



FAUT-IL RECONNAÎTRE UNE LIBERTÉ FONDAMENTALE DE PRENDRE DES RISQUES ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 16 NOVEMBRE 2015

PAR HUGO BARBIER*

Faut-il reconnaître une liberté fondamentale de prendre des risques ?

Aujourd'hui, cette question semble présente partout et nulle part à la fois.

Partout, car beaucoup des grands débats publics et juridiques qui divisent nos parlementaires, animent nos prétoires, nourrissent nos revues juridiques et nos journaux, posent cette question en dernier ressort. Un dirigeant de société peut-il adopter une gestion risquée sans être sanctionné pour faute de gestion ? Un banquier peut-il accorder un crédit périlleux sans encourir de sanction pour crédit excessif ? Un laboratoire ou une entreprise industrielle peuvent-ils librement développer des produits innovants aux dangers non encore cernés sans être rattrapés par le principe de précaution ?

Nulle part pourtant, en un sens, car la liberté de prendre des risques demeure encore non formulée en droit. Ni le législateur ni les juges n'emploient l'expression. Certainement est-elle considérée au-dessus du droit, comme un principe trop éthéré pour être directement appréhendé par le juriste, ou au-dessous de lui, comme simple soubassement philosophique de certaines questions juridiques. En tout cas, elle n'est pas à hauteur de droit.

Or n'est-il pas temps de prendre acte de l'apparition dans l'espace juridique, voire l'envahissement de l'espace juridique, par la

problématique de la prise de risque et de poser directement, techniquement, la question de savoir quel est le sort que le droit doit réserver à cette liberté ?

Une telle reconnaissance juridique semble pourtant bien intempestive et paradoxale dans une société où le risque est partout traqué. Mais en réalité, le paradoxe n'est qu'apparent.

L'admission d'une liberté au sein de l'ordre juridique ne s'opère pas lorsqu'elle fait l'objet d'un consensus social. Point n'est alors besoin de fourbir des armes pour sa défense ou d'ailleurs de forger un carcan pour son cantonnement. Cette reconnaissance advient, au contraire, lorsque cette liberté fait l'objet d'un *dissensus*, d'une tension¹.

C'est par exemple comme cela qu'est née la liberté constitutionnelle d'entreprendre. On a toujours pu entreprendre, sans que le droit éprouve le besoin de reconnaître une liberté d'entreprendre. Et puis au XXe siècle, l'essor du droit du travail, de la consommation, de la concurrence, qui venaient fragiliser cette liberté, a conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître la liberté d'entreprendre, à la fois pour la protéger d'atteintes injustifiées, mais aussi pour en cerner les limites².

* Hugo Barbier est professeur à l'Université Aix-Marseille, responsable du master recherches Droit économique.

1 - V. sur le phénomène de conversion de questions longtemps restées philosophiques, morales ou sociales, en questions juridiques lorsqu'elles donnent lieu « *au contentieux, au scandale, à la revendication sociale* » : Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, 2009, n° 111, p. 80.

2 - V. la célèbre décision : Cons. const., 16 janvier 1981, Nationalisations, 81-132 DC. Sur cette nécessité de glisser

Or le XXI^e siècle est marqué par la montée en puissance de « l'exigence de sécurité » – pour reprendre le titre d'un fameux colloque organisé à Aix-en-Provence par le doyen Jacques Mestre³ – exigence traduite par le développement du droit de la santé, de l'environnement, mais aussi du droit des sociétés et du droit financier. Le nombre des devoirs de sécurité pesant sur les entreprises et les banques s'est considérablement développé, et plus largement, le principe de précaution s'est imposé comme la norme reine en matière de risque.

D'où la question d'une éventuelle reconnaissance de la liberté de prendre des risques ; là encore, c'est essentiel, non pas uniquement afin de la protéger à tout prix, mais pour lui apporter des limites raisonnables quand celles-ci s'imposent ; en somme, donner sa juste place à cette liberté dans notre ordre juridique et social.

Avant d'envisager techniquement les enjeux d'une telle reconnaissance, peuvent être brièvement mentionnés les bienfaits d'ordre général de cette liberté.

Le premier est économique et social. Est-il besoin de rappeler à quel point sont étroitement liées la prise de risque et l'innovation. Chacun garde à l'esprit l'apport de la pensée de Schumpeter, faisant de l'entrepreneur celui qui sait prendre des risques pour innover⁴ ; mais les travaux économiques se sont multipliés ces dernières années qui confortent et affinent son analyse sans jamais la démentir⁵.

Plus profondément peut-être, son deuxième mérite est moral et philosophique. Une telle liberté est nécessaire au développement de cha-

cun. Comme le soulignaient Aristote⁶, Saint-Thomas⁷, Ihering encore⁸, la liberté d'agir donne l'occasion à l'individu de développer son sens critique, sa capacité d'analyse, et finalement sa capacité de prudence⁹.

Le troisième est purement juridique et politique. Rappelons combien dans un contexte de concurrence des droits, il est bon que la France adresse un signal fort quant à la compétitivité de son système juridique. L'affirmation d'un certain nombre de normes finalement assez décourageantes pour l'initiative économique, ne peut aller sans compensation, sans soutien symbolique, principal, de notre droit à l'égard de l'entreprise.

Ce sont ces vertus que je voudrais maintenant incarner davantage, en évoquant d'abord les intérêts pratiques que pourrait représenter une telle reconnaissance, pour ensuite voir les pistes normatives pour la reconnaître.

I - Les intérêts pratiques

Les intérêts pratiques résident tous dans une seule et même idée. Aujourd'hui s'est imposée face au risque une logique d'interdiction-protection, une logique du risque acceptable où l'État est tenté de décider à la place des individus les risques qu'ils sont susceptibles de prendre ou non. Or la reconnaissance d'une liberté de prendre des risques permet de lui substituer une logique de liberté-responsabilité, de réintroduire une logique du risque accepté. Le droit doit veiller à laisser, dans une certaine mesure, les individus libres de prendre des risques, pour ensuite leur faire assumer le poids des risques acceptés.

On peut mener cette réflexion à partir des deux maillons principaux de la chaîne économique, les entreprises et les banques, en s'appuyant sur différentes décisions de justice qui contiennent déjà en germe l'idée de liberté de prendre des risques sans l'explicitier vrai-

de l'ancienne liberté du commerce et de l'industrie, destinée surtout à protéger le commerçant des corps intermédiaires vers la plus nouvelle liberté d'entreprendre davantage tournée vers les relations à l'intérieur de l'entreprise et celles avec la société en général et l'environnement : H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011, n° 5 et 119 et s. ; V. Fraissinier, *La liberté d'entreprendre*, Th. dactyl., 2006, spéc. p. 85 et s.

3 - *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité*, J. Mestre (dir.), PUAM, 2000.

4 - J. Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique*, t. 1, L'âge des fondateurs, 1954, rééd. 2004, Gallimard, p. 311. ; V. récemment G. Teboul, « La prise de risque en droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2014, n° 354, p. 3.

5 - V. S. Boutillier, « L'entrepreneur entre risque et innovation », in *Innovation croissance et crise*, Cahiers d'économie de l'innovation, n° 3, t. 2, p. 53 et s., spéc. p. 57 et s.

6 - Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VI, 5, 1140 b 20 ; sur l'explication de cette définition : P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, 4^e éd. 2004, p. 34.

7 - Saint Thomas d'Aquin, *La prudence*, Somme théologique, IIa IIae, questions 47 à 56, éd. du Cerf, 2006, spéc. question 51, p. 135 et s. ; M. Viley, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, reprint, 2002, p. 134.

8 - Rud. von Jhering, *L'esprit du droit romain*, T. II, Arnaldo Forni editore, reprint, 2004, p. 88, p. 130 et s.

9 - V. sur l'ensemble : H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, op. cit., n° 43 et s.

ment. En somme, la liberté de prendre des risques affleure dans le droit positif.

A - Les intérêts pratiques pour les entreprises

Prenons tout d'abord la responsabilité du dirigeant de société ; notamment lorsqu'elle est engagée sur le fondement du fameux article L. 651-2 du code de commerce, c'est-à-dire sur le fondement de l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

Raisonnons à partir d'un exemple tout à fait révélateur, celui du choix fait par le dirigeant de pratiquer la politique du client unique. Privilégier un client, c'est s'exposer à un risque de dépendance de ce client, et de graves difficultés en cas de rupture de relation commerciale avec lui.

La logique d'interdiction-protection pourrait amener le juge à sanctionner le dirigeant pour avoir fait ce choix¹⁰.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris est à cet égard porteur en germe de cette logique de liberté de prendre des risques. Le dirigeant d'une société de publicité l'avait progressivement inféodée à la société Hachette. À la rupture de leur relation, la chute de son chiffre d'affaires de 32 millions à 2 millions de francs avait été fatale à la société. Le liquidateur y voyait le résultat prévisible de la politique téméraire du dirigeant, alors que ce dernier aurait pu profiter des années fastes pour diversifier la clientèle de la société. Pourtant, par un arrêt du 17 juin 2005, la cour d'appel de Paris retient que « *la dépendance économique dont a été victime la société ne constituait pas une faute de M. P. (le gérant) mais une prise de risque* »¹¹.

Mais une fois cela dit, l'on peut pousser un peu plus loin la réflexion à partir de cet exemple de la politique du client unique menée par une entreprise. La liberté qui lui est ainsi laissée doit également emporter un devoir d'assumer le risque pris sans pouvoir le faire supporter aux autres, notamment pas au fameux client unique en question qui aurait finalement rompu cette relation commerciale établie.

C'est là qu'entre en scène un autre texte que l'article L. 651-2 du code de commerce, qui est tout aussi fameux et qui doit lui aussi être lu à la lumière de la liberté de prendre des risques : c'est l'article L. 442-6, I, 5^e du code de commerce. Cet article doit être appliqué avec beaucoup moins de sévérité à l'encontre de l'auteur de la rupture lorsque son partenaire a délibérément choisi de se placer en situation de dépendance, en intensifiant la relation commerciale au fil des ans. L'auteur de la rupture ne porte pas la responsabilité de ce risque, si bien qu'il n'a pas à en supporter les conséquences.

Est particulièrement révélateur à cet égard un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 14 décembre 2012, à propos de la rupture des relations commerciales établies entre un fabricant de maille et la société Chanel.

Le fabricant était devenu un fournisseur de plus en plus important de la société Chanel, le volume d'affaires entre les sociétés augmentant d'année en année au point d'avoir été multiplié par 200 en six ans et représentant 90% du chiffre d'affaires du fabricant. Cette augmentation régulière du volume d'affaires avec la société Chanel l'avait amené à faire de lourds investissements pour répondre aux commandes de celle-ci et à sacrifier le reste de sa clientèle au profit de cette dernière.

Alors qu'à la rupture de cette relation, le fabricant avait demandé des dommages-intérêts pour rupture brutale, la cour lui a très justement répondu que « *la situation de dépendance économique imputée aux sociétés Chanel est de la responsabilité de la société World Tricot qui a pris le risque de consacrer un potentiel de réalisation d'échantillonnage trop important au profit des seules sociétés Chanel en délaissant la possibilité de réaliser des échantillons au profit d'autres clients afin de réduire sa dépendance économique par rapport à un seul client ; ... cette prise de risque est de la seule responsabilité de la société World Tricot qui ne peut reprocher (à Chanel) de l'avoir empêchée de rechercher d'autres clients afin de circonvenir sa dépendance* ».

C'est là que l'on voit se mettre en place une logique d'ensemble. Liberté de prise de risque d'un côté, via la mise à l'écart de l'article L. 651-2 du code de commerce, et devoir d'assumer les conséquences de ces risques, via l'application de l'article L. 442-6, I, 5^e du même code.

Pour conclure sur ce point, on peut citer une dernière décision un peu plus ancienne de la cour d'appel de Douai du 15 mars 2001 qui achève le tableau. Un fournisseur avait été délaissé brutalement par son distributeur unique,

10 - Ou d'ailleurs pour avoir fait le choix inverse de diversifier l'activité et la clientèle de la société : V. Tribunal de commerce d'Evreux pour une décision du 18 juin 1992, réformée par CA Rouen, 2 juin 1994, juris-data n° 048598.

11 - CA Paris, 17 juin 2005, juris-data n° 278918.

Auchan, et lui demandait des dommages-intérêts. Après avoir relevé que l'état de dépendance du fournisseur vis-à-vis de son client ne lui avait en rien été imposé et avait été de son intérêt, les juges relèvent que « *la société PBC (le fournisseur) ne pouvait pas ne pas être consciente des risques qu'elle encourait du chef d'une telle dépendance. Les revenus générés par les exercices 1995 et 1996 donnaient à ces dirigeants les moyens de pratiquer d'autres investissements plutôt que de procéder à des distributions de dividendes. En agissant comme ils l'ont fait, les dirigeants de la société PBC ont délibérément accepté un risque* ». Et les juges d'évaluer la part de ce risque dans le préjudice à hauteur de 25% non imputables à l'auteur de la rupture qui voit ainsi sa responsabilité réduite d'un quart.

Enfin pour en terminer avec la responsabilité des dirigeants, on peut citer une décision très récente qui ne convainc qu'à moitié. Le 10 mars dernier, la Cour de cassation a eu à se prononcer à nouveau sur « *le péché originel de sous-capitalisation* » comme Bruno Dondero a pu le nommer¹². Le dirigeant peut-il se voir reprocher d'avoir laissé démarrer une société avec des fonds propres inexistant malgré le besoin de financement initial de celle-ci ?

Plusieurs décisions avaient reconnu la responsabilité du dirigeant pour avoir accepté de prendre les rênes d'une société sous-capitalisée¹³. Or dans son arrêt du 10 mars 2015, la Cour de cassation revient sur cette jurisprudence¹⁴. Censurant un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui avait condamné la gérante à combler le passif social, elle affirme que « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion* ».

La décision de la Cour de cassation est peut-être techniquement compréhensible. La sous-capitalisation est une décision d'associés non de

dirigeant... quoique¹⁵. Mais ne faut-il pas d'une manière ou d'une autre sanctionner le démarrage d'une société sous-capitalisée ? La liberté de prendre des risques implique comme on vient de le voir le devoir de les assumer. Commencer une société qui a besoin de financement sans lui donner les moyens de se financer, c'est à la fois prendre un risque et ne pas l'assumer. C'est une prise de risque qu'aurait aimé Alexandre Dumas fils, l'écrivain disait en effet : « *les affaires, c'est facile, c'est l'argent des autres* ».

Alors du moins pourrait-on envisager de responsabiliser les associés pour cette décision. Chacun sait à cet égard que les associés d'une société sont, depuis un important arrêt du 18 février 2014, responsables de la faute séparable de leurs attributions¹⁶, à l'image de la responsabilité du dirigeant pour faute séparable de ses fonctions. Cette faute est une « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé* ». Or la sous-capitalisation pourrait peut-être être vue comme intentionnelle, potentiellement grave, et incompatible avec les prérogatives d'associés¹⁷. Ce serait une manière de loger à peu près à la même enseigne l'entrepreneur qui crée une EIRL sans lui affecter les biens nécessaires à son fonctionnement, et le ou les entrepreneurs créant une EURL ou une SARL ou SAS et qui ne lui apportent rien.

Quittons désormais le terrain de la prise de risque des entreprises saisie par le droit des sociétés et des procédures collectives pour en venir à son appréhension d'un point de vue fiscal. Là encore, la reconnaissance d'une liberté de prise de risque permet d'éclairer une notion, fiscale cette fois, celle de l'acte anormal de gestion.

12 - B. Dondero, « Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif : une clarification bienvenue », in le blog du professeur Bruno Dondero, 18 mars 2015, <http://brunodondero.com>.

13 - Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12.004, Rev. sociétés 1996, p. 840, note T. Bruguier ; Defrénois 1996, p. 935, obs. P. Le Cannu ; BJS 1996, p. 613, obs. A. Couret ; CA Rouen, 20 oct. 1983, D. 1985, jur., p. 561, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1984, p. 764, note M.-N. Le-grand.

14 - Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-15.505, LPA 2015, n° 116, p. 16, note E. Garaud. Adde dans le même sens : Cass. com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755.

15 - La décision de prendre les rênes de la société sous-capitalisée est tout de même bien une décision du dirigeant. Par ailleurs, ce dernier peut en être sanctionné indirectement sur le fondement d'une faute qui lui serait propre liée à cette sous-capitalisation initiale. V. CA Dijon, 30 juin 2005, n° 27 : RBDF 2006, obs. F.-X. Lucas : « *le fait de créer une société sans posséder ni les connaissances nécessaires pour la faire fonctionner ni les fonds indispensables, et de prendre dès l'origine des engagements financiers mensuels insupportables constitue une faute de gestion grave puisqu'elle prive dès l'origine la société de toute chance d'obtenir un résultat positif* ». En ce sens : E. Garaud, note ss. Cass. com., 10 mars 2015, LPA juin 2015, p. 16.

16 - Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.252, JCP E 2014, 1160, note B. Dondero ; BJS 2014, p. 382, note B. Fages.

17 - V. en ce sens : E. Garaud, note ss. Cass. com., 10 mars 2015, LPA juin 2015, p. 16.

Chacun connaît cette grande exception au principe de déductibilité des dépenses d'une société. Si ces dépenses correspondent à des actes anormaux de gestion, elles ne sont pas déductibles et l'administration redresse l'entreprise.

À nouveau, si l'on n'identifie pas la liberté de prendre des risques, la prise de risque d'une entreprise peut être trop vite qualifiée d'acte anormal de gestion. C'est ce qu'a eu parfois tendance à faire l'administration ces dernières années mais le Conseil d'État est intervenu, notamment il y a peu, dans un important arrêt du 23 janvier 2015 qui mobilise implicitement la notion de liberté de prendre des risques¹⁸.

En l'espèce, une filiale française d'un groupe italien assurait une activité de distribution en France des produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques du groupe. Cette activité se limitait jusqu'en 1998 à la commercialisation d'un seul produit. Or ce produit devant cesser d'être remboursé par la sécurité sociale, il serait bientôt moins vendu. Le distributeur français décida de diversifier son activité pour compenser la diminution anticipée de chiffre d'affaires, en distribuant un second produit. Pour ce faire, elle se lança dans une politique de promotion du second produit particulièrement coûteuse et risquée. C'est la déductibilité de ces dépenses promotionnelles et publicitaires que contestait l'administration fiscale sur le terrain de l'acte anormal de gestion. La cour d'appel de Paris lui donna raison, relevant que « *les risques auxquels se serait exposée la société requérante en engageant des dépenses de promotion importantes* » ne relevaient pas d'une gestion commerciale normale.

Fort heureusement, le Conseil d'État annule la décision en énonçant qu'« *il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion ; que, dès lors, en regardant comme ne relevant pas d'une gestion commerciale normale le choix, par la société, de l'ampleur de la campagne de lancement et de promotion d'un produit, en se fondant, notamment, sur le dépassement du taux moyen de ces dépenses par rapport au chiffre d'affaires constaté pour le secteur économique considéré, la cour a méconnu ce principe* »¹⁹.

18 - CE, 9^e et 10^e ss-sect., 23 janv. 2015, n° 369214, SAS Rottapharm, Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268.

19 - Certes, la prise de risques manifestement excessifs peut être vue comme un acte anormal de gestion, CE, 8^e et 3^e ss-sect., 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps, Dr. fisc.

Là encore, l'administration doit reconnaître le jeu de la liberté de prendre des risques des entreprises. Le fisc aura en effet beau jeu de taxer les fruits de la prise de risque si celle-ci est gagnante, par la perception de la TVA et de l'impôt sur les sociétés notamment ! Il ne peut donc pas taxer également en amont les racines de cette prise de risque.

B - Les enjeux pour les banques

Laissons maintenant les entrepreneurs, pour aller vers les financiers. Car la prise de risque entrepreneuriale n'est possible que si elle est soutenue par une prise de risque bancaire et financière.

Là encore, la logique d'une interdiction-protection, la logique du risque acceptable a pu envahir ces dernières années la prise de risques bancaires.

C'est d'abord et surtout en matière de services d'investissement que cette logique s'est invitée. Lorsque le banquier agit comme prestataire de services d'investissement, la jurisprudence française a longtemps pu adopter la logique du risque accepté. Par le fameux arrêt « Buon », la Cour de cassation avait mis en place un simple devoir de mise en garde de l'investisseur profane lors d'une opération spéculative par son prestataire de services d'investissement²⁰. Une fois la mise en garde effectuée, si l'investisseur persistait, le prestataire était dégagé de toute responsabilité. La directive européenne dite « MIF » a tenu à aller plus loin et a décidé de contraindre le banquier à un devoir d'effectuer des tests d'adaptation de l'investissement aux capacités et besoins de l'investisseur²¹. En cas de test négatif, le prestataire doit s'abstenir de contracter²².

2011, n° 25, comm. 399, concl. L. Olléon, note O. Fouquet ; RJF 7/2011, n° 783, chron. C. Raquin, p. 699. - V. Y. Rutschmann et J. Gayral, « Le risque manifestement excessif : immixtion rampante dans la gestion de l'entreprise ou simple garde-fou ? », Dr. fisc. 2012, n° 45, 500. Néanmoins, cette décision invite à une appréciation étroite de cette exception. *Adde* dans le même sens : CE, 3^e et 8^e ss-sect., 11 juin 2014, n° 363168, Sté Fralsen holding, JurisData n° 2014-021211.

20 - Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. com., 23 févr. 1993, D. 1993, jur., p. 424, note I. Najjar ; RTD com. 1993, p. 557, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; I. Dumoulin, « Le devoir de mise en garde de l'investisseur », RDBF novembre-décembre 2007, p. 102 et s.

21 - Pour les cas où l'investissement s'accompagne d'un conseil ou d'une gestion de portefeuille, c'est le test poussé dit d'« adéquation » qui doit être opéré. Pour les autres

Or cette logique financière ne doit pas s'épancher sur la logique bancaire. Bien qu'il soit naturel que le droit bancaire s'inspire du droit financier et réciproquement tant ils sont imbriqués, il n'y a pas de parallélisme nécessaire. Il n'est en effet pas souhaitable que se développe un devoir de refuser des crédits perçus comme trop risqués de la part du banquier dispensateur de crédit.

Fort heureusement, dans la responsabilité du banquier à l'égard de tiers, la logique d'interdiction-protection a été abandonnée, au moins sur le terrain des procédures collectives, par le fameux article L. 650-1 du code de commerce. Le risque que prend le banquier à soutenir une entreprise en grande difficulté économique ne peut en lui-même lui être imputé à faute. On sait qu'il faudra en outre caractériser sa fraude, son immixtion, sa prise de garantie disproportionnée²³. Cette dernière exception est d'ailleurs la plus intéressante. Elle illustre la logique de liberté-responsabilité. Le banquier peut librement prendre le risque de soutenir une entreprise en difficulté, mais il doit assumer ce risque et ne pas se surprotéger.

Dans la responsabilité du banquier à l'égard de son client, ensuite et surtout, l'interdiction faite au banquier de prendre certains risques de crédit doit rester marginale ; tout au plus cantonnée aux crédits à la consommation²⁴. On ne saurait aller plus loin. La liberté de prendre des risques du client et du banquier doit être reconnue. Et cela doit avoir trois conséquences.

Premièrement, la liberté de prendre des risques doit éclairer la compréhension du devoir de mise en garde. Il ne faudrait pas que le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti dérive vers un devoir de ne pas contracter du banquier dont la mise

en garde n'aurait en rien entamé la détermination à s'endetter du candidat à l'emprunt. L'emprunteur, s'il a été mis en garde, ne doit pas pouvoir engager la responsabilité du banquier pour prêt excessif s'il a persisté dans son choix. C'est pour l'instant, semble-t-il, la solution retenue par la Cour de cassation²⁵.

Deuxièmement, on sait qu'en cas de manquement au devoir de mise en garde, le client, puisqu'il conserve le choix de contracter ou non, ne peut demander réparation que de la perte de chance de ne pas contracter et non l'entier préjudice résultant du crédit²⁶. Ici, il faut insister sur l'importance de cette idée. Il ne doit pas paraître choquant qu'un juge minore assez largement les dommages-intérêts versés à l'emprunteur s'il apparaît que celui-ci n'aurait guère écouté la mise en garde de son banquier, tant on sait que le client est souvent sourd aux avertissements.

Enfin troisième conséquence, qui concerne cette fois tout devoir d'information du banquier sur les caractéristiques et risques d'un crédit ou d'un produit financier. Le client victime de la mauvaise information doit ensuite tout faire pour que sa prise de risque initiale, mal informée, ne produise pas par la suite de conséquences trop néfastes pour lui, sinon il devra en assumer les conséquences.

À cet égard, mérite d'être cité un arrêt rendu le 14 novembre 2014 par la chambre commerciale de la Cour de cassation illustrant cette problématique particulière.

Il s'agissait en l'espèce d'un dirigeant de société qui avait par ailleurs décidé d'investir en bourse, notamment dans des warrants. Au moment de l'ouverture du compte titre et de la transmission d'un premier ordre, la banque avait omis de transmettre au client une note d'informations sur les risques attachés à ces instruments financiers. Sa faute était donc incontestable. Mais le client, après avoir essuyé les premiers revers, lesquels avaient abouti à un

cas, c'est simplement le test du « caractère approprié », moins approfondi, qui doit être effectué.

22 - Th. Bonneau, Fr. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, n° 391, p. 529 ; R. Vabres, « Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier », JCP G 2012, I, 1052, n° 7 et s.

23 - Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, Banque et droit 2012, n° 143, p. 44, note N. Rontchevsky ; JCP E 2012, p. 34, note D. Legeais.

24 - On sait qu'elle est désormais de mise en matière de crédit à la consommation au travers du test de solvabilité que doit faire le banquier en vertu de l'article L. 311-9 du code de la consommation. En revanche, n'a finalement pas prospéré le devoir de ne pas contracter du banquier en matière de crédit immobilier conçu par la proposition de directive 2011/0062 du 31 mars 2011 sur les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

25 - On le voit d'ailleurs à ce que la Cour de cassation définit le préjudice du client non averti et non mis en garde comme une perte de chance de ne pas contracter, démontrant ainsi que ce dernier conservait sa liberté de persister dans le crédit demandé malgré la mise en garde du banquier : V. par ex. Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354, obs. B. Bury, Gaz. Pal., 6 mars 2010, p. 25 ; *idem* pour la caution : Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, JCP G 2009, 482, note S. Piédelièvre ; JCP E 2009, 2053, obs. D. Legeais ; Banque et droit 2010, p. 20, note Th. Bonneau ; RLDC 2009, n° 66, p. 28, note J.-J. Ansault.

26 - *Ibid.*

découvert du compte, avait persévéré et augmenté encore son exposition au risque.

Les juges n'ont donc pas hésité à partager la responsabilité entre la banque et son client, en observant que ce dernier « *bien que donneur d'ordre non averti, était à même, du fait de son expérience professionnelle de dirigeant d'une société florissante, de s'inquiéter des lourdes pertes financières éprouvées, dont il avait forcément connaissance, et de freiner ainsi ses velléités de spéculateur néophyte ; qu'il relève encore que M. M. a pris des risques déraisonnables en investissant aussi massivement sur le marché des warrants et qu'il a été particulièrement imprudent en cherchant à compenser les pertes subies par des investissements de plus en plus importants* ».

C'est d'ailleurs, au passage, un arrêt qui ne fait rien d'autre que reconnaître subrepticement le devoir de limiter son dommage, alors même que ce devoir n'est pas encore reconnu de manière générale dans notre droit, et ce, au nom du principe de réparation intégrale du préjudice. Or le devoir de minimiser son dommage économique peut être utilisé parfois afin de faire assumer un risque pris par une entreprise dans la gestion du dommage qu'elle subit en raison d'une faute contractuelle ou délictuelle.

II - Les solutions normatives

Comme on vient de le voir, la liberté de prendre des risques affleure dans une série de normes légales et de décisions jurisprudentielles, sans être pour l'instant encore véritablement identifiée comme telle et consacrée. Mais le pas normatif à franchir n'a rien d'insurmontable. Il existe des voies de reconnaissance de la liberté de prendre des risques, dont l'une des utilités, sur laquelle il faut insister, serait de renverser l'analyse du devoir de précaution, vu non plus comme un principe au sens technique du terme, mais comme une exception à la liberté de prendre des risques.

A - Les voies de reconnaissance de la liberté de prendre des risques

Une fois dit qu'il serait bon que soit affirmée, d'une manière ou d'une autre, quelque part, dans notre droit, l'existence d'une liberté de prendre des risques, comment s'y prendre ? À quoi la rattacher ?

Elle n'est citée nulle part dans les textes fondamentaux. Notre constitution notamment ne la mentionne pas comme chacun le sait. Est-ce un obstacle dirimant à sa reconnaissance ? Certainement pas. Ni la liberté d'entreprendre ni la

liberté contractuelle ne sont inscrites dans les textes, elles ont pourtant toutes deux valeur constitutionnelle²⁷. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas en effet à reconnaître une liberté qui n'est pas explicitement citée par un texte, mais qui est abritée par une autre dont elle est le corollaire, le complément nécessaire, ou encore dont elle est une composante. La liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle justement, ont été rattachées au bloc constitutionnel comme des arborescences de la liberté d'agir reconnue à tout homme par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁸.

Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il été amené à reconnaître ces libertés pour les élever au plus haut rang normatif qui soit ? On le devine. C'est lorsque celles-ci ont été remises en cause, c'est-à-dire lorsque la liberté contractuelle s'est heurtée à un ordre public grandissant et la liberté d'entreprendre à des contraintes sociales et environnementales toujours plus fortes²⁹.

On sait par exemple que la liberté d'entreprendre n'a été identifiée et reconnue par le Conseil constitutionnel que lorsque des normes du droit du travail, du droit de la consommation et de la concurrence l'ont menacée³⁰. Afin de procéder à un contrôle de proportionnalité, de mise en balance des intérêts, le Conseil a été poussé à élever la liberté d'entreprendre au rang de norme constitutionnelle, et ce, en contrepoint des droits constitutionnellement reconnus aux salariés, aux consommateurs ou aux concurrents.

On pourrait donc imaginer un chemin semblable pour la liberté de prendre des risques. Tant qu'elle n'était pas menacée en tant que telle, elle n'avait pas à être « juridicisée ». En revanche, depuis qu'ont éclos un grand nombre de normes de sécurité, principe constitutionnel de précaution en tête, il faut bien, afin d'opérer une mise en balance des intérêts, un contrôle de

27 - Pour la liberté d'entreprendre : Cons. const., 16 janvier 1981. Pour la liberté contractuelle : Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, Rec., p. 190.

28 - L'article 4 de la DDHC joue en cela un rôle matriciel comme cela a pu être révélé : V. B. Mathieu, « Pour la reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D. 1995, chron. p. 211 et s.

29 - V. sur cela H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, op. cit., n° 5 et 119 et s.

30 - *Ibid.*, n° 5.2 et 121 et s.

proportionnalité, trouver un contrepois à ce principe de précaution. On peut donc tout à fait concevoir de rattacher la liberté de prendre des risques à la liberté d'entreprendre. Elle en est après tout une composante. Sans elle, la liberté d'entreprendre est en quelque sorte platonique, privée d'une partie de sa substance réelle et de son effectivité³¹.

Sans entrer davantage dans le détail de ces considérations normatives, on peut d'ores et déjà constater que la reconnaissance normative d'une telle liberté ne se heurte en tout cas à aucun obstacle technique.

Pour se convaincre qu'une telle reconnaissance produirait immédiatement des conséquences techniques concrètes, abordons pour terminer, précisément les rapports normatifs entre cette liberté et le devoir de précaution. La question de leur articulation est fondamentale et invite en réalité, une fois reconnue l'existence d'une liberté de prendre des risques, à renverser la manière d'analyser et surtout d'appliquer le devoir de précaution.

B - L'exception de précaution

Les différentes étapes de l'avènement du devoir de précaution et sa pénétration dans l'ordre juridique à tous les niveaux, international³², puis européen³³, puis finalement national³⁴, sont

31 - On peut ainsi faire de la liberté de prendre des risques une liberté dérivée de la liberté d'entreprendre, ou même, la rattacher directement à l'article 4 de la DDHC, pour en faire alors une composante de la liberté d'agir reconnue par ce texte : V. pour de plus amples développements sur ce point : H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, *op. cit.*, n° 96 et s.

32 - C'est essentiellement par la voie des conférences, notamment la conférence de Rio de 1992 que le principe a été affirmé. Toutefois, les organes judiciaires de l'OMC restent peu enclins à l'utiliser : voy. L. Gradoni et H. Ruiz Fabri, « Droit de l'OMC et précaution à la lumière des affaires OGM », *D.* 2008, p. 1532 et s.

33 - TPICE, 26 nov. 2002, *Artegodan*, aff. T-74/00 et s. sur lequel voy. N. de Sadeleer, « Le principe de précaution, du slogan à la règle de droit », *Dr. env.* 2000-3, p. 14 et s. ; l'article 174-2 du traité sur l'Union européenne affirme que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est « fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ».

34 - Article 200-1 du code rural : « l'absence de certitude, 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 dommage grave et irréversible de l'environnement à un coût économiquement acceptable » ; et surtout la constitutionnalisation du principe par adossement de la Charte de l'environnement à la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 : voy. par exemple M. Verpeaux, « La

connues³⁵. Les querelles sur l'existence même de ce devoir ont largement cessé. Reste maintenant à déterminer la place qu'il doit occuper au sein du droit.

Comme chacun le sait, le devoir de précaution est qualifié de principe. Cette qualification est tout aussi généralisée que discutable d'un point de vue technique.

Certes, en droit, le terme de principe est polysémique et ne compte pas moins de sept définitions recensées par le vocabulaire de l'association Capitant³⁶. Il va de soi que le principe de précaution répond au moins à l'une de ces définitions, et demeure, à cet égard un principe³⁷.

Mais est-ce à dire qu'il est un principe qui ferait des règles qui lui sont opposées, des exceptions ? Certainement pas. C'est en effet une autre définition du terme principe qui pose son aptitude à faire des normes contradictoires des exceptions : « règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas, par opposition à exception »³⁸.

Si le principe de précaution devait répondre à cette dernière définition, alors il faudrait admettre que toutes les règles de droit qui s'opposent au principe de précaution sont juridiquement des exceptions. Il faudrait par exemple penser que la liberté d'entreprendre, avec la liberté de prendre des risques qu'elle suppose, n'est qu'une exception au principe de précaution, incluse dans « un texte spécial » ou représentant « une dérogation particulière ». La liberté d'entreprendre, dérogation particulière ?

Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution », *Environnement* avril 2005, p. 6 et s.

35 - Voy. par exemple M. Boutonnet et A. Guégan, « Historique du principe de précaution », in *Le principe de précaution*, Rapport au premier ministre par Ph. Kourilsky et G. Viney, La doc. fr., 2000, p. 253 et s., et plus récemment : M.-A. Hermitte, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.* 2008, p. 1518 et s. ; adde Ch. Noiville, « La lente maturation jurisprudentielle du principe de précaution », *D.* 2008, p. 1515 et s.

36 - G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 720.

37 - Par exemple, le devoir de précaution est bien, au minimum et pour les plus sceptiques, un principe au regard d'une première définition : « règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques » (*ibid.*, définition n°1). ou encore, pour ceux qui sont convaincus de sa force positive, au regard d'une deuxième : « règle générale établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure » (*ibid.*, définition n°2).

38 - *Ibid.*, définition n°5.

Les mots sonnent mal. Chacun le perçoit, la logique classique est inversée. C'est pourtant bien le devoir de précaution qui restreint le champ de la liberté d'entreprendre, et non la liberté d'entreprendre qui restreint le champ du devoir de précaution.

L'inversion n'est pas anodine. La distinction entre principe et exception n'est en effet pas neutre. Elle est un moyen au service d'une fin, une technique normative destinée à satisfaire les besoins de régulation d'un temps³⁹. Le libéralisme juridique impose par essence que la liberté soit de principe et que ses restrictions soient l'exception⁴⁰. C'est là d'ailleurs un principe général du droit⁴¹. Plus encore, l'idée est inscrite au frontispice de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans son article 5⁴². Toute permutation du principe de liberté en exception serait extrêmement pernicieuse. Elle témoignerait de l'ascendant définitif pris par l'exigence de sécurité sur la foi en la liberté.

Aussi faut-il clairement affirmer, à notre sens, qu'au regard de ce dernier sens du terme principe, le devoir de précaution est techniquement une exception à la liberté d'entreprendre ou de recherche, ou à toute autre liberté juridiquement reconnue *de lege lata*, et *de lege ferenda* à la liberté de prendre des risques.

C'est justement cette requalification du principe de précaution en exception de précaution

qui permet de bâtir un régime propre à cantonner ce devoir dans des limites raisonnables⁴³.

Premièrement, toute exception est d'interprétation stricte. Il serait particulièrement utile d'asseoir ainsi l'idée selon laquelle le devoir de précaution doit s'interpréter strictement. Il est cantonné à des situations de fait bien précises et ne saurait être extrapolé par analogie à d'autres hypothèses que celles que les textes qui le visent expressément, ni plus généralement voir ses conditions d'application appréciées de manière large.

Deuxièmement, la charge de la preuve de la réunion des critères d'application du devoir de précaution repose sur celui qui invoque cette exception. Son contradicteur a pour lui le principe de liberté.

Troisièmement, l'atteinte par cette exception à la liberté de principe ne peut être que nécessaire et proportionnée.

Pour clore cette proposition et cette conférence, je citerai une expression que Jean-Marc Mousseron – cela fera plaisir aux Montpelliérains de l'association Droit et commerce – employait à propos de la liberté contractuelle. Il disait que celle-ci, malgré toutes les atteintes qu'elle connaissait, devait rester un « principe de départ »⁴⁴. On doit en dire autant de la liberté de prendre des risques. Je vous remercie.

39 - Voy. en ce sens J.-M. De Moy, *L'exception en droit privé*, Th. dactyl., Rennes 2009, *passim*.

40 - *Favor libertatis*, le principe est déjà de droit romain. Le Digeste l'énonçait très clairement à propos des procès de liberté (dig. 40, 12, 30 ; 50, 17, 122). Les Glossateurs lui ont ensuite donné une portée plus générale : *in dubio pro libertate respondendum* : voy. par exemple : J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 286, p. 530.

41 - Voy. par exemple : B. Jeannot, *Les principes généraux en droit administratif*, Sirey, 1954, p. 41 et s. L'affirmation est constante au moins depuis l'arrêt Baldy du Conseil d'État du 10 août 1917, selon les conclusions demeurées célèbres du président Corneille : « le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est explicitement ou implicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et que la restriction de police l'exception », *Rec. Lebon*, 1917, p. 637.

42 - « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». C'est là ce qu'il faut appeler le postulat libéral, pensé comme tel par les auteurs de la déclaration : voy. S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 223 et s.

43 - V. pour de plus amples développements H. Barbier, *La liberté de prendre des risques, op. cit.*, n° 326 et s.

44 - J.-M. Mousseron, « Un principe de départ : la liberté contractuelle », *JCP* 1995, p. 5 et s.