au prononcé d'une sanction adéquate à la résolution du litige. En somme, il était nécessaire de montrer l'existence d'une phase de mise en effet des normes et d'en proposer une théorie aux côtés de celle de l'interprétation judiciaire. La théorie de la mise en effet des normes permet de comprendre pourquoi les besoins sociaux infléchissent la jurisprudence de certains contentieux dans le sens de l'effectivité désirée par les justiciables. La mise en effet des normes succède ainsi à l'opération de détermination du sens et est un préalable à la mise en œuvre de la norme.

Ainsi la théorie de la mise en effet se situe-t-elle au sein d'une théorie du procès explicitant le lien dynamique entre la détermination du sens et la mise en effet de la norme. Cette présentation a l'avantage de décrire plus finement le travail judiciaire et d'éclairer les bouleversements observés du fait du prononcé des sanctions préventives. Une représentation linéaire de la responsabilité civile de ses conditions à ses effets n'est plus pertinente. *La théorie de la mise en effet des normes rompt le dogme de la prééminence de la question des conditions du droit de la responsabilité civile et réintroduit l'influence de la pratique du droit au cœur de la représentation de la juridicité. Elle vaut, nous semble-t-il, de manière générale au-delà des sanctions préventives, pour décrire, quelque soit les contentieux, l'opération par laquelle le juge, choisissant l'effet de droit adéquat, va permettre l'exécution concrète de la norme par d'autres intervenants.* Dès lors, une représentation de la responsabilité civile par ses effets devient possible.

Cette nouvelle voie porte en elle la promesse d'une cohérence de la responsabilité civile retrouvée qu'il convient maintenant d'éprouver.

SECTION 2. Les apports de la représentation de la responsabilité civile par ses effets :

La cohérence retrouvée de la responsabilité civile

735. La mise en effet des normes montre le processus à l'œuvre derrière le constat du bouleversement des conditions de la responsabilité civile. Le lien dynamique qui relie le sens et l'effet de la norme est un lien complexe où les influences entre le sens et l'effet sont mutuelles et réciproques. *Vouloir réformer le droit de la responsabilité civile dans l'optique de redonner cohérence à ses conditions est inopérant sans prise en compte du travail de la mise en effet des normes. Car si le sens premier permet une première mise en effet, le sens attribué peut être modifié par de nouvelles attentes d'effet par les justiciables.* La représentation de la responsabilité civile par ses effets peut seule apporter une nouvelle cohérence au droit par la prise en compte du lien dynamique entre le sens et l'effet des normes.

La cohérence dont la responsabilité civile a besoin nécessite davantage qu'une réforme légale. S'il est légitime qu'elle passe par elle, il est primordial qu'elle porte sur nos représentations de son modèle. Pour ce faire, il convient d'établir une typologie des sanctions préventives par rapport aux sanctions réparatrices et répressives (§1). Socle de la représentation de la responsabilité par ses effets, cette typologie comparée amène à aménager les actions en responsabilité capables de conduire à des sanctions préventives, réparatrices et répressives (§2).

§1. Une typologie comparée des sanctions de la responsabilité civile : la cohérence permise

736. Avant de présenter le contenu de la typologie comparée des sanctions de la responsabilité civile (B), il est nécessaire d'en rassembler les éléments (A).

A. Les éléments d'une typologie des sanctions préventives de la responsabilité civile

737. Des considérations pratiques afin de rendre opératoire une typologie des sanctions préventives en responsabilité civile doivent être prises à l'égard des différentes classes de sanctions (2) et de leur nature (1).

1. La double nature des sanctions préventives

738. En tant qu'effet de droit, la sanction préventive ne saurait être entendue à tous les niveaux sémantiques que le langage juridique entremêle sur le thème de la sanction¹⁷⁷⁸. Pour rendre opératoire une typologie, il est nécessaire d'appréhender la sanction préventive uniquement au niveau empirique de la sanction juridique. Le niveau fondamental qui consiste à concevoir les deux sens premiers de la sanction (effet de droit et consécration juridique) et le niveau conceptuel représentant idéologiquement la sanction comme le critère du droit n'ont pas d'intérêt pour une typologie des données positives du droit. A ce niveau de langage, la sanction juridique peut être dénommée sanction ou mesure et consister concrètement en une obligation nouvelle ou dans l'exécution forcée d'une obligation préexistante. En somme, la typologie doit contenir toutes les sanctions préventives, c'est-à-dire tous les effets attribués par le système juridique à la potentialité de violation d'un texte normatif. Dernière précision, la notion d'effet de droit est ici entendue juridiquement. Il ne s'agit pas de la notion sociologique qui renvoie aux effets sociaux engendrés par la potentialité de violation d'un texte normatif, comme les effets pervers, les effets symboliques et les effets attendus par le législateur.

739. En tant que mesure de prévention, la sanction préventive doit se démarquer des sanctions réparatrices et des sanctions répressives sauf à englober toute la typologie. Typologiquement, la sanction préventive ne peut être la marque que des sanctions directement préventives. Les marges entre la prévention, la réparation et la répression que l'on observe entre les notions doivent être exclues entre les catégories de sanction. Enfin, l'expression commune en responsabilité civile de « mesure préventive » symbolisant les dispositions qu'aurait dû prendre le responsable afin que le dommage ne survienne ne saurait intégrer la typologie : ces dispositions sont négativement préventives du fait de leur existence fictive. C'est précisément parce qu'elles n'ont pas été prises, donc qu'elles n'existent pas, que le juge aura à prononcer une sanction préventive ou autre.

Ces préliminaires dits, il est possible de présenter les quatre catégories de sanctions préventives.

2. Les quatre catégories de sanctions préventives

740. Parmi les manifestations préventives, au sens littéral, recensées en début de thèse, l'heure est venue de trier et de proposer ce qui doit appartenir à la sanction préventive ou non. Quatre catégories de sanctions préventives peuvent être identifiées dans un ordre croissant de la prévention spéciale à la prévention générale.

741. L'anticipation du fait dommageable. Au cœur de la prévention, la première catégorie de sanctions préventives contient les mesures propres à anticiper la réalisation du fait potentiellement à l'origine d'un dommage. Il s'agit concrètement d'anticiper un risque connu ou inconnu. Ce sont les mesures de prévention et les mesures de précaution.

¹⁷⁷⁸ Sur les trois niveaux sémantiques de la sanction en droit, Cf. *supra*, n° 392 à 404.

742. La cessation du fait générateur. Le fait dommageable réalisé, il devient juridiquement générateur d'un dommage qui peut ne pas être encore survenu. La deuxième catégorie de sanctions préventives renferme l'ensemble des mesures visant à éviter la survenance du dommage en faisant cesser le fait générateur. Il s'agit concrètement de faire cesser un trouble anormal ou illicite. Ce sont les mesures de cessation.

743. La réparation anticipée du préjudice. Une fois le dommage réalisé, ses conséquences juridiques peuvent encore être prévenues. L'objet de la prévention devient alors le préjudice – conséquence juridique du dommage. La troisième catégorie de sanctions préventives consiste à compenser préventivement les conséquences du préjudice sur les biens ou la personne de la victime ou de ses ayants-droit. Il s'agit concrètement de réparation anticipée du préjudice. Ce sont les dommages et intérêts anticipés.

744. La réparation dissuasive du préjudice. Lorsque le fait générateur, le dommage et le préjudice sont admis et actuels, il est encore permis de parler de prévention pour dissuader de la commission d'un nouveau dommage semblable. *Lorsque cette dissuasion est abstraite et générale, on ne saurait placer la sanction dans la dernière catégorie des sanctions préventives. Il s'agit là d'une sanction répressive.* Au sens large et abstrait, la dissuasion des comportements est le propre du droit pénal et ne concerne pas la prévention au sein d'une typologie opératoire. En revanche, lorsque la dissuasion a pour objet le responsable désigné civilement, elle se concrétise et débouche sur une sanction préventive. La dernière catégorie de sanctions préventives contient alors toutes les mesures propres à dissuader concrètement le responsable désigné à renouveler la commission du dommage. Il s'agit alors de prononcer des dommages et intérêts majorés.

Les quatre catégories de sanctions préventives prennent place au sein d'une typologie comparée des sanctions de la responsabilité civile.

B. Le contenu de la typologie comparée des sanctions préventives de la responsabilité civile

745. La typologie des sanctions préventives de la responsabilité civile peut maintenant être proposée par comparaison avec les sanctions réparatrices et répressive (1). Elle n'est pas sans incidence sur les distinctions de notre science du droit concernant les effets de la responsabilité (2).

1. Une typologie pratique des sanctions préventives de la responsabilité civile

746. Confirmant nos constats de la première partie de cette étude, la typologie proposée distingue les sanctions préventives de la réalisation du dommage de celle des conséquences du dommage. En reprenant la distinction entre le dommage et le préjudice désormais claire en

doctrine, la *summa divisio* de la typologie relie les sanctions préventives du dommage (a) des sanctions préventives du préjudice (b).

a. Les sanctions préventives du dommage

747. Les sanctions préventives du dommage sont des mesures prononcées par le juge de la responsabilité civile lorsque le dommage – atteinte matérielle, n'est pas encore réalisé. Selon le degré d'information dont dispose la potentielle victime, l'objet de la sanction visera soit le fait dommageable potentiel, soit le fait générateur¹⁷⁷⁹. Dans le premier cas, il s'agira de mesure d'anticipation (i) tandis que, dans le second cas, il sera rendu une mesure de cessation (ii).

i. Mesure d'anticipation

748. Définition. *La mesure d'anticipation consiste en une obligation nouvelle prononcée par voie d'injonction lorsqu'un risque d'illicéité et un risque de dommage sont rapportés.* Pour cela, il faut que l'intéressé possède l'information nécessaire portant sur la commission prochaine d'un fait potentiellement dommageable. Tout le domaine de la responsabilité civile n'est donc pas concerné par ces mesures d'anticipation. Il faut exclure le droit civil des accidents¹⁷⁸⁰. Les illustrations se trouvent parmi les droits de la personnalité, à la vie privée, à l'image, les droits d'auteurs, les droits de la concurrence, notamment. La spécificité de ces mesures d'anticipation réside dans le risque d'illicéité. Ces mesures viennent sanctionner un fait projeté dont la réalisation le rendrait dommageable. En quelque sorte, le fait demeurant encore dans la sphère privée, il ne peut être qualifié d'illicite qu'en s'objectivant, qu'en devenant public, réel, qu'en étant mis en œuvre. A défaut, il faut parler de risque d'illicéité.

749. Les mesures d'anticipation du risque certain et du risque incertain. On observe l'existence de deux types de mesures d'anticipation. Lorsque le risque de dommage est certain, la mesure d'anticipation est mise en œuvre le principe de prévention proportionnelle dans une logique de prudence classique de type aristotélicienne¹⁷⁸¹. On peut dénommer ces mesures d'anticipation : *mesure de prévention*. Au contraire, lorsque le risque de dommage est incertain scientifiquement, la mesure d'anticipation est prise dans une logique de précaution. On peut alors nommer ces mesures d'anticipation : *mesure de précaution*. *De lege ferenda*, il serait plus rigoureux de reconnaître le fondement juridique du principe de précaution afin de guider plus strictement l'office du juge par rapport à l'actuel principe de prévention proportionnelle¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁹ Sur la distinction entre fait dommageable et fait générateur, Cf. *supra*, n° 487-489.

¹⁷⁸⁰ P. PIERRE, *Vers un droit des accidents, Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse Rennes, 1992.

¹⁷⁸¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 2004, chap. 5.

¹⁷⁸² En ce sens, M. BOUTONNET, "Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?", *D.*, 2009, 819.

750. Pour une reconnaissance des mesures d'anticipation. Ces mesures d'anticipation sont conjointes au fond et en référé. Il nous apparaît nécessaire de les reconnaître tant en théorie que dans la procédure. En théorie, les mesures d'anticipation sont confondues avec les mesures de réparation en nature et avec les mesures de cessation de l'illicite. Or, il n'est pas permis de les confondre avec les premières car le préjudice n'est pas constitué, ni avec les secondes, car le fait générateur n'est encore lui-même que potentiel. Les mesures d'anticipation sont les seules à sanctionner la potentialité d'un fait dommageable. En procédure, les mesures d'anticipation sont prononcées sans garantie particulière. Or, il est nécessaire d'apporter un gage de sécurité juridique tant la possibilité d'arbitraire est grande. Nous plaillons pour que les mesures d'anticipation soient une notion de droit positif attachée de garanties juridiques précises.

751. Pour un minimum de garantie juridique sur le prononcé des mesures d'anticipation. Les caractères adéquat et proportionné des mesures d'anticipation relevés lors de leur étude seraient, selon nous, deux exigences allant en ce sens. En premier lieu, imposer au juge que le choix de sa mesure soit adéquat à la situation serait à la fois un gage de prévisibilité juridique et un obstacle à l'arbitraire. Les parties au procès disposeraient au fur et à mesure de l'élaboration de la jurisprudence d'une typologie des mesures déclarées adéquates à tel type de situation qui leur permettrait incidemment une comparaison de la décision rendue à la jurisprudence antérieure apte à lutter contre l'inégalité de traitement des intérêts en présence. En second lieu, inscrire dans la loi le caractère proportionné entre la mesure édictée et le risque encouru entraînerait un contrôle plus strict du pouvoir judiciaire sous la bannière du principe de sécurité juridique. En effet, plus le risque encouru est incertain scientifiquement, plus la mesure prononcée devrait être strictement proportionnée dans un souci de sécurité juridique. En outre, pour les mesures d'anticipation du risque incertain, la doctrine plaide d'ailleurs pour que la mesure édictée soit provisoire, le temps que l'information requise soit collectée.

752. Comparaison avec les autres sanctions. Les mesures d'anticipation sont exclusives des mesures de réparation, qu'elles soient en nature ou par équivalent car ni le dommage ni le préjudice ne sont réalisés. En revanche, elles peuvent être cumulées à des sanctions répressives comme l'astreinte et l'amende civile pour empêcher la récidive et, surtout, pour accélérer l'efficacité des mesures d'anticipation.

ii. Mesure de cessation

753. Définition. Une fois le fait dommageable commis, il est des cas où il demeure actuel et se perpétue en alimentant la conclusion du dommage. C'est l'hypothèse d'un trouble. *La mesure de cessation du trouble vise à stopper le fait générateur, cause du dommage.* Elle n'agit donc pas sur ce dernier mais sur ce qui en est la cause. La cause est juridiquement qualifiée de trouble. Le trouble peut être anormal ou illicite. La mesure de cessation poursuit donc deux objectifs. Elle est ordonnée soit pour corriger l'illicéité d'un fait entraînant la violation d'une norme, soit pour enrayer l'anormalité d'un fait entraînant l'usage excessif d'un droit. On peut ainsi nommer les deux types de mesures de cessation : mesure de cessation du trouble illicite, d'une part, et

mesure de cessation du trouble anormal, d'autre part. *La mesure de cessation peut être définie comme l'obligation enjointe à fin d'arrêter le trouble.*

754. Distinction avec la réparation en nature. En tant que sanction préventive, les mesures de cessation se résolvent en une nouvelle obligation imposée par voie d'injonction. Elles se distinguent ainsi des mesures de remise en état ou de rétablissement qui s'attaquent au dommage lui-même. Pour ces dernières, il s'agit de réparation en nature exigeant la preuve d'un préjudice et non de cessation du trouble. Malheureusement, la distinction peine à voir le jour si l'on en juge par les propositions de recodification des obligations non contractuelles. En ce sens, le rapport Catala inclut la cessation de l'illicite dans la réparation en nature en son article 1369-1.

755. Pour une extension des mesures de cessation. Les hypothèses juridiques se soldant par le prononcé d'une mesure de cessation sont encore peu nombreuses. Pour la plupart, elles sont relativement cachées dans la mesure où elles ne se fondent pas sur une norme générale de responsabilité comme c'est le cas pour les dommages et intérêts procédant directement de l'article 1382 du Code civil. Elles sont le fruit de normes de procédure et l'application de la jurisprudence. En droit commun, on les retrouve dans les contentieux du trouble de voisinage. Elles démontrent leur nécessité contemporaine en étant plébiscité par les nouveaux contentieux du droit de l'environnement, du droit de la consommation, et du droit des nouvelles technologies. Cet engouement justifié devrait, *de lege ferenda*, être soutenue par l'introduction en droit français d'une action du droit commun en cessation du trouble. Nous rejoignons la proposition de M. Cyril Bloch sur l'adjonction d'un alinéa à l'article 1382 du Code civil sur la cessation de l'illicite¹⁷⁸³ avec cette réserve que l'action en cessation devrait ne pas être restreinte à l'illicite mais inclure l'anormalité en visant la cessation du trouble, sans autre qualificatif.

756. Le cumul des mesures de cessation et de réparation. S'attaquant à la cause du dommage dans l'hypothèse de l'existence d'un trouble, les mesures de cessation peuvent coexister avec les mesures de réparation car le dommage naît du trouble inévitablement. En ce sens, il est parfois difficile de dire si une mesure vise la cessation ou la réparation. Il est des cas où par une seule injonction, le juge parvient à agir à la fois sur la cause du dommage et sur le dommage lui-même¹⁷⁸⁴. Mesures de cessation et mesures de réparation peuvent donc être cumulées dans la mesure où elles ne sanctionnent pas le même objet.

Ainsi, avant que le dommage ne soit actuel, deux catégories de sanctions préventives peuvent être prononcées : une mesure d'anticipation du fait dommageable et une mesure de cessation du fait générateur. D'autres sanctions sont prononcées lorsque le dommage est réalisé ou plus exactement tenu pour acquis.

¹⁷⁸³ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", t.71, préf. R. BOUT et avant propos PH. Le TOURNEAU, 2008, n° 339.

¹⁷⁸⁴ Cf. *supra*, n° 90.

b. Les sanctions préventives du préjudice

757. Dès lors que le préjudice est juridiquement certain, sa réalisation matérielle peut n'être encore que virtuelle, de même que ses conséquences dans le futur. En ce cas, les dommages et intérêts sont alloués par anticipation. En outre, les dommages et intérêts peuvent être surévalués en valeur afin de dissuader la récidive. Les dommages et intérêts anticipés (i) et les dommages et intérêts majorés (ii) forment les deux sortes de sanctions préventives du préjudice.

i. Dommages et intérêts anticipés

758. Définition. Alloués pour compenser pécuniairement les répercussions du dommage, les dommages et intérêts sont la sanction type de la fonction réparatrice de la responsabilité civile. Pourtant, selon les hypothèses, cette compensation n'est pas dénuée d'un caractère préventif. La raison se situe au niveau de la souplesse du lien entre la réalisation matérielle des faits et leur prise en compte par le droit. Il n'est pas nécessaire que l'atteinte matérielle soit actuelle au moment où le juge délibère. *Les dommages et intérêts anticipés consistent en l'exécution forcée d'une obligation préexistante sous forme d'une indemnité allouée sans égard à la réalisation matérielle future du préjudice réparé.*

759. Conditions. Ici, et ici seulement, le caractère certain du préjudice prend tout son sens. Dès lors que les conséquences juridiques sont déclarées certaines, la responsabilité peut être mise en œuvre avant même que l'atteinte matérielle ne s'effectue de sorte que la compensation aura pour effet même d'éviter l'atteinte. On ne saurait être plus au cœur de la prévention ! Pour peu que la procédure soit rapide, et le référé le permet notamment grâce aux dommages et intérêts provisionnels, les dommages et intérêts alloués pour compenser la perte de revenu qui fera suite à un préjudice corporel viendront éviter ladite perte en faisant le lien entre la période d'activité et celle du chômage ou d'une prise en charge sociale. En relais de cette condition substantielle, l'exigence processuelle d'un intérêt né et actuel est également indépendante de l'actualité du fait. Faire la preuve d'un intérêt né et actuel, c'est apporter une preuve juridique et non empirique. La menace d'un trouble suffit, le dommage futur peut avoir une réalisation incertaine sans contrevenir à l'exigence d'un intérêt né et actuel. La menace est actuelle et justifie « une action préventive judiciaire sur le terrain »¹⁷⁸⁵. « On rejoint ainsi la doctrine processualiste qui admet la réaction préventive en raison de l'utilité que le sujet de droit peut tirer de cette réaction, sans s'en tenir au litige actuel »¹⁷⁸⁶.

760. Nature réparatrice et caractère préventif. Les dommages et intérêts anticipés se situent ainsi entre les frontières de la réparation et de la prévention. Par leur anticipation, ils ont un caractère préventif indéniable tant en droit qu'en fait. Leur nature demeure toutefois proprement réparatrice. Les dommages et intérêts anticipés ne constituent pas une nouvelle obligation mais l'exécution par compensation d'un devoir préexistant.

¹⁷⁸⁵ P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.*, 1993, 387.

¹⁷⁸⁶ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Précis dalloz, 29^e éd., 2008, n° 129, p. 160.

761. Le cumul avec les autres dommages et intérêts. Le cumul des dommages et intérêts anticipés avec d'autres dommages et intérêts alloués est systématique de sorte qu'il peut paraître sans intérêt de les distinguer conceptuellement. En effet, en cas d'accident de la route par exemple, il est évident que l'évaluation du dommage subi se poursuivra par une évaluation du dommage que la victime subira tout au long du reste de sa vie. Mais, précisément, le besoin est ressenti de reconnaître à la fois le poste, le chef de préjudice particulier que représente les cas d'allocation de dommages et intérêts anticipés ainsi que la particularité de leur mode d'évaluation. En ce sens, le rapport Dinthillac qui fait sienne la distinction entre préjudice temporaire et préjudice permanent ou définitif, reconnaît pour ces derniers, un poste de « préjudice extra-patrimonial évolutif », un poste « dépenses de santé futures », et un poste « perte de gains professionnels futurs ». Pour ce dernier, l'hypothèse d'allocation de dommages et intérêts futurs est explicitement envisagée. « En outre, concernant les jeunes victimes ne percevant pas à la date du dommage de gains professionnels, il conviendra de prendre en compte pour l'avenir la privation de ressources professionnelles engendrée par le dommage en se référant à une indemnisation par estimation »¹⁷⁸⁷. Le mode d'évaluation de ces dommages et intérêts anticipés n'est donc pas le même puisqu'il s'agit d'une indemnisation par estimation. D'où l'intérêt d'une reconnaissance de ce type de dommages et intérêts. *Le mode d'évaluation des dommages et intérêts anticipés devrait être reconnu et encadrés pour plus d'efficacité et de sécurité juridique.*

Aux côtés des dommages et intérêts anticipés, les sanctions préventives du préjudice se résolvent également en dommages et intérêts majorés.

ii. Dommages et intérêts majorés

762. Définition. Lorsque le dommage et le préjudice sont respectivement réalisés et admis, la prévention survient encore sous une forme plus abstraite. Il s'agira, lors de la réparation et par elle, de s'assurer que le responsable ne récidive pas. *Les dommages et intérêts majorés sanctionnent l'exécution forcée d'une obligation préexistante sous forme d'une indemnité surévaluée par égard à la faute commise.*

763. Dommages et intérêts majorés et peine privée. Les dommages et intérêts majorés apparaissent ainsi comme une peine privée dont la nature mixte, réparatrice et répressive, ne fait pas de doute. Il n'en est pas de même des autres types de peines privées rencontrés comme l'astreinte et l'amende civile qui sont exclusivement répressives. Si ces dernières comportent un caractère préventif, il échoie à leur nature de sanction pénale où la dissuasion au sens général leur est consubstantielle¹⁷⁸⁸. Au contraire, les sanctions civiles ont un caractère préventif par la seule dissuasion spéciale et non générale, celle qui vise directement le responsable désigné et poursuit un objectif précis se surimposant à la réparation civile.

¹⁷⁸⁷ Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, groupe de travail dirigé par J.-P. DINTILHAC, juillet 2005, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁸⁸ Cf. *supra*, n° 184-195 et 201-205.

764. Pour une extension des dommages et intérêts majorés. Les dommages et intérêts majorés constituent toujours des exceptions rares et propres à certains contentieux des droits spéciaux de la responsabilité civile. En droit commun, les dommages et intérêts majorés se heurtent au principe indemnitaire qui commande la seule réparation du préjudice et au principe de réparation intégrale qui empêche de réparer deux fois le même dommage. Toutefois, la doctrine dans sa grande majorité plaide pour la reconnaissance de cette sanction en droit commun. Il nous semble qu'il est possible d'aller en ce sens en s'assurant du non cumul de l'indemnisation et de la réparation punitive. Il s'agirait alors de *faire en sorte que l'indemnisation ne soit pas cumulée avec une autre indemnité spécifique à la dissuasion mais d'allouer une indemnité globale qui tienne compte à la fois de l'indemnisation et de la répression*. Cette proposition se heurte néanmoins au principe selon lequel la victime n'a pas à s'enrichir, notamment en étant le destinataire d'une somme qui constitue une peine privée. Pour autant, il nous semble que cette objection n'a pas de sens. Les dommages et intérêts majorés ne sont pas des amendes civiles mais une réparation punitive ; il ne paraît donc pas inconséquent de les attribuer à la victime. Quant à l'idée que cette dernière s'enrichirait, l'évaluation globale où la réparation tient compte de la dissuasion ne permet pas de dire où commence la réparation et où débute la répression. *Les dommages et intérêts majorés forment un tout unitaire dont la nature spécifique du préjudice subi en raison de la faute commise légitime une allocation pécuniaire plus importante que pour les autres dommages et intérêts*.

Ainsi se distinguent des sanctions réparatrices (dommages et intérêts, réparation en nature) et des sanctions répressives (astreinte, amende civile) également présentes dans le droit de la responsabilité civile, les quatre catégories de sanctions préventives : mesure d'anticipation, mesure de cessation, dommages et intérêts anticipés et dommages et intérêts majorés. Cette typologie des sanctions préventives actuellement présentes en droit positif ébranle certaines distinctions fondamentales propres au droit fondamental de la responsabilité.

2. Une typologie critique des distinctions de la science du droit de la responsabilité civile

Cette typologie des sanctions préventives de la responsabilité civile remet en cause quelques-unes de ses distinctions fondamentales.

765. Confirmation de la critique de la catégorie « réparation en nature ». Dans leur manuel, MM. Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet remettent en cause l'unité de la catégorie de la réparation en nature à propos de la distinction entre le dommage et le préjudice. Selon ces auteurs, « la réparation en nature est, à proprement parler, remise en état, rétablissement : elle agit sur la lésion, sur le siège de l'atteinte, sur le dommage »¹⁷⁸⁹. Elle se distinguerait ainsi de la réparation par équivalent qui « n'est pas, à proprement parler, une réparation ; ce n'est qu'une

¹⁷⁸⁹ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006/2007, n° 1309 ; L. CADIET, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 323 et s. Egal., L. CADIET, "Les métamorphoses du préjudice", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journées R. Savatier*, PUF, 1998, p.37, spéc., p. 63.

solution par défaut, une compensation qui apaise les plaies sans effacer le mal ou qui, parfois même, à défaut d'équivalence, procure à la victime une simple satisfaction morale»¹⁷⁹⁰. En d'autres termes, la réparation en nature viserait le dommage tandis que la réparation par équivalent aurait pour objet le préjudice. M. Cyril Bloch développe cette critique en montrant qu'il existe une réparation en nature du dommage correspondant « peu ou prou à la remise en état » et une réparation en nature du préjudice dont feraient parties la condamnation à un euro symbolique et l'affichage ou la publication de la décision de condamnation¹⁷⁹¹. Selon cet auteur, *la véritable distinction à opérer ne serait donc pas celle de la réparation en nature et en équivalent, mais celle de la réparation du dommage et du préjudice.*

766. Dépassement de la critique de la distinction réparation en nature / réparation par équivalent. La typologie des sanctions préventives emporte une plus vaste conséquence. La distinction des sanctions du dommage et du préjudice ne se restreint pas à la réparation. La division est fondamentale et concerne les sanctions préventives, réparatrices et répressives de la responsabilité. D'ailleurs, l'argument avancé par M. Cyril Bloch se méprend sur la nature des sanctions. La condamnation symbolique et l'affichage de la condamnation sont des mesures de contrainte ressortissant de la catégorie des peines privées et non des sanctions réparatrices¹⁷⁹². La critique de la catégorie « réparation en nature » ne doit donc pas porter uniquement sur l'objet de la réparation mais sur la nature même de la sanction. *Non seulement, la catégorie n'est pas unitaire parce qu'elle a trait à la fois au dommage et au préjudice, mais, en outre, parce qu'elle mélange prévention, réparation et répression.* Incidemment, la typologie des sanctions préventives démontre l'intérêt d'une typologie des trois types de sanctions de la responsabilité civile dont les subdivisions internes portent sur l'objet de la sanction – le dommage ou le préjudice, et non sur l'effet de la sanction – la remise en état ou la compensation car la distinction de la nature ou de l'équivalence de la réparation est une confusion entre les natures préventive, réparatrice et répressive des sanctions. Autrement dit, l'information de l'effet de la sanction est surabondante par rapport à celle de sa nature.

Ainsi, la typologie comparée des sanctions préventives éclaire la pertinence d'une typologie des sanctions préventives, réparatrices et répressives de la responsabilité civile. Elle permet de clarifier certaines distinctions fondamentales des effets de la responsabilité civile. Elle permet également de redonner cohérence aux actions de la responsabilité civile.

§2. Des actions réajustées pour la responsabilité civile : la cohérence acquise

767. Par cette typologie opératoire, la reconnaissance de la sanction préventive est dorénavant permise. Cette reconnaissance apporte une clarification à notre lecture du droit positif de la responsabilité. L'action en réparation peut à nouveau retrouver cohérence en la délestant des

¹⁷⁹⁰ Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit.

¹⁷⁹¹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 122.

¹⁷⁹² Sur cette démonstration, Cf. *infra*, n° 177.

sanctions préventives et dissuasives qui la grèvent *de lege lata*. *De lege ferenda*, un réajustement des actions contentieuses (A) et la proposition d'une action précontentieuse (B) peuvent être formulés pour faire place à la prévention sous toutes ses formes et pour recouvrer l'intégrité de la réparation. *La cohérence retrouvée du droit de la responsabilité civile passe par la représentation d'un modèle alternatif qui mêle dans ses effets, prévention, réparation et dissuasion qui sont actuellement masquées sous une notion de réparation incohérente.*

A. Le réajustement des actions contentieuses du droit de la responsabilité civile

768. La notion de réparation n'est pas assez large pour couvrir les effets que produit l'engagement d'une action en responsabilité civile. Il convient de reconnaître la réalité que traduit la typologie des sanctions préventives, réparatrices et répressives. Pour ce faire, il est nécessaire d'aménager, selon les contentieux, une double action préventive (1) et une action réparatrice dédoublée (2).

1. Une double action préventive

769. *De lege lata*, les mesures d'anticipation et les mesures de cessation sont des sanctions prononcées sur le fondement d'une action en responsabilité confondue par la définition stricte de la notion corrélatrice de réparation. Redonner cohérence au droit de la responsabilité passe par le recouvrement de l'intégrité de la réparation. Afin de poursuivre cette voie, il est alors nécessaire de reconnaître aux côtés d'une action en réparation du préjudice, une action en anticipation du fait dommageable et une action en cessation du fait générateur (a). Compte tenu de son domaine, cette double action préventive serait une action collective, autrement dit, une action de groupe (b).

a. Une action en anticipation du fait dommageable et une action en cessation du fait générateur

770. L'action en anticipation a pour objet le fait dommageable (i) tandis que l'action en cessation vise le fait générateur (ii).

i. L'action en anticipation du fait dommageable

771. Les premières pages de la première partie de cette étude ont montré l'existence de manifestations préventives de la responsabilité à un stade très précoce¹⁷⁹³. En droits spéciaux, il est possible de faire intervenir la responsabilité civile avant même que le fait potentiellement dommageable ne se soit produit ou plus exactement ne soit rendu public. Cet engagement de la responsabilité civile est une exception à ses trois conditions traditionnelles. L'admission d'une

¹⁷⁹³ Cf. *supra*, n° 32 et s.

action spécifique permettrait de redonner cohérence au droit de la responsabilité en préservant l'intégrité de l'action en réparation délestée de cet adjuvant préventif.

772. La préservation des intérêts privés, économiques et vitaux. *Les sanctions préventives que constituent les mesures d'anticipation sont prononcées pour prévenir une atteinte au respect de la vie privée, une atteinte aux droits de la concurrence et une atteinte au vivant humain ou non humain*¹⁷⁹⁴. Ces trois groupes de manifestations représentent trois intérêts fondamentaux qu'une action en anticipation permettrait de préserver : les intérêts privés, les intérêts économiques et les intérêts vitaux. En premier lieu, les **intérêts privés** ont naturellement vocation à être respectés dans une société où la liberté est de droit et où elle n'a d'autre limite que celle d'autrui. Il s'agirait par la préservation de ces intérêts privés de regrouper tous les droits au respect de la vie privée : droit à l'honneur, à la réputation, droit à l'image, droit d'expression, et droit d'auteur. Leur similitude appert de la possibilité offerte à la victime potentielle de connaître à l'avance la commission d'un fait qui lui serait alors préjudiciable : la publication de photos, d'un livre ou de toute autre production qui nuirait à son image, au respect de sa vie privée, à sa liberté d'expression ou à ses droits sur une œuvre. Avant que le manuscrit ou tout autre objet litigieux ne soit rendu public, la victime potentielle peut effectivement être informée de cette publication qui n'est pas encore actuelle. A l'état de projet, non seulement le préjudice n'est pas admissible, mais le fait dommageable n'est pas davantage illicite faute d'être matérialisé. Il n'est encore qu'une idée en voie de réalisation ; et le droit civil ne répare pas les conséquences des mauvaises idées. Mais il pourrait les prévenir par la responsabilité en prononçant une mesure d'anticipation se résolvant en une injonction interdisant la publication. L'intérêt de l'admission explicite d'une telle action serait de lui administrer un fondement autonome qui s'émancipe clairement des articles 1382 et suivants du Code civil. Ce fondement ne viserait donc pas les trois conditions traditionnelles du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité mais exigerait un risque d'illicéité et un risque certain de dommage. Il en serait de même, en deuxième lieu, pour la préservation des **intérêts économiques**. Là encore les actuelles actions en concurrence déloyale dérogent aux conditions d'une action en responsabilité en outrepassant la preuve d'un préjudice. L'action en anticipation permettrait plus largement de préserver les intérêts économiques contre la concurrence déloyale, le parasitisme, l'entente ou l'abus de position dominante, la contrefaçon, *etc.* En dernier lieu, la préservation des **intérêts vitaux** se distinguerait des deux autres intérêts protégés par anticipation, par la possibilité d'agir en présence d'un simple risque incertain de dommage. Le droit positif démontre la nécessité de reconnaître la responsabilité civile dans une logique de précaution dans deux contentieux : celui des antennes relais de téléphonie mobile et celui des médicaments défectueux. Le point commun entre ces hypothèses de « responsabilité de la précaution » réside dans l'incertitude apeurante du doute portant sur la santé humaine. Il s'agit bien de s'assurer que l'on ne touche pas aux intérêts vitaux des victimes potentielles – leur santé même. Une action préventive existe déjà en ce sens sur le fondement de l'article 16-2 du Code civil qui permet au juge de « prescrire toutes mesures

¹⁷⁹⁴ Sur la notion de droit vivant humain et non humain, L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 468, préf. C. THIBIERGE, 2006.

propres à empêcher (...) une atteinte illicite au corps humain »¹⁷⁹⁵. Nombre d'auteurs préconisent d'étendre cette logique de précaution aux intérêts vitaux qui nous sont indirectement rattachés, ceux qui n'échoient pas à notre santé mais au contexte environnemental dont dépend notre santé. L'action en anticipation aurait naturellement vocation à couvrir la préservation des intérêts du vivant non humain par la prévention du préjudice écologique pur¹⁷⁹⁶.

773. Une mesure d'anticipation encadrée. *En somme une action en anticipation du fait dommageable aurait pour triple objectif de préserver les intérêts privés, économiques et vitaux.* Elle serait ouverte en cas de risque d'illicéité et de risque de dommage certain pour les deux intérêts privé et économique et, en outre, incertain pour les intérêts vitaux. L'action en anticipation se résoudrait en une mesure d'anticipation aux caractères suivants. Compte tenu du risque d'entrave à la liberté d'entreprendre qui pèse sur cette intervention très précoce de la responsabilité, *il est nécessaire de se garantir contre l'arbitraire en rendant la mesure d'anticipation provisoire dans le temps et proportionnée au risque encouru*¹⁷⁹⁷. Le caractère provisoire¹⁷⁹⁸ s'impose pour permettre au responsable de prouver la licéité de son action qui nécessite quelque fois que la technique, ou la science progresse (notamment, dans les cas de précaution), ou plus prosaïquement, que l'œuvre soit terminée ou que le projet soit mieux défini. Ces gages ne sont pas exorbitants du droit commun et sont déjà demandés dans les hypothèses préventives que nous avons étudiées¹⁷⁹⁹. La pertinence du triple domaine de l'action en anticipation permet davantage de sécurité juridique. En exigeant la preuve qu'il y aurait, précisément, atteinte aux intérêts privés, économiques, ou vitaux, le juge serait habilité à une appréciation assez stricte et *in concreto* du risque encouru, ce qui permettrait de dégager jurisprudentiellement une notion d'intérêt vital, par exemple, entendue rigoureusement.

Ces garanties de sécurité juridique sont essentielles à ce stade d'intervention de la responsabilité civile. Au contraire, si le fait dommageable est déjà générateur d'un trouble, l'action préventive doit-elle être aussi strictement ouverte ?

¹⁷⁹⁵ Pour une application de l'article 16-2 en cas d'atteinte potentielle aux acheteurs d'un terrain du fait de sa contamination radioactive, CA Paris, 13 janv. 2005, *D.* 2005, IR, 390.

¹⁷⁹⁶ L. NEYRET, "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *D.*, 2008, 2681.

¹⁷⁹⁷ En ce sens, P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, 1998, Paris, éd. O. Jacob : La documentation française, 2000, p. 56 et p. 216. Egal., M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 720 et s.

¹⁷⁹⁸ En général, R. PERROT, "Du provisoire au définitif", *in Le juge entre deux millénaires, mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, 447 ainsi que G.-J. MARTIN, "Mesures provisoires et irréversibilité en droit français", *RJE*, n° spécial sur l'irréversibilité, 1998, 133. En ce qui concerne le principe de précaution, G.-J. MARTIN, "Principe de précaution, mesures provisoires et protection de l'environnement", *Aménagement-Environnement*, 4, 1996, 215.

¹⁷⁹⁹ Voir le premier titre de la première partie de thèse.

ii. L'action en cessation du fait générateur

774. Le trouble, objet et but de l'action en cessation. Les actions en cessation existent également en droit positif. Elles y sont cependant présentes de manière éparse. On en retrouve à l'égard de la violation des règles de conduites ou d'un droit réel, et à l'égard de certains droits subjectifs comme ceux de la personnalité, du corps humain, de la propriété littéraire et artistique, de la propriété industrielle, de la contrefaçon, de la concurrence déloyale, *etc*¹⁸⁰⁰. Leur point commun se situe au moment de leur intervention. *Intenter une action en cessation nécessite de produire la preuve d'un trouble*¹⁸⁰¹. Le trouble ne se confond pas avec le préjudice ; il n'est qu'une simple potentialité de dommage. C'est en réalité une situation qui, de par sa nature manifestement illicite, risque d'entraîner ou entraîne déjà un dommage. Le but de l'action en cessation se concentre également sur la notion de trouble. En effet, une telle action est introduite pour agir sur la source du dommage et non sur le dommage si bien qu'elle ne peut s'intégrer à la catégorie de la réparation en nature¹⁸⁰². Malgré ces nombreuses manifestations, l'action en cessation de l'illicite ne jouit pas d'un fondement unique et cohérent. Au contraire, le recours fréquent aux articles du Code de la procédure, notamment l'article 809 CPC, est source d'incohérence car elle détourne l'usage du référé. Ce constat établi par M. Bloch dans sa thèse l'incite à plaider pour l'établissement d'une action générale en cessation de l'illicite.

775. Les caractères objectif et obligatoire de l'action en cessation. Cette proposition trouve pleinement sa pertinence dans les deux caractères fondamentaux de la cessation de l'illicite aptes à en dresser un véritable régime. Il s'agit, en premier lieu, de son caractère objectif. L'action en cessation s'attaque à un fait illicite, c'est-à-dire en raison de sa contrariété au droit. Elle s'intéresse donc bien à la source du dommage non parce qu'elle est dommageable mais contraire au droit. A cet égard, M. Bloch démontre que la désignation du débiteur de la cessation de l'illicite est indifférente à la faute commise¹⁸⁰³. L'auteur plaide alors pour faire du trouble la condition d'engagement de l'action, condition ouverte au fait illicite individuel ou collectif. A cet égard, la cessation de l'illicite mériterait d'être une action collective¹⁸⁰⁴. En second lieu, la cessation de l'illicite possède un caractère obligatoire. Le juge a l'obligation de l'ordonner dans certains contentieux. *De lege ferenda*, M. Bloch plaide pour qu'il en soit ainsi au sein de sa proposition d'un fondement unique de l'action en cessation. En ce sens, la victime aurait un droit de l'exiger, le défendeur de l'imposer et le juge l'obligation de l'ordonner.

776. Pour une action en cessation *stricto sensu*. Toutefois, le domaine retenu de l'action en cessation de l'illicite ne nous convainc pas. M. Bloch propose que l'action en cessation soit ouverte à l'encontre des faits illicites actuels et futurs. La cessation de l'illicite *lato sensu* se

¹⁸⁰⁰ V. la seconde partie de la thèse de C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc.

¹⁸⁰¹ C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM, préf. P. CONTE, 2000.

¹⁸⁰² M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, préf. P. HEBRAUD, 1974, pp. 209 à 253. Pour un historique de cette distinction, Cf. cette étude, *supra*, n° 229.

¹⁸⁰³ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, th. préc., n° 310 et s.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*, n° 417 et s. Sur les actions collectives, voir nos développements dans les pages suivantes.

résoudrait en une action en interdiction du fait illicite lorsqu'il menacerait de se produire pour la première fois¹⁸⁰⁵. Cette extension de la notion d'illicéité ne nous semble pas cohérente. *S'il est nécessaire de prévenir le risque d'illicéité, il s'agit d'anticipation et non de cessation. La première est fondée à intervenir en amont de la contrariété du droit au contraire de la seconde qui exige la preuve d'un trouble.* L'action en cessation de l'illicite ne peut être conditionnée par le trouble et en même temps s'étendre au fait illicite potentiel. La conception d'une action préventive double distinguant l'anticipation de la cessation est plus cohérente. Une action en anticipation est conditionnée par la preuve d'un risque d'illicéité dont l'admission est strictement encadrée et non par l'existence d'un trouble manifeste comme pour l'action en cessation. Cette différence conceptuelle est essentielle bien que le résultat soit le même – l'important étant de reconnaître la possibilité d'agir alors que le fait dommageable n'est pas encore commis.

L'action proposée est ainsi doublement préventive par l'anticipation du fait dommageable et par la cessation du trouble. Elle serait également collective.

b. Une action collective

777. Que ce soit pour anticiper le fait dommageable ou pour faire cesser le fait générateur, l'action préventive serait dans de nombreuses hypothèses exercées à l'encontre d'atteintes à grande échelle. Or, le droit processuel de la responsabilité civile se heurte à l'exercice collectif de l'action en justice. Le caractère personnel du préjudice et la notion d'intérêt à agir sont souvent cités à l'appui d'une argumentation visant à soulever les difficultés d'une action collective en responsabilité civile¹⁸⁰⁶. Pourtant, il existe déjà de telles actions en droit français (i) dont les carences poussent à l'admission d'une « *class action* à la française »¹⁸⁰⁷ (ii).

i. Les carences des actuelles actions collectives

778. La représentation *ad agendum* et ses défauts. Un exercice collectif de l'action est possible *de lege lata* grâce à la représentation *ad agendum*¹⁸⁰⁸. Le demandeur en justice peut donner mandat pour agir à un tiers chargé de le représenter à l'instance. « L'exercice collectif de l'action présente une utilité dès l'instant où plusieurs personnes, même peu nombreuses, ont subi un dommage »¹⁸⁰⁹. Elle ne l'est pas moins en cas de dommage de masse¹⁸¹⁰ et lorsque le dommage n'est pas encore réalisé. Toutefois, la représentation *ad agendum* n'est pas efficace. Le pouvoir donné au tiers doit l'avoir été expressément ce qui l'empêche de prendre les premières

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, n° 290-1.

¹⁸⁰⁶ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008, n° 974.

¹⁸⁰⁷ S. GUINCHARD, "Une class action à la française ?", *D.*, 2005, 2180.

¹⁸⁰⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, n° 608 ; L. CADJET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4e éd. refondue, 2004, n° 568 et s. ; R. MARTIN, "Représentation en justice", L. CADJET (dir.), *in Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 1145.

¹⁸⁰⁹ L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. Paris I, 2008, n° 256.

¹⁸¹⁰ A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, t. 472, 2006, n° 357 à 423.

initiatives procédurales. Ensuite, la représentation *ad agendum* n'emporte pas le regroupement des actions en justice intentées sur le même fondement. Il faut demander pour cela une exception de connexité¹⁸¹¹ qui reste à l'appréciation souveraine des juges du fond et dépend de la connaissance de l'existence des autres actions intentées¹⁸¹². *La doctrine en conclut qu'il s'agit d'un remède imparfait*¹⁸¹³.

779. L'essor de l'action en représentation conjointe. *Malgré ses défauts, la représentation ad agendum a reçu les faveurs législatives.* Exercée par une association¹⁸¹⁴, la représentation est possible pour la cessation d'agissements contraires aux intérêts des consommateurs. Sur le fondement de l'article L. 421-1 du Code de la consommation, une association agréée peut représenter les intérêts collectifs des consommateurs¹⁸¹⁵. Elle n'est toutefois possible qu'en cas d'infraction pénale. L'article L. 421-6 du même Code permet également d'intenter collectivement une action en suppression des clauses abusives. Là encore, l'exercice collectif de l'action n'est pas satisfaisant dans la mesure où la décision rendue ne concerne que le professionnel visé par la décision et seulement les contrats à venir. Au-delà de ces deux hypothèses, la loi du 18 janvier 1992 est venue instaurer une action en représentation conjointe en droit de la consommation¹⁸¹⁶. Il s'agit toujours d'une représentation *ad agendum* nécessitant un mandat écrit faisant figurer tous les noms des mandants, ce qui est inefficace en cas de dommages de masse. En outre, seules les victimes, et non l'association, peuvent lancer un appel public et doivent couvrir les frais du procès. Ces inconvénients rendent l'action en représentation conjointe impropre à l'exercice pleinement collectif d'une action préventive. Pourtant, elle a été étendue à la défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers¹⁸¹⁷ et à la protection de l'environnement¹⁸¹⁸.

La représentation *ad agendum* malgré ses inconvénients est privilégiée à une action de groupe qui apparaît pourtant résolument plus efficace.

¹⁸¹¹ Art. 100 et s. du Code de procédure civile.

¹⁸¹² L. CADJET, "Connexité", *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2006, n° 10.

¹⁸¹³ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, th. préc., n° 497 ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, th. préc., n° 348 ; L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 260.

¹⁸¹⁴ Sur la représentation par les associations, PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, préf. Y. LEQUETTE, 2000, n° 496.

¹⁸¹⁵ Sur les intérêts collectifs en général, M. CAPPELLETTI, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)", *RLDC*, 1975, 571 ; L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, préf. G. VINEY, 1997.

¹⁸¹⁶ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, th. préc., n° 980 et s. ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, th. préc., n° 353 et s. ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, th. préc., n° 504 ; L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. préc., n° 264 et s.

¹⁸¹⁷ Art. L. 452-2 du Code monétaire et financier.

¹⁸¹⁸ Art. L. 142-3 du Code de l'environnement.

ii. L'introduction d'une action de groupe

780. Le recours collectif en droit québécois¹⁸¹⁹. Dire que la doctrine dans sa grande majorité est favorable à l'introduction d'une action de groupe en droit français et particulièrement en responsabilité civile est un euphémisme¹⁸²⁰. Il est certain que l'expérience québécoise plaide en ce sens. Introduit par la loi du 8 juin 1978, le recours collectif québécois est unanimement reconnu comme étant une réussite par rapport aux dérives américaines de la *class action*. L'article 999 du Code de procédure civile le définit comme « le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres ». Pour être admis, un tel recours doit regrouper différents recours soulevant des questions communes et apporter la preuve de l'apparence d'un droit¹⁸²¹. En d'autres termes, « les faits allégués doivent paraître justifier les conclusions recherchées »¹⁸²². Le juge vérifie ainsi le fondement invoqué, la qualité du représentant ainsi que la pertinence du choix de ce recours par rapport aux procédures ordinaires. Ce recours est très efficace du fait de l'impossibilité d'en faire appel et grâce à la création d'un fond d'aide prenant en charge l'avancement des frais du procès¹⁸²³. La procédure est également régie par des règles attribuant des pouvoirs extraordinaires au juge de nature à en garantir l'efficacité¹⁸²⁴.

781. Les tentatives en droit français. Le droit québécois n'est pas un exemple isolé. Outre les Etats-Unis depuis 1938, l'Angleterre, le Pays de Galles, le Brésil, l'Australie, l'Argentine, la Suède, le Portugal, et l'Allemagne ont introduit une action de groupe¹⁸²⁵. En France, tous les projets ont échoués. Dès 1990, M. Jean Calais-Auloy a proposé l'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation¹⁸²⁶. Le déroulement est ainsi prévu. Le procès s'ouvre par un premier jugement sur le principe de responsabilité du professionnel et se poursuit, après un

¹⁸¹⁹ R. MARTIN, "Le recours collectif au Québec et perspective pour la France", *JCP*, G., I, 1986, 3255 ; N.-J. MAZEN, "Le recours collectif : réalité québécoise et projet français", *RID comp.*, 1987, 373 ; P.-C. LAFOND, "Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité", in *Les "class actions" devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, vol. 115, 10 juin 2005, 11.

¹⁸²⁰ S. CABRILLAC, "Pour l'introduction de la class action en droit français", *LPA*, 18 août 2006, 4 ; L. BORE, "Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure civile", J. FOYER and C. PUIGELIER, in *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, 131.

¹⁸²¹ F. CABALLERO, "Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe", *RTD civ.*, 1985, 247, *spéc.*, n° 24.

¹⁸²² L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 271.

¹⁸²³ L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *th. préc.*, n° 381 et s.

¹⁸²⁴ Sur le déroulement de la procédure, L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 272.

¹⁸²⁵ L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, *th. préc.*, n° 506.

¹⁸²⁶ J. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un code de la consommation*, La Documentation Française, av.- propos V. NEIERTZ PREF. M. ROCARD, 1990. Pour une étude détaillée, O. LUCAS, *Pour un droit processuel de la consommation*, *th. Rennes I*, 2000, n° 328 et s. ; L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *th. préc.*, n° 404 et s.

appel public aux autres victimes potentielles à se joindre au recours, par la requête collective. L'intérêt de cette proposition réside dans la possibilité d'un recouvrement collectif des dommages et intérêts et dans la création d'un fond d'aide aux consommateurs pour l'avancement des frais du procès. En revanche, la décision rendue n'a force de chose jugée qu'à l'égard des consommateurs ayant déclarés leur créance. Les propositions n'ont pas été reprises par le législateur bien qu'elles fussent plus mesurées que d'autres formulées précédemment. Effectivement, M. Caballero avait proposé auparavant une action de groupe davantage similaire au recours collectif québécois¹⁸²⁷. La première phase du procès débouchait sur un jugement ne contrôlant pas la responsabilité du professionnel mais seulement la similarité des situations à rapprocher et la représentativité du demandeur. De même, la décision rendue avait force de chose jugée à l'égard de tous les membres. C'est ce que l'on appelle le système de l'*opt out* où « l'individu qui s'est vu notifier la mise en œuvre de l'action est présumé l'approuver à moins de déclarer expressément qu'il désire être exclu de la procédure », contrairement au système de l'*opt in* où « seules les personnes qui manifesteront leur volonté de se faire représenter seront parties à l'instance »¹⁸²⁸. Là encore, les parlementaires n'ont pas eu le temps de débattre le projet¹⁸²⁹. Plus récemment, de nouveaux projets ont été rédigés des suites du vœu présidentiel de l'introduction en droit français d'une action de groupe¹⁸³⁰. En ce sens, MM G. Cerutti et M. Guillaume ont dirigé un groupe de recherche qui, malgré ses divisions internes, ont proposé deux actions de groupe¹⁸³¹. La première s'inspire des droits étrangers à ce détail près que la responsabilité du professionnel n'est pas jugée lors de la première phase. Toutefois, cette voie a été abandonnée à cause du système de l'*opt out* sur laquelle elle repose et qui a été condamné par le Conseil Constitutionnel¹⁸³². La seconde voie est la reprise des propositions individuelles de M. Serge Guinchard¹⁸³³. L'auteur propose une « action en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse » qui tranche singulièrement avec les recours étrangers mais qui renoue avec l'esprit du projet de M. Jean Calais-Auloy. Son originalité réside dans la notion de « préjudice de masse » que le juge doit admettre dans une première phase de la procédure pour ensuite, lors de la seconde, évaluer le préjudice souffert par chacun des membres du groupe. La décision repose sur le système *opt in*. Ce rapport n'a pas conduit à une loi. Toutefois, l'historique ne s'arrête pas là. Un projet de loi a été adopté le 8 novembre 2006¹⁸³⁴. Il n'a pas été débattu par les

¹⁸²⁷ La proposition est reproduite dans la thèse de M. Boré.

¹⁸²⁸ D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, th. préc., n° 985.

¹⁸²⁹ L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, th. préc., n° 416.

¹⁸³⁰ Vœux présidentiels de J. Chirac aux forces vives de la Nation, discours du 4 janvier 2005.

¹⁸³¹ *Rapport sur l'action de groupe*, remis au Ministre des finances et au Garde des sceaux par G. Cerutti et M. Guillaume (dir.), 16 déc. 2005, *op. cit.*

¹⁸³² CC, 25 juill. 1989, *AJDA* 1989, 796, note F. BENOIT-ROHMER.

¹⁸³³ S. GUINCHARD, "Une class action à la française ?", *art. préc.* ; S. GUINCHARD, "Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, 295.

¹⁸³⁴ L. GAUDIN, "L'introduction d'une action de groupe en droit français : présentation du projet de loi en faveur des consommateurs", *LPA*, 17 janv. 2007, 3.

parlementaires¹⁸³⁵, certainement à cause des critiques très dures adressées à son endroit¹⁸³⁶. Il faut avouer que le projet ne faisait pas place à une véritable action de groupe : seul le droit de la consommation est visé, seul le préjudice matériel est pris en compte « à l'exclusion des atteintes à l'intégrité physique, et le trouble de jouissance subis individuellement par plusieurs consommateurs, personnes physiques, ayant pour origine commune l'inexécution ou la mauvaise exécution par un même professionnel des obligations contractuelles nées d'un même type de contrat afférent à une vente de produits ou à une prestation de services »¹⁸³⁷. En outre, le montant de la réparation sollicitée ne peut excéder 2000 euros. Autant faire difficilement plus inefficace.

782. Action de groupe et responsabilité civile¹⁸³⁸. *L'introduction d'une action de groupe en droit français se heurte ainsi à une faible volonté politique qui contraste avec la réussite en droits étrangers, le soutien doctrinal, et la pression du droit vivant* dont les transformations sociales appellent un recours collectif en cas de dommage de masse. Ce contexte qui s'installe depuis plus de vingt ans ne force pas à l'optimisme. L'action de groupe se heurte également aux particularités du droit de la responsabilité civile. Les illustrations en droit étranger montrent l'impact sur la notion de réparation. En développant une notion de réparation fluide ou de recouvrement collectif, l'action de groupe en droit anglo-saxon et en droit québécois permet d'allouer des dommages et intérêts alors que les membres du recours collectifs ne sont pas encore tous déterminés. Ce mode de réparation déroge au caractère personnel du préjudice. Mais n'est-ce pas déjà le cas de l'action de groupe elle-même ? Il est également contradictoire avec la notion de réparation *stricto sensu*¹⁸³⁹. Mais, n'avons-nous pas déconstruit la cohérence d'une telle notion stricte de la réparation¹⁸⁴⁰ ? Les arguments à l'encontre d'une action de groupe en responsabilité civile ne tiennent pas¹⁸⁴¹.

783. Pour une action de groupe préventive. En outre, ces arguments ne concernent pas une action de groupe préventive. Le préjudice n'est pas encore actuel ; au mieux, seul un trouble est constitué. Or, pour la préservation des intérêts vitaux, il est essentiel de reconnaître une telle action. Elle devrait être admise à l'encontre d'un risque d'illicéité particulièrement manifeste et d'un risque de dommage particulièrement grave. L'hypothèse préventive d'une action de groupe repousse les projets dont les propositions se fondent sur un préjudice de masse, tel le projet de M. Guinchard. La première phase d'une action de groupe préventive devrait selon nous ne pas

¹⁸³⁵ L'ordre du jour de l'Assemblée Nationale a été modifié pour supprimer le projet, *D.* 2007, 425.

¹⁸³⁶ D. FENOUILLET, "Premières remarques sur le projet de loi " en faveur des consommateurs" ou comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action de groupe", *D.*, 2006, 2987.

¹⁸³⁷ Chap III du Titre II du livre IV nouveau du Code de la consommation tel que proposé par le projet de loi.

¹⁸³⁸ G. VINEY, "L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs", in *Les actions de groupe, implications processuelles et substantielles*, RLDC, vol. 32, 2006, 60.

¹⁸³⁹ En ce sens, *ibid.*, ; L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, th. préc.*, n° 422, pour qui on quitte « le domaine classique de la responsabilité civile ».

¹⁸⁴⁰ Cf, *supra*, n° 302.

¹⁸⁴¹ En ce sens, D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, *th. préc.*, n° 986 et s.. En sens contraire, L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile, th. préc.*, n° 280.

trancher la question de la responsabilité du professionnel¹⁸⁴². Elle aurait uniquement pour objet le contrôle de la représentativité du demandeur principal. Après cette phase, un appel public à l'initiative du représentant et pas uniquement du juge permettrait de recueillir le plus de membres possible à l'action. La seconde phase conduirait à un système d'*opt in*, dans la mesure où le système de l'*opt out* semble être inconstitutionnel. La création d'un fonds d'aide aux membres du recours collectifs est essentielle en ce qui concerne l'avancement des frais du procès. C'est un point crucial de l'efficacité du recours. A défaut d'un fond spécial, les bureaux d'aide judiciaire pourraient prendre en charge ces coûts¹⁸⁴³. La décision prononcerait une sanction préventive sous la forme d'une injonction de ne pas faire à l'adresse du professionnel. L'action de groupe préventive est donc plus respectueuse des effets de la responsabilité civile puisqu'elle ne repose pas sur la notion de réparation¹⁸⁴⁴.

Une double action préventive, en anticipation du fait dommageable et en cessation du fait générateur, exercée si besoin est collectivement, permettrait non seulement de rendre plus efficace les sanctions préventives, mais également plus cohérent le cœur de la responsabilité. Délestée des effets préventifs, l'action en réparation du préjudice peut maintenant retrouver sa cohérence.

2. Une action réparatrice dédoublée

784. L'action en réparation est en perte de cohérence non seulement du fait des effets préventifs qui la grève mais également en raison de l'influence de l'assurance sur son équilibre économique. Si la double action préventive permet de pallier l'incohérence externe, l'action en réparation nécessite également de recouvrer une cohérence interne. Cette incohérence de l'intérieur doit être diagnostiquée (a) avant de trouver un regain de cohérence dans le dédoublement de l'action en réparation (b).

a. Les sources de l'incohérence de l'action en réparation

785. La perte de cohérence du droit de la responsabilité civile a fait l'objet d'un constat assez unanime dans la doctrine dont une étude de M. François Ewald résume bien l'origine¹⁸⁴⁵. Par le développement de la responsabilité sans faute, la responsabilité a vu son système économique bouleversé, d'une part, par le recours systématique à l'assurance, et d'autre part, par l'extension illimitée du champ de l'indemnisation.

¹⁸⁴² Sur la procédure, Cf. S. AMRANI-MEKKI, "Action de groupe et procédure civile", in *Les actions de groupe, Implications processuelles et substantielles*, RLDC, vol. 32, 2006, 57.

¹⁸⁴³ En ce sens, L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, th. préc., n° 428.

¹⁸⁴⁴ Pour une proposition similaire, L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, th. préc., n° 520 et s. ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, th. préc., n° 997 et s.

¹⁸⁴⁵ F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, pp. 185 et s. Egal., L. ENGEL, *La responsabilité en crise*, Hachette, 1995.

786. Le recours systématique à l'assurance. Le développement de la responsabilité sans faute n'a pas pour objectif d'opérer un nouveau mode de régulation des comportements. Si tel peut être incidemment son effet dans la société, force est de reconnaître que juridiquement l'admission d'une responsabilité sans faute ne vise pas une nouvelle responsabilisation mais un nouveau mode d'indemnisation. En ce sens, Mme Clothilde Grare soutient qu' « elle n'est qu'un jeu de répartition financière »¹⁸⁴⁶. Cela est dû, selon l'auteur, au fondement de cette responsabilité qui réside « dans le pouvoir de l'Etat d'imposer un partage de la fatalité entre les individus. Ce partage permet de faire supporter une charge à une catégorie désignée de personnes »¹⁸⁴⁷. En raison de son fondement, la responsabilité sans faute appelle l'assurance, c'est-à-dire une technique permettant de mettre en œuvre ce partage. Concrètement, l'assurance permet alors un transfert de la dette de réparation du patrimoine du responsable à celui de tous les membres de la société qui sont assurés. La conséquence est double. La responsabilité sans faute détrône la responsabilité pour faute et a pour autre conséquence de diluer la notion de faute. En effet, il n'est pas moral de couvrir par un partage équitable dans la société la faute commise par un de ses membres. Cependant, face aux succès de l'assurance pour la responsabilité sans faute, la jurisprudence a été encline à l'étendre aux cas de responsabilité pour faute en faisant dériver sa signification. Les arrêts de l'Assemblée Plénière du 9 mai 1984 qui développe une notion de faute objective sont en ce sens un argument démonstratif¹⁸⁴⁸. Du reste, la faute objective est désormais retenue pour les articles 1382 et 1383 eux-mêmes dans la mesure où l'imputabilité n'est pas systématiquement exigée¹⁸⁴⁹. L'élément moral de la faute a disparue en tant que condition de responsabilité. Dès lors, « l'appréciation de la culpabilité apparaît comme un élément surabondant qui ne sert finalement à rien puisque la sanction juridique de la faute objective est la même que celle de la faute subjective »¹⁸⁵⁰.

787. L'extension illimitée de l'indemnisation. L'assurance comme recours pour sauvegarder l'équilibre économique de la responsabilité a pour autre conséquence d'entraîner une « charité »¹⁸⁵¹ indemnificatrice de la part des juges. La multiplication des préjudices admis à réparation semble sans limite. Or, il faut prendre conscience des limites économiques¹⁸⁵², gages

¹⁸⁴⁶ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", préf. Y. LEQUETTE, 2005, n° 395.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, n° 375.

¹⁸⁴⁸ Ass. Plén., 9 mai 1984, *D.* 1984, 525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP*, G., 1984, II, 20555, note N. DEJEAN DE LA BATIE.

¹⁸⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, coll. "Droit privé", 2004, n° 279 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 580 et s. ; PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005, n° 346 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2006, n° 699 et s.

¹⁸⁵⁰ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, th. préc.*, n° 388, p. 297.

¹⁸⁵¹ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Defrénois, 1979, cité par ENGEL, *La responsabilité en crise, op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁵² G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 3^e éd., 2008, n° 65.

de la cohérence du système de la responsabilité¹⁸⁵³. Et sur ce point, les experts s'accordent à dire que le point de non retour est dépassé¹⁸⁵⁴. La raison ne réside pas seulement dans cette charité judiciaire mais également dans les outils employés. Le principe de réparation intégrale subit sur ce point les foudres de la critique. Il ne serait pas apte à fournir une évaluation égalitaire et transparente si bien qu'il concourrait à une indemnisation sans repère. « Quoiqu'*a priori* encadrée par des règles qui ont l'apparence de la rigueur, l'indemnisation du dommage est parfois arbitraire et ponctuellement injuste »¹⁸⁵⁵. Il faut alors d'une part, concevoir que tout préjudice n'est pas indemnisable¹⁸⁵⁶ et orchestrer une hiérarchisation, et d'autre part, que le préjudice doit être évalué plus rigoureusement.

788. Suite au constat de l'incohérence, la proposition de Mme Grare. En somme, si l'on couple les deux origines ainsi présentées du manque de cohérence de l'action en réparation, il semble qu'il faille à la fois agir sur son fondement et sur son régime.

788-1. Sur son fondement, en clarifiant ce que doit réparer une action proprement réparatrice, et sur son régime, en recherchant les meilleurs moyens pour mettre en œuvre la réparation. Or, telle tentative a déjà été réalisée dans la doctrine. Ce fut l'œuvre de Mme Clothilde Grare. Dans sa thèse, Mme Grare propose de distinguer une action en réparation-compensation d'une action en réparation-expiation¹⁸⁵⁷. La première action aurait pour rôle d'indemniser le préjudice subi sans égard pour la faute commise. « La réparation-compensation est l'action propre à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. En d'autres termes, elle constitue la réaction juridique à un fait anormal hors de toute connotation morale »¹⁸⁵⁸. Cette action recouvre alors les hypothèses de responsabilité sans faute pour indemniser des préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux à l'exception des préjudices non économiques. En effet, l'auteur plaide pour ne pas indemniser le dommage moral sur ce fondement¹⁸⁵⁹. Au contraire, l'action en réparation-expiation permet le prononcé d'une peine à l'encontre des responsables ayant commis une faute entendue subjectivement. « La question indemnitaire est ici hors de propos. En effet, soit il y a un dommage et une autre action, celle en réparation-compensation, est ouverte ; soit il n'y a pas de préjudice et l'objet de l'action est exclusivement normatif »¹⁸⁶⁰. L'action en réparation-expiation se résout alors en une peine privée ou civile¹⁸⁶¹ selon que le demandeur en obtient ou non l'attribution. La logique de cette proposition d'une double action tient à la volonté d'attribuer à chaque fonction de la responsabilité civile sa propre action en justice. L'auteur fonde

¹⁸⁵³ Sur la notion de cohérence du système, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 564. Sur la notion de système responsabilité, M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t. 19, préf. M.-L. DEMESTER, 2006.

¹⁸⁵⁴ H. GROUDEL, "Quelle prise en charge ?", in *La responsabilité à l'aube du XXIème siècle, bilan prospectif*, RCA, vol. 6, juin 2001, 66.

¹⁸⁵⁵ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 369.

¹⁸⁵⁶ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 60.

¹⁸⁵⁷ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, th. préc., n° 362 et s.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, n° 447.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*, n° 446.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, n° 455.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, n° 489 et s.

explicitement cette volonté sur le même constat de l'incohérence actuelle du système : « (...) à après avoir reconnu l'existence d'une responsabilité sans faute concurrente de la responsabilité traditionnelle pour faute, il convient de lui donner un régime propre, une action adaptée. Parallèlement, il faut s'intéresser à la carence de la fonction normative. Neutralisée par l'assurance de responsabilité, il convient ici aussi de lui octroyer une sanction propre. L'effet traditionnel de la responsabilité est la réparation, c'est elle qui doit se diviser pour permettre une reconstruction du régime »¹⁸⁶². La proposition d'une double action est donc théoriquement assise sur le constat d'une perte de cohérence des fonctions de la responsabilité et sur la nécessité d'y remédier sur le terrain des actions en justice. Or, nous ne saurions adhérer à la proposition elle-même. D'une part, parce que les fonctions de la responsabilité civile ne font pas l'objet d'une recherche mais d'un présupposé évoqué lors d'une annonce de plan¹⁸⁶³. L'auteur prend pour acquis que la responsabilité civile a deux fonctions, l'une indemnitaire et l'autre normative qui ne sont pas définies. Chaque action proposée répond en outre à un fondement du droit de la responsabilité civile. La position de l'auteur pourrait ainsi être interprétée qu'une fonction correspond à un fondement (la fonction indemnitaire serait mise en œuvre en l'absence de faute, et la fonction normative uniquement en présence d'une faute)¹⁸⁶⁴. Or, il s'agit déjà d'une position *de lege ferenda* malvenue au début de la démonstration car elle véhicule le sentiment que les fonctions appartiennent au droit fondamental comme les fondements. *Si les fondements sont des théories doctrinales venant donner cohérence à un régime de responsabilité, les fonctions représentent le rôle de la responsabilité dans la sphère sociale. Les fondements sont, de toutes pièces, des constructions de la doctrine tandis que les fonctions sont des inductions d'observations empiriques.* D'autre part, parce que ces fonctions se limitent à la fonction normative et à la fonction indemnitaire. Nous avons eu l'occasion de montrer l'inadaptation d'une fonction normative en raison des multiples buts qu'elle poursuit, à la fois la dissuasion et l'intégration des droits subjectifs¹⁸⁶⁵, et en raison de l'acceptation uniquement abstraite et générale qu'elle présente de la prévention. La prévention spéciale n'est pas visée par la fonction normative de la responsabilité ; au contraire, elle est diluée dans la notion de dissuasion des

¹⁸⁶² *Ibid.*, n° 362.

¹⁸⁶³ « Deux fonctions sont assignées à la responsabilité civile : une fonction indemnitaire et une fonction normative », *ibid.*, n° 365. L'emploi de l'indicatif sans référence à la source de « l'assignation » révèle le présupposé.

¹⁸⁶⁴ La confusion apparaît notamment dans la citation mentionnée en corps de texte : « après avoir reconnu l'existence d'une **responsabilité sans faute** concurrente de la responsabilité traditionnelle pour faute, il convient de lui donner un régime propre, une action adaptée. Parallèlement, il faut s'intéresser à la carence de la **fonction normative**. Neutralisé par l'assurance de responsabilité, il convient ici aussi de lui octroyer une sanction propre », *ibid.*, n° 362, les soulignés sont de nous. Plus loin, Mme Gare écrit : « La fonction d'une règle et son fondement doivent avoir une véritable parenté sans quoi la règle soit est mal fondée, soit n'est pas au service de la fonction », *ibid.*, n° 375. D'où l'impérieuse nécessité que la fonction soit le reflet de la réalité, ce, sans quoi, le droit tourne en rond, ce qui semble être le cas ici : « On appréhende donc la fonction au travers du fondement qui constitue sa traduction technique », *ibid.* L'auteur poursuit alors son paragraphe en attribuant ses nouvelles actions aux ... fondements sans plus d'égard pour les fonctions. L'argumentation nous semble ainsi inscrite dans un raisonnement tautologique appréhendant le droit uniquement au travers de ses catégories fondamentales, du seul point de vue interne.

¹⁸⁶⁵ Cf. *supra*, n° 309.

comportements anti-sociaux. De sorte qu'au final, la proposition de Mme Grare ne recouvre pas les manifestations préventives de la responsabilité. Qu'advierait-il si une double action ainsi délimitée venait à être consacrée ? L'influence de l'effet sur le sens de la norme aurait pour rôle de conduire à une nouvelle incohérence du système. En ne répondant pas à l'effectivité désirée d'une satisfaction sécuritaire des besoins sociaux, le sens de l'action en réparation-compensation serait détourné vers l'anticipation et la cessation et non la compensation. Une action en réparation-compensation aux côtés d'une action en compensation-expiation laisse intacte le problème d'intégrité que lui pose les manifestations préventives.

788-2. *Sur son régime*, en revanche, le régime propre à chaque action dessiné par Mme Grare est de nature à recouvrer l'intégrité de l'action en réparation. Effectivement, la reprise des solutions actuelles de la doctrine, telles que l'instauration de barèmes et de plafond d'indemnisation, une hiérarchie des préjudices réparables, une redistribution du coût de l'indemnisation entre les différents acteurs, sont de nature à engager une meilleure application du principe de réparation intégrale¹⁸⁶⁶.

Ainsi, si notre étude conduit aux mêmes conclusions quant aux modifications du régime d'une action en réparation, elle diverge sur le point des fondements. Nous proposons alors une double action en réparation différente de celle de Mme Grare.

b. Le dédoublement de l'action en réparation par la compensation stricte et la compensation dissuasive

789. Une voie nouvelle dans la recherche de cohérence. *En somme, pour schématiser, il est possible de dire que Mme Grare poursuit une recherche de cohérence de la responsabilité par ses conditions, en réinstaurant le respect des fondements du droit tandis que notre démarche vise également la cohérence mais à partir des effets de la responsabilité.* Or, par ses effets, la représentation de la responsabilité permet une nette distinction entre les fonctions de la responsabilité qui doivent être théorisées à partir des effets observés et les fondements de la responsabilité qui sont construits à partir des conditions exigées. La représentation de la responsabilité par ses effets offre ainsi une voie nouvelle dans la quête de cohérence de ce droit. Si l'on suit cette voie, il apparaît artificiel de couper la question de la punition de celle de l'indemnisation. *S'il est des régimes de pure indemnisation du préjudice, tous les cas de punition des fautes sont indissociables de la question de l'indemnisation. Ainsi, s'il faut une action en compensation stricte du préjudice, une action en dissuasion doit également être compensatrice.* Autrement dit, le besoin de reconnaissance du statut de victime par les justiciables observé précédemment dans cette étude et qui passe par la volonté de châtier, de désigner un coupable, est toujours présente *a minima* sous la notion de sanction telle qu'elle se réalise par la tenue d'un procès. Toutefois, il est des hypothèses où ce minimum ne suffit pas et où une dissuasion est requise par les victimes et permise par le droit à travers la recherche des fautes commises. Dans le premier cas, une action indemnisant judiciairement le préjudice subi suffit. Nous proposons alors une *action en compensation stricte*. Dans le second cas, une action indemnisant lourdement

¹⁸⁶⁶ Nous y revenons dans les pages suivantes.

dans l'optique de réprimer et de dissuader s'impose. Nous proposons pour ce faire une *action en compensation dissuasive*.

790. L'action en compensation stricte. La cohérence de l'indemnisation des préjudices n'est pas une quête neuve. La bonne effectivité de la nomenclature des préjudices corporels établie par le groupe de travail dirigé par M. Jean-Pierre Dintilhac assure déjà une harmonie¹⁸⁶⁷. Elle reprend la distinction fondamentale entre les préjudices économiques et personnels présente dans les législations de nombreux pays et soutenue par la doctrine bien qu'elle préfère les termes préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux « si l'on veut bien admettre qu'avant d'être économique ou pas, tout préjudice corporel, a, pour la victime, un retentissement de type personnel, au-delà de la qualification formelle de « préjudice économique » que l'on a adopté par convention »¹⁸⁶⁸. Il s'agit toutefois d'une seule nomenclature qui « ne saurait être confondue ni avec les règles d'évaluation de chacun des chefs de préjudice (...), ni avec les règles d'indemnisation proprement dites »¹⁸⁶⁹. Or, c'est précisément sur ces deux points qu'il faut poursuivre cette voie. S'agissant des règles d'évaluation, le principe de réparation intégrale recouvrerait à nouveau son rôle au sein d'une action en compensation strictement entendue, c'est-à-dire en dehors d'une application préventive ou punitive¹⁸⁷⁰. La doctrine plaide néanmoins pour le rendre compatible avec l'instauration de barèmes¹⁸⁷¹. Le barème consiste à fournir au juge une technique d'évaluation précise du coût du dommage par type de préjudice. Pour que le barème soit applicable et juste, il ne doit naturellement pas être rigide mais prévoir dans ses classifications la spécificité des faits propres à chaque cas d'indemnisation derrière une nomenclature abstraite et générale des préjudices. Une telle méthode est d'ailleurs déjà mise à l'œuvre par les assureurs¹⁸⁷². En revanche, l'instauration de plafonds d'indemnisation¹⁸⁷³ semble incompatible avec le principe de réparation intégrale. Imposer une limite haute, c'est soutenir qu'une bonne indemnisation peut suffire lorsqu'elle est déjà importante. Les contraintes économiques pesant sur le système responsabilité, désignées par Mme M.-E. Roujou de Boubée sous l'expression d'impératifs budgétaires, ne nous paraissent pas être remis en cause par une forte indemnisation, d'une part, parce que les magistrats français ne connaissent pas les

¹⁸⁶⁷ *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, op. cit.*

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁷⁰ En ce sens, déjà, M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, th. préc.*, p. 342 : « ce qui contrarie les impératifs budgétaires (...) ce n'est pas le principe de la réparation intégrale en lui-même, mais l'application qui en est faite, plus exactement le manque d'unité, de continuité dans cette application ». Plus drastiquement, V. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1947, « toute législation récente en matière de responsabilité objective (...) s'inscrit en faux contre le principe de la réparation intégrale, dans le sens que lui donnent les auteurs », p. 401.

¹⁸⁷¹ *Contra*, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLIAUD-DULIAN, 2002, n° 380 et s.

¹⁸⁷² M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Université de Maine, 2001, n° 447 et s. ainsi que les n° 540 et s. ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, th. préc.*, n° 422.

¹⁸⁷³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 308 et s.

divagations des indemnisations américaines¹⁸⁷⁴, d'autre part, parce que l'instauration des barèmes suffit à rationaliser l'évaluation en écartant le risque d'une surévaluation imméritée. *Une action en compensation stricte du préjudice subi peut ainsi être efficace autant pour la victime que pour le système de responsabilité si elle est assise sur un principe de réparation intégrale dont les règles d'évaluation du préjudice sont prévisibles pour tous et prédéterminées pour le juge.* Il n'est pas nécessaire d'insister davantage ; la doctrine travaille en ce sens.

791. L'action en compensation dissuasive. *Lorsque le civilement responsable a commis une faute, il devrait être permis à la victime de préférer voir son indemnité augmentée d'une surévaluation judiciaire du préjudice subi afin de dissuader la récidive à l'égard du condamné et la propagation de la pratique fautive à l'égard des autres sujets de droit.* Coupler l'indemnisation de la victime et la punition du responsable est historiquement fondé¹⁸⁷⁵ contrairement à la théorie évolutionniste que nous avons critiqué¹⁸⁷⁶. Une action en compensation dissuasive procéderait à l'indemnisation de la victime dans une première phase de la procédure selon les mêmes méthodes et techniques d'évaluation que pour une action en compensation stricte. La seconde phase lui serait propre. Elle débiterait par la qualification du comportement fautif compte tenu de la personnalité du défendeur : personne morale ou personne physique douée de discernement. Il n'est effectivement pas nécessaire d'étendre cette action en justice aux fautes objectives qui ne sont retenues que comme faits générateurs de responsabilité et non en raison de leur caractère fautif¹⁸⁷⁷. S'agissant de la faute à retenir pour être condamné sur le fondement de cette action, la doctrine depuis la thèse de Mme Carval préconise que les cas de peines privées ne doivent résulter que de fautes qualifiées à l'exclusion des fautes d'imprudence et de négligence¹⁸⁷⁸. Au contraire, Mme Grare fonde son action en réparation-expiation sur tout type de faute entendue subjectivement, y compris les fautes d'imprudence et de négligence graves. L'auteur argumente son propos sur le besoin sécuritaire actuel dans la société véhiculé par l'émergence du principe de précaution. L'absence de précautions prises qualifiée juridiquement de négligence ou d'imprudence devrait alors être couverte par l'action en réparation-expiation. Compte tenu de nos développements précédents, nous ne pouvons adhérer à cette proposition. Le principe de précaution doit, *de lege ferenda*, permettre l'engagement d'une action préventive et ne pas venir grever l'intégrité d'une action en réparation. Le principe de précaution a vocation à s'appliquer lorsqu'il n'y a ni préjudice ni dommage. Admettre le contraire entraîne un douteux mélange entre la prévention et la réparation. Dès lors, *notre action*

¹⁸⁷⁴ En ce sens, S. SCHILLER, "Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité", *APD*, 45, 2001, 177.

¹⁸⁷⁵ G. GARDASCIA, "Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain", in *La responsabilité à travers les Ages*, Economica, 1989, pp. 1-45, *spéc.*, p. 42 ; J.-L. GAZZANIGA, "Les métamorphoses historiques de la responsabilité", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1997, pp. 8 et s.

¹⁸⁷⁶ Cf. *supra*, n° 259 et s.

¹⁸⁷⁷ En ce sens, l'action en compensation dissuasive se rapproche de l'action en réparation-expiation proposée par Mme Grare, *th. préc.*, n° 455 et s.

¹⁸⁷⁸ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 250, préf. G. VINEY, 1995, n° 330 et s. ; Auparavant, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *th. préc.*, pp. 424 et s. ; Par la suite, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *th. préc.*, n° 570 et s. ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *th. préc.*, n° 463 et s.

en compensation dissuasive ne saurait avoir pour domaine toute la gamme de fautes admises en droit. Elle doit être circonscrite aux seules fautes qualifiées : la faute lourde, la faute intentionnelle et la faute inexcusable. La compensation dissuasive se solderait alors par le prononcé d'une peine privée sous forme de dommages et intérêts majorés accompagnés ou non de mesures de contraintes comme la publication de la condamnation.

Une double action préventive et un dédoublement de l'action en réparation ne répondent pas encore à tous les besoins sociaux actuels et risqueraient à nouveau d'être déviés par le jeu de l'effectivité désirée sur la mise en effet des normes. Il convient aussi d'intégrer le besoin d'accompagnement social. La proposition d'une action précontentieuse va en ce sens.

B. La proposition d'une action précontentieuse en droit de la responsabilité civile

792. Les nouvelles voies de résolution des litiges. En droit civil, la médiation, la conciliation et plus généralement la négociation sont de plus en plus consacrées en procédure. La médiation familiale en est la principale illustration. Dans son rapport remis au Garde des sceaux le 30 juin 2008, la Commission Guinchard fait deux propositions développant ce mouvement. Selon M. S. Guichard, « plusieurs propositions consacrent le développement de la conciliation (par exemple, création d'une passerelle entre la tentative préalable de conciliation avec un conciliateur et la saisine de la juridiction aux fins de jugement ; consécration de la pratique de la double convocation) »¹⁸⁷⁹. En outre, une procédure nouvelle est proposée, la procédure participative de négociation assistée par avocat¹⁸⁸⁰. « Ici, les avocats remplissent leurs fonctions traditionnelles d'assistance aux parties dans le cadre d'une négociation entre les parties, préalablement à la saisine du juge. En cas d'échec partiel ou total, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction compétente est prévue, afin de permettre un traitement accéléré de l'affaire. Cette procédure sera inscrite dans la partie générale du Code de procédure civile car elle se rattache au précontentieux »¹⁸⁸¹.

793. Pour une action précontentieuse en responsabilité civile. Cette procédure précontentieuse aurait pleinement vocation à être appliquée en responsabilité civile. Son domaine serait circonscrit à l'anticipation des dommages. A ce stade précoce, la négociation s'impose naturellement dans la mesure où rien n'est encore irréversible. *Le contentieux des troubles anormaux de voisinage, ainsi que ceux des atteintes à la vie privée et à la libre concurrence en formerait la terre de prédilection, avant tout pour les litiges entre particuliers ou entreprises de taille équivalente. La négociation est plus délicate entre les grandes sociétés qui, par ailleurs, jouissent de moyens propres pour les aider. Cette action précontentieuse répondrait adéquatement du besoin d'accompagnement social que notre étude des fonctions sociales de la responsabilité a mise à nue. Une forte proportion des litiges entre individus naît dans ces*

¹⁸⁷⁹ Propositions n° 47 à 52 du rapport de la Commission Guinchard.

¹⁸⁸⁰ Proposition n° 47 : « Création d'une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la procédure participation de négociation assistée par avocat ».

¹⁸⁸¹ S. GUINCHARD, "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", *D.*, 2008, 1748.

contentieux d'une absence de « savoir juridique » et d'une impossibilité de dialogue social. La garantie de bonne conformité au droit recherché par l'introduction de certaines actions en responsabilité à ce stade si précoce serait utilement assurée par une action précontentieuse qui délesterait les actions contentieuses. A défaut, une passerelle viendrait joindre les deux afin de réorienter les parties non conciliées.

794. Conclusion de section. Fondée en théorie générale du droit par la proposition d'une théorie de la mise en effet des normes, une représentation de la responsabilité civile par ses effets est possible et féconde. Cette représentation se fonde sur une typologie comparée des sanctions préventives, réparatrices et répressives. Pour garantir l'intégrité de chaque sanction, il a été proposé d'introduire une double action préventive, d'une part, et une action en réparation dédoublée, d'autre part. Une action en anticipation du fait dommageable et une action en cessation du fait générateur permettent de délester l'action en réparation des effets préventifs que lui grèvent actuellement le juge de la responsabilité civile. L'action en réparation présente également en interne des incohérences qui nous ont conduit à dissocier une action en compensation stricte du préjudice d'une action en compensation dissuasive afin de faire place aux sanctions répressives. Il ne restait plus qu'à plaider pour l'instauration d'une action précontentieuse en négociation afin d'assouvir le besoin d'accompagnement social qui s'inscrit dans l'engagement de certaines actions en responsabilité. *La cohérence du droit de la responsabilité civile passe ainsi par une rénovation de ses actions en justice et par une représentation de sa théorie à partir de ses effets.*

795. Conclusion de chapitre. Le besoin sécuritaire qui appert de la nouvelle fonction sociale de prévention des dommages se traduit par une influence des justiciables sur l'interprète du droit. La notion d'effectivité désirée permet ainsi de rendre compte de ce phénomène d'effectivité inversée, provenant de la sphère sociale en direction du système juridique. Or, cette effectivité désirée reçoit une attention particulière du juge qui influe sur le prononcé de la sanction juridique. Cette influence ne se manifeste pas dans la détermination du sens de la norme de responsabilité. Elle joue au moment de sa mise en effet. Il nous est alors paru essentiel de proposer une théorie qui puisse rendre compte du moment de la mise en effet des normes qui s'établit en parallèle du moment de la détermination de leur signification juridique. Cette théorie de la mise en effet des normes ouvre la voie à une théorie du procès, et plus largement, du *process* juridique, par laquelle la décision de justice (ou la décision d'agir juridiquement) n'est plus uniquement perçue dans son sens mais également dans sa propension à mettre en œuvre une norme. Une théorie du procès qui voudrait rendre compte de ces deux moments de la détermination et de la mise en effet des normes se devrait d'échafauder des principes aptes à guider les magistrats dans le choix et l'adéquation des effets de droit de leur décision (mesures juridiques et sanction juridiques) : *principes* gouvernant les effets de droit, *techniques* et méthodes de choix et d'évaluation des effets de droit, et *voies* de prononcé propres à chaque effet. Une telle théorie donne à lire le droit de la responsabilité à partir de ses effets. Cette représentation par l'envers par rapport à la représentation doctrinale fondée sur les conditions et fondements de la responsabilité assure un regain de cohérence. En dressant une typologie des sanctions préventives, réparatrices et répressives du droit de la responsabilité civile, il est permis de recouvrer l'intégrité de l'action en réparation en la dédoublant en une action en compensation

stricte du préjudice et en une action en compensation dissuasive du préjudice, aux côtés de l'introduction d'une double action préventive en anticipation du fait dommageable et en cessation du fait générateur, et d'une action précontentieuse en négociation.

796. Conclusion de titre. L'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile ne s'exerce pas uniquement sur les conditions d'engagement d'une action mais également sur les effets de l'action judiciaire. Cette influence est bénéfique. Elle révèle l'existence d'un principe gouvernant le prononcé des sanctions préventives qui coexiste aux côtés du principe de réparation intégrale. Il s'agit d'un principe que nous avons dénommé *principe de prévention proportionnelle qui commande au juge de prévoir la survenance d'un dommage ou de ses conséquences en droit afin d'évaluer la meilleure sanction à prendre dans une optique préventive*. Ce principe de prévention proportionnelle à la source de la sanction préventive entraîne une lecture du droit de la responsabilité plus cohérente lorsqu'elle est effectuée à partir des effets de la responsabilité civile. Sous cet angle, le droit positif recouvre sa cohérence pour peu que ses actions soient réorientées vers une meilleure prise en compte des sanctions préventives, et répressives coexistantes aux côtés des sanctions réparatrices. Cette réorientation est habilitée en théorie générale du droit par une *théorie de la mise en effet des normes permettant de bien distinguer le moment de la détermination du sens juridique de la norme de responsabilité du moment de sa mise en œuvre par le juge*, notamment. Pour une meilleure efficacité du droit, une véritable théorie du procès nous semblerait devoir prendre en compte ce moment décisif qui conduit à façonner la sanction juridique.

Conclusion de partie.

797. L'existence des sanctions préventives en droit positif se heurte à notre représentation doctrinale du droit de la responsabilité civile. Par cette représentation, la lecture traditionnelle du droit positif s'effectue à partir des conditions et des fondements de la responsabilité. Or, *la sanction préventive exerce une influence bouleversante sur les conditions d'engagement d'une action en responsabilité*. La condition du préjudice est démembrée : l'atteinte matérielle ou les conséquences juridiques de cette atteinte sur la personne ou sur son patrimoine suffit en lieu et place de leur cumul. Précisément, la sanction préventive est prononcée lorsqu'il y a dissociation entre le dommage (atteinte matérielle) et le préjudice (conséquences juridiques). En outre, la condition du fait générateur est étendue dans le temps et dans l'espace. Dans le temps, le fait réalisable suffit à engager la responsabilité. Matériellement, le rôle causal du fait générateur cède la place à son seul caractère illicite ou anormal. La sanction préventive conduit à distinguer le fait dommageable en tant que fait matériel à l'origine du dommage sans égard pour son rôle causal, et le fait générateur, qualification du fait dommageable en cause juridique du préjudice. Enfin, la condition du lien de causalité est assouplie. De simples présomptions ou des présomptions précises, graves ou concordantes suffisent. Le droit de la responsabilité civile perçu par ses conditions devient incohérent.

Au contraire, penser la sanction préventive conduit à voir que le bouleversement des conditions entraînent une *représentation nouvelle de la responsabilité civile à partir de ses effets*. Sous cet angle, la sanction préventive rencontre son origine dans un principe distinct de celui de la réparation intégrale, celui de la prévention proportionnelle. Ce principe d'interprétation téléologique montre comment le travail judiciaire sur les normes de la responsabilité conduit au prononcé d'une sanction préventive ne consistant pas en une évaluation indemnitaire mais en une prévision juridique. Ce principe gouvernant les effets préventifs de la responsabilité civile appelle une typologie comparée des sanctions de la responsabilité civile. En effet, le droit de la responsabilité civile retrouve sa cohérence par une typologie de ses sanctions préventives (mesures d'anticipation, mesures de cessation, dommages et intérêts anticipés, dommages et intérêts majorés), réparatrices (dommages et intérêts) et répressives (amendes civiles, astreintes, et autres peines privées) qui permet à l'action en réparation de recouvrer son intégrité en la délestant des effets préventifs qui la grèvent (par l'instauration d'une double action préventive) et en la dédoublant en une action en compensation stricte du préjudice (conduisant à des sanctions réparatrices) et en une action en compensation dissuasive du préjudice (conduisant à des sanctions répressives).

Par l'envers, la responsabilité civile, droit prétorien par excellence, renseigne sur la théorie du procès en mettant en évidence l'étape durant laquelle le juge met en effet la norme. Cette étape se distingue de celle de la détermination de la signification juridique de la norme : la première porte sur le choix de l'effet, la seconde sur celui du sens. Ensemble, la détermination et la mise en effet montrent le jeu du sens et de l'effet des normes qui ne se résout pas en une influence linéaire du premier sur le second mais interagissent entre-eux par les liens récursifs qui les lient lors du travail de l'interprète et de l'exécutant des normes en droit. Cette théorie de la

mise en effet des normes donne ainsi à voir une théorie du procès et pose une première pierre à une représentation complexe du travail jurisprudentiel sur le droit.

CONCLUSION GENERALE

798. Les sanctions préventives existent en droit positif. Les qualifier ainsi et les penser au sein du droit de la responsabilité civile amène à reconceptualiser ce dernier à partir de ses effets et sous l'égide d'une théorie de la mise en effet des normes.

799. Par une étude de sa jurisprudence, le droit de la responsabilité civile présente des manifestations préventives dans le sens où elle peut être engagée en vue de prévenir le dommage et ce, à différents stades. **Avant la réalisation du fait dommageable**, certains contentieux tels ceux des atteintes à la vie privée, des atteintes au droit de la concurrence, des produits défectueux ainsi que des antennes relais de téléphonie mobile retiennent l'engagement de la responsabilité civile avant même que le fait matériel ne soit produit. En la seule présence d'un risque de dommage, il existe de nombreuses hypothèses où l'illicéité du fait potentiellement à l'origine d'un dommage n'a pas à être rapportée. Par exemple, il s'agit d'anticiper le dommage qui résulterait de la publication future d'un livre qui contiendrait des propos diffamants. En outre, ce risque de dommage peut être inconnu de l'état actuel des connaissances scientifiques et engendrer néanmoins l'application de la responsabilité civile dans une logique de précaution comme c'est le cas dans le contentieux des antennes relais de téléphonie mobile. Ainsi, *avant la réalisation du fait dommageable, les manifestations préventives de la responsabilité civile se soldent soit en mesures préventives d'anticipation du risque connu soit en mesures de précaution*. **Au cours de la réalisation du fait dommageable**, la réalisation du fait matériel peut durer dans le temps et constituer juridiquement un trouble n'engendrant pas immédiatement un dommage. En ce sens, le stockage d'un tas de paille sèche sur une propriété a été qualifié de trouble pour le voisin qui n'a pourtant subi matériellement aucun dommage. Il a été ordonné de faire cesser ce trouble en destockant ce tas de paille. Dès lors, *pendant la réalisation du fait dommageable, les manifestations de la responsabilité civile apparaissent préventives lorsqu'elles conduisent à des mesures de cessation de l'illicite en l'absence de dommage réalisé*. **Après la réalisation du fait dommageable**, la responsabilité civile peut être prononcée alors même que la qualification du préjudice n'est pas définitivement admise. Le juge de la responsabilité n'attend pas que le préjudice soit rapporté au fond pour allouer en référé des dommages et intérêts provisionnels qui peuvent atteindre 100 % du dommage souffert. A l'inverse, la responsabilité civile est également prononcée lorsque le préjudice est juridiquement établi sans égard pour la réalisation matérielle du dommage. Le dommage futur, l'exposition à un risque ainsi que les dépenses futures destinées à prévenir un risque de dommage conduisent au prononcé de dommages et intérêts par anticipation de la réalité de l'atteinte. Par conséquent, *après la réalisation du dommage, les manifestations préventives de la responsabilité civile résultent de l'allocation de dommages et intérêts anticipés*. **Après la qualification du fait dommageable**, le juge peut retenir la responsabilité civile en prévention des comportements futurs de l'auteur du dommage. Il existe des cas où la faute de ce dernier conduit à retenir une réparation dissuasive sous forme de dommages et intérêts surévalués par rapport à l'atteinte subie. De même, une amende civile peut être imposée légalement en ce sens. Conséquemment,

après la qualification du fait dommageable, les manifestations préventives de la responsabilité civile s'illustrent par des peines privées civiles majorées en valeur.

800. Toutes ces manifestations préventives ont en commun des caractères judiciaires : elles sont adéquates, proportionnées et fruits d'un pouvoir modérateur du juge du fond. De sorte qu'au sortir de cette étude des données positives du droit, un constat se fait jour. *Les manifestations préventives de la responsabilité civile sont exclusivement jurisprudentielles. Autrement dit, elles puisent leur origine dans le traitement judiciaire des normes légales du droit de la responsabilité et non directement dans la lettre de ces dernières.*

Ce constat fondamental pour notre étude explique incidemment pourquoi les quatre qualifications actuelles des manifestations préventives retenues par la doctrine sont toutes partielles et insuffisantes. En effet, la qualification de "peine privée" et celle de "dommages et intérêts" restent muettes sur les mesures d'anticipation et de cessation tandis que les qualifications de "mesures de réparation en nature" et de "cessation de l'illicite" ne couvrent pas les dommages et intérêts anticipés et les dommages et intérêts surévalués. *Il faut voir les manifestations préventives sous l'angle judiciaire pour comprendre qu'elles ont en commun la même qualification de sanction juridique.*

801. Pourtant, de prime abord, la qualification de sanction juridique apparaît incohérente. Comment une sanction pourrait-elle être préventive ? L'étude met au jour une conception usuelle du vocable "sanction" restreignant sa notion juridique à une acception rétributive et conséquentialiste : pour la doctrine civiliste, la sanction revêt les critères de la peine et qualifie une mesure en réaction à la violation d'une norme. Or, pour une partie d'entre elles, les manifestations préventives s'émancipent de l'exigence d'une faute, et, constituent des proactions en vue d'éviter la violation de la norme. *En d'autres termes, la conception usuelle de la sanction qui règne en doctrine civiliste interdit de qualifier comme telle les manifestations préventives de la responsabilité civile.* Pour y parvenir, il est nécessaire d'accéder au sens profond que revêt l'existence uniquement jurisprudentielle des manifestations préventives. La sanction juridique est le fruit d'une intervention judiciaire ; elle n'est pas contenue *in extenso* dans la norme. Au niveau de la théorie générale du droit, il n'est plus cohérent, et d'ailleurs, plus personne ne soutient que la sanction est un effet de droit prescrit par la norme violée. Cette idée véhiculée par une lecture sommaire de la distinction d'Henri Motulsky entre la présupposition et la prescription de la norme conduit à inclure la sanction dans ce dernier élément de la structure de la norme. Or, *la sanction est un effet de droit choisi par son interprète.* Sinon, il est impossible d'expliquer comment une même sanction peut être prononcée alors que le fondement légal de la norme est modifié au fil de l'évolution de la jurisprudence et inversement comment un même fondement légal peut entraîner un ensemble de sanctions différentes. La théorie des troubles anormaux du voisinage fournit des exemples dans les deux sens : elle s'est fondée sur l'article 1382 du Code civil puis sur un principe général du droit ; elle peut conduire à des dommages et intérêts pour préjudice excessif, à une mesure de réparation en nature ou à une mesure de cessation du trouble. *La véritable source de la sanction ne réside donc pas dans la structure de la norme mais dans son interprétation. Incidemment, la proposition d'une conception interprétative de la sanction permet de surmonter les obstacles dirimants pour la conception*

usuelle de la sanction afin de qualifier de sanctions les manifestations préventives de la responsabilité civile.

Ainsi qualifiée de sanction juridique, la notion de sanction préventive donne de l'unité aux manifestations répertoriées. *La sanction préventive est définie comme l'effet de droit résultant d'une interprétation de la norme susceptible d'être violée.* Elle a pour domaine les mesures d'anticipation du fait dommageable, celles de cessation du fait générateur, les dommages et intérêts alloués par anticipation et ceux prononcés par dissuasion.

802. La première partie de thèse se conclut ainsi dans le potentiel qu'offre la notion de sanction préventive. Il revient à la seconde partie de thèse de développer ce potentiel à travers l'étude de l'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile.

803. Au début de la seconde partie, la nature proprement jurisprudentielle des sanctions préventives donne à voir l'influence de la notion de sanction préventive sur notre représentation de la responsabilité civile. Appréhendée sous l'angle traditionnel de ses conditions, la responsabilité civile est en crise. Ce diagnostic doctrinal déjà établi trouve son origine dans la notion de sanction préventive. *Les trois conditions du préjudice, du fait générateur et du lien de causalité sont bouleversées par le prononcé d'une sanction préventive.* *Primo*, la condition du préjudice est démembrée : il n'est demandé que l'une des deux preuves de l'atteinte matérielle ou de ses conséquences sur le patrimoine ou la personne de la victime. *Secundo*, le fait générateur est étendu matériellement de son rôle causal à son caractère illicite, et, temporellement du fait réalisé au fait réalisable. Sur ce point, notre étude démontre que l'illicéité du fait à l'origine d'un dommage potentiel n'est pas requis ; un simple risque d'illicéité suffit. *Tertio*, le lien de causalité est assoupli : de simples présomptions, ou des présomptions précises, graves et concordantes suffisent dans de nombreux contentieux. *Chacune des exceptions aux conditions d'engagement de la responsabilité civile conduit au prononcé d'une sanction préventive. La sanction préventive apparaît comme l'envers de la crise de la responsabilité civile.*

804. Plus précisément, le bouleversement de la condition du préjudice est tel qu'il emporte un éclairage nouveau sur la **notion de dommage**. En premier lieu, il est soutenu la *nécessité de distinguer le dommage, atteinte factuelle, du préjudice, conséquence juridique, pour voir la summa divisio des sanctions préventives : sanction préventive de la réalisation du dommage et sanction préventive des conséquences du dommage.* En second lieu, il est indiqué la *relativité de la notion de dommage* du fait de l'engagement de l'action en responsabilité à tous les stades possibles de sa réalité : avant que le fait matériel ne soit scientifiquement reconnu comme dommageable (mesures de précaution), avant que le fait matériel ne se soit empiriquement produit (mesure de prévention et réparation du dommage futur), avant que l'atteinte ne soit juridiquement reconnue comme un préjudice (dommages et intérêts provisionnels) et avant que la récidive ne soit commise (dommages et intérêts majorés, et peine privé). *La notion de dommage apparaît alors trop imprécise pour concevoir dans le temps les différentes sanctions préventives. Pour remédier à cette imprécision, il est vital de faire sienne la distinction du dommage et du préjudice et celle du fait générateur et du fait dommageable. En effet, se*

*distinguent le **fait dommageable**, d'une part, en tant que fait matériel à l'origine du dommage et le **fait générateur**, d'autre part, qualification du premier comme la cause du préjudice (actuel ou futur) fondant l'engagement d'une action en réparation.*

805. Dans la mesure où le bouleversement des conditions n'est pas perçu par la doctrine civiliste comme la conséquence d'une interprétation judiciaire particulière (une interprétation se soldant par le prononcé d'une sanction préventive et non pas réparatrice), l'étude se devait de rechercher ce qui empêche ce travail fondamental afin qu'elle ne débouche pas dans la même impasse. Or, l'histoire du droit de la responsabilité montre qu'une prise de conscience de la nature jurisprudentielle des effets de droit a eu lieu lors de l'avènement du principe général du fait des choses. Précisément, le débat entre Saleilles et Esmein porte sur la normativité de l'article 1384 al 1^{er}. Le premier soutient qu'elle doit évoluer sous l'interprétation de la Cour de cassation, et admettre la réparation sans faute des dommages causés par une chose, tandis que le second plaide pour que la seule intention des codificateurs contraigne l'interprétation de la Cour – intention ne prévoyant nullement un tel principe général. Ce débat sur la normativité aurait pu conduire à une réflexion sur la sanction incidente mais, au contraire, il en est résulté un ensemble de conséquences qui ont structuré le droit fondamental de la responsabilité au niveau de sa fonction réparatrice. *Avec l'avènement de la responsabilité du fait des choses, le droit fondamental se fige autour de l'objectif indemnitaire en se détournant de la question du responsable et des autres fonctions de prévention et de répression.* Afin de juger de la pertinence d'une représentation purement indemnitaire de la matière faisant fi des sanctions préventives, il nous est apparu primordial d'une part, d'approfondir philosophiquement les conséquences de cette représentation sur le concept de responsabilité, et, d'autre part, de constater sociologiquement quel est le poids respectif des fonctions réparatrice, préventive et répressive. **L'analyse philosophique** éclaire l'aporie qui résulte du "tout indemnitaire" : *la figure ontologique de l'être-responsable, auparavant représentée par le coupable, a disparu. Il est essentiel de repenser le double élément nécessaire à chaque jugement de responsabilité : la mise en œuvre d'un retour à l'indemne et la représentation a posteriori d'une figure de l'être-responsable à raison de son agir social et non en tant que condition juridique.* **La recherche sociologique** mène également à un résultat sans appel : *la responsabilité civile, par les dimensions instrumentales et symboliques de ses fonctions, présente indéniablement une fonction préventive qui se nourrit du désir sécuritaire des justiciables prenant deux formes : être en sécurité en s'assurant judiciairement d'agir en bonne conformité juridique, et se sentir en sécurité en palliant les angoisses naissant des risques technologiques, sanitaires et environnementaux.*

806. Ainsi, l'actuelle représentation doctrinale de la responsabilité civile est-elle en décalage avec la réalité sociologique de ses fonctions. Pour pallier les apories consécutives de l'omniprésence de l'objectif indemnitaire et accorder la juste place qui revient à la fonction préventive sécuritaire, *il n'est d'autres choix que de reconceptualiser la responsabilité civile à partir de ses effets et non plus de ses conditions devenues incohérentes.* En l'occurrence, la fin de la seconde partie de l'étude montre l'influence restauratrice de la notion de sanction préventive sur le droit positif et notre représentation du droit de la responsabilité civile. Si l'on considère à nouveau la nature jurisprudentielle des sanctions préventives, on en perçoit l'unité et

la cohérence lors du travail d'interprétation effectuée par le juge. Puisqu'ils sont le fruit de l'interprétation judiciaire, les effets de droit naissent au stade de la délibération du juge. Cette représentation n'est pas iconoclaste. Elle est déjà retenue pour les sanctions réparatrices que sont les dommages et intérêts. Ces derniers sont des effets de droit évalués à l'aune d'un principe d'interprétation bien connu : celui de la réparation intégrale. Or, ce principe est mis en échec par les sanctions préventives. Il ne peut conduire à une préévaluation du dommage ni à une surévaluation de l'indemnité à octroyer. Or, lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures d'anticipation ou de cessation, il s'agit bien d'effectuer une préévaluation de l'atteinte potentielle tandis que lorsqu'il s'agit de dommages et intérêts majorés en valeur, il convient bien de surévaluer l'indemnité. *L'étude démontre alors l'existence d'un principe corollaire de celui de la réparation intégrale désigné par l'expression « principe de prévention proportionnelle ». Ce principe est un principe d'interprétation téléologique conduisant à proportionner la sanction à la potentialité de violation de la norme.*

807. Ce principe de prévention proportionnelle accrédite une représentation de la responsabilité par ses effets. Sous cet angle, la notion de sanction préventive redonne cohérence à la fois au droit fondamental et au droit positif de la responsabilité civile. **Quant au droit fondamental**, la sanction préventive illustre le travail judiciaire de la norme juridique. Le désir de sécurité des justiciables exerce une influence sur le juge. Ce dernier en tient compte. Il en résulte l'idée que les justiciables, par l'introduction de leur action en justice à un stade où le dommage n'est pas encore constitué dans tous ses éléments, attendent une effectivité préventive des normes de responsabilité civile. Cette effectivité désirée des justiciables exerce une influence sur le travail judiciaire. Une analyse plus fine montre que l'influence ne concerne pas seulement le sens à donner à la norme dans un cas concret. Le travail judiciaire conduit également à rechercher quel effet donner à la norme, qu'elle soit déjà violée ou non. En d'autres termes, *notre étude soutient qu'il existe à côté de l'étape de la détermination du sens de la norme, une étape de la mise en effet des normes. Il existe un temps entre l'interprétation et l'exécution des normes. La mise en effet de la norme est l'opération par laquelle l'interprète choisit quel est l'effet qui sera propre à résoudre le litige.* Dans le cas d'une effectivité désirée de prévention, cette étape est guidée par le principe de prévention proportionnelle et conduit au prononcé d'une sanction préventive. La notion de sanction préventive s'insère ainsi dans *une théorie du procès qui représente les étapes du travail judiciaire sur le sens et l'effet des normes.* **Quant au droit positif**, la notion de sanction préventive prend place au sein d'une typologie de toutes les sanctions de la responsabilité. Distinguées des sanctions réparatrices (dommages et intérêts) et des sanctions répressives (peine privée), *les sanctions préventives se répartissent au sein de quatre catégories. Elles peuvent être des mesures d'anticipation, des mesures de cessation, des dommages et intérêts anticipés et des dommages et intérêts majorés.* Cette typologie porte en elle les promesses d'une cohérence retrouvée de l'action en responsabilité civile. En effet, en promouvant *une action pour chaque type de sanction*, l'action en réparation du préjudice recouvre sa cohérence. Délestée des sanctions préventives qui la grèvent par la reconnaissance d'une *double action préventive en anticipation et en cessation du fait dommageable*, l'action en réparation se dédouble également en une *action en compensation stricte* se soldant par de simples dommages et intérêts et en une *action en compensation dissuasive* accueillant les peines privées en présence d'une faute grave, lourde, intentionnelle ou lucrative.

Dès lors, une voie nouvelle se dessine pour redonner de la cohérence aux normes de la responsabilité civile. Si cette voie semble pouvoir être empruntée, quelque soit l'issue qui peut être la sienne, alors cette étude généalogique n'aura pas trop failli.

ANNEXES

- Fig. 1. Des manifestations préventives aux sanctions préventives de la responsabilité civile.....458
- Fig. 2. La théorie de la mise en effet des normes et son application à la sanction préventive.....459

Des manifestations préventives aux sanctions préventives de la responsabilité civile

Manifestations préventives

de la réalisation du dommage

des conséquences du dommage

Anticipation de la réalisation du dommage

Anticipation du risque connu de dommage
ex. interdiction de publier un livre encore sous presse susceptible d'être diffamant

Anticipation du risque inconnu de dommage
ex. injonction de déplacer l'antenne-relais de téléphonie mobile potentiellement dommageable

Mesures d'anticipation

Sanctions préventives du dommage

Cessation de la réalisation du dommage

Cessation du trouble illicite
ex. obligation de faire cesser le trouble constitué par un manquement aux règles de l'urbanisme

Cessation du trouble anormal
ex. obligation de faire cesser le trouble que constitue le stockage d'un tas de paille susceptible de causer un dommage au voisin

Mesures de cessation

Réparation anticipée des conséquences du dommage

Réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage
ex. réparation des dépenses destinées à prévenir un risque de dommage, réparation du dommage futur, réparation de l'exposition à un risque

Réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage
ex. dommages et intérêts provisionnels, dommages et intérêts moratoires

Dommages et intérêts anticipés

Sanctions préventives du préjudice

Réparation dissuasive des conséquences du dommage

Réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage
ex. dommages et intérêts surévalués

Réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage
ex. astreinte, amende civile

Dommages et intérêts majorés

Autres dommages et intérêts

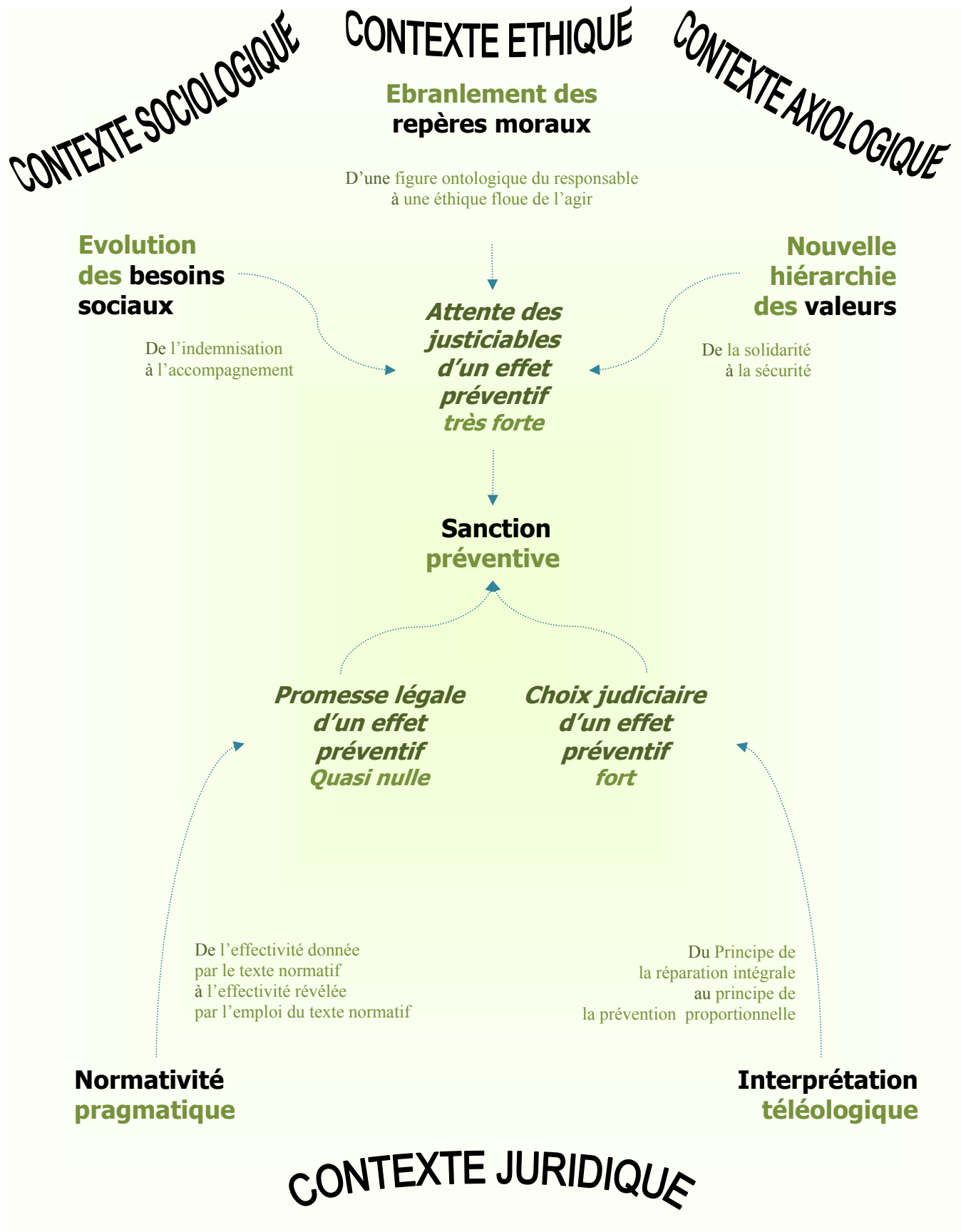
Sanctions réparatrices

Peines privées

Sanctions répressives

Sanctions préventives

La théorie de la mise en effet des normes et son application à la sanction préventive



BIBLIOGRAPHIE

I.	Dictionnaires et encyclopédies généraux.....	461
II.	Dictionnaires et encyclopédies juridiques.....	461
III.	Ouvrages juridiques généraux.....	461
IV.	Ouvrages juridiques spécialisés.....	465
V.	Ouvrages non juridiques.....	468
VI.	Thèses et mémoires.....	470
VII.	Articles et chroniques juridiques.....	475
VIII.	Conférences, colloques et rapports.....	492

I. Dictionnaires et encyclopédies généraux

- BLOCH, O. et WALTHER VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, quadrige, 2008.
- CANTO-SPERBER, M., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 2004.
- LALANDE, A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 5^e éd., 1999.
- MACE, G. et F. PETRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, Les presses de l'Université Laval, coll. Méthodes des Sciences Humaines, 2^e éd., 2000.
- REY, A., *Dictionnaire de la langue française*, Le Robert., 2008.
- REY, A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3^e éd., 2000.
- REY, A., *Dictionnaire des philosophes*, Encyclopédie Universalis, A. Michel, 2^e éd., 2001.
- REY, A., *Trésor de la langue française*, Dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècles, CNRS.

II. Dictionnaires et encyclopédies juridiques

- ALLAND, D. et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003.
- ARNAUD, A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LDGJ, 6^e éd., 2004.
- CADIET, L., *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 2007.
- DAREMBERG, CH. et E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Hachette, disponible en ligne, <http://dagr.univ-tlse2.fr/sdx/dagr/feuilleter.xsp>, 1877-1919.
- GUINCHARD, S. et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17^e éd., 2009.
- MALAURIE, PH., *Anthologie de la pensée juridique*, CUJAS PARIS, 2001.
- ROLLAND, H., *Lexique juridique - expressions latines*, Litec, Carré droit, 2^e éd., 2002.

III. Ouvrages juridiques généraux

- ATIAS, C., *Droit civil, les personnes, les incapacités*, PUF, coll. "Droit fondamental", 1985.
- ATIAS, C., *Epistémologie juridique*, Dalloz, 2002.
- ATIAS, C., *Epistémologie juridique*, PUF, 1985.
- AUBERT, J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, A. Colin, 12^e éd., 2008.
- BART, J., *Histoire du droit privé, De la chute de l'empire romain au XIX^e siècle*,

- Montchrestien, Précis Domat, 2^{ème} éd., 2009.
- BATIFFOL, H.**, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.
- BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS**, *La responsabilité civile*, Yvon Blais, 7^e éd., Québec., 2007, 2 vol.
- BECCARIA, C.**, *Des délits et des peines*, Flammarion, préf. R. Badinter, 1991.
- BELANGER-HARDY, L. et D. BOIVIN**, *La responsabilité délictuelle en common law*, Editions Yvon Blais, 2005.
- BENABENT, A.**, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 11^e éd., 2007.
- BERGEL, J.-L.**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. "Méthode du droit", 4^e éd., 2004.
- BRISSAUD, J.**, *Manuel d'histoire du droit français, Sources, Droit public, Droit privé*, A. Fontemoing, Paris, 1904.
- BRUN, PH.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, coll. "Manuels", 2005.
- BRUN, PH.**, *Lamy Droit de la responsabilité*, Lamy, 2009.
- BUFFELAN-LANORE, Y.**, *Droit civil, Deuxième année*, A. Colin, 11^e éd., 2008.
- BUFFELAN-LANORE, Y.**, *Droit civil, Première année*, A. Colin, 16^e éd., 2009.
- CADIET, L. et E. JEULAND**, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^e éd., 2009.
- CALAIS-AULOY, J. et F. STEINMETZ**, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e éd., 2006.
- CAPITANT, H.**, *Introduction à l'étude du droit civil*, Pédone, 4^e éd., 1921.
- CARBONNIER, J.**, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, coll. "Thémis", 22^e éd., 2000.
- CARBONNIER, J.**, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, coll. "Quadrige Manuels", 2004.
- CHAINAIS, R., F. FERRAND, et S., GINCHARD**, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 29^{ème} éd., 2008.
- CHAPUS, R.**, *Droit administratif général, t. 1*, 15^e éd., Montchrestien, Précis Domat, 2001.
- CORNU, G.**, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12^e éd., 2005.
- CORNU, G.**, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2007.
- CORNU, G.**, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2007.
- CORNU, G.**, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2007.
- CORNU, G.**, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, Précis Domat, 9^e éd., 2006.
- CORNU, G.**, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- CORNU, G. et J. FOYER**, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 1996.
- DABIN, J.**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 1969.
- DAILLIER, P. et A. PELLET**, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2002.
- DAVID, R. et C. JAUFFRET-SPINOSI**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2002.
- DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.**, *Essai d'introduction au droit français. I. Les normes*, éd. Erasme, 1990.
- DELEBECQUE, P. et F.-J. PANSIER**, *Droit des obligations*, Litec, coll. "Objectif Droit", 5^e éd., 2009.
- DEMOGUE, R.**, *Traité des obligations en général*, vol. n° 4, 1923.
- DERRIDA, J.**, *Force de loi. Le Fondement mystique de l'autorité*, Galilée, 1^e éd. 1994, 2005.
- DESPAX, M.**, *Droit de l'environnement*, Litec, 1980.
- DUGUIT, L.**, *Les transformations du Droit public*, Armand Colin, Bibliothèque du mouvement social contemporain, 1913.
- DUGUIT, L.**, *Traité de droit constitutionnel - t.1 : La règle de droit*, éd E. de Boccard, 3^e éd., 1927.
- FABRE-MAGNAN, M.**, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. "Licence Droit", 2009.
- FABRE-MAGNAN, M.**, *Les obligations*, PUF, Thémis, coll. "Droit privé", 2004.
- FABRE-MAGNAN, M.**, *Les obligations*, t. 1, Contrat et engagement unilatéral, PUF, Thémis, coll. "Droit privé", 2008.
- FABRE-MAGNAN, M.**, *Les obligations*, t. 2, Responsabilité civile et quasi contrat, PUF, Thémis, coll. "Droit privé", 2007.

- FERLAND, D. et B. EMERY**, *Précis de procédure civile du Québec*, Yvon Blais, 4^{ème} éd., 2003, 2 vol.
- FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, A. Colin, 13^e éd., 2008.
- FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, A. Colin, 13^e éd., 2009.
- FLOUR, J., J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, A. Colin, 6^e éd., 2009.
- FRISON-ROCHE, M.-A. et M.-S. PAYET**, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2006.
- FRYDMAN, B.**, *Le sens des lois*, Bruylant, LGDJ, coll. "Penser le droit", 2^e éd., 2007.
- GAZZANIGA, J.-L.**, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, thémis, 1992.
- GENY, F.**, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. Sirey, 1913-1930.
- GHESTIN, J., G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994.
- GIFFARD, A.-E. et R. VILLERS**, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 1977.
- GIRARD, P.-F.**, *Manuel élémentaires de droit romain*, 8^e éd., Dalloz, 2003.
- GOYARD-FABRE, S. et R. SEVRE**, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 2^e éd., 1993.
- GUINCHARD, S.**, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, action, 6^e éd., 2009.
- GUINCHARD, S., F. FERRAND et C. CHAINAIS**, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 29^e éd., 2008.
- HERON, J. et T. LE BARS**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Précis Domat, 3^e éd., 2006.
- JESTAZ, PH.**, *Le droit*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", 5^e éd., 2007.
- JESTAZ, PH. et CH. JAMIN**, *La doctrine*, Dalloz, coll. "Méthodes du droit", 2004.
- JOSSERAND, L.**, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 1933.
- JOURDAIN, P.**, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. "connaissance du droit", 7^e éd., 2007.
- LAMBERT-FAIVRE, Y.**, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 6^e éd., 2008.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. et L. LEVENEUR**, *Droit des assurances*, Dalloz, 12^e éd., 2005.
- LARROUMET, C.**, *Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^e éd., 2006.
- LEGRAND, P. et G. SAMUEL**, *Introduction au common law*, La découverte, coll. "Repères", 2008.
- Le TOURNEAU, PH.**, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2008/2009.
- LEVY, J.-PH. et A. CASTALDO**, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002.
- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. "Méthode du droit", 2008.
- MALAURIE, PH.**, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeures*, Defrénois, 4^e éd., 2009.
- MALAURIE, PH., L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK**, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009.
- MALAURIE, PH. et P. MORVAN**, *Introduction générale*, Defrénois, 3^e éd., 2009.
- MALINVAUD, P.**, *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd., 2007.
- MALINVAUD, P.**, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd., 2008.
- MARAIS A.**, *Introduction au droit civil*, Vuibert, coll. "Dyna'sup", 2^e éd., 2009.
- MARTY, G. et P. RAYNAUD**, *Droit civil. Tome I, Introduction générale à l'étude du droit*, 2^{ème} éd., Sirey, 1972.
- MAZEAUD, D.**, *Lamy Droit de la responsabilité*, Lamy, 2006.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD et J. MAZEAUD**, *Leçons de droit civil, obligations, théorie*

- générale*, t.2, Montchrestien, 3^e éd., 1998.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD et J. MAZEAUD**, *Leçons de droit civil, t. 2, Vol. 1, par F. Chabas, Obligations, théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD et J. MAZEAUD**, *Leçons de droit civil, t. 2, Vol. 2, par F. Chabas, Biens, droit de propriété et ses démembrement*, 8^e éd., Montchrestien, 1991.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, t. 3, vol.1, Les résultats de l'action en responsabilité, Montchrestien, 6^e éd., 1978.
- MAZEAUD, H., L. MAZEAUD et A. TUNC**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t.2, Montchrestien, 6^e éd., 1970.
- MIAILLE, M.**, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero, coll. "FM Fondations", Paris, 1982.
- MORAND-DEVILLER, J.**, *Le droit de l'environnement*, PUF, Que sais-je ?, 9^e éd., 2009.
- NEURAY, J.-F.**, *Droit de l'environnement*, Bruylant, 2001.
- OPPETIT, B.**, *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, coll. "droit privé", 1999.
- PLANIOL, M., G. RIPERT et P. ESMEIN**, *Traité pratique de droit civil français, t. IV*, LGDJ, 1952.
- PRIEUR, M.**, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^e éd., 2004.
- RIGAUD, F.**, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974.
- RIPERT, G.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- RIPERT, G. et J. BOULANGER**, *Traité de droit civil, t. II.*, 1957.
- ROGUIN, E.**, *La règle de droit*, F. Rouge Librairie, Lausanne, 1889.
- ROUBIER, P.**, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 2^e éd., 1951.
- ROULLAND, N.**, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. Droit fondamental, Paris, 1988.
- ROUSSEAU, CH.**, *Droit international public*, Dalloz, 3^e éd., vol. n° I, 1970.
- SAINT THOMAS D'AQUIN**, "Somme théologique", in *Des lois*, Plon, 1946.
- SAVATIER, R.**, *Traité de la responsabilité civile en droit français, t. II, Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1951.
- SERIAUX, A.**, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006.
- SERVERIN, E.**, *Sociologie du droit*, Paris, La découverte, coll. "Repères", 2000.
- SHARPE, R.**, *Injunctions and Specific Performance*, Aurora, 3^e éd., 2000.
- SOLUS, H. et R. PERROT**, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1991.
- SOURIOUX, J.-L.**, *Introduction au droit*, PUF, droit fondamental, 1990.
- SOURIOUX, J.-L. et P. LERAT**, *Le langage du droit*, PUF, coll. "Le juriste", 1975.
- STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER**, *Introduction au droit*, Litec, 4^e éd., 1996.
- STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER**, *Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996.
- STEFANI, G., G. LEVASSEUR et B. BOULOC**, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. "Précis", 19^e éd., 2004.
- TERRE, F.**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2009.
- TERRE, F. et D. FENOUILLET**, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005.
- TERRE, F., Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10^{ème} éd., 2009.
- TUNC, A.**, *La responsabilité civile*, Economica, 2^e éd., 1989.
- VAN LANG, A.**, *Droit de l'environnement*, PUF, 2002.
- VILLEY, M.**, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, LGDJ, 1962.
- VILLEY, M.**, *Philosophie du droit, t.1*, Dalloz, 4^e éd., 1986.
- VINCENT, J. et S. GUINCHARD**, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 26^e éd., 2001.

- VINEY, G., *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, J. Ghestin (dir), LGDJ, 3^e éd., 2008.
- VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, J. Ghestin (dir), LGDJ, 3^e éd., 2006.
- VINEY, G. et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, J. Ghestin (dir), LGDJ, 2^e éd., 2001.
- VIRALLY, M., *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960.

IV. Ouvrages juridiques spécialisés

- Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney.*, LGDJ, coll. "Les mélanges", 2008.
- Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer, Wien New York, <http://www.egtl.org>, 2005.
- AMSELEK, P., (dir.), *Interprétation et droit*, PUAM et Bruylant, Bruxelles, 1995.
- AMSELEK, P., (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.
- ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas, Paris, 2^e éd., 1966.
- ARAGONESES, A., *Recht im fin de siècle: Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber*, Vittorio Klostermann, 2007.
- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Garnier-Flammarion, 2004.
- ARNAUD, A.-J., *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, coll. "Droit et société", 1997.
- ARNAUD, A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, PUF, 1975.
- BECHILLON, D. DE, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.
- BELLEY, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Éditions Yvon Blais, coll. "Droit aussi", Cowansville, 1998.
- BELLIVIER, F. et G. NOIVILLE, *Traité des contrats, Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, J. Ghestin (dir.), Introduction par C. Labrusse-Riou, LGDJ, 2006.
- BENOIT, F.-P., "Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique", in *Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel, Mélange Gustave Peiser*, PUF, Paris, 1995, pp. 23 et s.
- BENTHAM, J., *Oeuvres de Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, t. 2, Peines & récompenses*, Société belges de librairie Hauman, Bruxelles, 3^e éd., 1840.
- BENTHAM, J., *Principe de législation, oeuvre de J. Bentham*, éd. E. Dumond, Bruxelles, Coster et Cie., vol. n° 1, 1829.
- BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, LGDJ, Bruylant, coll. "La pensée juridique", 1998.
- BORE, J. ET L., *La cassation en matière civile*, Daloz action, 2003.
- BREWER-CARIAS, A. R., *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, études de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine)*, Economica, coll. "Science et droit administratifs", 1992.
- CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.
- CANIVET, G., *La déontologie des magistrats*, Dalloz, coll "Connaissance du droit", 2004.
- CANIVET, G. et J. JOLY-HURARD, *La discipline des juges judiciaires, administratifs et des comptes.*, Litec professionnels, coll. "Justice", 2007.
- CARBONNIER, J., *Essai sur les lois*, Defrénois, 1979.
- CARBONNIER, J., *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001.
- CARVAL, S., *La construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001.

- CHARTIER, Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", 1996.
- COLLECTIF, *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie, de sciences sociales de Paris II, PUF, 1984.
- COTE, P.-A., *Interprétation des lois*, Thémis, Montréal, 3^e éd., 1999.
- COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. "Droit et société", 1995.
- CUBERTAFOND, B., *La création du droit*, Ellipses, coll. "Le droit en questions", 1999.
- DABIN, J., *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.
- DEGOFFE, M., *Le droit de la sanction non pénale*, Economica, 2001.
- DELAPRADELLE, G., *L'homme juridique*, F. Maspero, 1979.
- DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, PUF, Paris, 1986.
- DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit.*, Ed. du Seuil, coll. "La couleur des idées", Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY, M. et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.
- DWORKIN, R., *Is Democracy Possible Here ? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, R., *Justice in robes*, Belknap, Harvard, 2006.
- DWORKIN, R., *L'Empire du droit*, PUF, Paris, coll. "recherches politiques", 1994.
- DWORKIN, R., *Life's dominion : an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Knopf, New York, 1993.
- DWORKIN, R., *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, coll. "Léviathan", 1995.
- DWORKIN, R., *Une question de principe*, PUF, Paris, coll. "recherches politiques", 1996.
- FENET, P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, rééd. 1968, vol. n° XIII, 1827.
- FERRARI, V., *Funzioni del diritto*, Bari, Laterza, 1987.
- FOUCHER, K., *Principe de précaution et risque sanitaire, recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2002.
- FULLER, L., *The morality of law*, New Haven and London, 1963.
- GELINAS, K. BENYEKHLEF ET F., *Le règlement en ligne des conflits, enjeux de la cyberjustice*, Romillat, coll. "Droit et technologie", 2003.
- GENDREAU, P.-A., F. THIBAUT, D. FERLAND, B. CLICHE et M. GRAVEL (eds.), *L'injonction*, Conswanville, éd. Yvon Blais, 1998.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique.*, 2^e éd., LGDJ, 1954.
- GENY, F., *Science et technique en droit privé positif. IV. Rapport entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif.*, Recueil Sirey, 1924.
- GERARD, P., F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000.
- GOYARD-FABRE, S., *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992.
- GUIHAL, D., *Droit répressif de l'environnement*, préf. de J.-H. Robert, Economica, 2^e éd., 2000.
- HART, H.L.A., *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976.
- HEURTIN J.-PH. et N. MOLFESSIS (dir.), *La sociologie du droit de Max Weber*, Dalloz, coll. "L'esprit du droit", 2006.
- HUGLO, C., *La pratique des référés administratifs devant le tribunal administratif, la Cour d'appel et le Conseil d'Etat*, Litec, coll. "Gazette du Palais", 1993.
- JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, t. IV, A.* Maresq, Aîné, Paris, 1877-1879.
- JHERING, R. VON, *La lutte pour le droit*, Chevalier-Marescq, Paris, 1890.

- JHERING, R. VON**, trad. de ZWECK IM RECHT, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, Paris, 3^e éd., 1901.
- JOSSERAND, L.**, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1898.
- JOUANJAN, O. et F. MULLER**, *Avant dire droit : le texte, la norme et le travail du droit*, PUL, coll. "Dikè", 2008.
- KELSEN, H.**, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996.
- KELSEN, H.**, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.
- KERCHOVE, M. VAN DE**, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Presses universitaires Saint Louis, 2005.
- KERCHOVE, VAN DE M.**, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987.
- KIRAT, T.**, *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, 2003.
- LAJOIE, A.**, *Conceptions autochtones des droits ancestraux au Québec*, LGDJ, coll. "Droit et société", 2008.
- LAJOIE, A.**, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", 1997.
- LAJOIE, A.**, *Quand les minorités font la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", 2003.
- LEDUC, F.**, (dir.) *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997.
- LE ROY, M.**, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, 17^e éd., 2004.
- MAGDELAIN, A.**, *La loi à Rome, histoire d'un concept*, Société d'édition des belles lettres, 1978.
- MAILLARD, J. ET C. DE**, *La responsabilité juridique*, Flammarion, coll. "Dominos", 1999.
- MALLET-BRICOUT, B.** (dir.), *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université de Lyon 3*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2007.
- MARGUENAUD, J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 1997.
- MASSIGLI, CH.**, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle*, éd. Arthur Rousseau, 1914.
- MESSNER, F.**, (dir.), *Les "sectes" et le droit en France*, PUF, coll. "Politique d'aujourd'hui", Paris, 1999.
- MOOR, P.**, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 2005.
- MORAND, CH-A.**, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. "Droit et société", vol. n° 26, 1999.
- MOTULSKY, H.**, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Dalloz, 1991.
- MULLER, F.**, *Discours de la méthode juridique*, PUF, coll. "Léviathan", trad. O. Jouanjan, 1996.
- NOREAU, P.**, *Droit préventif. Le droit au-delà de la loi*, éd. Thémis, Montréal, 1993.
- NOREAU, P. et C. ROBERGE**, *La déontologie judiciaire appliquée*, 2^e éd., Wilson & Lafleur, 2008.
- OST, F.**, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La découverte, 1995.
- OST, F.**, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1999.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE**, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- PAPADOPOULOS, I.**, *Pratiques juridiques interprétatives et herméneutique littéraire, variations autour d'un thème de Ronald Dworkin*, Les éditions Yvon Blais, Québec, coll. "Le droit aussi... ", 1998.

- PEDROT, P., *Traçabilité et responsabilité*, Economica, 2003.
- PERELMAN, C., *Ethique et droit*, PUB, Bruxelles, 1990.
- PERELMAN, C., *Logique juridique*, Dalloz, 2^e éd., 1979.
- POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007.
- RABAGNY, A., *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, PUF, 2003.
- REMOND-GOULLAUD, M., *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, les voies du droit, 1989.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, trad. de Lucien François et Pierre Gothot, Dalloz, Paris, 1975.
- ROSS, A., *Introduction à l'empirisme juridique, textes théoriques*, LGDJ, Bruylant, 2004.
- ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
- ROUSSEAU D. (dir.), *Le droit dérobé. Actes du colloque de Montpellier, Faculté de droit, 10 et 11 avril 2003*, Montchrestien, 2007.
- SALEILLES, R., *La théorie générale de l'obligation*, Mémoire du droit, réimpress. 2000, 1914.
- SALEILLES, R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, 1897.
- SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1re série, Panorama des mutations*, Dalloz, 1964.
- SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, LGDJ, 1983.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus - Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
- TEUBNER, G., *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994.
- TEUBNER, G., *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1993.
- TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1997.
- TIMSIT, G., *Les figures du jugement*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1993.
- TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1991.
- TIMSIT, G., *Thèmes et systèmes du droit*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1986.
- THIBIERGE C. *et alii.*, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.
- TROPER, M., V. CHAMPEIL-DESPLATS et CH. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, 2005.
- VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme* PUF, coll. "Quadrige grands textes", 2008.
- VINEY, G. et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel*, Economica, 1985.
- XIFARAS M. (dir.), *Généalogie des savoirs juridiques contemporains : le carrefour des Lumières*, Bruxelles, Bruylant, coll. "Penser le droit", 2007.
- WINIGER, B., (dir.) *La responsabilité civile européenne de demain, projets de révisions nationales et principes européens*, Bruylant, Schulthess, 2008.

V. Ouvrages non juridiques

- AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, PUF, coll. "Quadrige Grands textes", 4^e éd., 2004.
- AUSTIN, J., *Quand dire, c'est faire*, trad. G. Lane, Paris, Seuil, coll. "L'ordre philosophique", 1970.
- BERGER, G., "L'attitude prospective", in *Etapes de la prospective*, PUF, 1967, pp. 27 et s.
- BERGER, G., "Sciences humaines et prévision", in *Etapes de la prospective*, PUF, Paris, 1967, pp. 16 et s.
- BIRNBACHER, D., *La responsabilité envers les générations futures*, PUF, 1944.
- BOURG, D. et J.-L. SCHLEGEL, *Parer aux risques de demain, le principe de précaution*, Seuil,

- 2001.
- CASSIRER, E., *Philosophie des formes symboliques, t. I, Le langage*, Paris, Ed. de Minuit, 1972.
- CHAGNON, R., *La Scientologie : une nouvelle religion de la puissance*, Les cahiers du Québec, coll. "Sociologie, Hurtubise HMH", 1985.
- DECOUFLE, A-CL., *Sociologie de la prévision, l'exemple de la prospective sociale en France*, PUF, Paris, 1976.
- DERICQEBOURG, REGIS, *Religions de guérison*, Les éditions du Cerf, coll. "Bref", vol. n° 11, 1988.
- DERRIDA, J., *L'écriture et la différence*, Editions du Seuil, coll. "Points Essais", 1967.
- DERRIDA, J., *L'archéologie du frivole*, Galilée, 1990.
- DERRIDA, J. et G. VATTIMO, *La religion*, Seuil, 1996.
- DUPUY, J.-P., *Pour un catastrophisme éclairé - Quand l'impossible est certain*, Seuil, 2002.
- DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, PUF, coll. "Bibliothèque de philosophie contemporaine", Paris, 1973.
- ELIAS, N., *La société des individus*, Paris, Pocket, 1997.
- ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, Hachette, 1995.
- ERHEL, CATHERINE, *Le procès de l'Eglise de Scientologie, 30 septembre - 8 octobre 1996*, Albin Michel, coll. "Les grands procès contemporains", Paris, 1997.
- EWALD, F., *L'Etat providence*, Grasset, 1986.
- FAUBERT, S., *Une secte au cœur de la République, Les réseaux français de l'Eglise de scientologie*, Calmann-Lévy, Paris, 1993.
- FOUCART, J., *Sociologie de la souffrance*, Bruxelles, De Boeck, coll. "Ouvertures sociologiques", 2008.
- FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. "Tel, Poche", 1993.
- GADAMER, H.-G., *Vérité et méthode*, édition intégrale revue et complétée par Pierre Fruchon, Jean Grondin et Gilbert Merlio, éd. du Seuil, Paris, 1996.
- GENARD, J.-L., *La grammaire de la responsabilité*, Ed. du Cerf, coll. "Humanités", 1999.
- GRONDIN, J., *L'herméneutique*, PUF, coll. "Que sais-je ?", Paris, 2006.
- GURVITCH, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* A. Pédone, 1935.
- HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel, t.1. Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Fayard, coll. "L'espace du politique", 1987.
- HOTTOIS G. et M.-G. PINSART (dir.), *Hans Jonas, Nature et responsabilité*, Vrin, 1993.
- JONAS, H., *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Le Cerf, 1995.
- JONAS, H., *Pour une éthique du futur*, Paris, Payot, Rivages poche, coll. "Petite Bibliothèque", 1998.
- JULLIEN, F., *Conférence sur l'efficacité*, PUF, coll. "Libelles", 2005.
- JULLIEN, F., *Les transformations silencieuses, Chantiers, I*, Grasset, 2009.
- JULLIEN, F., *Traité de l'efficacité*, Le livre de Poche, coll. "Biblio essais", 1996.
- KUHN, T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, coll. "Champs", 1970, n°115.
- MONGIN, O., *Paul Ricoeur*, Seuil, coll. "Points Essais", 1994.
- MORIN, E., *La méthode, t.1, La nature de la nature*, éd. du Seuil, Points, Essais, 1977.
- NEUBERG, M., (dir.) *La responsabilité. Questions philosophiques*, PUF, coll. "Philosophie morale", 1997.
- PALISSON, A., *Grande enquête sur la Scientologie, une secte hors la loi*, Favre, Lausanne, 2003.
- RIKOEUR, P., *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Seuil, coll. "Points Essais", 1986.

- RICOEUR, P.**, *Le juste*, Esprit, 1995.
- RICOEUR, P.**, *Le Juste 2*, Esprit, coll. "Philosophie", 2001.
- RICOEUR, P.**, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, coll. "Carnets", 2005.
- RICOEUR, P.**, *Philosophie de la volonté, t. II, Finitude et culpabilité*, Paris, Aubier-Montaigne, 1960.
- RICOEUR, P.**, *Soi même comme un autre*, Seuil, coll. "Points Essais", 1990.
- RICOEUR, P.**, *Temps et Récit*, tome 1, Seuil, coll. "L'ordre philosophique", 1983.
- SEARLE, J.-R.**, *Les actes de langage, Essai de philosophie du langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, coll. "Savoir", 3^e éd., 1988.
- WEBER, M.**, *Economie et société*, trad. J. Freund et al., sous la direction de Jacques Chavy et Eric Dampierre, Plon, Paris, 1971.
- WEBER, M.**, trad. J. GROSCLAUDE, *Sociologie du droit*, rééd. 2007, Paris, PUF, coll. "Quadrige, grands textes", 1986.
- ZIELINSKI, A.**, *Levinas. La responsabilité est sans pourquoi*, PUF, coll. "Philosophies", 2004.

VI. Thèses

- AMSELEK, P.**, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, préf. C. EISENMANN, 1964.
- ANSELME-MARTIN, O.**, *La responsabilité civile délictuelle objective*, Montpellier, 1991.
- ARHAB, F.**, *Le dommage écologique*, thèse, Tours, 1997.
- AUBERSON, F.**, *La prévention du dommage, éléments pour une conception subjective en droit privé français*, thèse non publiée, Université de Reims, 2003.
- BAHANS, J.-M.**, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, th., 1998.
- BELLEY, J. G.**, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, th., Paris II, 1977.
- BLOCH, C.**, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèse", t.71, préf. R. BOUT et avant propos de PH. Le TOURNEAU, 2008.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L.**, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Editions A. Pédone, préf. G. ABI-SAAB, 1992.
- BORE, L.**, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, préf. G. VINEY, 1997.
- BORGHETTI, J.-S.**, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.
- BOSKOVIC, O.**, *la réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t.407, préf. P. LAGARDE, 2003.
- BOUJEKA, A.**, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t.349, préf. A. BENABENT, 2001.
- BOUTONNET, M.**, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t.444, préf. C. THIBIERGE, 2005.
- BRAMAT, E.**, *L'obligation de sécurité*, thèse, Montpellier I, 2000.
- BRENNER, C.**, *L'acte conservatoire*, pré. P. Catala, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 323, 1999.
- BRUN, PH.**, *Les présomptions en droit de la responsabilité*, th. Grenoble II, 1993.
- CABALLERO, F.**, *Essai sur la notion de nuisance*, préf. J. Rivero, LGDJ, 1981.
- CADIET, L.**, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983.
- CARVAL, S.**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t.250, préf. G. VINEY, 1995.
- CASTETS-RENARD, C.**, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- CAYLA, O.**, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de*

- la communication*, th. dact., Paris II, 1992.
- CHAGNY, M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèque de thèses, préf. J. GHESTIN, 2004.
- CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité civile - Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ, 1954.
- CHARTIER, H., *Responsabilisation en droit des assurances de responsabilité civile*, th., Orléans, 2003.
- CHENOT, F., *La protection contre les troubles de voisinage en droit privé*, th. Poitiers, 1999.
- COUTANT-LAPALUS, C., *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, préf. F. POLLIAUD-DULIAN, 2002.
- DARBELLAY, J., *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, Fribourg, Editions Universitaires, 1955.
- DELIYANNIS, J., *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, Paris, LGDJ, 1952.
- DEPADT-SEBAG, V., *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 344, préf. J. HUET, 2000.
- DESNOYER, CH., *L'Evolution de la sanction en droit de la famille*, th., Université de Lille II, 2000.
- DEUMIER, P., *Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002.
- DIDIER, PH., *De la représentation en droit privé*, LGDJ, préf. Y. LEQUETTE, 2000.
- DINGOME, G., *Le fait justificatif en droit privé*, th., Paris I, 1986.
- DUCLOS, J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, préf. D. MARTIN, 1984.
- DUPICHOT, J., *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, préf. J. FLOUR, 1969.
- DUVERT, C., *Sectes et droit*, PUAM, Aix-Marseille, préf. F. TERRE, 2004.
- EL-KHOLY, A., *La réparation en nature*, th. Paris, Impr. univ. du Caire, 1957.
- ETIER, G., *Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun.*, Bruylant, Bruxelles, préf. B. SCHMIDLIN, 2006.
- FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 221, préf. J. GHESTIN, 1992.
- FAUCONNET, P., *La responsabilité, étude de sociologie*, Librairie F. Alcan, Paris, 1920.
- FAURE-ABBAD, M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat.*, LGDJ, Poitiers, préf. PH. REMI, 2003.
- FERSTEINBERT, J., *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, th., Université de Paris II, 1976.
- FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, Paris, préf. C. THIBIERGE, 1995.
- GABORIAU, B., *L'action collective en droit processuel français*, th. Paris II, 1996.
- GAUDEMET, S., *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. "Recherches juridiques", préf. Y. LEQUETTE, 2006.
- GEA, F., *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle, droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Fond. Varennes, LGDJ, 2009.
- GELOT, B., *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques. Aspects théoriques et pratiques.*, préf. Y. FLOUR, LGDJ, t.403., 2003.
- GENIAUT, B., *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe.*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", n° 86, préf. A. JEAMMAUD, 2009.
- GIROT, P., *La réparation du dommage écologique*, préf. R. DRAGO, LGDJ, 1974.
- GOBERT, M., *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Paris, préf. J. FLEUR, 1957.
- GOLDMAN, B., *La détermination du gardien du fait des choses inanimées*, Ed. Sirey, préf. P. ROUBIER, 1947.
- GRARE, C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll.

- "Nouvelle bibliothèque de thèses", préf. Y. LEQUETTE, 2005.
- GRAYOT, S., *Essai sur le rôle des juges civil et administratif dans la prévention des dommages*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 504, préf. G. VINEY, 2009.
- GREAU, F., *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t. 21, préf. F. CHABAS, 2006.
- GREVECHE, M.-P., *La notion de seuil en droit de l'environnement*, th., Paris I, 2002.
- GREVY, M., *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit social", t. 36, 2002.
- GRZEGORCZYK, CH., *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de philosophie du droit", vol. 25, 1982.
- GUEGAN-LECUYER, A., *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, t. 472, 2006.
- GUIDONI, M., *Le préjudice esthétique*, th. Paris I, 1977.
- GUILLEMAIN, C., *Le trouble en droit privé*, PUAM, préf. P. CONTE, 2000.
- HALLOIN, J.-C., *L'anticipation*, th. Poitiers, 1979.
- HUGUENEY, L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Paris, 1904.
- HUSSON, L., *Les transformations de la responsabilité, études sur la pensée juridique*, PUF, Paris, 1947.
- JACOMET, P., *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, th. Paris, 1905.
- JACQ, C., *Vers un droit commun de la sanction, l'incidence de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, thèse non publiée, Université de Paris Sud, 1989.
- JAULT, A., *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 442, préf. F. CHABAS, 2005.
- JESTAZ, PH., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, Paris, 1968.
- JOLY, A., *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect*, th. dact., Université de Caen, 1939.
- JOURDAIN, P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, th. Paris II, 1982.
- LAPEROU, B., *Responsabilité civile et imputabilité*, th. Nancy II, 1999.
- LASSEZ, M.-L., *L'évolution des idées en droit de la responsabilité civile*, Paris, 1962.
- LECUYER, G., *Liberté d'expression et responsabilité*, préf. L. CADIET, Dalloz, coll. "Nouvelles bibliothèque de thèses", 2006.
- LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.
- LEGAL, A., *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile*, th. Paris, 1922.
- LE GALLOU, C., *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, t. 486, préf. A. SERIAUX, 2007.
- LEHOT, M., *Le renouvellement des sources internes et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Université de Maine, 2001.
- LEVENEUR, L., *Situations de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1990.
- LEVY, M., *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, préf. P. RAYNAUD, 1989.
- LICHABER, R., *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 225, préf. P. MAYER, 1992.
- LUCAS, O., *Pour un droit processuel de la consommation*, th. Rennes I, 2000.
- MAITRE, G., *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. droit et économie, préf. H. MUIR WATT, 2005.
- MARGUENAUD, J.-P., *L'animal en droit privé*, préf. C. Lombois, Publications de la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 1992.
- MARION-NAU, S., *La prévention du dommage en droit civil français*, Toulouse, 2005.
- MARTIN, G.-J., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit de l'environnement*,

- 1978.
- MASSE, G.**, *L'injonction et le droit privé québécois, une mésalliance*, Université de Montréal, mémoire de maîtrise, 1978.
- MAZEAUD, D.**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", préf. F. CHABAS, 1992.
- MEKKI, M.**, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.
- MILLET, F.**, *La notion de risque et sa fonction en droit privé*, Université Paris X, 1998.
- MOIX, P.-H.**, *La prévention ou la réduction d'un préjudice ; les mesures prises par un tiers, l'Etat ou la victime, aspects de la gestion d'affaires, de la responsabilité civile et du droit de l'environnement*, éd. Universitaires Frisbourg Suisse, travaux de la faculté de droit de l'Université de Frisbourg Suisse, édités par Peter Gauch, 1995.
- MONDOLONI, M.-A.**, *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, PUAM, 2004.
- MORDEFROY, L.**, *Le dommage génétique*, préf. N.-J. MAZEN, et J.-C. GALLOUX, éd. Les études hospitalières, 1999.
- MORVAN, P.**, *Le principe de droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, coll. "Droit privé", préf. J.-L. SOURIOUX, 1999.
- MUZNY, P.**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, th., Montpellier, 2004.
- NABET, P.**, *La peine privée en droit des assurances*, PUAM, 1986.
- NEGREL, P.**, *Contribution à la réflexion sur la notion juridique de sanction*, Université d'Aix-Marseille, 2004.
- NEYRET, L.**, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 468, préf. C. THIBIERGE, 2006.
- NORMAND, J.**, *Le juge et le litige*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 65, préf. R. PERROT, 1965.
- OUERDANE AUBERT DE VINCELLES, C.**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, coll. "Nouvelle bibliothèque de thèses", 2002.
- PELLETIER, D.**, *La nature juridique : référence, fondement...?*, mémoire de DEA, PUAM, 2003.
- PIAZZON, T.**, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. "Doctorat et Notariat", t. 35, 2009.
- PICARD, E.**, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, préf. R. Drago, 1984.
- PICHARD, M.**, *Le droit à. Etude de législation française*, Economica, coll. "Recherches juridiques", 2006.
- PIERRE, P.**, *Vers un droit des accidents, Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, th. Rennes, 1992.
- PRADEL, X.**, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", préf. P. JOURDAIN, avant propos de J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS, 2004.
- PUECH, M.**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973.
- QUEZEL-AMBRUNAZ, CH.**, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, th., Université de Savoie, 2008.
- RABUT, A.**, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, Paris, 1949.
- RANOUIL, V.**, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Trav. Univ. Paris II, 1980.
- RASCHEL, L.**, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, th. Paris I, 2008.
- REIGNE, PH.-A.**, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Paris II, 1993.
- REISS, L.**, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM, préf. PH. DELEBECQUE, 2003.

- RIALS, S.**, *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité.*, LGDJ, 1980.
- RICHARD, V.**, *Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion*, th. Paris II, 2003.
- RIPERT, L.**, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris, Dalloz, 1933.
- ROBERT, J.-H.**, *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, th., Paris II, 1972.
- ROBINEAU, M.**, *Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances*, Defrénois, coll. "Doctorat et notariat", t.19, préf. M.-L. DEMESTER, 2006.
- ROCHEFELD, J.**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 311, préf. J. GHESTIN, 1999.
- ROUHETTE, G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBEE, M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, préf. P. HEBRAUD, 1974.
- ROUXEL, S.**, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit français*, th. Grenoble II, 1994.
- ROYER D'ELLOY, C.**, *La réparation en nature en matière de responsabilité civile*, th. Grenoble, 1994.
- SABARD, O.**, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, vol. n° 20, 2008.
- SADELEER, N. DE**, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, préf. de F. OST, Bruylant., 1999.
- SAVATIER, R.**, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916.
- SAVAUX, E.**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, Paris, préf. J.-L. AUBERT, 1997.
- SAVELLI, B.**, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé*, PUAM, préf. J. MESTRE, 1995.
- SAVIGNAC-CIBOT, V.**, *La contrainte morale en droit privé français*, th. dact., Université Paris XII, 1996.
- SCHAMPS, G.**, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, préf. R. O. DALCQ, LGDJ, Bruylant, 1988.
- SEBILEAU, E.**, *Génération futures et droit privé*, th., Orléans, 2008.
- SICILIANOS, L.-A.**, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit international", t. 102, préf. D. SIMON, 1990.
- STARCK, B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, 1947.
- TAPINOS, D.**, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile.*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", préf. N. MOLFESSIS, 2008.
- TAYLOR, S.**, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1999.
- TERRE, F.**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. de R. LE BALLE, LGDJ, 1957.
- THIBIERGE, C.**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, t. 218, préf. J. GHESTIN, 1992.
- TOURNIER, J.**, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, th., Montpellier, 1896.
- TREUIL, E.**, *La preuve en droit de l'environnement*, th. Paris I, 2002.
- TRIBES, A.**, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, th. Paris II, 1975.
- VAN DROOGHENBROECK, S.**, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, PFUSL/Bruylant, 2001.
- VARNEROT, V.**, *Les sources privées du droit fiscal*, th. dact., Université de Nice, 2001.
- VINEY, G.**, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1965.

- VOIDEY, N., *Le risque en droit civil*, PUAM, préf. G. WIEDERKEHR, 2005.
- WILLIATTE-PELLETERI, L., *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, LGDJ, coll. "Bibliothèque de droit privé", t. 457, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 2009.
- XYNOPOULOS, G., *La proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne, et Angleterre*, LGDJ, 1995.

VII. Articles et chroniques juridiques

- ABEL, O., "La responsabilité incertaine", in *Esprit*, vol. 206, novembre 1994, pp. 20-27.
- AGOSTINI, E., "Corporel et incorporel. Etre, voir et avoir", *D., chron.*, 2004, 821.
- AL-SANHOURY, A., "Le standard juridique", in *Etudes Gény. Les sources du droit*, Sirey, II, 1937, p.144.
- ALT-MAES, F., "Le concept de victime en droit civil et en droit pénal", *Rev. sc. crim.*, 1994, 35.
- AMRANI-MEKKI, S., "Action de groupe et procédure civile", in *Les actions de groupe, Implications processuelles et substantielles*, RLDC, vol. 32, 2006, 57.
- AMSELEK, P., "Kelsen et les contradictions du positivisme juridique", *APD, La philosophie pénale*, 28, 1983, 271.
- AMSELEK, P., "L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann", in *La pensée de Charles Eisenmann, Economica*, 1986, pp. 31-65.
- AMSELEK, P., "Le droit dans les esprits", in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, LGDJ, 1989, pp.27-49.
- AMSELEK, P., "Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques", *Revue de métaphysique et de morale*, 3, 1990, 385.
- AMSELEK, P., "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales", *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 98, 1998, pp. 275 et s.
- AMSELEK, P., "Lois juridiques et lois scientifiques", *Droits*, 6, 1987, 131.
- AMSELEK, P., "Philosophie du droit et théorie des actes de langage", in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986, pp. 109-163.
- ARENS, R. et H-D. LANSWELL, "Towards a general theory of sanction", *Iowa Law Review*, 49, 1964,
- ARNAUD, A.-J., "Du jeu fini au jeu ouvert, vers un droit post-moderne", in *Le jeu : un paradigme pour le droit*, LGDJ, coll. "Droit et société", Paris, 1992, pp. 111 et s.
- ARNAUD, A.-J., "La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification", LGDJ, coll. "Droit et société", 2, 1986, 139-141.
- ARNAUD, A.-J., "Vincenzo Ferrari, Funzioni del diritto", LGDJ, coll. "Droit et société", 7, 1987, 465.
- ATIAS, CH., "Fonder le droit ? (Simples propos extra petita et obiter dictum sur les contradictions du positivisme juridique)", in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p.25.
- ATIAS, C., "Quelques observations sur une chrono-cosmologie juridique ?", *RRJ*, 2002, 585.
- ATTARD, J., "Le fondement solidariste du concept environnement - patrimoine commun", *RJE*, 2003, 161.
- AUBERT, J.-L., "La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile", *D., chron.*, 2005, 1115.
- AUBERT, W., "On sanctions", *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, 5.

- AUBY, J.-B.**, "Prescription juridique et production juridique", *RDP*, 1988, 673.
- AZZI, T.**, "Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *RTD civ.*, 2007, 227.
- BARBIERI, J.-F.**, "Régime de la réparation (Modalités de la réparation - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle - Evaluation du préjudice : dommages aux biens)", *J.-Cl. Responsabilité civile*, fasc. 203, 1991,
- ARRIERE, L.-A.**, "Propos introductifs", in *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", 2007, 7.
- BATIFFOL, H.**, "La loi et la liberté", *APD*, t.25, 1980, 79.
- BATIFFOL, H.**, "Sur la positivité du droit", in *Mélange Dabin*, vol. 1, théorie générale du droit, 1963, 3.
- BEHAR-TOUCHAIS, M.**, "L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs", in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, Colloque du 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, 20 novembre 2002, 36.
- BEHAR-TOUCHAIS, M.**, "Rapport introductif", in *Existe-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *LPA*, vol. 117, 30 sept. 1998, 3.
- BEIGNIER, B.**, "Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, Les principes généraux du droit et la procédure civile", in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 153.
- BELLEY, J.-G.**, "La pensée juridique positiviste et ses tourments", in B. MELKEVIK (dir.), *Transformations de la culture juridique québécoise*, PUL, 1998, 237.
- BELLEY, J.-G.**, "Les facultés de droit et l'accès à la justice au Québec", in *Québec, La responsabilité partagée à l'égard de la justice : état de la situation*, Ste Foy, Ministère de la Justice, octobre 1991, 6.
- BELLEY, J.-G.**, "Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit", *Recherches sociographiques*, 24, 1983, 263.
- BELLEY, J.-G.**, "L'Etat ou la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, n° 18, 1986, 11.
- BENABENT, A.**, "Sanctions et réparation", in *Justice et cassation, dossier "Les sanctions"*, Dalloz, 2005, 91-92.
- BENNOUMA, M.**, "Les sanctions économiques des Nations Unies", *Recueil de cours, Académie de droit international*, 300, 2002, 12.
- BENOIT, F.-P.**, "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé", *JCP, G.*, 1957, I, 1351.
- BERG, O.**, "La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux", *JCP, G.*, 1996, I, 3945.
- BERGEL, J.-L.**, "Différence de nature (égale) différence de régime", *RTD civ.*, 1984, 255.
- BERTIER-LESTRADE, B. DE**, "Des fautes sans responsabilité", *Petites affiches*, 25 janvier 2005, 5.
- BERTRAND, ED.**, "Le rôle de la dialectique en droit privé positif", *Dalloz, chron.* 35, 1951, 151.
- BOBBIO, N.**, "Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires", in *La règle de droit, études publiée par Chaïm Perelman*, Bruylant, Bruxelles, 1971, 104.
- BOISOT, M.**, "Approche systémique de l'ambiguïté de la sanction", in *Sanction et culpabilité, essai de philosophie pénale et de criminologie*, L'atelier de l'Archer, 2000, 53.
- BONFILS, PH.**, "Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II", *JCP, G.*, 2004, I, 1047.
- BORE, L.**, "Pour l'introduction d'une action de groupe dans le nouveau Code de procédure

- civile", in J. FOYER et C. PUIGELIER, *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Economica, 2006, 131.
- BORGHETTI, J.-S.**, "Les intérêts protégés en droit de la responsabilité civile", in *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. "Mélanges", 2008, 148.
- BOURDIEU, P.**, "La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, de quel droit ?, 1986, 3.
- BOURETZ, P.**, "Le droit et la règle : Herbert L. A. Hart", in *La force du droit, Panorama des débats contemporains, sous la direction de P. Bouretz*, éd. Esprit, 1991, 41.
- BOURGOIS, J.-P.**, "Un double centenaire", in F. LEDUC et alii., *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1997, pp. 9-24.
- BOURRIE QUENILLET, M.**, "Le préjudice sexuel, preuve, nature juridique et indemnisation", *JCP, G.*, 1996, I, 3986.
- BOURRIE QUENILLET, M.**, "Pour une réforme conférant un statut à la réparation du préjudice corporel", *JCP, G.*, 1996, I, 3919.
- BOUTARD LABARDE, M.-Ch.**, "Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence", in *Existe-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *LPA*, vol. 117, 30 sept. 1998, 44.
- BOUTELET, M.**, "La place de l'action pour un trouble du voisinage dans l'évolution du droit de la responsabilité civile en matière d'environnement", *Cah. dr. ent.*, 1999, 6.
- BOUTONNET, M.**, "2007-2008, l'année de la responsabilité civile environnementale", *RLDC*, n° 48, avril 2008, 21.
- BOUTONNET, M.**, "La théorie des troubles anormaux de voisinages et le principe de précaution : une conciliation difficile", *D.*, 2008, 2916.
- BOUTONNET, M.**, "Le risque, condition "de droit" de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ?", *D.*, 2009, 819.
- BOUTONNET, M.**, "Quand le juge judiciaire hésite à appliquer le principe de précaution...", *D.*, 2004, 2678.
- BOUTONNET, M. et L. NEYRET**, "Commentaire des propositions du rapport Lepage relatives à la responsabilité civile", *Environnement*, avril 2008, 28.
- BOYER, A.**, "Les mises en demeure de l'article 42 de la loi sur la liberté de communication : mesure préalable obligatoire au prononcé d'une sanction par le CSA, note sous CE ass., 11 mars 1994", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1995, 504.
- BRANS, E.H.P et M. ULHOORM**, "Responsabilité pour les dommages causés à l'environnement et évaluation de ces dommages", *Annexe 3 in Livre blanc sur la responsabilité environnementale présenté par la Commission européenne du 9 février 2000, COM (2000) 66 final*, 53.
- BRAUD, X.**, "Les impacts négatifs du référé-suspension sur la protection de l'environnement", *RJE*, 2003, 193.
- BRUN, Ph.**, "La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute", in *La responsabilité pour faute, colloque organisé par le CDRUM et le CRDP le 17 janvier 2003*, *RCA*, juin 2003, p.37.
- BRUN, Ph.**, "La responsabilité du fait des produits défectueux : l'exemple de la vaccination de l'hépatite B", *mars 2009*, supplément au n° 58, mars 2009, 29.
- BRUN, Ph.**, "Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états", in G. PIGNARRE, *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, *D.*, coll. "Thèmes et commentaires, Actes", 2005, 146.
- BRUN, Ph.**, "Rapport introductif", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, *RCA*, hors-série, juin 2001, 4.
- BRUN, Ph.**, "Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile", in *Liber amicorum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 187.

- BRUN, PH.**, "Sources sulfureuses. Remarques cursives sur l'office de la doctrine", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2008, 67.
- BRUN, PH. et CH. QUEZEL-AMBRUNAZ**, "Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : ombres et lumières sur une jurisprudence instable", *RLDC*, n° 52, sept. 2008, 15.
- BRUSCHI, M.**, "Les caractères du préjudice", in *Lamy Droit de la responsabilité*, D. MAZEAUD (dir.), n° 218.
- BURGELIN, J.-F.**, "Le point sur l'application de la loi du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles", in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, 52.
- CABALLERO, F.**, "Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe", *RTD civ.*, 1985, 247.
- CABRILLAC, S.**, "Pour l'introduction de la class action en droit français", *LPA*, 18 août 2006, 4.
- CADIET, L.**, "Connexité", *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2006, n° 10.
- CADIET, L.**, "Le spectre de la société contentieuse", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, 29.
- CADIET, L.**, "Les métamorphoses du préjudice", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journées R. Savatier*, PUF, 1998, 37.
- CADIET, L.**, "Ouverture : les implications en droit processuel", in *Les actions de groupe, implications processuelles et substantielles*, *RLDC*, vol. 32, 2006, 52.
- CADIET, L.**, "Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, 495.
- CALABRESI, G.**, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale L. J.*, 70, 1961, 499.
- CALAIS-AULOY, J.**, "L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ?", in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires*, 2003, 171.
- CALAIS-AULOY, J.**, "Le risque de développement : une exonération contestable", in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, 81.
- CALAIS-AULOY, J.**, "Les délits à grande échelle en droit civil français", *RID comp.*, 1994, 379.
- CALAIS-AULOY, M.-T.**, "De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif)", *D.*, dernière actualité, n° 13, 1999, 1.
- CALAIS-AULOY, M.-T.**, "La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute", *D. actualité* n°14, 1998, 1.
- CANIVET, G.**, "Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *Risques*, 2004, n°57, 68.
- CANIVET, G.**, "Vers une dynamique interprétative", *RJE*, n° spécial, *La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, 2005, 9.
- CANSELIER, G.**, "Le risque de développement", in *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, T. Kirat (dir.), LGDJ, 2003, 195.
- CAPITANT, H.**, "La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930", *DH, chron.* 29, 1930,
- CAPPELLETTI, M.**, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)", *RLDC*, 1975, 571.
- CARBONNIER, J.**, "Sur les traces du non-sujet de droit", in *Le sujet de droit*, *APD*, t. 34, 1989, 197.
- CARVAL, S.**, "Un intéressant hybride : la "responsabilité environnementale" de la loi n° 2008-757 du 1er Aout 2008", *D.*, 2009, 1652.
- CASSIN, I.**, "Les organismes génétiquement modifiés et le nouveau régime de responsabilité du fait des produits défectueux", *Gaz. Pal.*, 1, *doctr.*, 1999, 134.
- CAYLA, O.**, "Les juristes à l'épreuve du tournant pragmatique", in D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Montchrestien, 2007, 37.

- CAYLA, O., "Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, La constitution, le traité et la loi : contributions au débat sur la hiérarchie des normes*, n°7, Dalloz, 1999, 77.
- CERE, J-P., M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, "Droit de l'exécution des peines : panorama 2004", *D.*, 15, 2005, 995.
- CHABAS, F., "La notion de préjudice de contamination", in *Le préjudice, colloque du CREDO 1997, RCA*, mai 1998, n° 5 bis, 20.
- CHABOT, G., "Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile", *Recueil Dalloz*, 2000, 256.
- CHARVET, D., "Réflexion autour du plaider-coupable", *D.*, 15, 2004, 2517.
- CHAZAL, J-P., "De la théorie générale à la théorie critique du contrat", *RDC*, oct. 2003, 27.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., "Sur quelques rapports du temps juridique aux autres formes de temps", in *L'accélération du temps juridique*, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, 281.
- CHEVALLIER, J., "La régulation juridique en question", *Droit et société*, 49, 2001, 827.
- CHEVALLIER, J., "L'ordre juridique", in *Le droit en procès, ouvrage collectif du CIRAPP*, PUF, Paris, 1983, 7-49.
- CHEVALLIER, J., "Vers un droit post-moderne ?", in *Les transformations de la régulation juridique*, J. Clam et G. J. Martin (dir.), LGDJ, *Droit et société*, 1998, 21.
- COING, H., "Signification de la notion de droit subjectif", in *Le droit subjectif en question*, APD, t.9, 1964, 11.
- COLLART DUTILLEUL, F., "Le consommateur face au risque alimentaire", in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, 311.
- COLLART DUTILLEUL, F., "Regards sur les actions en responsabilité à la lumière de l'affaire de la vache folle", *RD rur.*, 1997, 226.
- COLLET-ASKRI, L., "Responsabiliser par la sanction, commentaire du titre III de la loi du 9 septembre 2002 portant réforme du droit pénal des mineurs", *Revue de droit sanitaire et social*, 1, 2003, 140.
- COMBACAU, J., "Interpréter des textes, réaliser des normes : la notion d'interprétation dans la musiques et dans le droit", in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, 261.
- CONTE, PH., "Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment", *JCP, G.*, 30 mars 2005, I, 605.
- COOTER, R. et A. PORAT, "Should Courts Deduct Nonlegal Sanctions from Damages ?", in *Social Norms, Nonlegal Sanctions, and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2007, 401.
- CORNU, G., "La lettre du code à l'épreuve du temps", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, 157.
- COTE, P.-A., "Le mot "chien" n'aboie pas : réflexions sur la matérialité de la loi ", in *mélanges en hommage à Paul Amselek*, Bruylant, 2005, 279.
- CREMIEUX, M., "Réflexions sur la peine privée moderne", in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Dalloz, t.1, 1979, 261.
- CREPEAU, P.-A., "La fonction du droit des obligations", *Revue de droit de McGill*, 43, 1998, 729.
- CUBERTAFOND, B., "Du droit enrichi par ses sources", *Revue de droit public et de la science politique*, 1992, 353.
- DEGOFFE, M., "Actualité des sanctions non pénales", *LPA*, 3 et n°4, 2002,
- DEGUERGUE, M., "Le sens de la responsabilité environnementale", in *Terres du droit, mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Dalloz, 2009, 573-587.
- DEGUERGUE, M., "Les préjudices liés à la naissance", in *Le préjudice, colloque du CREDO 1997, RCA*, mai 1998, n° 5 bis, 14.

- DEGUERGUE, M.**, "Précaution et sécurité sanitaire à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue de droit sanitaire et social*, 1, Janv/Mars 2004, 80.
- DELEBECQUE, P.**, "Responsabilité et indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures", *JCP, G.*, 2000, I, 125.
- DELMAS-MARTY, M.**, "Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné", in *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, 355.
- DE MALAFOSSE, J.**, "Responsabilité et propriété", in *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997, 29.
- DEMEESTER, M.-L.**, "Assurance et environnement", *Gaz. Pal.*, 28-29 novembre 1997, 6.
- DEMOGUE, R.**, "La notion de sujet de droit - Caractères et conséquences", *RTD civ.*, 1909, 611.
- DERRIDA, J.**, "Préjugés : Devant la loi", in *La faculté de juger, Les éditions de Minuit, coll. Critique*, 1985, 84-139.
- DESIDERI, J.-P.**, "Le principe de précaution en droit privé", *D. chron.*, 2000, 238.
- DESPOTOPOULOS, C.**, "La notion de synallagma chez Aristote", *APD*, t. XIII, 1968, 115.
- DION, N.**, "Les forces de la médiation, variations libres", in *La force normative, naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et alii., LGDJ/Bruylant, 2009, p. 707.
- DION, N.**, "L'aventure de la médiation", *Les Petites Affiches*, 2003, 4.
- DION, N.**, "Le juge et le désir du juste", *D.*, 1999, 195.
- DOUSSAN, I.**, "Le droit de la responsabilité civile français à l'épreuve de la responsabilité environnementale instaurée par la directive du 21 avril 2004", *LPA*, 25 août 2005, 3.
- DREYER, E.**, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", *JCP. G.*, 2008, 201, 22-26.
- DREYER, E.**, "La perversion du référé en matière de presse", *JCP, G.*, 2007, I, 171, 13.
- DUFRENE, S.**, "Le droit d'action des associations en matière d'atteinte à l'environnement", in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruylant, 1995, 283.
- DU PONTAVICE, E.**, "Rapport général de droit civil sur les troubles anormaux du voisinage", in *Travaux de l'association H. Capitant*, 1976, 21.
- DURRY, G.**, "L'irremplaçable responsabilité du fait des choses", in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, 707.
- DURRY, G.**, "Rapport de synthèse", in *Le préjudice, colloque du CREDO 1997, RCA, n° 5 bis*, mai 1998, 32.
- DWORKIN, R.**, "La théorie du droit comme interprétation", *Droit et société*, vol. 1, 1985, 81.
- DWORKIN, R.**, "Le positivisme", *Droit et société*, 1, 1985, 31.
- EISENMANN, C.**, "Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin", *RDP*, 1954, 153.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R.**, "Qu'est-ce que la technique juridique ? - Observations sur l'apport des juristes au lien social", *D. chron.*, 2004, 711.
- ENDREO, G. et E. MAILLAUD**, "Droit à réparation. Le dommage. Caractères du dommage réparable", *J. -Cl. Civil, App. art. 1382 à 1386, Fasc. 101*,
- ENGEL, L.**, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité - Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit*, juin 1993, 5.
- ESMEIN, A.**, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.*, 1902, 11.
- ESMEIN, P.**, "Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité", *D.*, 1964, Chron. 205.
- EWALD, F.**, "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", *Droits*, 3, 1986, 137.
- EWALD, F.**, "Qu'est-ce qu'une situation de précaution ?", *Risques*, n° 46, juin 2001, 109.
- FABRE-MAGNAN, M.**, "L'affaire Perruche : pour une troisième voie", *Droits*, n° 35, 2002, 119.
- FELDMAN, J.-PH.**, "Le trouble voisinage du principe de précaution", *D.*, 2009, 1369.

- FENOUILLET, D., "Premières remarques sur le projet de loi " en faveur des consommateurs" ou comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action de groupe", *D.*, 2006, 2987.
- FERNANDEZ, J. ALCAIDE, "Contre-mesures et règlement des différends", *RGDIP*, 2, t. 108, 2004, 347.
- FERRARI, V., "Fonctions du droit", in A.-J. ARNAUD (DIR.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, 161.
- FISCHER, J., "Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile", in *Libre Droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, 383.
- FLOUR, Y., "Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?", *Droits*, 1987, 29.
- FORTIER, V., "La fonction normative des notions floues", *RRJ*, 3, 1991, 755.
- FOUCART, J., "La souffrance : une rupture des conditions de la confiance. Une approche sociologique du récit de David", in J.-P. POURTOIS et N. MOSCONI, *Plaisir, souffrance et indifférence en éducation*, Paris, PUF, coll. "Education et formation", 2002,
- FOUCART, J., "Relation d'aide, fluidité sociale et enjeux symbolico-identitaires. Du paradigme réparateur au paradigme de l'accompagnement", *Pensée plurielle*, n° 10, 2005, 97.
- FRISON-ROCHE, M.-A., "Le pouvoir processuel des associations et la perspective de la class action", *Petites Affiches*, 24 avril 1996, 29.
- GAILLOT-MERCIER, V., "La mise en œuvre de l'action en responsabilité et la réparation du dommage en matière d'environnement", *Lamy Droit de la responsabilité*, D. Mazeaud (dir.), n° 375.
- GAILLOT-MERCIER, V., "Le lien de causalité, condition de la responsabilité", *Lamy, Droit de la responsabilité*, D. Mazeaud (dir.), n° 270.
- GAILLOT-MERCIER, V., "Les fondements et conditions de la responsabilité en matière d'environnement", *Lamy droit de la responsabilité*, D. Mazeaud (dir.) n° 370-4.
- GALLMEISTER, I., "obs. sous Civ. 1ère, 22 mai 2008", *D.*, 2008, 1544.
- GARDASCIA, G., "Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain", in *La responsabilité à travers les Ages, Economica*, 1989, 1.
- GARNIER, J., "De l'arrêt Teffaine aux arrêts Jand'heur", in F. LEDUC et alii., *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, Economica*, 1997, 25.
- GAUDIN, L., "L'introduction d'une action de groupe en droit français : présentation du projet de loi en faveur des consommateurs", *LPA*, 17 janv. 2007, 3.
- GAUTIER, P.-Y., *RTD civ.*, 1993, 387.
- GAZZANIGA, J.-L., "Les métamorphoses historiques de la responsabilité", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1997, 8.
- GHESTIN, J., "Les données positives du droit", *RTD civ.*, 2002, 11.
- GHESTIN, J., "L'utile et le juste dans les contrats", *D. chron.*, 1982, 1.
- GIACOPELLI, M., "Réforme du droit de l'application des peines, dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 relatives à l'exécution des peines privatives de liberté", *Dalloz*, 36, 2004, 2589.
- GODE, P., "Le droit de l'avenir (un droit en devenir)", in *L'avenir du droit, mélange en hommage à F. Terré*, PUF, Paris, 1999, 61.
- GOFFI, J.-Y., "Le destinataire de l'obligation : le cas des générations futures", in *L'obligation, APD*, t.44, 2000, 233.
- GOLDMAN, B., "Garde du comportement et garde de la structure", in *Théorie générale du droit et droit transitoire, Mélanges Paul Roubier, t.2, Dalloz-Sirey*, 1961, 51.
- GORCHS, B., "Référés spéciaux et droit commun", *RRJ, numéro spécial, Cahier de méthodologie juridique*, 18, les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative, 2003, 2933.
- GOROVITSEFF, A., "La lutte autour de la notion de sujet de droit", *RTD civ.*, 1926, 882.

- GOROVTSEFF, A., "Nouvelles recherches sur le problème du sujet de droit", *RTD civ.*, 1927, 5.
- GOYARD-FABRE, S., "L'illusion positiviste", in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, 358.
- GRANET, F., "Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques", in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 41.
- GRAU, E. R., "Notes sur les concepts juridiques", *APD*, 2, 1994, 769.
- GRIDEL, J.-P., "Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt Blicq", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Dray*, Dalloz, 2000, 609.
- GRIDEL, J.-P., "La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé", *D.*, 2002, 228.
- GRIFFITH, J., "What is legal pluralism", *Journal of legal pluralism*, 24, 1986, 1.
- GRIMALDI, C., "L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge", *Chron. D.*, 2007, 1448.
- GROUTEL, H., "Quelle prise en charge ?", in *La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, *RCA*, vol. 6, juin 2001, 66.
- GRYNBAUM, L., "Vaccins contre l'hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation gagne du temps", *JCP, G.*, 2008, II, 10131.
- GRZEGORCZYK, C., "Evaluation critiques du paradigme systémique dans la science du droit", *APD*, t.31, 1986, 281.
- GRZEGORCZYK, C., "Le rôle du performatif dans le langage du droit", *APD*, t. XIX, *Le langage du droit*, 1974, 229.
- GRZEGORCZYK, C., "Le sujet de droit : trois hypostases", in *Le sujet de droit*, *APD*, t.34, 1989, 9.
- GRZEGORCZYK, C., "Ordre juridique comme réalité", *Droit et société*, 35, 2002, 103.
- GRZEGORCZYK, C., "Trois modèles de l'homme juridique", in *L'image de l'homme en droit, Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, ed. universitaires Fribourg, Suisse, 1990, 205.
- GRZEGORCZYK, C. et TH. STUDNICKI, "Les rapports entre la norme et la disposition légale", in *Archives de philosophie du droit*, t.19, 1974, 243.
- GUASTINI, R., "Interprétation et description des normes", in *Interprétation et droit, ss la dir. de P. Amselek*, Bruylant/PUAM, 1995, 89.
- GUEDON, J.-P.H., "Lutte contre le tabagisme, la répression au service de la prévention, Loi n°2003-715 du 31 juillet 2003", *JCP, G.*, 2003, I, 104, 121.
- GUEGAN, A., "L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile", *RJE*, 2, 2000, 147.
- GUINCHARD, S., "Entre identité nationale et universalisme du droit : l'idée et le processus d'introduction d'un recours collectif en droit français", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, 295.
- GUINCHARD, S., "L'action de groupe en procédure civile française", *RID comp.*, 1990, 599.
- GUINCHARD, S., "L'ambition raisonnée d'une justice apaisée", *D.*, 2008, 1748.
- GUINCHARD, S., "L'évitement du juge civil", in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, Paris, 1998, 221.
- GUINCHARD, S., "Une class action à la française ?", *D.*, 2005, 2180.
- GUYOMAR, M. et P. COLLIN, "Chronique générale de jurisprudence administrative française, autorités administratives indépendantes", *AJDA*, 20 Juillet/20 Aout 2001, 634.
- HAGER, G., "La responsabilité civile du fait des déchets en droit allemand", *RID comp.*, 1992, 14.
- HALL, J., "Vers une philosophie intégrative du droit", in *Mélange Jean Dabin*, t.1, 1963, 101.
- HALPERIN, J.-L., "Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit", *RHD*, 1997, 415.

- HALPERIN, J.-L.**, "La naissance de l'obligation de sécurité", in *L'obligation de sécurité*, *Gaz. Pal.*, n° spécial, 1997, 2e semestre, 1176.
- HOCQUET-BERG, S.**, "L'activité délictueuse de la victime", *RCA*, 2002, n°11.
- HOCQUET-BERG, S.**, "Simplification du droit de la responsabilité du fait des produits défectueux ... par acrobaties juridiques", *RCA*, 2005, alerte 3.
- HOUIN, R.**, "Rapport général sur les situations de fait", *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XI, 1957, 322.
- HUET, J.**, "Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement", *Petites affiches*, 7 janvier 1994, 10.
- HUGLO, C.**, "La pratique du (ou des) juge(s) français en matière de dommage écologique", in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, *Economica*, 1992, 197.
- HUGLO, C.**, "La qualité pour agir de la victime d'un dommage de pollution", *JCP, E*, supplément n°1, 15 avril 1999, 16.
- HUGLO, C.**, "Projet de directive sur la responsabilité environnementale", *Environnement, chron.*, 2003, 1.
- HUGLO, C.**, "Un défi moderne. Le juge judiciaire face aux nouveaux conflits dans le domaine de l'environnement", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Dray*, Dalloz, 2000, 615.
- IZORCHE, M.-L.**, "La cassation, sanction d'une atteinte à la logique", in *La sanction du droit, mélange Pierre Couvrat*, PUF, Poitiers, 2001, 131.
- JACOTOT, D.**, "Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute", *RJE*, n° spécial, *La charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur*, 2005, 91.
- JACOTOT, D.**, "Réflexion critique sur la charge de la preuve dans le contentieux de la responsabilité : le cas de l'hépatite C post-transfusionnelle", *RRJ*, 2000, 513.
- JADOT, B.**, "La reconnaissance des intérêt écologiques en droit interne", in *Droit et intérêt*, P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), volume 3 : *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 204.
- JADOT, B.**, "L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir", in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, Bruylant, 1996, 93.
- JAMIN, CH.**, "Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal", in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, 125.
- JAUFFRET-SPINOSI, C.**, "Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers", in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, Colloque du 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, *Petites Affiches*, 20 novembre 2002, 8.
- JEAMMAUD, A.**, "La règle de droit comme modèle", *Dalloz, chron.*, 1990, 199.
- JEAMMAUD, A.**, "L'obligation et la sanction, à la recherche de l'obligation fondamentale", in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, 273.
- JEAND'HEUR, B.**, "Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit", *Droits*, n° 28, 1998, 143.
- JESTAZ, PH.**, "Droit", *Rép. civ.* Dalloz, 1997.
- JESTAZ, PH.**, "La sanction ou l'inconnue du droit", *D.*, *Chron.* XXXII, 1986, 197.
- JESTAZ, PH.**, "Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)", *RTD civ.*, 2001, 547.
- JOBIN, P.-G.**, "L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne aux

- contrats : toute une aventure", *RTD civ.*, 2007, p.33.
- JOBIN, P.-G.**, "Les dommages punitifs en droit québécois", in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.537.
- JOSSERAND, L.**, "Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident", *D.*, 1936, 37.
- JOUANJAN, O.**, "Présentation du traducteur", in F. MULLER, *Discours de la méthode juridique*, PUF, coll. "Leviathan", 1996, pp. 5 et s.
- JOUANJAN, O.**, "Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper", *Droits*, 37, 2003, pp.31-48.
- JOURDAIN, P.**, "Du critère de la responsabilité civile", in *Liber amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney, Paris*, LGDJ, coll. "Les mélanges", 2008, 553.
- JOURDAIN, P.**, "Faute civile et faute pénale", in *La responsabilité pour faute, Colloque organisé par le CDRUM et le CRDP le 17 janvier 2003*, *RCA*, juin 2003, 74.
- JOURDAIN, P.**, "Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ?", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, 247.
- JOURDAIN, P.**, "Le dommage écologique et sa réparation", in *La responsabilité et la réparation des dommages causés à l'environnement, ouvrage collectif*, LGDJ/Bruylant, à paraître.
- JOURDAIN, P.**, "Le préjudice d'agrément", in *Le préjudice, colloque du CREDO 1997*, *RCA*, n°5 bis, mai 1998, 11.
- JOURDAIN, P.**, "Le préjudice et la jurisprudence", in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, bilan prospectif*, *RCA, hors-série*, juin 2001, 45.
- JOURDAIN, P.**, "Les sources communautaires du droit français de la responsabilité", in *Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'Association Henri Capitant*, LGDJ, 1997, 29.
- JOURDAIN, P.**, "Loi anti-Perruche : une loi démagogique", *D., chron.*, 891.
- JOURDAIN, P.**, "Principe de précaution et responsabilité civile", in *Le principe de précaution, Colloque au Palais du Luxembourg organisé par le Centre de recherche en droit privé de Paris I, 10 décembre 1999, Petites Affiches*, 30 novembre 2000, 51.
- JOURDAIN, P.**, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", in P. MICHAUX (dir.), *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, 65.
- KAYSER, P.**, "La Justice selon Aristote", *RRJ*, t. LXV, 1996, 113.
- KAYSER, P.**, "Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France", *RRJ*, 2000, 445.
- KERCHOVE, VAN DE M.**, "Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexion sur le pouvoir mystificateur du langage", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, 245.
- KLUGER, J.**, "L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, juill.-sept. 1995, 504.
- LABRUSSE-RIOU, C.**, "Responsabilité, Droit des personnes et Sciences de la vie", *Droit et cultures*, 31, 1996, 69.
- LAFOND, P.-C.**, "Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité", in *Les "class actions" devant le juge français : rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, vol. 115, 10 juin 2005, 11.
- LAJOIE, A.**, "Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'Etat, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées", *Revue juridique Thémis*, 25, 1991, 103.
- LAJOIE, A., H. QUILLINAN, R. MACDONALD et G. ROCHER**, "Pluralisme juridique à Kahnawake", *Cahier de droit*, 39, 1998, 681.

- LAMBERT-FAIVRE, Y., "Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation", in *Mélanges Roger O. Dalcq*, éd. Larcier, Bruxelles, 1994, 349.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., "L'éthique de la responsabilité", *RTD civ.*, 1998, 1.
- LAMBERT-FAIVRE, Y., "L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation", *RTD civ.*, 1987, 1.
- LAPOYADE-DESCHAMPS, CH., "Dommages et intérêts", *Rep. civ.* Dalloz, 1997.
- LAPYUYADE-DESCHAMPS, C., "Quelle(s) réparation(s) ?", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA, hors-série*, juin 2001, 62.
- LARROUMET, C., "La responsabilité civile en matière de l'environnement. Le projet de convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes", *D., chron.*, 1994, 101.
- LASCOUMES, P., "La précaution, un nouveau standard de jugement", *Esprit*, nov. 1997, 129.
- LASCOUMES, P. et C. BARBERGER, "De la sanction à l'injonction, le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, janv-mars 1988, 45.
- LASCOUMES, P. et E. SERVERIN, "Théorie et pratique de l'effectivité du droit", *Droit et société*, 2, 1986, 127.
- LASSER, M., "Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation", *RTD civ.*, oct/dec 2006, 691.
- LAUDE, A., "Aperçu de la jurisprudence nationale en matière de responsabilité du fait des médicaments défectueux", *RD sanit. soc.*, 2005, 743.
- LAUDE, A., "La responsabilité des produits de santé", *D. chron.*, 1999, 189.
- LE COUVIOUR, K., "Responsabilité pour pollutions majeures résultant du transport maritime d'hydrocarbures", *JCP, G.*, 2002, I, 127.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A., "Existence physique et existence juridique dans le droit savant", *Ires rencontres internationales André Demichel, RGDM*, n° spécial, 2002, 43.
- LEHOT, M., "Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit", *RRJ*, 4, 2003, 2335.
- LE MASURIER, J., "Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe bilan coût-avantage", in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Michel Waline*, LGDJ, vol. 1, 1974, 551.
- Le TOURNEAU, PH., "Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées R. Savatier*, PUF, 1998, 19.
- Le TOURNEAU, PH., "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1998, p.505.
- Le TOURNEAU, PH., "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile, ou de la relativité de son déclin", *RTD civ.*, 1988, 505.
- LIENHARD, C., "Pour un droit des catastrophes", *D. chron.*, 1995, 91.
- LIMPENS, J., "La faute et l'acte illicite en droit comparé", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, t. II, 1963, 723.
- LLEWELLYN, K. N., "The Normative, The Legal, and the Law-jobs : The Problem of Juristic Method", *Yale Law Journal*, 49, 1940, 1355.
- LONDON, C., "Responsabilité environnementale : l'action communautaire", *BDEI*, 2001,
- LUCAS, O., "La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile", *JCP, G.*, 2002, I, 101.
- MACDONALD, R., "Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle", *Sociologie et société*, 18, 1987, 47.
- MALAUURIE, PH., "L'effet prophylactique du droit civil", in *Etudes de droit de la*

- consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, 669.
- MARTIN, G.-J.**, "Mesures provisoires et irréversibilité en droit français", *RJE*, n° spécial sur l'irréversibilité, 1998, 133.
- MARTIN, G.-J.**, "Principe de précaution, mesures provisoires et protection de l'environnement", *Aménagement-Environnement*, 4, 1996, 215.
- MARTIN, G.-J.**, "Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ?", *AJDA*, 2005, 2222.
- MARTIN, G.-J.**, "Réflexion sur la définition du dommage à l'environnement : le dommage écologique pur", in *Droit et environnement, ouvrage collectif*, PUAM, 1995, 115.
- MARTIN, G. -J.**, "Comment est déterminé et réparé le dommage écologique ?", in *Le droit et l'environnement, Rapport Piren*, 1988.
- MARTIN, G. -J.**, "La responsabilité civile du fait des déchets en droit français", *RID Comp.*, 1992, 65.
- MARTIN, G. -J.**, "La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la convention de Lugano", *RJE*, 1994, 121.
- MARTIN, G. -J.**, "Précaution et évolution du droit", *D. chron.*, 1995, 299.
- MARTIN, G. -J.**, "Responsabilité et assurance", *Gaz. Pal.*, n°1882, 3-7 juin 2001.
- MARTIN, R.**, "Le recours collectif au Québec et perspective pour la France", *JCP, G.*, 1986, I, 3255.
- MARTIN, R.**, "Représentation en justice", in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 1145.
- MARTY, G.**, "Illicéité et responsabilité", in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, 339.
- MATTEL, J.-F.**, "Le fondement éthique de la responsabilité", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA*, juin 2001, hors-série, 16.
- MAZEAUD, D.**, "La notion de préjudice", in *Lamy droit de la responsabilité*, D. MAZEAUD (dir.), n° 214.
- MAZEAUD, D.**, "Le régime de l'obligation de sécurité", in *L'obligation de sécurité, Gaz. Pal.*, 1997, n° spécial, 2e semestre, 1201.
- MAZEAUD, D.**, "Préface", in *Lamy droit de la responsabilité*, D. MAZEAUD (dir.).
- MAZEAUD, D.**, "Responsabilité civile et précaution", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA, hors-série*, juin 2001, 72.
- MAZEAUD, H.**, "La faute objective et la responsabilité sans faute", *D. chron.*, 1985, 13.
- MAZEAUD, H.**, "L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile", *D.*, 1935, 5.
- MAZEN, N.-J.**, "Le recours collectif : réalité québécoise et projet français", *RID comp.*, 1987, 373.
- MEKKI, M.**, "La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile", in *Liber Amicorum. Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, coll. "Les mélanges", 739.
- MEKKI, M.**, "Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels", *Petites Affiches*, 12 janvier 2005, 3.
- MEMETEAU, G.**, "L'action de vie dommageable", *JCP, G.*, 2000, I, 279.
- MEMLOUK, M.**, "Préjudice écologique pur : du mirage à l'impasse", *BDUI*, 16 juill. 2008, 33.
- MICHAUD, J.**, "Les maîtres-mots d'un texte législatif", in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze, P. Pédrot (dir)*. Economica, 1999, 105.
- MINCKE, CH.**, "Effets, effectivité, efficience et efficacité en droit : le pôle réaliste de la validité", *RIEJ*, 40, 1998, 126.
- MOLFESSIS, N.**, "Les avis spontanés de la Cour de cassation", *D.*, n°1, 2007, 37.
- MOOR, P.**, "Droit subjectif et sujet de droit dans une théorie du droit comme processus", in

- Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, 141.
- MOORE, S. F., "Law and Social Change, The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law and Society Review*, 7, 1973, 719.
- MORAND, CH.-A., "La sanction", *Archives de philosophie du droit*, vol. 35, 1993, 293.
- MUNAGORRI, R. ENCINAS DE, "Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social", *D, chron.* 11, 2004, 711.
- NATAWICZ, I., "Responsabilité civile et assurance : le cas des atteintes à l'environnement", in *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action. T. Khirat (dir.)*, LGDJ, 2003, 221.
- NEYRET, L., "La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels", *D., chron.*, 2008, 804.
- NEYRET, L., "La défectuosité : nouvel enjeu du contentieux du vaccin contre l'hépatite B", *D., chron.*, 2006, 1273.
- NEYRET, L., "La force normative des principes de droit européen de la responsabilité civile", in C. THIBIERGE et alii., *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, 529.
- NEYRET, L., "La reconnaissance du préjudice d'exposition au Distilbène", *Rev. dr. sanit. soc.*, 2002, 502.
- NEYRET, L., "La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire", *D., chron.*, 2008, 170.
- NEYRET, L., "Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement", *D.*, 2008, 2681.
- NIEL, P. L., "L'affaire du Distilbène : un nouveau pas vers une application du principe de précaution en matière de responsabilité civile", *Petites Affiches*, 22 juin 2005, 22.
- NOREAU, P., "De la force symbolique du droit", in C. THIBIERGE et alii., *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 137.
- NOREAU, P., "Droit et sociologie : pour une approche globale du droit. Contribution à la définition du concept de droit préventif", *La revue du Notariat*, 94, mars-avril 1992, n°7-8, 403.
- NOREAU, P., "Et le droit, à quoi sert-il ? Etude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain", in P. NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : exploration des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Les éditions Thémis, 2008, 205.
- NOREAU, P., "La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution", *Droit et société*, 40, 1998, 585.
- NOREAU, P. et C. ROBERGE, "Emergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire : Eléments d'une théorie générale", *Revue du barreau canadien*, 84, 2006, 457.
- OST, F., "La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement", *Droit et société*, 1995, 281.
- OST, F., "L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit", *Revue internationale de sémiotique juridique*, 18, 1993, 227.
- OST, F. et M. VANDEKERCHOVE, "De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ?", in F. CHAZEL and J. COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. "Droit et société", 1991, 67.
- PATTARO, E., "Vers une définition de la science juridique", in *Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse*, vol. 118-119, avril/sept 1985, 245.
- PEIGNE, J., note sous Civ. 1ère, 22 mai 2008, *RDSS*, 2008, 578.
- PERROT, R., "Du provisoire au définitif", in *Le juge entre deux millénaires, mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, 447.
- PIEDELIEVRE, S., "Les différentes variétés de préjudice", in *Lamy droit de la responsabilité*, D. MAZEAUD (dir.), n°222-29.

- PIEDELIEVRE, S.**, "Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, RCA, hors série, juin 2001, 68.
- PIGNARRE, G.**, "La responsabilité : débat autour d'une polysémie", in *La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, RCA, vol. n° 6 bis, hors série, juin 2001, 10.
- PIGNARRE, G., PH. BRUN et S. PIEDELIEVRE**, "Le jeune homme et la vie : retour sur l'arrêt Perruche", *RRJ*, 2001, 477.
- PLANIOL, M.**, "Etudes sur la responsabilité civile", *Rev. crit.*, 1905, 277.
- PONCELA, P.**, "Introduction à une approche philosophique de la sanction", *Archives de politique criminelle*, vol. 7, 1984, 53.
- POPOVICI, A.**, "Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec", in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, PUF, 1998, 128.
- POSNER, R.**, "Killing or Wounding to Protect a Property Interest", *J.L. & Econ.*, 14, 1971, 201.
- POSNER, R.**, "A Theory of Negligence", *J. Legal. Stud.*, 1, 1972, 29.
- QUEZEL-AMBRUNAZ, CH.**, "Antennes-relais : distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution !", *RLDC*, n° 59, avril 2009, 17.
- QUIVIGER, P.-Y.**, "Derrida : de la philosophie au droit", *Cités*, 2007, 41.
- RADE, CH.**, "Distilbène : le laboratoire jugé responsable et coupable !", *RCA, chron.*, oct 2004, 22.
- RADE, CH.**, "Le principe de précaution : une nouvelle éthique de la responsabilité ?", *RJE, n° spécial, Le principe de précaution*, 2000, 75.
- RADE, CH.**, "L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile", *D., chron.*, 1998, 301.
- RADE, CH.**, "Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile", *D., chron.*, 2003, 2247.
- RADE, CH.**, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1- L'impasse", *D., chron.*, 1999, 313.
- RADE, CH.**, "Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté", *D., chron.*, 1999, 323.
- RADE, CH.**, "Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture", *RCA, chron. n° 5*, mars 2009, 26.
- RADE, CH.**, "Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : la Cour de cassation envahie par le doute", *RCA, chron. n°28*, nov. 2003, 4.
- RAFFIN, M.**, "Pour une généalogie de la question des droits de l'Homme", *Aspects*, n° 1, 2008, 119.
- RAJOT, B.**, "Le grand chantier de la justice française : le recteur Serge Guinchard formule 65 propositions", *RCA*, 10, 2008, 2.
- REBOUL-MAUPIN, N.**, "Environnement et responsabilité civile", *LPA*, n° 176, 3 septembre 2003, 3.
- REBOUL-MAUPIN, N.**, "La prévention des risques technologiques : aspects juridiques", *LPA*, n° 251, 16 décembre 2004, 6.
- REMOND-GOULLAUD, M.**, "Le préjudice écologique", *J.-Cl. Civil, App. art. 1382 à 1386, Fasc. 112*.
- REMOND-GOULLAUD, M.**, "A la recherche du futur, la prise en compte du long terme par le droit de l'environnement", *RJE*, 1992, p.5.
- REMOND-GOULLAUD, M.**, "Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science", in *La vie des sciences, Comptes rendus, séries générales, t.10*, 1993, 341.
- REMY, PH.**, "La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept", *RTD civ.*, 1997, 323.
- RIALS, S.**, "La démolition inachevée. Michel Troper; l'interprétation, le sujet et la survie des

- cadres intellectuels du positivisme néoclassique", *Droits*, 37, 2003, 49.
- RICOEUR, P.**, "Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique", in P. AMSELEK (dir.), in *Interprétation et droit*, PUAM et Bruylant, Bruxelles, 1995, 177.
- RICOEUR, P.**, "Les catégories fondamentales de la sociologie de Max Weber", in P. RICOEUR, *Le Juste 2*, Esprit, coll. "Philosophie", 2001, 155.
- RIVERO, J.**, "Sanction juridictionnelle et règle de droit", in *mélanges de la Morandière*, Dalloz, 1964, 457.
- ROCHER, G.**, "L'effectivité du droit", in ANDRÉE LAJOIE ET AL., *Théorie et émergence du droit*, Thémis et Bruylant, 1998, 134.
- ROCHER, G.**, "Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles", in J-G. BELLEY (DIR), in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, 25.
- ROCHER, G.**, "Pour une sociologie des ordres juridiques", in *Etudes de sociologie du droit et de l'éthique*, Les éditions Thémis, Montréal, 1996, 74.
- ROME, F.**, "La guerre des ondes", *D., Editio*, 2009, 793.
- ROUSSEAU, M.**, "La difficulté d'établir la responsabilité civile de l'entreprise en matière d'environnement", *JCP, E., Les cahiers de droit de l'entreprise*, 15 avril 1999, 17.
- ROUYERE, A.**, "La responsabilité civile en matière de risques sanitaires, audaces et concessions des textes européens", *RED env.*, 1998, 399.
- RUPELLAN, C.**, "La perte d'une chance en droit privé", *RRJ*, 1998, 729.
- SALAS, D.**, "Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire", *Droit et Cultures*, n° 31, 1996, 7.
- SALEILLES, R.**, "Le risque professionnel dans le Code civil", *Réforme sociale*, 35, 1898, 634.
- SALEILLES, R.**, "Rapports de la sociologie avec le droit", *Revue internationale de sociologie*, n° 4, 1904, 229.
- SALEILLES, R.**, "Recension", *Revue Bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, IV, 1894, 647.
- SARGOS, P.**, "La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf"", *D.*, 2008, 1935.
- SAVATIER, R.**, "Une faute peut-elle engendrer un dommage sans l'avoir causé?", *D.*, 1970, 123.
- SAVAUX, E.**, "La fin de la responsabilité contractuelle ?", *RTD civ.*, 1999, 1.
- SCHAMPS, G.**, "Le principe de précaution justifie-t-il une nouvelle responsabilité en droit civil Belge ? D'autres alternatives existent ...", in *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, 517.
- SCHILLER, S.**, "Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité", *APD*, 45, 2001, 177.
- SCHWARTZ, G.**, "Reality in the Economic Analysis of Tort Law : Does Tort Law Really Deter ?", *U.C.L.A.*, 42, 1995, 377.
- SERIAUX, A.**, "Morales sur Perruche", *Droits*, n° 35, 2002, 134.
- SERIAUX, A.**, "Perruche et autres, la Cour de cassation entre mystère et mystification", *D. chron.*, 2002, 1996.
- SINTEZ, C.**, "Les propositions sur le droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala", in C. THIBIERGE et alii., *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 243.
- SINTEZ, C.**, "Responsabilité du fait des médicaments défectueux : trois arrêts attendus pour un revirement mesuré", *LPA*, 169, 22 Aout 2008, 6.
- SINTEZ, C. et J. ANDINO DORATO**, "La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme.", in *L'Egalité*, Archives de philosophie du droit, t. 51, 2008, 319.

- SINTEZ, C. et E. NICOLAS, "Par-delà le concept de force dans la philosophie de Jacques Derrida", in C. THIBIERGE et alii., *La force normative. Naissance d'un concept.*, Paris, LGDJ, 2009, 99.
- SOURIOUX, J.-L., "Introduction au cours de droit des obligations", in *Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas/Paris II*, Dalloz, 2000, 507.
- SOURIOUX, J.-L., "La science du droit durant la période classique française", *RTD civ.*, 2008, 387.
- SOURIOUX, J.-L., "Lettre à un ami d'Orient", in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 985.
- SOURIOUX, J.-L., "Pour l'apprentissage du langage du droit", *RTD civ.*, 1999, 343.
- STEICHEN, P., "La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux", *RJE*, 2003, 177.
- SUGARMAN, S., "Doing Away with Tort Law", *Cal. L. Rev.*, 73, 1976, 558.
- SUPIOT, A., "La fonction anthropologique du droit", *Esprit*, février 2001, 501.
- TALLON, D., "Pourquoi parler de faute contractuelle ?", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, 429.
- TERRASSON DE FOUGERES, A., "La résurrection de la mort civile", *RTD civ.*, 1997, 893.
- TERRASSON DE FOUGERES, A., "Périsset le jour qui me vit naître", *Rev. dr. sanit. soc.*, 2001, 1.
- TERRE, F., "Le contrat à la fin du XXe siècle", *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, 307.
- TERRE, F., "Pitié pour les juristes !", *RTD civ.*, avril/juin 2002, 247.
- TERRE, F., "Propos sur la responsabilité civile", *APD*, t.22, 1977, 37.
- THIBIERGE, C., "Au cœur de la norme. Le tracé et la mesure", in *L'égalité, APD*, Dalloz, vol. 51, 2008, 341.
- THIBIERGE, C., "Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir", *D.*, 2004, chron. 9, 577.
- THIBIERGE, C., "Le droit souple, réflexion sur les textures du droit", *RTD civ.*, 2003, 599.
- THIBIERGE, C., "Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile", *RTD civ.*, 1999, 561.
- THIBIERGE, C., "Nature juridique et force normative de la Déclaration de Saint Quentin", *Les Petites Affiches*, 168, 2008, 40.
- THIBIERGE, C., "Sources du droit, sources de droit : une cartographie", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, 519.
- THIEFFRY, P., "La directive sur la responsabilité environnementale enfin adoptée", *Petites affiches*, 21 mai 2004, 5.
- THOMAS, Y., "De la sanction et de la sainteté des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité", *Droits*, n° 18, 1993, 135.
- TIMSIT, G., "Sur l'engendrement du droit", *RDP*, 39, 1988, 44.
- TORNY, D., "Une mémoire pour le futur. La traçabilité comme allocateur de responsabilité", in *La traçabilité et responsabilité, P. Pédrot (dir.)*, Economica, 2003, 72.
- TOURNAFOND, O., "Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement. A partir de quelques exemples tirés du droit des obligations et du droit des biens", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2008, 547.
- TROPER, M., "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, ed. Cujas*, 1975, 133.
- TROPER, M., "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", *Droit et société*, 1, 1985, 41.
- TROPER, M., "Réplique à Otto Pfersmann", *Revue française de droit constitutionnel*, 2002,

- TROPER, M.**, "Une théorie réaliste de l'interprétation", in *Théories réalistes du droit (textes réunis par Olivier Jouanjan)*, Presses universitaires de strasbourg, 2000, 51.
- TUNC, A.**, "Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux", in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Mélanges offerts à Marc Ancel*, Pédone, t. I, 1975, 407.
- VAN COMPERNOLLE, J.**, "Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts", in *Nouveaux itinéraires du droit, Hommages à François Rigaux*, Bruylant, 1993, 495.
- VANDERLINDEN, J.**, "Le pluralisme juridique, essai de synthèse", in J. GILISSEN, *Le pluralisme juridique, Institut de sociologie, Edition de l'Université de Bruxelles*, Bruxelles, 1972, 19.
- VANDERLINDEN, J.**, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique*, 2, 1993, 573.
- VAN LANG, A.**, "Affaire de l'Erika : la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire", *AJDA*, 2008, 934.
- VERDIER, L. et E. SCHOONEJANS**, "Du risque potentiel des OGM aux responsabilités envisageables", *BDEI*, 2001, 31.
- VILLEY, M.**, "Esquisse historique sur le mot responsable", in *La responsabilité à travers les âges*, Economica, 1989, 75.
- VINCENT, J.**, "Le pouvoir du juge en matière de provision", in *Etudes P. Kayser*, PUAM, 1979, 417.
- VINEY, G.**, "Droit, risques et responsabilité", in *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, colloque organisé par la Mission de recherche Droit et Justice, La sorbonne, 22 mars 2005,
- VINEY, G.**, "La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits", in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J. -L. Aubert*, Dalloz, 2005, 29.
- VINEY, G.**, "La responsabilité du transporteur terrestre de personnes en cas de faute de la victime", *D.*, 2008, 1582.
- VINEY, G.**, "L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile", in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Draï*, Dalloz, 2000, 671.
- VINEY, G.**, "Le préjudice écologique", in *Le préjudice, colloque du CREDO, RCA, n° spécial*, mai 1998, 6.
- VINEY, G.**, "Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile", in *Le Code civil 1804-2004- Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, 255.
- VINEY, G.**, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", *JCP, G.*, 1996, I, 3900.
- VINEY, G.**, "L'influence de l'admission d'une action de groupe sur la réparation des atteintes aux intérêts collectifs", in *Les actions de groupe, implications processuelles et substantielles*, *RLDC*, vol. 32, 2006, 60.
- VINEY, G.**, "Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ?", in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, 555.
- VINEY, G.**, "Rapport de synthèse", in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, Colloque du 21 mars 2002, Faculté de droit de Paris 5, *Petites affiches*, 20 novembre 2002, 66.
- VIRALLY, M.**, "Sur la prétendue "primitivité" du droit international", in *Le droit international en devenir*, PUF, 1991, 91.

- VIVANT, M., "Sciences et praxis juridique", *D., chron.*, 1993, 109.
- WIEDERKEHR, G., "Dommage écologique et responsabilité civile", in *Les hommes et l'environnement, Mélanges en hommage à Alexandre Kiss, Frison-Roche*, 1998, 513.
- XIFARAS, M., "La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme", *Droits*, 47, 2008, 77.
- ZENATI, FR., "Le procès, lieu du social", *APD*, 39, 1995, 239.

VIII. Conférences, colloques et rapports

- Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? - A propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, colloque organisé par la Faculté de droit de Paris 5, 21 mars 2002, *LPA*, 20 nov. 2002.
- La responsabilité à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif*, colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, 7 et 8 déc. 2000, *RCA*, vol. 6 bis, juin 2001.
- La responsabilité environnementale*, Colloque, Université Le Mans, 27 et 28 novembre 2008.
- Le préjudice, Questions choisies*, colloque organisé par la Faculté de droit de Paris XII, 12 déc. 1997, *RCA*, numéro spécial, mai 1998.
- Le principe de précaution*, colloque au Palais du Luxembourg organisé par le Centre de Recherche en Droit Privé de Paris I, 10 déc. 1999, *LPA*, vol. 239, 30 nov. 2000.
- Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Travaux de l'association H. Capitant, journées nationales, Lille, t.1, 16 fév. 1996, LGDJ, Paris, 1997.
- "*Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité. Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006 de la Faculté de droit et de sciences de Rennes*", *Lamy droit civil*, supplément au n° 40, 2007,
- Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, Travaux de l'Association H. Capitant des amis de la culture juridique française, journées d'Istanbul, 1964, Dalloz, Paris, vol. 17, 1968.
- Les standards dans les divers systèmes juridiques*, colloque organisé par la Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, Association Internationale de Méthodologie Juridique, *RRJ*, vol. 4, 1988.
- Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, groupe de travail dirigé par J.-P. DINTILHAC, juillet 2005.
- Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire*, groupe de travail présidé par M.-O. GAILING et F. COLLART-DUTILLEUL, adopté à l'unanimité par le Conseil National de l'Alimentation, 20 sept. 2001.
- Rapport sur l'action de groupe*, remis au Ministre des finances et au Garde des sceaux par G. CERUTTI ET M. GUILLAUME (dir.), 16 déc. 2005.
- AZZI, T., "La responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs", *Conférence prononcée dans le cadre de l'école doctorale de l'Université d'Orléans*, 13 avril 2004.
- CALAIS-AULOY, J., *Propositions pour un code de la consommation*, La Documentation Française, avant propos de V. NEIERTZ, préf. M. ROCARD, 1990.
- CLAEYS, A., *Rapport d'information déposé par la mission commune préparatrice au projet de loi des révisions des lois bioéthiques de juillet 1994*, Ass. Nat., n° 3208, t. 1, 27 juin 2001.
- KOURILSKY, P. ET G. VINEY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, 1998, Paris, éd. O. Jacob : La documentation française, 2000.
- OST, F., "Les détours de Babel. La traduction comme paradigme", *Conférence prononcée au Collège de France*, 6 décembre 2006,

- TAMANAH, B.**, *The Folly of Legal Pluralism*, Congrès de la commission on Folk Law and Legal Pluralism, 1992.
- VANNEUVILLE, R. ET S. GANDREAU**, *Le principe de précaution saisi par le droit : les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution.*, Rapport fait à la demande du Ministère de l'écologie et du développement durable, La documentation française, Réponses environnement., 2006.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Action collective · 435
Action de groupe · 437, 439
Action en cessation de l'illicite
 sens large · 434
 sens strict · 434
Action en réparation · 440, 444
 action en compensation dissuasive · 446
 action en compensation stricte · 445
 cohérence perdue · 440
 cohérence retrouvée · 447
Action précontentieuse · 447
Action préventive · 431
 action en anticipation du fait dommageable · 431
 action en cessation du fait générateur · 434
Administrateur provisoire · 50
Amende civile · 129
Amselek Paul · 219
Analyse économique · 177
Arbitraire judiciaire · 319
Aristote · 205, 369, 390, 391, 393
Aspect interne du droit · 207
Assurance · 441
 limites · 295
Astreinte · 126, 127
Atteintes à l'honneur et à la réputation · 41
Atteintes à la propriété littéraire et artistique · 42
atteintes à la vie humaine · 59
Atteintes à l'environnement · 77
Atteintes à l'intégrité corporelle · 120
Atteintes au droit de la concurrence · 43, 44, 76, 121
Atteintes aux droits de la personnalité · 119

C

Caractère adéquat · 53, 83, 98, 109, 112, 132, 241
Caractère évolutif · 99
Caractère intégral · 98, 112, 371, 388
Caractère non adéquat · 55, 133, 242
Caractère objectif · 84
Caractère proportionné · 53, 54, 70, 84, 108, 131, 133
Caractère provisoire · 72, 133
Causalité · 282
 assouplissement du lien de · 285
 conception large · 287, 288
 définition du lien de · 283
 théorie de la causalité adéquate · 288
 théorie de l'équivalence des conditions · 287
Causes d'exonération · 271
Cautio damni infecti · 45
Cayla Olivier · 219

Cessation de l'illicite · 153
 et fonction normative de la responsabilité civile · 182
 et réparation en nature · 143
 régime · 159
Cessation de l'illicite
 en droit allemand · 79
 en droit communautaire · 80
 en droit romain · 80
Charte québécoise des droits et libertés de la personne · 46
Chose
 notion · 276
Conflit d'intérêt · 43
Contentieux de la contamination par transfusion · 284
Contentieux des antennes-relais
 en droit privé · 62
 en droit public · 60
Contentieux des médicaments défectueux · 63, 285
Contrat collaboratif · 344

D

Défectuosité · 64, 66
Déontologie judiciaire · 320
Derrida Jacques · 327, 328, 329
Devoir de prévention du dommage · 382
Devoir général de prudence · 269
Dommage
 notion · 267
Dommage futur · 93
 et dommage éventuel · 93
Dommages et intérêts · 149
 et indemnité · 148
 étymologie · 148
 évaluation des · 150
Dommages et intérêts anticipés
 définition · 427
Dommages et intérêts majorés · 119, 120, 121, 125
 définition · 428
Dommages et intérêts moratoires · 110
Dommages et intérêts provisionnels · 106, 113
Dommages et intérêts punitifs · 131
Droit à la sûreté · 382
Droit à réparation intégrale · 380
Droit d'expression · 42
Droit d'action · 383
Droit de propriété · 154
Droit fondamental · 25
Droit fondamental comparé · 30
Droit préventif · 343, 344
Droit romain · 45, 80
Droit subjectif à prévention du dommage · 380
Droits réels · 153
Droits subjectifs · 181
Droits substantiels · 155

Dworkin Ronald · 207, 222, 223, 224

E

Effectivité · 231
 étymologie · 404
 notion · 404
 notion philosophique · 406
 notion sociologique · 406
Effectivité désirée · 407, 408
Effet de droit · 203, 231
Exécution en nature
 et réparation en nature · 143
Exposition à un risque · 101, 103, 104, 285

F

Fait générateur · 268
 et fait dommageable · 281, 282
 et risque d'illicéité · 280
 extension matérielle · 269, 276
Faute
 déclin de la · 296
 définition · 269
 et principe de précaution · 69
 notion de · 168
Faute de la victime · 273
Faute d'imprudence
 par commission · 270
 par omission · 270
Faute grave · 134
Faute lucrative · 130, 134
Fonction
 distinction entre fonctions doctrinales et fonctions
 sociales · 335
Fonctions du droit
 typologie · 335
Force normative · 404

G

Garde
 de comportement · 277
 de structure · 277
 notion · 277
Généalogie
 de la réparation · 178
 de la sanction · 167
 du droit fondamental · 302
 du droit fondamental contemporain · 314
 méthode · 26

H

Hart HLA · 189, 198
Herméneutique · 207
 cercle · 324

I

Illicéité · 273, 275
 notion · 435
Indemnisation · 175, 441
Indemnité
 notion · 148
Injonction · 47, 78
Injonction *quia timet* · 48
Intérêt public · 156

J

Jusnaturalisme · 205
Justice corrective · 390

K

Kelsen Hans · 18, 188, 198

L

Lajoie Andrée · 206, 409, 410, 411, 412
Langage juridique · 209, 225, 231, 404
 théorie des actes du langage · 220
Levinas Emmanuel · 326, 327, 328
Licéité · 196, 201
Lien de causalité
 et présomptions · 66

M

Médiation · 344, 447
Mesure · 232
 manifestation · 230
 notion · 203
Mesure d'anticipation
 définition · 424
Mesure d'anticipation
 garanties juridiques · 433
Mesure de cessation · 75, 77, 84
 définition · 425
Mesure de réparation en nature · 85
Mesure préventive · 230
Mesures conservatoires et de sauvegarde · 49
Mesures d'instruction ou d'information · 51
Mesures destinées à prévenir un risque de dommage ·
 92
Méthodes d'interprétation · 379
Mise en effet
 et sanctions préventives · 413
 Temps manquant dans nos théories · 402, 411
 Théorie de la · 408
Mise sous scellés · 49
Motulsky Henri · 213
Müller Friedrich · 217, 218, 219, 222

N

Normativité · 307
Norme · 215
 effet · 413
 sens · 412

O

Obligation de prévention des dommages · 278
Obligation de sécurité · 271
Ontologie de l'agir de l'être-responsable · 321, 345

P

Peine privée · 161
 manifestations · 115
 nature mixte · 163
 nature unitaire · 164
Perte d'une chance · 101, 286
Pluralisme · 206
Positivité · 81
Pouvoir discrétionnaire · 132, 133
Pouvoir modérateur · 100, 109, 112, 241
Précaution
 et peine privée · 165
 Notion de · 68
 Standard de · 68
Préjudice
 caractère du · 95
 condition du · 256
 et dommage · 266
 et dommage concurrentiel · 122
 et trouble · 260
 évolution du · 264, 265
Préjudice écologique pur · 258
Préjudice moral · 91
Préjudice objectif · 264
Présomption · 64, 66, 257
Prévention · 19
 niveaux de la · 360
 notion de · 68
 sens large · 387
 sens strict · 387
 Standard de · 68
Principe de précaution · 63, 69, 263
 en droit communautaire · 59
 en droit privé · 62
 en droit public · 60
Principe de prévention proportionnelle
 et principe gouvernant les effets de la responsabilité · 385
 et technique de prévision du dommage · 378
 origine formelle · 396
 origine matérielle · 397
 principe d'interprétation téléologique · 386
 qualification de principe · 383
Principe de réparation intégrale · 123
 et droit à réparation intégrale · 368
 et prévision du dommage · 373

 et surévaluation du préjudice · 369
 et technique d'évaluation · 368
 exceptions · 366
 limites · 374
 nature · 368
 source · 390
Principes d'évaluation · 150
Procédure participative de négociation assistée par avocat · 344
Procès
 symbole du · 357, 358
Prophylaxie · 180
Proportionnalité · 394, 396
Provision · 107
 notion de · 107
Provisoire
 Définition du · 73
Prudence
 aristotélicienne · 391

R

Recours collectif · 437
Référé
 cessation · 157
 évidence · 158
 urgence · 159
Référé
 et risque d'illicéité · 279
 référé généraux · 55
 référé spéciaux · 56
Réparation · 175
Réparation anticipée · 90
Réparation en nature · 142, 143
 critique de la catégorie · 429
 et cessation de l'illicite · 143
 et mesure de cessation · 426
Représentation *ad agendum* · 435
Responsabilité civile
 crise de la · 175, 256, 293, 315
 Distinction entre fondement et fonction · 443
 du fait des choses · 303
 et réparation · 175
 étymologie · 177
 fonction dissuasive · 179
 fonction moralisatrice · 117
 fonction normative · 35, 180, 181
 fonction préventive · 35, 340, 348, 349, 354, 357
 fonction punitive · 117
 fonction réparatrice · 339, 347, 349, 353, 357
 fonction répressive · 346, 348, 355, 357
 fonctions · 333
 modèle accompagnateur · 341
 modèle actuel · 24
 modèle alternatif · 25
 modèle réparateur · 341
 niveaux de la · 330
 sens minimal · 311
 thèse évolutionniste · 161
Ricœur Paul · 177, 196, 207, 323
Risque de confusion · 76
Risque de construction · 75

Risque de développement · 65
Risque de dommage · 91, 97
 et risque de réalisation du dommage · 97, 105
Risque de préjudice · 62, 257, 261
Risque d'illicéité
 définition · 279
 manifestation · 279
Rocher Guy · 206, 406

S

Saisie · 49
Saleilles · 304, 305, 306, 308, 309, 311, 313, 314
Sanction
 autorités · 202
 caractère négatif · 191, 192
 caractère prescrit · 191, 193
 caractère subjectif · 190, 192
 conception conséquentialiste · 170
 conception interprétative · 211
 conception non conséquentialiste · 239
 conception non rétributive · 238
 conception rétributive · 168
 conception usuelle · 185
 cumul · 389, 426, 428
 définition actuelle · 19
 définition proposée · 234, 236
 et changement de fondement juridique · 211
 et effet de droit · 203, 231
 et mesure · 203, 232
 et obligation · 172
 et réparation · 169
 étymologie · 187, 195, 226
 fonction de juridicité · 198
 fonction d'effectivité · 196
 fondements · 204
 histoire · 226
 nature · 186
 niveaux sémantiques · 228
 sens · 194, 196, 201

 source · 215, 224
Sanction adéquate · 53
Sanction préventive
 catégories · 422
 classification · 20
 dimensions · 316
 et crise de la responsabilité civile · 315
 notion · 242
 typologie · 423
Sécurité · 354, 356, 401
Séquestre · 49
Sociologie compréhensive · 340
Solidarité · 353, 356
Standard · 68
Surdétermination
 notion · 409, 411

T

Théorie du procès · 419, 448, 449
Timsit Gérard · 207, 409, 410, 411
Troper Michel · 215, 216, 222
Trouble · 434
 et préjudice · 260
 notion de · 63
Trouble anormal du voisinage · 62, 84, 212, 213
 et trouble illicite du voisinage · 82
Trouble concurrentiel · 43, 122

V

Valeurs · 353, 355, 356
Vengeance · 355

W

Weber Max · 340

TABLE DES MATIERES

RESUME	3
REMERCIEMENTS	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	11
SOMMAIRE	13
INTRODUCTION	17
<i>PARTIE 1 L'existence des sanctions préventives en droit de la responsabilité civile</i>	35
TITRE 1 La recherche des manifestations préventives de la responsabilité civile	37
CHAPITRE 1 Les manifestations préventives de la réalisation du dommage	39
SECTION 1 . L'anticipation de la réalisation du dommage	39
§1 . L'anticipation de la réalisation certaine du dommage	40
A . Etendue et caractères des manifestations	40
1 . Etendue des manifestations	40
a . L'anticipation directe de la réalisation certaine du dommage	40
i . Manifestations	40
α . Atteintes au droit au respect de la vie privée	41
β . Atteintes au droit de la concurrence	43
ii . Comparaison des manifestations	44
α . Comparaison avec l'histoire du droit	45
β . Comparaison avec le droit québécois	46
b . L'anticipation indirecte de la réalisation certaine du dommage	49
2 . Caractères des manifestations	51
a . Caractères des mesures de prévention directe	52
b . Caractère des mesures de prévention indirecte	54
B . Fondements des manifestations de l'anticipation de la réalisation certaine du dommage	55
1 . Fondements des manifestations du juge des référés	55
2 . Fondements des manifestations du juge du fond	57
§2 . L'anticipation de la réalisation incertaine du dommage	58
A . La recherche du domaine de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage	59
1 . Le domaine des manifestations	59
2 . La recherche de manifestations	62
B . La question de l'appartenance de l'anticipation de la réalisation incertaine du dommage au droit de la responsabilité civile	67
1 . L'appartenance de la logique de précaution au droit de la responsabilité civile	68
2 . La conciliation des caractères du principe de précaution avec la nature de la responsabilité civile	70
a . Le caractère proportionné	70
b . Le caractère provisoire	72
SECTION 2 . La cessation de la réalisation du dommage	75
§1 . Les manifestations de la cessation de la réalisation du dommage	75
A . Etendue des manifestations de la cessation de la réalisation du dommage	75
1 . Les manifestations de la cessation de la réalisation illicite du dommage	75
a . Etendue des manifestations en droit français	75
b . Etendue des manifestations en droit comparé	78

2 . Les manifestations de la cessation de la réalisation anormale du dommage _____	81
B . Fondements des manifestations de la cessation de la réalisation du dommage _____	83
§2 . Les caractères des mesures de la cessation de la réalisation du dommage _____	83
A . Les caractères des mesures de cessation de l'illicite _____	83
B . Les caractères des mesures de cessation de l'anormal _____	84
CHAPITRE 2 . Les manifestations préventives des conséquences du dommage _____	89
SECTION 1 . Les manifestations préventives de la réparation anticipée du dommage _____	89
§1 . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences matérielles du dommage _____	90
A . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du risque de dommage _____	91
1 . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des dépenses destinées à prévenir un risque de dommage _____	91
2 . Les caractères propres aux dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des dépenses destinées à prévenir un risque de dommage _____	92
B . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée du dommage futur _____	93
1 . Des dommages-intérêts prononcés pour la seule réparation du préjudice certain _____	93
a . La distinction entre le dommage futur et le dommage éventuel _____	93
b . La frontière entre le dommage futur et le dommage éventuel _____	95
2 . Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts prononcés par anticipation du dommage futur _____	97
a . Conditions de l'allocation des dommages et intérêts pour la réparation anticipée du dommage futur _____	97
b . Caractères des dommages et intérêts alloués pour la réparation anticipée du dommage futur _____	98
C . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée de l'exposition à un risque _____	101
1 . La réparation anticipée de l'exposition à un risque _____	101
a . La distinction entre la perte d'une chance et l'exposition à un risque _____	101
b . Les manifestations jurisprudentielles de l'exposition à un risque _____	103
2 . Les caractères propres aux dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée de l'exposition à un risque _____	105
§2 . Les dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences juridiques du dommage _____	106
A . Des dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences juridiques immédiates _____	106
1 . L'allocation de dommages et intérêts provisionnels _____	106
a . La nature provisionnelle de certains dommages et intérêts _____	106
b . La finalité préventive des dommages et intérêts provisionnels _____	107
2 . Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts provisionnels _____	108
a . Caractères propres aux dommages et intérêts provisionnels _____	108
b . Conditions d'allocation des dommages et intérêts provisionnels _____	109
B . Des dommages et intérêts prononcés pour la réparation anticipée des conséquences juridiques futures _____	110
1 . L'allocation de dommages et intérêts moratoires _____	110
2 . Conditions et caractères propres aux dommages et intérêts moratoires _____	111
a . Caractères propres aux dommages et intérêts moratoires _____	112
b . Conditions d'allocation des dommages et intérêts moratoires _____	112
SECTION 2 . Les manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage _____	115
§1 . L'étendue des manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage _____	117
A . L'allocation de dommages et intérêts majorés à titre de peine privée pour la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage _____	118
1 . Manifestations des dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes à la personne humaine _____	119

2 . Manifestations des dommages et intérêts majorés pour la réparation dissuasive des atteintes à l'ordre économique	121
B . Le prononcé des astreintes et des amendes civiles pour la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage	125
1 . Le prononcé systématique de l'astreinte	125
a . La qualification de l'astreinte en peine privée	126
b . L'exclusion de l'astreinte de la réparation dissuasive du dommage	128
2 . Le prononcé exceptionnel de l'amende civile	129
§2 . Les caractères propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du préjudice	131
A . Les caractères propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage	131
1 . Les caractères propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage	131
2 . Les caractères propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage	133
B . Les conditions propres aux manifestations préventives de la réparation dissuasive du dommage	134
1 . Les conditions propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences matérielles du dommage	134
2 . Les conditions propres aux manifestations de la réparation dissuasive des conséquences juridiques du dommage	134

TITRE 2 La qualification de sanction des manifestations préventives de la responsabilité civile **139**

CHAPITRE 1 . L'absence de la qualification de sanction des manifestations préventives	141
SECTION 1 . La présence de qualifications alternatives à la qualification de sanction	141
§1 . Les qualifications traditionnelles des manifestations préventives	142
A . La qualification de mesure de réparation en nature	142
1 . Une qualification indéterminée	142
a . L'indétermination du mode de réparation en nature	142
b . L'indétermination du contenu de la réparation en nature	143
2 . Une qualification incomplète	147
B . La qualification de dommages et intérêts	148
1 . Une qualification indéterminée	148
a . L'absence de notion de dommages et intérêts	148
b . La spécificité du mode d'évaluation des dommages et intérêts	150
2 . Une qualification incomplète	152
§2 . Les qualifications nouvelles des manifestations préventives	153
A . La qualification de mesure de cessation de l'illicite	153
1 . Une qualification discutable	153
a . Une qualification apparemment exorbitante du droit de la responsabilité civile	153
b . Une qualification possiblement incluse dans le droit de la responsabilité civile	157
2 . Une qualification incomplète	160
B . La qualification de peine privée	160
1 . Une qualification discutée	161
a . Une qualification dépassée	161
b . Une qualification sans unité	163
2 . Une qualification incomplète	165
SECTION 2 . Les obstacles à la qualification de sanction	167
§1 . Généalogie de la notion de sanction en responsabilité civile	167
A . La conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile	167

1 . La teneur de la conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile _____	168
a . L'assimilation de la sanction à la peine _____	168
b . La distinction entre la sanction et la réparation _____	169
2 . Les conséquences de la conception "rétributive" de la sanction en responsabilité civile _____	170
B . La conception "conséquentialiste" de la sanction en responsabilité civile _____	170
1 . La teneur de la conception "conséquentialiste" de la sanction _____	170
a . Une conception extérieure à la responsabilité civile _____	170
b . Une conception étrangère à la responsabilité civile _____	172
2 . Les conséquences de la conception "conséquentialiste" de la sanction en responsabilité civile _____	174
§2 . L'exclusion de la prévention du droit de la responsabilité civile _____	174
A . L'exclusion de la prévention de la nature de la responsabilité civile _____	174
1 . La nature réparatrice de la responsabilité civile _____	175
2 . Les doutes sur la nature réparatrice de la responsabilité civile _____	176
B . Le cantonnement de la prévention aux effets de la responsabilité civile _____	179
1 . Un cantonnement exclu en raison de l'existence de fonctions voisines à la prévention _____	179
a . La fonction dissuasive – fonction voisine de la prévention _____	179
b . La fonction normative – fonction voisine de la prévention _____	180
2 . Un cantonnement réel en raison du lien entre la prévention et ses fonctions voisines _____	182
 CHAPITRE 2 . La pertinence de la qualification de sanction des manifestations préventives _____	 185
 SECTION 1 . Exposé critique de la conception usuelle de la sanction en droit _____	 185
§1 . Teneur de la conception usuelle de la sanction en droit _____	186
A . La notion de la sanction dans la conception usuelle _____	186
1 . Structure de la sanction dans la conception usuelle _____	186
a . Nature de la sanction dans la conception usuelle _____	186
b . Caractères de la sanction dans la conception usuelle _____	190
i . Présentation des caractères _____	190
ii . Critique des caractères _____	192
2 . Signification de la sanction dans la conception usuelle _____	194
B . La fonction de la sanction dans la conception usuelle _____	196
1 . Les fonctions d'effectivité et de juridicité de la sanction dans la conception usuelle _____	196
a . La fonction d'effectivité _____	196
b . La fonction de juridicité _____	198
2 . L'indissociation des fonctions de la sanction dans la conception usuelle _____	198
§2 . Déclin de la conception usuelle de la sanction en droit _____	199
A . Signes du déclin de la conception usuelle de la sanction _____	199
1 . Délitement de la conception usuelle _____	200
a . Questionnement _____	200
b . Dépassement _____	201
2 . Alternatives à la conception usuelle _____	203
a . Recours à d'autres notions _____	203
b . Présence d'autres fondements _____	204
B . Sens du déclin de la conception usuelle de la sanction _____	208
1 . Interprétation du déclin de la conception usuelle _____	208
2 . Proposition d'un renouveau conceptuel _____	209
 SECTION 2 . Proposition pour une conception interprétative de la sanction en responsabilité civile _____	 211
§1 . Les bases d'une théorie générale de la sanction en droit _____	211
A . La véritable source de la sanction juridique _____	211
1 . La prescription de la sanction par la norme violée : échec de la conception usuelle _____	211
2 . L'interprétation du texte normatif violé : véritable source de la sanction _____	215
a . La remise en cause de la notion de norme de la conception usuelle _____	215
b . La véritable source de la sanction juridique _____	224
B . Les trois niveaux sémantiques de la sanction juridique _____	225
1 . L'existence des niveaux sémantiques de la sanction juridique _____	226

a . L'existence étymologique des niveaux sémantiques de la sanction juridique _____	226
b . L'existence empirique des niveaux sémantiques de la sanction juridique _____	228
2 . La nécessaire distinction entre trois niveaux sémantiques de la sanction juridique _____	231
a . Le niveau empirique de la sanction _____	231
i . La sanction en tant qu'effet de droit _____	231
ii . La sanction en tant que consécration du droit _____	234
b . Le niveau fondamental de la sanction _____	236
c . Le niveau conceptuel de la sanction _____	236
§2 . Les éléments d'une notion de sanction préventive en responsabilité civile _____	237
A . La possibilité de la notion de sanction préventive dans la conception interprétative de la sanction juridique _____	238
1 . Les obstacles de la conception usuelle surmontés dans la conception interprétative _____	238
a . L'acceptation non « rétributive » de la sanction dans la conception interprétative _____	238
b . L'appréhension non "conséquentialiste" de la sanction dans la conception interprétative _____	239
2 . L'émergence de la sanction préventive à partir des caractères des manifestations préventives _____	240
a . L'impossible émergence de la sanction préventive à partir des conditions ou des fondements juridiques des manifestations préventives _____	240
b . L'incontestable émergence de la sanction préventive à partir de certains caractères des manifestations préventives _____	241
B . La spécificité de la notion de sanction préventive dans le droit de la responsabilité civile _____	242
1 . L'introuvable spécificité de la sanction préventive dans la présentation traditionnelle du droit de la responsabilité civile _____	243
2 . La véritable spécificité de la sanction préventive dans la présentation inversée du droit de la responsabilité civile _____	243

PARTIE 2 L'influence de la sanction préventive sur le droit de la responsabilité civile _ 251

TITRE 1 L'influence de la sanction préventive sur les conditions de la responsabilité civile _____ 253

CHAPITRE 1 . Le bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile _____	255
SECTION 1 . L'ampleur du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile _____	256
§1 . Le démembrement de la condition du préjudice _____	256
A . Le risque de préjudice, condition limitée _____	257
1 . Les manifestations du risque de préjudice en droit positif _____	257
a . les manifestations du risque de préjudice dans l'atteinte à un intérêt _____	257
b . Les manifestations du risque de préjudice dans le trouble anormal ou illicite _____	260
2 . La proposition doctrinale de la condition du risque de préjudice _____	261
B . La dissociation du dommage et du préjudice, condition éprouvée _____	264
1 . Le préjudice objectif, voie vers la condition du prononcé d'une sanction préventive _____	264
2 . La dissociation du dommage et du préjudice, condition nécessaire et suffisante du prononcé d'une sanction préventive. _____	265
§2 . L'extension du fait générateur _____	268
A . L'extension matérielle du fait générateur _____	269
1 . Les faits générateurs subjectifs _____	269
a . L'obligation préexistante _____	269
i . Le devoir général de prudence _____	269
ii . Les manifestations d'une obligation de prévention des dommages au sein des causes d'exonération _____	271
b . Le fait illicite _____	273
2 . Les faits générateurs objectifs _____	276
B . L'extension temporelle du fait générateur _____	278
1 . Le risque d'illicéité du fait générateur _____	279

2 . La dissociation entre le fait dommageable et le fait générateur _____	280
§3 . L'assouplissement du lien de causalité _____	282
A . Les manifestations de l'assouplissement du lien de causalité _____	283
1 . L'assouplissement du lien de causalité par l'accueil de la causalité scientifique _____	283
2 . L'assouplissement du lien de causalité par le dévoiement de certaines notions juridiques _____	285
B . Les conséquences de l'assouplissement du lien de causalité _____	287
1 . Conséquences sur la notion de causalité _____	287
2 . Conséquences sur le prononcé d'une sanction préventive _____	290
SECTION 2 . L'origine du bouleversement des conditions selon la doctrine de la responsabilité civile _____	293
§1 . Le déclin de la faute ou l'origine retracée par la doctrine du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile _____	293
A . Le constat de la crise : le déséquilibre du « système responsabilité » _____	293
B . L'origine de la crise : le déclin de la faute _____	296
§2 . Le recouvrement de la faute, ou la volonté doctrinale de redonner cohérence au droit de la responsabilité civile _____	297
CHAPITRE 2 . Les raisons du bouleversement des conditions d'engagement de la responsabilité civile _____	301
SECTION 1 . Les raisons induites d'une généalogie du droit fondamental de la responsabilité civile _____	302
§1 . Généalogie du droit fondamental moderne de la responsabilité civile _____	302
A . La reconfiguration du droit fondamental avec l'avènement de la responsabilité du fait des choses _____	302
1 . L'avènement du principe général de responsabilité objective du fait des choses _____	302
2 . Genèse de l'avènement d'un principe général de responsabilité objective du fait des choses _____	304
3 . Généalogie du savoir fondamental nécessaire à l'avènement du principe général d'une responsabilité objective du fait des choses _____	305
B . Les conséquences structurelles de la reconfiguration du savoir doctrinal sur notre représentation de la responsabilité civile _____	306
1 . Une nouvelle approche de la normativité du droit de la responsabilité civile _____	306
2 . L'influence des constructions doctrinales sur le concept de responsabilité civile _____	310
3 . La mise à nu du sens minimal du concept de responsabilité en droit civil _____	311
§2 . Généalogie du savoir contemporain de la responsabilité civile _____	314
A . La similitude entre les questionnements moderne et contemporain dans le droit fondamental de la responsabilité civile _____	314
1 . La sanction préventive ou l'envers de la crise de la responsabilité civile _____	315
2 . Les dimensions de la sanction préventive ou la preuve de l'échec du droit fondamental contemporain _____	316
B . La nécessité d'une évolution du droit fondamental de la responsabilité civile _____	319
1 . Le risque d'arbitraire lié à une approche pragmatique de la normativité du droit de la responsabilité civile _____	319
2 . L'absence d'une figure ontologie de l'être responsable _____	321
a . Le constat de l'absence d'une figure ontologique de l'être-responsable _____	322
b . Les propositions palliant l'absence d'une figure ontologique de l'être-responsable _____	323
i . La philosophie de Paul Ricœur _____	323
ii . La philosophie d'Emmanuel Levinas _____	326
iii . La philosophie de Jacques Derrida _____	327
3 . Une nécessaire distinction méthodologique entre les niveaux de théorie générale de la responsabilité civile et du droit positif _____	330
SECTION 2 . Les raisons déduites de l'équilibre des fonctions de la responsabilité civile _____	333
§1 . Les raisons non déductibles du constat doctrinal du déséquilibre des fonctions de la responsabilité civile _____	333
A . La présentation traditionnelle de la responsabilité civile par ses trois fonctions normative, indemnitrice et dissuasive _____	333

B . La présentation sociologique des fonctions du droit _____	335
§2 . Les raisons déduites d'une observation sociologique de l'équilibre des fonctions de la responsabilité civile _____	338
A . Le déséquilibre apparent entre les fonctions de la responsabilité civile sous l'angle de la dimension instrumentale _____	338
1 . L'opérationnalisation des fonctions de la responsabilité civile _____	338
a . L'opérationnalisation de la fonction réparatrice de la responsabilité civile _____	339
b . L'opérationnalisation de la fonction préventive de la responsabilité civile _____	340
c . L'opérationnalisation de la fonction répressive de la responsabilité civile _____	345
2 . La structuration des fonctions de la responsabilité civile _____	346
a . La structuration des fonctions de la responsabilité civile par le législateur _____	347
b . La structuration des fonctions de la responsabilité civile par le juge _____	349
c . La structuration des fonctions de la responsabilité civile par la doctrine _____	350
B . L'équilibre vertueux entre les fonctions de la responsabilité civile sous l'angle de la dimension symbolique _____	352
1 . La légitimation des fonctions de la responsabilité civile _____	352
a . Les fonctions de la responsabilité et leur valeur _____	353
b . La coexistence des fonctions et l'exclusivisme des valeurs _____	356
2 . L'iconographie des fonctions de la responsabilité civile _____	356

TITRE 2 L'influence de la sanction préventive sur les effets de la responsabilité civile 363

CHAPITRE 1 . La découverte du principe de prévention proportionnelle _____	365
SECTION 1 . Les limites du principe de réparation intégrale _____	365
§1 . Les limites internes au principe de réparation intégrale _____	365
A . Les fausses limites inhérentes au principe de réparation intégrale _____	366
B . Les véritables limites inhérentes au principe de réparation intégrale _____	369
1 . L'impossible surévaluation du préjudice par le principe de réparation intégrale _____	369
a . Une impossibilité due à la fonction du principe de réparation intégrale _____	369
b . Une impossibilité due au caractère intégral du principe de réparation intégrale _____	371
2 . L'impossible pré-évaluation du préjudice par le principe de réparation intégrale _____	373
§2 . Les limites externes au principe de réparation intégrale _____	374
SECTION 2 . L'identification du principe de prévention proportionnelle _____	377
§1 . L'identification de la nature du principe de prévention proportionnelle _____	378
A . Le principe de prévention proportionnelle, un principe d'interprétation _____	378
1 . Le contenu du principe de prévention proportionnelle _____	378
a . la technique de prévision judiciaire du dommage _____	378
b . Le droit à la prévention du dommage _____	380
2 . La qualification de principe du principe de prévention proportionnelle _____	383
B . La finalité préventive et le caractère intégral du principe de prévention proportionnelle _____	385
1 . La finalité préventive du principe de prévention proportionnelle _____	385
a . Le principe téléologique de la prévention proportionnelle _____	385
b . Le sens large de la prévention mise en œuvre par le principe _____	387
2 . La nature proportionnelle du principe de prévention proportionnelle _____	388
§2 . L'identification de l'origine du principe de prévention proportionnelle _____	389
A . L'origine retracée dans la conception aristotélicienne du droit _____	389
1 . La remise en cause de l'origine du principe de réparation intégrale dans la justice corrective d'Aristote _____	390
2 . L'impasse de l'origine du principe de prévention proportionnelle dans la prudence aristotélicienne _____	391
B . L'origine située dans la proportionnalité _____	394
1 . L'origine formelle de la technique du principe de prévention proportionnelle: la technique de la proportionnalité _____	394

2 . L'origine matérielle du droit d'action du principe de prévention proportionnelle : le principe de la proportionnalité _____	396
CHAPITRE 2 . Pour une représentation de la responsabilité civile par ses effets _____	399
SECTION 1 . La possibilité d'une représentation de la responsabilité civile par ses effets : La théorie proposée de la mise en effet des normes _____	400
§1 . Une théorie manquante : la mise en effet des normes _____	400
A . La nécessaire notion d'effectivité désirée _____	401
B . La notion proposée d'effectivité désirée _____	403
1 . La notion d'effectivité en droit et en sociologie _____	403
a . La notion d'effectivité en droit _____	404
b . La notion d'effectivité en sociologie _____	405
2 . La notion d'effectivité désirée, une effectivité inversée _____	406
§2 . Une théorie pertinente pour les sanctions préventives _____	408
A . L'impasse de la notion de surdétermination _____	408
B . Pour la reconnaissance d'une théorie de la mise en effet des normes _____	412
SECTION 2 . Les apports de la représentation de la responsabilité civile par ses effets : La cohérence retrouvée de la responsabilité civile _____	421
§1 . Une typologie comparée des sanctions de la responsabilité civile : la cohérence permise _____	421
A . Les éléments d'une typologie des sanctions préventives de la responsabilité civile _____	421
1 . La double nature des sanctions préventives _____	422
2 . Les quatre catégories de sanctions préventives _____	422
B . Le contenu de la typologie comparée des sanctions préventives de la responsabilité civile _____	423
1 . Une typologie pratique des sanctions préventives de la responsabilité civile _____	423
a . Les sanctions préventives du dommage _____	424
i . Mesure d'anticipation _____	424
ii . Mesure de cessation _____	425
b . Les sanctions préventives du préjudice _____	427
i . Dommages et intérêts anticipés _____	427
ii . Dommages et intérêts majorés _____	428
2 . Une typologie critique des distinctions de la science du droit de la responsabilité civile _____	429
§2 . Des actions réajustées pour la responsabilité civile : la cohérence acquise _____	430
A . Le réajustement des actions contentieuses du droit de la responsabilité civile _____	431
1 . Une double action préventive _____	431
a . Une action en anticipation du fait dommageable et une action en cessation du fait générateur _____	431
i . L'action en anticipation du fait dommageable _____	431
ii . L'action en cessation du fait générateur _____	434
b . Une action collective _____	435
i . Les carences des actuelles actions collectives _____	435
ii . L'introduction d'une action de groupe _____	437
2 . Une action réparatrice dédoublée _____	440
a . Les sources de l'incohérence de l'action en réparation _____	440
b . Le dédoublement de l'action en réparation par la compensation stricte et la compensation dissuasive _____	444
B . La proposition d'une action précontentieuse en droit de la responsabilité civile _____	447
CONCLUSION GENERALE _____	453
ANNEXES _____	459
BIBLIOGRAPHIE _____	463
INDEX ALPHABETIQUE _____	496
TABLE DES MATIERES _____	500