

# UNIVERSITÉ DE TOURS

*ÉCOLE DOCTORALE « Sciences de la société : Territoires, Économie,  
Droit »*

IRJI

**THÈSE** présentée par :

**Audrey BOURGOIN**

soutenue le : **03 avril 2019**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Tours**

Discipline/ Spécialité : **Droit privé**

<p><b>LE TRAITEMENT DU DOMMAGE EXTRA CONTRACTUEL NON ENCORE SURVENU</b></p>
-------------------------------------------------------------------------------------

**THÈSE dirigée par :**

**Monsieur LEDUC Fabrice**

Professeur, Université de Tours

**RAPPORTEURS :**

**Madame HOCQUET-BERG Sophie**

Professeur, Université de Lorraine

**Monsieur JOURDAIN Patrice**

Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

---

**JURY :**

**Madame DUGUE Marie**

Professeur, Université de Tours

**Madame HOCQUET-BERG Sophie**

Professeur, Université de Lorraine

**Monsieur JOURDAIN Patrice**

Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Monsieur LEDUC Fabrice**

Professeur, Université de Tours

**Madame VIGNON-BARRAULT Aline**

Professeur, Université d'Angers



*A mes enfants,  
A Cédric,  
A mes parents et à mon frère,*

L'université de Tours n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

# Remerciements

La réalisation de cette thèse de doctorat n'aurait pas été possible sans l'accompagnement, la très grande pédagogie, l'écoute, le sens critique, la disponibilité, la patience, et la profonde humanité de Monsieur le Professeur Leduc. Qu'il en soit ici infiniment remercié.

J'adresse également mes plus vifs remerciements aux membres du jury.

Je tiens, en outre, à remercier tout particulièrement ma grande amie pour ses précieux conseils et son soutien tout au long de ces longues années de recherche.

Je souhaite, de plus, remercier mon ami et collègue de recherche, Florent, pour son soutien indéfectible et ce, malgré mon éloignement géographique progressif et sa précieuse relecture de mes travaux.

Je remercie également mes amis et collègues, Mélanie, Anthony, Sofian et Benjamin, pour leur amitié, leur aide logistique et les échanges riches que nous avons pu avoir sur les travaux de recherche.

Je tiens enfin à remercier mon compagnon, mes parents, mon frère et mon fils, Dorian, pour leurs encouragements et leur patience. Ce fut extrêmement précieux !

## Résumé

Trois types de dommages non encore survenus, dont la distinction repose sur la probabilité d'occurrence, peuvent être identifiés : le dommage futur, le dommage possible et le dommage hypothétique. Le droit de la responsabilité extracontractuelle ne comporte pas de dispositions relatives au traitement de ces types de dommage. Ce sont les magistrats qui ont, de toute pièce, construit le traitement du dommage non encore survenu, à partir des textes existants. Eu égard à sa source, celui-ci demeure tantôt nébuleux tantôt incohérent. C'est pourquoi, il convient de remettre de l'ordre.

Plus qu'un traitement, ce sont en réalité trois traitements que nous avons pu recenser et qui sont appelés à varier selon le type de dommage non encore survenu auquel la victime est exposée. Tandis que le premier traitement réside dans la prévention du dommage non encore survenu, le deuxième consiste, quant à lui, en la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Le troisième et dernier traitement réside dans la réparation ou dans l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices finaux qui pourraient résulter d'un dommage non encore advenu. Des variations de régime illustrent, en outre, la différence de probabilité d'occurrence du dommage entre le dommage futur, le dommage possible et le dommage hypothétique pour chacun de ces traitements.

### **Mots-clés**

Dommege non encore survenu – Dommege futur – Dommege possible – Dommege hypothétique – Mesures de prévention – Cessation de l'illicite – Dommege imminent – Trouble manifestement illicite – Mesure de réparation – Réparation intégrale – Réparation provisionnelle – Réparation éventuelle.

## Résumé en anglais

Three types of loss or damage can be identified according to the probability of such loss or damage occurring: future loss or damage, possible loss or damage and hypothetical loss or damage. Extracontractual liability does not include any provisions relating to the treatment of this type of loss or damage. It is the judges who have determined how to treat loss or damage that has not yet occurred, based on existing law. As a result, treatment remains nebulous at best and incoherent at worst which is why the question needs to be addressed.

Rather than one type of treatment, we have identified three types of treatment that vary according to the type of loss or damage that has not yet occurred. Unlike the first treatment is based on the prevention of the loss or damage that has not yet occurred, the second type of treatment consist of compensation for actual loss or damage resulting from exposure to loss or damage that has not yet occurred. The last type of treatment is based on compensation or anticipated evaluation of final loss or damage as the result of the loss or damage that has not yet occurred. Variations in the treatment applied also illustrate the difference in the probability of occurrence between future loss or damage, possible loss or damage and hypothetical loss or damage.

### **Keywords**

Loss or damage that has not yet occurred - Future loss or damage - Possible loss or damage - Hypothetical loss or damage - Preventive measures - Cessation of unlawful activity - Imminent loss or damage - Unlawful disturbance - Compensatory measure - Full compensation - Provisional compensation - Potential compensation

# Sommaire

INTRODUCTION.....	13
-------------------	----

## PREMIERE PARTIE

LA PREVENTION DU DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....	40
--------------------------------------------------	----

<i>Chapitre 1. La prévention du dommage non encore survenu en référé.....</i>	<i>42</i>
-------------------------------------------------------------------------------	-----------

<i>Chapitre 2. La prévention du dommage non encore survenu au fond.....</i>	<i>67</i>
-----------------------------------------------------------------------------	-----------

## DEUXIEME PARTIE

LA REPARATION DES PREJUDICES ACTUELS RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....	111
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Chapitre 1. La typologie des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....</i>	<i>113</i>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

<i>Chapitre 2. Le régime juridique de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....</i>	<i>187</i>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

## TROISIEME PARTIE

LE TRAITEMENT ANTICIPE DES PREJUDICES NON ENCORE ACTUELS AFFERENTS A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....	239
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Chapitre 1. La réparation immédiate des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage futur.....</i>	<i>241</i>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

<i>Chapitre 2. L'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible.....</i>	<i>258</i>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

CONCLUSION.....	289
-----------------	-----

BIBLIOGRAPHIE.....	293
--------------------	-----

INDEX.....	310
------------	-----

TABLE DES MATIERES.....	315
-------------------------	-----



# Liste des principales abréviations

- A -

*Adde* : ajouter

AFP : Agence France-Presse

AJCA : Actualité juridique contrats d'affaires

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AJDI : Actualité juridique de droit immobilier

AJDP : Actualité juridique de droit pénal

AJ famille : Actualité Juridique famille

al. : alinéa

Arch. Philo. Droit : Archives de philosophie du droit

art. : article

Ass. Plen. : Assemblée Plénière

- B -

BDEI : Lamy Bulletin du Droit de l'environnement industriel

Bibl. de droit privé : Bibliothèque de droit privé

Bull. civ. : Bulletin des arrêts d'une chambre civile de la Cour de cassation (le numéro de la formation est précisé)

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Bull. soc. : Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation

Bull. com. : Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation

- C -

C. civ. : Code civil

C. comm. : Code de commerce

C. consom. : Code de la consommation

CPC : Code de procédure civile

Code des proc. civiles d'exécution : Code des procédures civiles d'exécution

coll. : collection

CA : Cour d'Appel

CAA : Cour administrative d'appel

C.C.C. : Contrat concurrence consommation

CE : Conseil d'Etat

Ch. : Chambre

Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Chron. : Chronique

civ. : Chambre civile de la Cour de cassation (Numéro de la Chambre précisé)

CJUE : Cour de Justice de l'Union européenne

Cnrtl : Centre national de ressources textuelles et Lexicales

Comm. : Commentaire

comp. : Comparaison

Cons. Cons. : Conseil Constitutionnel

Concl. : Conclusions

CPH : Conseil de prud'hommes

- D -

D. : Dalloz (Recueil)

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DH : Dalloz (de 1924 à 1940)

ss. la dir. : sous la direction de

Doctr. : Doctrine

Dr. Adm. : Droit administratif

Dr. et patr. : Droit et patrimoine

Dr. soc. : Droit social

- E -

éd. : édition

Et alii. : et autres

ex. : exemple

- F -

Fasc. : fascicule

- G -

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

- I -

ibid. : ibidem (cité à la référence précédente)

in : dans

infra : au-dessous de

IR : Informations rapides

- J -

JAC : Journal des accidents collectifs

J.-Cl. : encyclopédie Jurisclasseur  
(dénomination de l'encyclopédie précisée)

JCP : Juris-Classeur Périodique (Semaine  
Juridique)

JCP E : Juris-Classeur Périodique (Semaine  
Juridique édition entreprise)

JCP G : Juris-Classeur Périodique (Semaine  
Juridique édition générale)

JCP N : Juris-Classeur Périodique (Semaine  
Juridique édition notariale)

JCP S : Juris-Classeur Périodique (Semaine  
Juridique édition sociale)

JLS : Jurisprudence Sociale Lamy

Jur. : Jurisprudence

- L -

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de  
Jurisprudence

LPA : Les petites affiches

- N -

n° : numéro

NS : numéro spécial

Nouv. Bibl. de Thèses : Nouvelle  
Bibliothèque de Thèses

- O -

Obs. : Observations

op. cit. : opere citato (dans l'ouvrage cité)

- P -

p. : page

P. ex. : par exemple

préc. : précité

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille

PUF : Presses universitaires de France

- R -

rappr. : rapprocher

RDC : Revue des contrats

RDI : Revue de droit immobilier

RDP : Revue de droit public

Rep. dalloz : Répertoire dalloz

Req. : Chambre des requêtes de la Cour de  
cassation

RGD : Revue générale du droit

RIDC : revue internationale de droit comparé

RJDA : Revue juridique de droit des affaires

RJE : Revue juridique de l'environnement

R.J.O. : Revue juridique de l'ouest

RLDC : Revue Lamy de droit civil

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit  
commercial et de droit économique

RCA : Responsabilité civile et assurances

RRJ. Droit prospectif : Revue de recherche  
juridique. Droit prospectif

- S -

s. : et suivant(e)s

S. : Sirey (recueil)

Somm. : sommaire

Spéc. : spécialement

SSL : Semaine sociale Lamy

Suppl. : Supplément

Supra : au-dessus de

- T -

t. : tome

TC : Tribunal des conflits

TGI : Tribunal de grande instance

th. : thèse

th. préc. : thèse précitée

Thèmes et comm. : Thèmes et commentaires

TI : Tribunal d'instance

Trib. Corr. : Tribunal correctionnel

- V -

vol. : volume

V<sup>o</sup> : voir



# Introduction

**1. Première vue.** Oscar Wilde affirmait, dans le portrait de Dorian Gray, qu'« effacer le passé, on le peut toujours : c'est une affaire de regret, de désaveu, d'oubli. Mais on n'évite pas l'avenir »<sup>1</sup>. Il faut alors composer avec le caractère incertain qui caractérise profondément l'avenir et, par là même, les événements défavorables – telle la survenance d'un dommage – qui le jonchent. L'on pourrait s'en étonner mais ce n'est pas tant la réalisation du dommage qui va nous préoccuper dans la présente étude mais davantage la perspective de sa survenance, lorsque celle-ci peut être perçue. Si elle est pressentie, la perspective de réalisation d'un dommage sera susceptible, en fonction de la physionomie de la situation, de générer chez la personne qui y est exposée une réaction. Cette dernière consistera à rechercher dans le Droit une forme de protection ou de compensation.

**2. Définition du dommage non encore survenu.** Le plus souvent, le dommage survient dans le temps qui suit le fait générateur de responsabilité. C'est pourquoi, jusqu'à

---

1 O. WILDE, *Le portrait de Dorian Gray*, Gallimard, 1992.

récemment, les ouvrages ne réservaient l'essentiel de leurs développements qu'au *damnum jam factum*<sup>2</sup>, c'est-à-dire au dommage survenu. D'utilisation courante, l'adjectif « survenu » désigne un événement qui est arrivé, intervenu à l'improviste, brusquement<sup>3</sup>. Pour en cerner les contours, les dictionnaires usuels renvoient aux adjectifs « apparu », « manifesté » et « produit ». En d'autres termes, lorsqu'il est associé au vocable « dommage », l'adjectif « survenu » désigne une atteinte primaire qui s'est révélée « clairement dans son existence ou sa nature »<sup>4</sup>, qui est venue à l'être<sup>5</sup>, qui est arrivée<sup>6</sup>. Ainsi compris, le dommage survenu est un dommage actuel, un dommage qui est en acte, qui « se réalise ou est réalisé »<sup>7</sup>.

Il arrive, plus rarement, que la réalisation du dommage ne soit pas concomitante au fait générateur de responsabilité. C'est dans cette situation que pointe un dommage non encore survenu. A l'inverse du dommage survenu, le dommage non encore survenu est un dommage qui peut se produire mais qui « ne s'est pas, pour le moment, produit »<sup>8</sup>. A l'heure où le constat est dressé, le dommage n'est donc pas advenu mais est redouté, avec une force de conviction plus ou moins grande quant à sa réalisation qui est fonction de la probabilité d'occurrence du dommage. Il place la personne qui y est exposée, c'est-à-dire la victime, dans une situation d'expectative par rapport à sa survenance. « C'est donc un dommage qui n'est pas encore arrivé, mais qui peut se réaliser d'un moment à l'autre »<sup>9</sup>. Depuis le début de la deuxième décennie du vingt-et-unième siècle, certains ouvrages ont commencé à consacrer plusieurs paragraphes au dommage non encore survenu, montrant ainsi le signe d'un intérêt grandissant. *Per se*, le dommage non encore survenu se contente de désigner un dommage dont on redoute la réalisation sans pour autant savoir si elle peut intervenir et, le cas échéant, avec quel degré de certitude. De la sorte, les hypothèses de dommage non encore survenu sont hétérogènes.

---

2 L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.77.

3 A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001, V° Survenu.

4 *Ibid.*, V° Se manifester.

5 *Ibid.*, V° Apparaître.

6 *Ibid.*, V° Se produire.

7 *Ibid.*, V° Actuel.

8 *Ibid.*, V° Encore.

9 A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889, p.8 ; Digeste, D 39, 2 « Damnum infectum est, damnum nondum factum, quod futurum veremur ».

**3. Typologie des dommages non encore survenus.** Plusieurs dommages non encore réalisés peuvent être recensés à partir des variations de régime qui leurs sont réservés par les juges. La doctrine, qui s'est consacrée à l'étude du risque<sup>10</sup>, en a identifié deux types. L'on peut s'appuyer sur ses travaux pour construire la typologie des dommages non encore survenus. C'est ainsi qu'elle a isolé, sous des expressions diverses, le « risque avéré » et le « risque suspecté ». Cette typologie n'est pas discutée, à raison, tant les décisions de justice sont extrêmement limpides quant à l'existence de ces deux types de risque. Néanmoins, notre étude ne se contentera pas d'étudier les risques mais, plus globalement, le dommage non encore survenu. Dès lors, outre ces deux risques que nous saisissons par le prisme du dommage, s'y ajoute le dommage futur. La typologie des dommages non encore advenus se compose donc de trois dommages que nous allons respectivement présenter.

**4. Le dommage futur.** Du bas latin « certitudo »<sup>11</sup>, la certitude peut être définie comme le « caractère de ce qui est indubitable »<sup>12</sup>, « qui ne fait pas de doute, qui est l'objet d'une adhésion intellectuelle, d'un sentiment assuré de vérité »<sup>13</sup> et renvoie par là même à « ce qui est sûr »<sup>14</sup>, « déterminé, fixé, bien établi »<sup>15</sup>. Toute assurance est ainsi donnée « à la pensée »<sup>16</sup>. En Droit, la notion de certitude est pluridisciplinaire. Elle se rencontre tant en droit pénal<sup>17</sup> qu'en droit civil<sup>18</sup>. Appliquée au dommage, la condition de certitude

---

10 F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préface A. BENABENT et A. LYON-CAEN, PUF, 2001 ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Préface G. WIEDERKHER, PUAM, 2005 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 444, 2005 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009 ; C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011 ; Le risque, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2011, Avant-propos J. MOURY.

11 A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001, V° Certitude.

12 Le trésor de la langue française informatisé, V° Certitude, <http://www.atilf.atilf.fr/tlf.html>

13 *Ibid.*

14 Cnrtl, V° Certain, <http://www.cnrtl.fr/>

15 *Ibid.*

16 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, Quadrige, PUF, 1991, V° Certitude.

17 A propos de la certitude de la peine, V° C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Ens éditions, 2009, p.283-287 ; A propos de la certitude du lien de causalité, V° Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », Mélanges A. Decocq, une certaine idée du droit, Litec, 2004, p.475.

18 En droit civil, plusieurs exemples peuvent être évoqués : objet certain, créance certaine, date certaine, corps certain. V° Sur ce point, X.-Y. LI-KOTOVTCHIKNE, « Le certain en droit civil », Petites affiches, 6 juillet 1999, n°133, p.12.

est exigée aussi bien en droit de l'Union européenne<sup>19</sup>, en droit administratif français<sup>20</sup> qu'en droit civil français. Dans ce dernier versant du droit, elle concerne aussi bien le droit des contrats<sup>21</sup> que le droit de la responsabilité extracontractuelle<sup>22</sup>.

Un dommage certain s'entend d'un dommage « avéré, indubitable »<sup>23</sup>. A cet égard, « il ne doit pas y avoir de doute de sa réalité »<sup>24</sup>. On songe immédiatement au « dommage qui s'est déjà produit »<sup>25</sup>. Le dommage ayant déjà été causé, il n'y a plus de doute sur sa réalité. Par conséquent, « la probabilité est égale à 1 »<sup>26</sup>. La certitude porte ainsi sur la survenance même de l'événement dommageable.

Néanmoins, au fil des ans, la certitude fut appréciée avec relativité<sup>27</sup> si bien que le dommage certain est, devenu un dommage « si vraisemblable qu'il mérite d'être pris en considération »<sup>28</sup>. Il est doté d'une probabilité qui apparaît suffisante pour accéder au rang de certitude<sup>29</sup>. Dès lors, il en ressort que « la certitude n'implique pas que le

---

19 Le recours en responsabilité extracontractuelle nécessite de rapporter la preuve d'un préjudice certain. <http://europa.eu> ; TPI, 19 octobre 2005, *Cofradia de pescadores de San Pedro de Bermeo*, aff. T-415/03, Rec. p II-000, points 110 et s. : « Selon la jurisprudence, pour que la responsabilité extracontractuelle de la Communauté soit engagée au titre de l'article 288, deuxième alinéa, CE, la personne lésée doit établir la réalité du dommage allégué. Ce préjudice doit être réel et certain (arrêt de la Cour du 27 janvier 1982, *Birra Wührer e.a./Conseil et Commission*, 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 et 5/81, Rec p 85, point 9 ; arrêt du Tribunal, du 2 juillet 2003, *Hameico Stuttgart e.a./ Conseil et Commission*, T-99/98, Rec. p II-2195, point 67), ainsi qu'évaluable (arrêt du Tribunal du 16 janvier 1996, *Candiotte/Conseil*, T-108/94, Rec. p. II-87, point 54)). En revanche, un dommage purement hypothétique et indéterminé ne donne pas droit à réparation (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 11 juillet 1997, *Oleifici Italiani/Commission*, T-267/94, Rec. p II-1239, point 73) ».

20 A propos du caractère certain du dommage, V° J.-P. TANGOURDEAU, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelles de la puissance publique », *AJDA* 1974, p.508 ; C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français, Etude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Préface D. TRUCHET, Bibl. de droit public, LGDJ, t. 228, 2002.

21 Dans le cadre de la responsabilité contractuelle, la victime de l'inexécution ou de la mauvaise exécution doit prouver qu'elle a subi un dommage. Tout comme en droit de la responsabilité extracontractuelle, le dommage doit être certain. V° Sur ce point, Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité contractuelle, G. LEGIER, 1989, n°159.

22 En droit de la responsabilité extracontractuelle, le préjudice doit être certain. Pour un exemple, Cass. 3e civ., 25 février 2009, n°08-11072.

23 J.-Cl Civil Code, Droit à réparation, Conditions de la responsabilité délictuelle, Fasc. 101, S. RETIF, 2005, n°19. L'on retrouve cette même exigence en droit anglais. V° L. REISS, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, Préface P. DELEBECQUE, PUAM, 2003, n°9, p.39

24 J.-Cl. Encyclopédie des Huissiers de Justice, Responsabilité civile, Conditions de la responsabilité, Fasc. 15, N.-F. ALPI, 2002, n°18.

25 J.-Cl Civil Code, Droit à réparation, Conditions de la responsabilité délictuelle, Fasc. 101, S. RETIF, 2005, n°19.

26 A. REY, *Le grand dictionnaire de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001, V° Certitude.

27 A. GUEGAN, « L'application du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000, n°2, p.147-178 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2123.71, p.517.

28 P. LE TOURNEAU, *Op. Cit.*, n°2123.71, p.517.

29 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14e éd., 2011, n°137, p.163 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, Précis Domat, LGDJ, 17e éd., 2018, n°665, p.511. « On voit que la frontière suppose une appréciation du degré de probabilité du dommage futur,



dommage soit, d'ores et déjà, réalisé »<sup>30</sup>. Un dommage qui n'est pas actuel peut donc être certain<sup>31</sup>. Ce dommage, qui est qualifié de dommage futur, est assimilé au dommage actuel. Par trois arrêts, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a admis, le 1er juin 1932, qu'un dommage non encore survenu puisse être réparé dès lors qu'il « apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate »<sup>32</sup>. En l'espèce, des conducteurs d'énergie à haute tension avaient été implantés sur une propriété. Le dommage lié à la gêne qu'occasionnerait dans l'avenir le passage des préposés pour la surveillance et l'entretien de la ligne constitue un dommage futur. Il est en effet certain que le dommage se réalisera dans l'avenir. Le traiter comme un dommage réparable ne relève que du bon sens puisqu'« il serait absurde de le [le juge] contraindre à rejeter une action qu'il devrait admettre le lendemain »<sup>33</sup>. Prenons une autre illustration d'un dommage futur. Il a été jugé que des propriétaires d'immeubles sont exposés à un dommage futur du fait de la présence d'une ancienne carrière de calcaire asphaltique dans la mesure où, quoique les immeubles des requérants n'aient pas encore affectés, les tassements de sol se poursuivront cependant « de façon lente et irrégulière, avec parfois une accélération brutale, imprévisible et dangereuse, et que le sous-sol étant « déconsolidé » d'une manière irréversible, les immeubles seront soumis à plus ou moins brève échéance à de graves désordres voire à un effondrement qui les rendra

---

lequel n'atteint jamais la certitude absolue (la victime impotente peut décéder d'une autre cause et n'avoir pas à exposer les frais d'entretien), ce que traduisent les Principes Unidroit en énonçant que « n'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude » (article 7-4-3) ».

30 Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983, n°15 et s., p.21 et s. ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t.468, 2006, n°788, p.509.

31 Y. CHARTIER, *Op. Cit.*, n°15 et s., p.21 et s.

32 Req., 1<sup>er</sup> juin 1932, D. 1932, 1, jur. p.102, Rapport Pilon ; Cass. Civ., 19 mars 1947, D. 1947, p.313 ; S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjugquée au provisoire », *Mélanges G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.482 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. 6, 8e éd., par N. DEJEAN DE LA BATIE, Paris, Librairies techniques, 1989, n°20, p.38 ; Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°227-228 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOFESSIS, 2008, n°705, p.461 ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 468, 2006, n°782, p.504 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°405, p.350.

Une partie de cette définition a été reprise par le projet de réforme de la responsabilité civile à l'article 1236 : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel ». V° M. DUGUE, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *Droit et patrimoine*, n°269, 1er mai 2017.

33 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préface H. CAPITANT, t. 1, éd. Montchrétien, 5e éd., 1957, n°277-2 et s., p.270 et s.

inhabitables »<sup>34</sup>.

**5. Le dommage possible.** Dénommé « risque certain » ou « risque avéré » parfois par la jurisprudence<sup>35</sup> mais aussi et surtout par la doctrine<sup>36</sup>, ce risque est habituellement présenté comme un risque qui « est perçu mais, en plus, il est possible de lui attribuer une certaine probabilité d'occurrence<sup>37</sup>, ce qui en fait un risque connu »<sup>38</sup>. Certains auteurs ont pu ainsi écrire qu'il s'agissait d'une *contradictio in adjecto* que de parler de « risque certain »<sup>39</sup>. Certes, le risque est par nature incertain mais cette affirmation n'est valable qu'autant que le risque est appréhendé objectivement. *A contrario*, le même risque « peut être subjectivement certain »<sup>40</sup>. La dichotomie entre l'existence objective et l'existence subjective du risque<sup>41</sup> est particulièrement intéressante puisqu'elle permet d'évincer toutes les critiques liées à la qualification de « risque certain ». L'accession à cette qualification induit deux démarches complémentaires. La première est une démarche d'identification du risque à l'aide des divers éléments de preuve fournis par les parties. Elle vise à vérifier l'existence même d'un risque. La seconde est une démarche scientifique consistant à déterminer la prévisibilité de la réalisation du risque. A cette fin, les magistrats vont devoir se livrer à un calcul de probabilités.

Puisque notre étude se focalise sur le dommage non encore survenu, il convient de se placer non pas du point de vue du risque mais de celui du dommage non encore survenu. Il faut trouver un adjectif suffisamment vaste pour y inclure une pléiade de dommages. En effet, cette catégorie de dommage doit comprendre tous les dommages non encore réalisés dotés d'une probabilité d'occurrence, à l'exclusion de celle qui serait trop élevée et qui serait, de la sorte, qualifiée de certitude. Le vocable doit donc

---

34 Cass. 2e civ., 3 mars 1993, n°91-17198.

35 TGI Nanterre, 18 septembre 2008, Gaz. Pal. 2009, n° 28, p.11, note M. Boutonnet. L'expression est toutefois plus utilisée par la doctrine que par la jurisprudence. Bien souvent, la jurisprudence ne qualifie pas le risque si bien que seul le traitement juridique du risque, à savoir la prévention, permet de le qualifier de risque avéré.

36 D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008, n°12, p.25-26.

37 T. FOSSIER et F. LEVEQUE, « Le "presque vrai" et le "pas tout à fait faux" : probabilités et décision juridictionnelle », JCP G 2012, doctr. 427.

38 D. TAPINOS, *Op. Cit.*, n°71, p.60 ; P-L. NIEL, « L'affaire du Distilbène : un nouveau pas vers une application du principe de précaution en matière de responsabilité civile », LPA 2005, n°123, p.22.

39 F. FELDMAN, « Le trouble voisinage du principe de précaution », D. 2009, p.1369.

40 D. TAPINOS, *Op. Cit.*, n°71, p.60.

41 D. TAPINOS, *Op. Cit.*, n°70, p.59.

embrasser dans son spectre les extrêmes que sont le dommage doté d'une probabilité qui sans être trop élevée est haute que celui nanti d'une faible probabilité de réalisation.

Du latin « *possibilis* »<sup>42</sup>, l'adjectif « possible » désigne quelque chose « qui peut se faire, qui peut arriver »<sup>43</sup>, « qui, n'étant pas encore réel, peut cependant se réaliser ; qui, n'étant pas certain, peut cependant être vrai ; qui peut être ou ne pas être »<sup>44</sup>. C'est à notre sens dans le syntagme « dommage possible » que se situe la qualification que nous avons essayé d'approcher. Sur l'échelle de la certitude se situe donc en-deçà du dommage futur le dommage possible.

**6. Illustrations.** A titre d'illustration, l'on peut citer le dommage possible résultant de la défectuosité des prothèses mammaires de la marque Poly implant Prothèse (ci-après PIP ®). A la suite d'un taux anormal de rupture des prothèses mammaires et de la découverte de l'utilisation d'un gel différent de celui qui avait été déclaré lors de la mise en marché, l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé annonce le retrait du marché des implants mammaires commercialisés sous ladite marque. L'agence recommande, dans un premier temps, aux personnes qui portent de telles prothèses de consulter leur chirurgien avant de préconiser, dans un second temps, le retrait à titre préventif des prothèses de la marque PIP ®. Le risque de lymphome anaplasique à grandes cellules, qui survient localement au niveau des tissus mammaires, à proximité de l'implant, est, selon la communauté scientifique, considéré comme un risque qui, tout en existant, reste néanmoins faible<sup>45</sup>. En cela, il constitue un dommage corporel possible. L'on peut évoquer également le cas bien connu des masses instables qui avaient été créées à la suite de travaux de déblayage et de terrassement sur un fonds et qui menaçaient de s'effondrer sur le fonds voisin<sup>46</sup>. C'est encore le cas du dommage matériel voire corporel constitué par la possible chute de grands pins maritimes penchant dangereusement sur la propriété voisine<sup>47</sup>. Toutes ces illustrations montrent la grande variété de dommages possibles à travers une probabilité d'occurrence allant d'un niveau élevé à faible.

---

42 Cnrtl, *V° Possible* <http://www.cnrtl.fr/>

43 *Ibid.*

44 A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001, *V° Possible*.

45 Le nouvel obs, « Prothèses mammaires : « le risque de lymphome existe mais il est faible », 26/11/2011.

46 Cass. 2e civ., 15 mai 2008, n°07-13483, D. 2008, p.2894 obs. P Brun.

47 Exemple tiré de Cass. 3e civ., 10 décembre 2014, n°12-26361.

Reste à appréhender le dernier type de dommage non encore réalisé, dommage qui se trouve tout en bas sur l'échelle de la certitude.

**7. Le dommage hypothétique.** Les auteurs ont également isolé un risque qu'il dénomme « risque potentiel »<sup>48</sup>, « risque hypothétique »<sup>49</sup>, « risque suspecté »<sup>50</sup> ou « risque inconnu »<sup>51</sup>. Ces différentes expressions désignent toutes un risque éveillant les soupçons, la méfiance<sup>52</sup>. Contrairement au dommage possible, le dommage constitué par un risque suspecté ne dispose pas d'une probabilité d'occurrence qui est quantifiable. Ce risque de dommage est simplement perçu<sup>53</sup>. Les connaissances scientifiques actuelles ne permettent pas de disposer d'une expérience suffisante pour attribuer à ce dommage une probabilité de réalisation. En l'état, il est tout au plus possible de soupçonner que de cette activité ou situation, il peut en découler un dommage mais l'on peut tout autant défendre, dans l'incertitude, l'hypothèse contraire. Certains le qualifient de « non-risque »<sup>54</sup> ou de « risque non mesurable »<sup>55</sup> puisque l'incertitude prédomine quant à la réalité du dommage à venir.

Face à la multiplicité des adjectifs pouvant désigner ce dommage, notre préférence va au vocable « hypothétique ». Celui-ci est capable de saisir toutes les illustrations que regroupe ce type de dommage non encore survenu. Du bas latin « hypotheticus », l'adjectif désigne ce « qui n'est pas certain, assuré ; dont l'existence, la réalisation est douteuse »<sup>56</sup>. Il s'agit d'un dommage « qui repose sur une hypothèse; qui n'existe qu'à l'état d'hypothèse »<sup>57</sup>.

---

48 C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution », RLDC 2009, n°59, p.17-22.

49 M. BOUTONNET, « Le risque, condition « de droit » de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? », D. 2009, p.819.

50 D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008.

51 D. TRUCHET, « 12 remarques simples sur le principe de précaution », JCP 2002, act. 138.

52 A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001, V° Suspect.

53 D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008, n°71, p.60.

54 F. EWALD, « Le retour du malin génie. Esquisse d'une philosophie de la précaution », in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. Godard (ss. la dir. de), Éditions de la Maison de l'homme, Paris, 1997, p.113.

55 *Ibid.*

56 Cnrtl, V° Hypothétique, <http://www.cnrtl.fr/>

57 *Ibid.*

**8. Exemples.** Les illustrations jurisprudentielles sont moins nombreuses que pour le dommage futur ou le dommage possible. Il peut d'abord être évoqué le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile. Ce dernier naît, juste avant le passage au nouveau millénaire, des soupçons de certains scientifiques quant à la nocivité des dispositifs émettant des champs électromagnétiques. Plus précisément, ces derniers pourraient, selon eux, avoir une incidence dans l'apparition de cancers et autres pathologies comme la maladie d'Alzheimer chez des sujets régulièrement exposés aux ondes ionisantes, spécialement chez les personnes les plus vulnérables. Tandis que certains rapports scientifiques, relayés par la presse, ont suscité une certaine crainte chez les riverains d'antennes-relais, d'autres rapports n'évoquent pas, quant à eux, le moindre risque pouvant découler de la proximité d'une antenne-relais. Les dommages corporels suspectés constituent donc des dommages hypothétiques. Il peut ensuite être évoqué le contentieux né du risque de pollution que présentait un forage pour l'arrosage du jardin creusé par les propriétaires d'un terrain et situé à proximité d'une source d'eau minérale naturelle destinée à la consommation humaine. Si le risque de pollution n'est pas encore établi en l'espèce<sup>58</sup>, il était au moins suspecté laissant ainsi entrevoir un dommage hypothétique.

La typologie du dommage non encore survenu est à présent complète.

**9. Synonymie des syntagmes « dommage non encore survenu » et « dommage potentiel ».** Il n'est pas rare de croiser le syntagme « dommage potentiel ». Aussi, est-il intéressant de s'interroger sur ses rapports avec celui du « dommage non encore survenu ». L'on commence tout juste à croiser, dans la littérature juridique, l'expression de « dommage potentiel ». Dès lors, se pose la question de son périmètre par rapport à l'expression de dommage non encore survenu. En droit, ce terme ne connaît pas d'existence juridique propre. Aussi, faut-il se tourner vers son acception usuelle. Apparue pour la première fois au XIV<sup>ème</sup> siècle sous le terme « potencial », l'adjectif « potentiel » est introduit dans la langue française vers 1534<sup>59</sup>. Il se compose du mot « potentialis », emprunté au bas latin, dérivé du latin classique « potentia » qui signifie « puissance »<sup>60</sup>. Il naît alors des besoins de la médecine<sup>61</sup> et désigne un remède<sup>62</sup>

---

58 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mars 2010, n°08-19108.

59 A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2<sup>e</sup> éd., 2001, V<sup>o</sup> Potentiel

60 *Ibid.*

61 *Ibid.* ; *Adde* : Le trésor de la langue française informatisé, V<sup>o</sup> Potentiel <http://www.atilf.atilf.fr/>

62 Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, J. DUBOIS (ss. la dir.), Lexis, 1979, V<sup>o</sup> Potentiel ; Plus

« produisant son effet quelque temps après, par opposition à actuel »<sup>63</sup>. Son sens reste inchangé jusqu'au XVIIIème siècle<sup>64</sup>. Par la suite, cette notion devient protéiforme. En philosophie, le mot « potentiel » acquiert une autonomie propre respectivement sous les plumes de J. Lemaire de Belges vers 1505 qui l'emploie pour désigner « un contenu en puissance dans »<sup>65</sup> et de Chateaubriand en 1836 pour indiquer un fait « en puissance, virtuel »<sup>66</sup>. Dans le même temps, en grammaire, « une particule indiquant une condition »<sup>67</sup> est alors dénommée « potentiel ». En 1869<sup>68</sup>, l'adjectif désignait un « mode qui attribue à un événement la possibilité de se produire »<sup>69</sup>. La même année, le vocable « potentiel » est utilisé en mécanique<sup>70</sup> dans le syntagme « énergie potentielle »<sup>71</sup> puis en 1885, dans le domaine de la physique pour définir le champ électromagnétique. Il renvoie à « l'éventualité, la virtualité »<sup>72</sup>. Tel qu'il vient d'être exposé, le terme « potentialité » renvoie au « caractère de ce qui est potentiel »<sup>73</sup>, soit ce qui « existe en puissance »<sup>74</sup> mais qui « n'a pas d'effet actuel »<sup>75</sup>. Il revêt également une seconde acception. Il exprime alors « une possibilité »<sup>76</sup>. Dans le contexte socioéconomique de l'entre deux guerres, le sens initialement prêté au mot « potentiel » disparaît pour ne désigner que la « capacité d'action, de production, de travail »<sup>77</sup> renvoyant par là même au « potentiel de guerre », au « potentiel humain » ou au « potentiel industriel »<sup>78</sup>. Ce n'est qu'en 1958, – une fois les circonstances historiques dépassées – qu'il retrouvera son sens originel<sup>79</sup>. Il reste étroitement lié à ses origines latines puisque le terme même de « puissance » renvoie au « caractère de ce qui peut se produire ou être produit, mais

---

précisément, il désigne une technique médicale – le cautère – destinée à détruire les parties malades ou, à tout le moins, provoquer une révulsion chez le patient. ; Le trésor de la langue française informatisé, V° Potentiel <http://www.atilf.atilf.fr/>

63 A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel.

64 Le trésor de la langue française informatisé, V° Potentiel <http://www.atilf.atilf.fr/>

65 Cnrtl, V° Potentiel <http://www.cnrtl.fr/>

66 *Ibid.*

67 A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel.

68 *Ibid.*

69 Larousse, *Op. Cit.*, V° Potentiel ; A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel. Par la suite, le vocable « conditionnel » viendra s'y substituer pour désigner le mode de conjugaison.

70 A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, Quadrige, PUF, 1991, V° Potentiel.

71 Le trésor de la langue française informatisé, V° Potentiel <http://www.atilf.atilf.fr/>

72 A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel.

73 *Ibid.*

74 M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 444, 2005, n°1046, p.520.

75 A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel ; P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11.

76 A. REY, *Op. Cit.*, V° Potentiel.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 Le trésor de la langue française informatisé, V° Potentiel <http://www.atilf.atilf.fr/>

qui n'est pas actuellement réalisé »<sup>80</sup>. Ainsi défini, le dommage potentiel est doté de la même acception que le dommage non encore survenu. Dans tous les cas, le dommage est perçu. Dans l'esprit des victimes, il s'agit tous de dommages qui peuvent se produire mais qui ne sont pas encore d'ores et déjà advenus.

Si l'apparition des expressions de « dommage non encore survenu » ou de « dommage potentiel » est relativement récente en Droit, ce n'est pas à dire que leur saisie par le Droit soit une problématique nouvelle.

**10. Intérêt pour le traitement du dommage non encore survenu.** Les dommages non encore survenus ont toujours inondé les sociétés<sup>81</sup>. Certes, ces dernières années, de nouvelles situations donnant naissance à des dommages non encore réalisés sont apparues sous l'émergence du progrès technologique<sup>82</sup> mais ce n'est pas tant l'apparition de ces nouvelles situations qui renouvelle la problématique que leur perception<sup>83</sup>. En effet, à l'origine, *ab ovo*, les sujets de droit s'étaient résignés à ne voir, dans le dommage non encore advenu auxquels ils étaient exposés, qu'une expression de la fatalité, le pendant du progrès<sup>84</sup>. Progressivement, au fil des ans, l'image du dommage non encore survenu s'est fortement dégradée. Celui-ci a ainsi acquis une connotation négative<sup>85</sup> bien qu'il soit inévitablement consubstantiel à l'activité humaine<sup>86</sup>. Être protégé contre les

---

80 A. LALANDE, *Op. Cit.*, V° Potentiel.

81 V° Sur ce point, C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir », *D.2004*, p.578 ; D. KESSLER, « Ulrich Beck et la théorie du risque », *Risques*, avril-juin 2002, n°50, p.107 : Les risques ne sont plus dans la nature mais dans la société.

82 C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.2004*, p.578 ; N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Préface G. WIEDERKHER, PUAM, 2005, p.149 ; D. KESSLER, « Anticiper et gérer les risques au XXIe siècle », in *Qu'est-ce que la société ?*, Y. MICHAUD (ss. la dir.), Paris, Odile Jacob, 2000, p.536.

83 S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°3, p.4 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, L'Harmattan, 2008, n°70, p.59. L'auteur distingue l'existence objective du risque c'est-à-dire « le risque à l'état de nature, indépendamment de toute perception par un sujet » de l'existence subjective du risque, soit « le risque en tant qu'il est perçu par un sujet ». Tout comme l'auteur, nous parlons ici d'existence subjective du risque. E. MORIN et A.-B. KERN, *Terre-Patrie*, Ed. du Seuil, mai 1993, p.85 : « la foi dans le progrès » semble avoir disparue ; M. FRANC, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003, p.360 ; O. BORRAZ, *Les politiques du risque*, SciencesPo, Les presses, 2008, p.14.

84 Y. VEROT, « Le risque industriel », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que la société ?*, Paris, Odile Jacob, vol. 3, 2000, p.689.

85 C. H. LOCH et A. HUCHZERMEIER, « Peur du risque ou... de l'innovation », in *Les Echos*, supplément sur l'art de la gestion du risque, 25 octobre 2000, p.2-3.

86 N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Préface G. WIEDERKHER, PUAM, 2005, p.149. Ulrich Beck parle de « société du risque ». V° U. BECK, « Le concept de société du risque », *Risques* oct.-déc. 1997, n°32, p.83-84 ; U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Alto, Aubier, 2001, p.399 ; M. FRANC, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003, p.360.

divers dommages pouvant survenir devient un sujet au cœur de toutes les préoccupations, lesquelles seront entendues puisque l'avènement de l'État-providence<sup>87</sup> marquera le passage à une « civilisation de sécurité »<sup>88</sup>. Désormais, l'individu ne se trouve donc plus seul face aux risques divers de l'existence. La fatalité disparaît au profit d'une nouvelle discipline, celle de la gestion des risques<sup>89</sup>. L'accoutumance de l'individu à cette protection ne pouvait inévitablement avoir pour corrélat que l'accroissement de « la demande sociale de sécurité »<sup>90</sup>, voire même son omniprésence<sup>91</sup>, s'exprimant à chaque nouvelle perspective d'un dommage non encore réalisé. Pour le sociologue Ulrich Beck, nous sommes entrés dans une « société du risque »<sup>92</sup> ou, plus généralement, dans une société du dommage non encore réalisé où toute perspective de celui-ci appelle une demande d'intervention du juge. Craignant pour leur sécurité tant extrapatrimoniale que patrimoniale, les victimes fondent leur demande, en l'absence de dommage survenu, sur une lésion non encore réalisée.

## 11. Le traitement du dommage non encore réalisé dans le temps. Genèse en droit romain. C'est du côté du Droit romain que l'on trouve les prémices du traitement du dommage non encore survenu. En effet, le droit romain réservait une action à la victime

87 F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 2014. La création de la sécurité sociale par les ordonnances du 4 et 19 octobre 1945 permet ainsi aux individus d'être protégés contre les risques divers de l'existence.

88 O. GODARD, « Introduction générale », in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. Godard (ss la dir. de), Éditions de la Maison de l'homme, Paris, 1997, p.23 ; F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préface A. BENABENT et A. LYON-CAEN, PUF, 2001, n°17, p.14 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *Liber amicorum*, G. VINEY, LGDJ, 2008, p.751. L'auteur parle de « société sécuritaire ».

89 D. KESSLER, « Anticiper et gérer les risques au XXIe siècle », in Y. MICHAUD (ss la dir. de), *Qu'est-ce que la société ?*, Paris, Odile Jacob, 2000, p.536 ; P. L. BERSTEIN, « Apprendre à cerner l'incertitude », in *Les Echos*, supplément sur l'art de la gestion du risque, 28 sept. 2000.

90 V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté : étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJDP* 2009, n°2, p.53-57 ; O. GODARD, « Introduction générale », in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. Godard (ss la dir. de), Éditions de la Maison de l'homme, Paris, 1997, p.23.

91 Cette demande sociale de sécurité n'est pas propre au droit de la responsabilité extracontractuelle. Elle se rencontre également en droit du travail, en droit des assurances et en droit pénal. *V°* Sur ce point, J. DELUMEAU, *La peur en Occident*, Fayard, 1978 ; J. DELUMEAU, *Rassurer et protéger*, Fayard, 1989 ; D. DUCLOS et M. DOUGLAS, « L'anthropologie culturelle et le concept de risque », *Risques*, n°19, juil. 1994, p.97 ; A. COMTE-SPONVILLE, « Philosophie de l'assurance », *Risques*, déc. 1997, p.19 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 14e éd., 2017, n°2, p.3. Elle est relayée par les philosophes, sociologues et géographes. P. RICOEUR, « La responsabilité et la fragilité de la vie. Éthique et philosophie de la biologie chez H. JONAS », in *Le Messager européen*, n°5, 1992 ; H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Traduit de l'allemand et présenté par S. CORNILLE et P. IVERNEL, Rivages et payot, 1998 ; D. PECAUD, *Risques et précautions, L'interminable rationalisation du social*, La dispute, 2005 ; R. CASTEL, *L'insécurité sociale*, La République des idées, Seuil, 2003 ; A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 2001 ; H. REEVES avec F. LENOIR, *Mal de Terre*, Seuil, Science ouverte, 2003, p.216 ; L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique, l'arbre, l'animal, l'homme*, Paris, Grasset, 1992, p.160.

92 U. BECK, *La société du risque, Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001



exposée à un dommage potentiel, autrement dénommé le *damnum infectum*<sup>93</sup>, soit en l'occurrence l'action *ex stipulatu*. Cette action est née de la carence de la *Lex Aquilia*<sup>94</sup> et du principe de noxalité<sup>95</sup>. « Il est évident que, pour qui connaît le respect des principes qui caractérise le jurisconsulte romain, cette transformation ne s'est pas faite en un jour. Il a fallu attendre que l'évolution du droit romain se soit accomplie, que le principe d'équité l'ait envahi »<sup>96</sup>. Par la *stipulatio damni infecti* « conclue volontairement ou sur

---

93 C. DAREMBERG et E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, université de Toulouse, Le mirail, t. 1, 1877, V<sup>o</sup> *Damnum infectum* « Le droit romain obligeait, conformément à l'équité, le propriétaire d'un immeuble à ne rien faire qui pût nuire au voisin, ou à réparer un dommage que son fait lui aurait causé. Mais le propriétaire pouvait se soustraire aux dommages-intérêts en faisant l'abandon de l'objet qui avait causé le préjudice ; ainsi, sa maison entraînait-elle en tombant la chute de celle du voisin, les principes généraux lui aurait permis de se libérer en abandonnant les matériaux, qui n'avaient qu'une valeur illusoire [abandon noxal]. Mais la législation avait de bonne heure prévu ce cas, en permettant à celui que menaçait un dommage imminent (*damnum infectum, id est damnum nondum factum, quod futurum veremur*) de prendre des précautions à l'avance » ; O. DESCHAMPS, « le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in *Études offertes à G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.331 : « Le refus de donner caution et ses implications (le refus de donner la *cautio damni infecti* justifiait la *missio in possessionem* (envoi en possession). Cette poursuite de la procédure pouvait être engagée par les mêmes personnes ayant demandé la caution. Elle comprenait deux phases. Un premier décret, émanant soit du prêteur, soit des magistrats municipaux, envoyait le propriétaire menacé en possession. Il permettait la détention conjointement avec tous ceux exerçant la propriété en cas de pluralité de propriétaire. Cette détention donnait le droit de faire les réparations pour éviter la survenance du dommage redouté. Quelle que fut la suite de la procédure, cette situation provisoire aboutissait toujours à l'indemnisation des frais engagés par l'envoyé en possession. Un délai devait être observé pour permettre au propriétaire de se raviser et de fournir la caution. La caution donnée mettait alors un terme à l'envoi en possession. Mais, si là l'expiration du délai, le propriétaire persistait dans son refus, le prêteur, dont la compétence exclusive empêchait toute délégation aux magistrats municipaux, pouvait accorder la propriété sur le fondement d'un second décret. Cette seconde phase, au caractère punitif, supposait une expropriation puis une mise en possession dont le caractère permettait d'usucaper » ; C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2 correspondant aux livres III et IV des Institutes, 2e éd., Marescq Ainé, Paris, 1866, p.253. Cette stipulation est prétorienne. « L'emploi de la *cautio damni infecti* se présente dans deux cas bien distincts. D'abord, lorsqu'une personne, en vertu d'un droit de servitude qui lui appartient, veut faire un certain travail sur le fonds voisin, par exemple réparer un aqueduc, cette personne doit commencer par donner au voisin la caution *damni infecti*, c'est-à-dire promettre de réparer le dommage qu'elle pourra occasionner par le travail dont il s'agit. En second lieu, mon voisin peut exiger de moi la même *cautio* lorsqu'il est à craindre qu'une construction ou qu'un arbre qui m'appartient ne lui nuise en tombant sur son fonds : ne s'étant pas fait donner la *cautio*, il n'aurait contre moi aucune action en indemnité. [...] Suivant les cas, le voisin peut exiger une simple promesse (*nuda repromissio*) ou bien un engagement garanti par fidéjusseurs (*satisdatio*). [...] Sur le refus de fournir la *cautio*, il y aurait tout d'abord un envoi en possession au profit du voisin. Du reste, le magistrat peut rendre successivement deux décrets. En vertu du premier décret, le voisin est mis seulement *in possessione*, et l'effet de ce premier décret s'évanouirait si la *cautio* était fournie. Au bout d'un certain temps, après une *causae cognitio préalable*, le magistrat peut rendre un deuxième décret, en vertu duquel le voisin devient propriétaire : la maison *ruinosa* est mise *in bonis ejus*, et par l'usucapion il peut arriver au *dominium ex jure Quiritium* » ; L. DOMENGET, *Traité élémentaire des actions privées en Droit romain*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1847, n°507, p.264. Cette stipulation prétorienne est un des moyens accordés « par le prêteur pour prévenir, par des garanties, une atteinte possible aux droits ou aux intérêts d'une personne ». Outre la *cautio damni infecti*, il existait également la *cautio legatorum* en matière de succession pour le légataire qui n'obtient pas le paiement dès que les biens de l'actif successoral sont acquis à l'héritier ou encore la *cautio rem salvam fore pupilli* à propos des pupilles confiés à des tuteurs ou curateurs ; E. RECAMIER, « Recherches sur la responsabilité du fait

l'injonction du Prêteur »<sup>97</sup> lorsqu'un dommage menaçait de se produire, le promettant s'engageait d'ores et déjà à verser des dommages-intérêts correspondant à l'étendue des conséquences de la survenance du dommage dans l'hypothèse où, par sa passivité, il avait laissé le dommage se produire en toute connaissance de cause. Au-delà de sa fonction préventive, l'action offrait à la victime l'assurance de voir son dommage réparé, de surcroît, promptement. L'indemnisation était ainsi affectée d'une condition, celle de la survenance du dommage<sup>98</sup>. En plus d'être conditionnelle, l'obligation était *ab initio* à terme. Passé le terme fixé par les parties<sup>99</sup> ou à défaut par le Prêteur<sup>100</sup>, la *stipulatio* devenait caduque<sup>101</sup>. Elle ne concernait presque que l'hypothèse d'un bien menaçant ruine<sup>102</sup>. A l'issue du terme, si le dommage ne s'était toujours pas produit mais que la menace n'avait pas disparu, le demandeur pouvait solliciter une nouvelle *cautio*<sup>103</sup>. Dans l'attente de la survenance du dommage, les droits conférés à la victime par la *stipulatio* n'étaient qu'hypothétiques. Lorsque le dommage était advenu, outre la réalisation de la

---

d'autrui », p.69. « La garantie consistait tantôt en une simple promesse (*cautio*), tantôt dans la dation de fidéjusseur (*satisdatio*). [...] En principe, la *stipulatio damni infecti* ne s'appliquait pas au dommage arrivé avant que la demande eût été portée devant le prêteur. Cependant, Ulpien, d'après Julien, admet deux exceptions : la première, si le propriétaire de la maison tombée en ruines voulait enlever les décombres ; il devait tout enlever, les choses inutiles comme celles qui avaient du prix, et ils devaient garantir la réparation tant du dommage passé que du dommage que pourrait encore causer l'enlèvement des débris. [...] La seconde exception à la règle se produisait dans le cas où un obstacle légitime avait ôté au propriétaire menacé la possibilité de demander la caution ». *L'actio damni infecti* s'étend à toute chose inanimée autre que les maisons. La limite des mesures raisonnables était présente dans la *cautio damni infecti* ; L.-B. BONJEAN, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains*, t.1, Paris, Videcoq père et fils, 1845, p.460 : « Celui qui demandait la *cautio damni infecti* devait, au préalable, jurer qu'il n'agissait point par esprit de chicane (*de calumnia jurare*). On examinait ensuite si le demandeur n'avait aucun autre moyen juridique de se garantir du dommage, et s'il n'avait aucune faute à s'imputer à raison du péril imminent ».

94 Pour mettre en œuvre la *Lex Aquilia*, il appartenait à la victime de démontrer un fait positif de l'agent. Or, il ne s'agit que d'une imprudence. A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889, p.15.

95 La sanction est peu efficace. Le propriétaire de la ruine risquait simplement de réparer les dommages causés par la *res*, c'est-à-dire un être placé sous sa puissance et l'abandon des décombres. « On ne peut même pas l'obliger à les enlever ». A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889, p.16.

96 A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889, p.11.

97 L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.63.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.* Parfois l'intention commune des parties était de ne pas fixer de délai. Dans ce cas, la volonté était respectée.

100L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.66. Une délégation permettait également aux magistrats municipaux d'être saisis. O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.329.

101L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.65.

102Sur les autres hypothèses marginales, O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.325.

103L. HYUN DE VERNEVILLE, *Op. Cit.*, p.66.

condition, et puisque le fondement était contractuel, la victime devait apporter la preuve que la survenance du dommage avait été générée par la cause prévue par le contrat<sup>104</sup>. Le dommage non encore réalisé devait être imminent. La victime potentielle devait jurer qu'elle n'agissait pas par esprit de chicane<sup>105</sup>. En outre, il lui appartenait de démontrer qu'elle ne disposait d'aucun autre moyen juridique permettant de se voir garantir l'absence de dommage<sup>106</sup>. Enfin, la victime ne devait pas être à l'origine du dommage non encore survenu, c'est-à-dire ne pas avoir commis une faute ayant généré un tel dommage<sup>107</sup>. Une fois ces éléments démontrés, la victime pouvait revenir devant le Prêtreur dont l'office se limitait alors à l'évaluation des différents préjudices. Du reste, la réparation s'opérait conformément au droit des contrats<sup>108</sup>. Il est également « question du dommage imminent dans la loi des XII Tables, mais on ignore par quelles dispositions elle le prévenait. On sait seulement par Gaius après que les actions de loi eurent été supprimées par la loi Aebutia et les deux lois Julia, elles restèrent encore en vigueur dans le cas qui nous occupe. On ignore de quelle façon on y procédait ; mais Gaius ajoute que, de son temps et pour le dommage imminent, personne ne peut employer l'action de la loi, et qu'on préfère obliger son adversaire par la stipulation proposée dans l'édit du prêtreur. La législation prétorienne remonte d'ailleurs plus haut que Gaius, car il en est déjà question dans Cicéron »<sup>109</sup>. D'autres actions traitaient également du *damnum infectum*. Il en était ainsi de l'*actio arboribus acedentis* contenue dans la loi des XII Tables qui « visait à prévenir l'atteinte résultant d'une chute d'un arbre ou de ses branches »<sup>110</sup>. Il en était de même de l'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>111</sup>, « employée dans le cas où le voisin fait ou détruit des constructions voisines de mon fonds, qui modifient,

---

104L. HYUN DE VERNEVILLE, *Op. Cit.*, p.63.

105A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889, p.25. « Un trait qui frappe en droit romain, c'est la préoccupation constante du législateur de réprimer l'esprit de chicane. La bonne foi ne paraît pas avoir été la vertu dominante des Romains, et l'admirable développement de leur droit pourrait bien avoir eu pour cause, la tendance qu'ils avaient à en user et même à en abuser ».

106C. MAYNZ, *Cours de Droit romain précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine*, 3e éd., vol. 2, Paris, 1870, p.493.

107M. MOREAU DE MONTALIN, *Analyse des pandectes de Pothier, en français, servant aussi de table analytique et alphabétique des matières, également applicable au Digeste*, Librairie nationale et étrangère, t. 1, 1824, p.269.

108L. HYUN DE VERNEVILLE, *Op. Cit.*, p.70.

109 *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio*, université de Toulouse, Le mirail, V° *Damnum infectum*.

110O. DESCHAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in *Études offertes à G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.319-332.

111J.-F. FOURNEL, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812, p 53 et s. ; L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.2.

à mon préjudice, le cours naturel des eaux pluviales. [...] Elle se rapproche de la *cautio*, puisqu'elle s'exerce avant que le dommage soit causé ; mais il lui faut une condition essentielle, qui l'en fait différer profondément : elle exige un fait positif du propriétaire du fonds menaçant. Elle tend à obtenir le rétablissement de l'ancien état de choses aux frais du défendeur, si c'est par son fait que le résultat préjudiciable a été occasionné »<sup>112</sup>. Le traitement du dommage non encore survenu pouvait également résider dans l'*operis novi nuntiatio*<sup>113</sup>, ancêtre de la dénonciation de nouvel œuvre ou enfin dans une *legis actio*, concurrente de la *cautio*, citée par Gaïus mais dont on ignore tout puisque le texte est incomplet<sup>114</sup>. L'Édit provincial de *damno infecto* évoquait également « le cas du bateau qui échoue sur le fonds d'autrui à cause de la force du fleuve. Le propriétaire du bateau est tenu de donner la caution pour le dommage imminent »<sup>115</sup>.

**12. Appauvrissement progressif du traitement du dommage non encore survenu au Moyen Age et sous l'Ancien Droit.** Le Moyen-Âge est synonyme d'affaiblissement progressif pour le *damnum infectum*<sup>116</sup>. Seul un arrêt du Parlement, en date du 6 avril 1389, l'évoque dans le cadre de l'*actio damni infecti*<sup>117</sup>.

Progressivement, l'*actio damni infecti* va disparaître pour laisser la place à une action relativement proche, l'action « en cas de péril »<sup>118</sup>. L'article 297 de la coutume de Sedan dispose que « quand aucune maison ou autre édifice menace ruine, si celui à qui appartient ladite maison, sommé d'ôter, ne le fait, il est permis à son voisin ou poursuivant, le procureur fiscal, ou autre partie privée, après visitation duement faite, de l'autorité de justice, par maçons, charpentiers ou autres gens à ce connoisseurs, de le

---

112A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Le droit d'aînesse, Thèse, Paris, 1889, p.18.

113O. DESCHAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in Études offertes à G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.319-332.

114A. VACHIER, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Le droit d'aînesse, Thèse, Paris, 1889, p.19.

115O. DESCHAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in Études offertes à G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.325.

116V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, Préface J. HUET, Bibl. droit privé, t. 344, LGDJ, 2000, n°25, p.25 « Beaumanoir ne met nullement en évidence une procédure née directement du *damnum infectum romain* [...] Ni dans le Livre Roisin, ni dans le recueil de coutumes de la Salle de Lille, ne figure le *damnum infectum en tant que procédure particulière* ».

117V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, Préface J. HUET, Bibl. droit privé, t. 344, LGDJ, 2000, n°27, p.27.

118V. DEPADT-SEBAG, *Op. Cit.*, n°27, p.26.

faire pour éviter l'éminent péril, par la démolition de l'édifice caduque ou autrement, aux dépens de celui auquel appartiendra ledit édifice ; et si celui qui aura fait faire ladite démolition a fait aucuns frais, il en sera remboursé par le maître de ladite maison caduque »<sup>119</sup>. Là encore, l'exigence d'une certaine proximité temporelle est présente. « Ce propriétaire n'est pas fondé à lui opposer qu'il n'y a eu encore aucun malheur arrivé ; car c'est précisément pour prévenir le malheur que les diligences sont faites »<sup>120</sup>. Lorsque la sommation n'est pas exécutée, la victime potentielle est fondée à agir en justice « pour la confection des réparations indispensables, et pour être autorisé à les faire » elle-même « aux frais et aux dépens du propriétaire »<sup>121</sup>. Si il avoue le péril, le tribunal le condamne à le faire cesser dans un délai déterminé<sup>122</sup>. En cas de contestation, le tribunal ordonne la visite par un expert<sup>123</sup>. Une action en référé est également possible<sup>124</sup>. La coutume d'Anjou prévoyait également, à l'article 451, une disposition similaire. Elle était enfin « en usage au Châtelet et au parlement de Paris »<sup>125</sup>.

Pour mettre en œuvre cette action, il n'était nécessaire ni de démontrer le caractère avéré du dommage ni son imminence. Le demandeur devait simplement prouver l'existence d'un péril c'est-à-dire la crainte d'une fin, de la mort<sup>126</sup> pour obtenir un traitement du dommage non encore survenu. Celui-ci constitue sans doute la genèse de la réparation à finalité préventive, telle qu'on la connaît actuellement.

Par la suite, le dommage non encore survenu continua à faire l'objet d'un traitement. Est évoqué le « dommage qui peut arriver de la chute d'un bâtiment, ou de quelque nouvelle œuvre »<sup>127</sup>. En visant la nouvelle œuvre, l'Ancien Droit regroupait donc sous une même action la *cautio damni infecti* et l'*operis novi nuntiatio*. Puisque la

---

119 Cité par J.-F. FOURNEL, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812, p.195.

120 J.-F. FOURNEL, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812, p.195.

121 *Ibid.* Sur la procédure à suivre : Déclaration du 18 juillet 1729, pour le Châtelet ; et de celle du 18 août 1730, pour le Bureau des finances.

122 J.-F. FOURNEL, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812, p.196.

123 *Ibid.*

124 *Ibid.*

125 M.-A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. 2, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1852, n°1174, p.418, ; J.-F. FOURNEL, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812, p.196.

126 N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, Préface G. WIEDERKHER, PUAM, 2005, p.52.

127 V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, Préface J. HUET, Bibl. droit privé, t. 344, LGDJ, 2000, n°34, p.29.

propriété génère désormais des obligations à la charge du propriétaire, la responsabilité est de nature extracontractuelle. Par conséquent, « le système de la promesse fut remplacé par une action conservatoire, conforme à la coutume du Châtelet, en vertu de laquelle le propriétaire voisin est en droit d'exiger de celui qui possède un bâtiment menaçant ruine qu'il fasse cesser le danger. En cas de refus, le demandeur peut se voir autoriser à faire exécuter les travaux nécessaires sur le bâtiment dangereux, aux frais du propriétaire »<sup>128</sup>. La sanction mêle donc à la fois cessation de l'illicite et réparation d'un préjudice actuel à finalité préventive.

Dans les années qui suivirent, le dommage non encore survenu va disparaître du paysage juridique pour ne laisser place qu'au dommage survenu. La responsabilité ne se conçoit plus sans dommage survenu. Pour autant, un tel changement ne marque pas la fin de la prévention. Si elle n'est plus mise en œuvre *a priori*, son manquement est cependant sanctionné *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le dommage advenu. En effet, Domat précise, dans ses écrits, que « ceux qui font quelques ouvrages ou travaux, d'où il peut suivre quelque dommage à d'autres personnes, en seront tenus, s'ils n'ont usé des précautions nécessaires pour les prévenir »<sup>129</sup>.

On le voit bien, le dommage non encore survenu ne résista pas au Moyen-Âge et à l'Ancien Droit. D'abord marqué par un net recul, le dommage non encore survenu finit ensuite par disparaître.

**13. Absence de traitement du dommage non encore survenu au début du XIX<sup>e</sup> siècle.** Dernier article du projet de Code civil, l'ancien article 1386 du Code civil<sup>130</sup> reprend l'hypothèse factuelle soulevée par l'Edit de *damno infecto* tout en refusant de fonder cette action sur l'existence d'un *damnum infectum*<sup>131</sup>. En effet, l'ancien article

---

128V. DEPADT-SEBAG, *Op. Cit.*, n°35, p.30.

129J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, vol. 2, Paris, Delalain, 1777, p.160.

130Devenu depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le nouvel article 1244 du Code civil.

131E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil*, Commentaire philosophique et critique du Code napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques, t. 2, 2e éd., Paris, Germer-Baillièrre, 1874, p.981 « Le droit napoléonien nous a fait grâce de l'abandon noxal des Romains ». *Contra* (au lendemain du Code civil) : V° La liste des auteurs recueillis in *Dictionnaire du notariat, précédé d'un recueil des Edits, lois, etc., fréquemment utiles à MM. Les notaires*, 3e éd., t. 3, L'administration du journal des notaires et des avocats, 1832, V° Dommage, p.355 ; M. BILHARD, *Traité des référés tant en matière civile, qu'en matière de commerce*, nouvelle éd., Bruxelles, Librairie de l'Université, 1835, p.248-249 (notes de bas de pages) : L'auteur cite l'article 7 de la loi du 30 ventose an XII : « A compter du jour où ces lois seront exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des lois composant le présent Code ». « Ainsi l'abrogation n'est donc relative qu'aux

1386 du Code civil, devenu depuis l'article 1244 de ce même code dispose que « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ». De la lecture de cet article, trois conditions présidant à son application ressortent. D'abord, l'action doit être dirigée contre le propriétaire du bâtiment en ruine. Ensuite, la victime doit prouver l'existence d'un dommage causé par la ruine d'un bâtiment, soit un dommage actuel. Enfin, le demandeur doit démontrer que l'origine de la ruine résulte d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Une fois ces conditions satisfaites et en l'absence de causes d'exonération, la responsabilité produit effet. La victime ne peut alors prétendre qu'à la réparation de son dommage.

En faisant reposer la responsabilité sur l'exigence d'un dommage survenu<sup>132</sup>, les rédacteurs du Code civil ont donc rejeté expressément le dommage non encore advenu. Dans sa communication officielle au Tribunat, Bertrand De Greuille justifie cette position en considérant que « cette décision est bien rigoureuse et plus équitable que la disposition qui se trouve dans la loi romaine. Celle-ci autorisait l'individu dont le bâtiment pouvait être endommagé par la chute d'un arbre qui était en péril de ruine, à se mettre en possession de cet héritage voisin, si le propriétaire ne lui donnait des sûretés pour le dommage qu'on fondait à craindre. Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action, et pouvait opérer dépossSESSION : le projet veut avant tout que le mal soit constant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé et déterminer une condamnation à son profit. C'est après cet

---

dommages actuels, et cela se conçoit facilement. Le Droit romain refusait le dommage s'il n'existait pas un acte antérieur dans lequel le propriétaire du bâtiment écroulé avait été sommé de faire cesser le péril ; au contraire, notre code dispense aujourd'hui de la constitution en demeure, et accorde les dommages sans sommation préalable. Par conséquent, tout ce qui concerne les dommages futurs, imminents et non encore dus, est régi par l'ancienne législation. C'est de la plus grande évidence. – Et d'ailleurs, en supposant que le Code civil, parce qu'il prévoit le dommage causé par l'écroulement d'un édifice, dût comprendre aussi le dommage futur (ce que la logique nous empêche de croire), serait-il raisonnable de contraindre le voisin en péril d'attendre l'événement qui le menace, qui peut lui donner la mort, et lui refuser jusqu'à là toute espèce de recours ? Faudrait-il, par exemple, voir arriver la catastrophe avec impossibilité, ou bien parce qu'il plairait au propriétaire du bâtiment qui tombe en ruine de ne point le faire réparer, le voisin devrait-il quitter sa maison, son établissement, s'il en avait un, et s'éloigner du siège de ses affaires ? Voudrait-on livrer la personne préjudiciée à l'insolvabilité de l'auteur du dommage, et lui faire perdre irrévocablement des sommes qui, eu égard à la valeur du bâtiment endommagé, peuvent devenir considérable ? Il répugne de le penser » ; *Journal du Palais, jurisprudence française, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence*, t. 72, Paris, 1861, p.69 (notes de bas de pages). Les arrêts se prononçant en faveur ou en défaveur de cette assertion sont cités.

132M.-D. DALLOZ et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale, répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 17, Paris, 1851, V<sup>o</sup> Dommage, note 2, p.464 ; *Jurisprudence de la Cour impériale de Douai, publiée par un avocat, sous les auspices de la magistrature et du barreau*, t. 14, 1856, rue des Chapelets, p.419 (note de bas de pages).

écroulement qu'il est permis d'examiner le dommage, de fixer son importance ; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation »<sup>133</sup>. « Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'admission, en cette matière, d'une action préventive, ne donnât lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d'une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d'un autre côté, avoir été déterminés par la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police, et par le pouvoir accordé par l'administration d'ordonner la réparation ou la démolition des édifices menaçant ruine »<sup>134</sup>.

**14. Émergence croissante du traitement du dommage non encore survenu à l'approche de la deuxième moitié du XIXe siècle.** En 1843, l'on trouve un arrêt rendu par la Cour de Rennes dans lequel les magistrats ont jugé que le propriétaire, menacé par la chute de l'édifice voisin, pouvait obtenir la démolition ou la réparation<sup>135</sup>. Sourdat approuve sans réserve le fait que la crainte que lui inspire le danger, les précautions qu'il est obligé de prendre, les dépenses qu'il entraîne ou les améliorations qu'il empêche, constituent « un tort actuel » dont il a le droit d'obtenir réparation<sup>136</sup>. Il évoque également un arrêt de la Cour de Bordeaux dans lequel le propriétaire d'une maison exposé à un risque d'incendie du fait de la construction par son voisin d'un mur séparatif avec un matériau inflammable est bien fondé à demander la démolition du pan de mur<sup>137</sup>.

C'est cependant presque un siècle plus tard que va véritablement émerger une prise en considération du dommage non encore survenu. D'abord cantonné au dommage futur, le traitement va contaminer, au fur à mesure, du temps l'ensemble des dommages non encore survenus. Il va par ailleurs se diversifier, passant d'un type de traitement à plusieurs.

**15. Un traitement jusqu'alors prétorien.** Aucun Code ne fait expressément référence à un traitement du dommage futur, possible ou hypothétique. Tout au plus, le Code de

---

133B. DE GREUILLE, « Communication officielle au tribunal », in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, Vol. 13, p.477.

134C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., t. 4, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1871, §. 448, p.773.

135C. Rennes, 23 mars 1843, D. 1844, 2, 122.

136M.-A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. 2, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1852, n°1174, p.419.

137C. Bordeaux, 18 mai 1849, S. 50, 2, 183.



procédure civile prévoit, comme cas d'ouverture à référé, celui du dommage imminent. En l'absence de définition de cette notion par le législateur, c'est aux magistrats qu'est revenue la délicate tâche d'en cerner les contours et, par conséquent, de préciser ses liens avec le dommage futur, possible ou hypothétique. A l'exception de la référence au dommage imminent, le législateur ne s'est guère soucié du traitement du dommage non encore survenu. Ce sont les magistrats qui ont, à partir des textes existants, su dégager, au fil des espèces qui leur ont été soumises, un traitement du dommage non encore survenu.

**16. Le traitement du dommage non encore réalisé dans l'espace.** Le droit français n'est pas le seul droit à réserver au dommage potentiel un traitement. Qu'il s'agisse des pays de *common law* ou de tradition romano-germanique, les droits étrangers font face eux aussi à la problématique d'un traitement du dommage non encore survenu. Ils sont, sur ce point, plus ou moins avancés que le droit français. Certains connaissent le traitement de la prévention. En droit anglo-saxon<sup>138</sup> par exemple, l'injonction permet, à la personne exposée à un dommage non encore survenu, sous certaines conditions, d'obtenir du juge une injonction de faire ou de ne pas faire, aussi bien en référé (*interim*) qu'au fond (*final*). Il en va de même en droit allemand<sup>139</sup>. D'autres pays possèdent un traitement curatif, qui vient ou non s'ajouter au traitement préventif. Tel est le cas de certains droits européens<sup>140</sup> ou encore du droit américain<sup>141</sup>.

**17. Distinction entre le dommage et le préjudice.** La présente étude a pour ambition de fournir une grille de compréhension des développements jurisprudentiels relatifs au traitement du dommage non encore survenu. Les magistrats ayant, à l'endroit du dommage non encore survenu, fait application de la distinction entre les notions de dommage et de préjudice, lesdits développements ne sauraient être compris s'il était fait fi de cette distinction. La raison en est simple : le dommage en soi ne présente un intérêt en droit de la responsabilité civile qu'autant qu'il est à même d'être préjudiciable. En conséquence, nous ferons usage de la distinction entre le dommage et le préjudice tout

---

138L. REISS, *Le juge et le préjudice : étude comparée des droits français et anglais*, Préface P. DELEBECQUE, PUAM, 2003.

139C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°94, p.79.

140C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2e éd., 2013, n° 705-6 et s., p.181 et s.

141J.E. ABELE, *Emotional distress : proving damages*, Lawyers & Judges Publishing Company, Inc., 2003.

au long de la présente étude. Encore faut-il préalablement la présenter. Prenons le premier de ces termes, le dommage. Condition première de la responsabilité<sup>142</sup>, « le dommage désigne l'atteinte au corps humain, à une chose » ou à « un sentiment ». « Le dommage constitue une atteinte première, factuelle et objective : première, en ce que le dommage renvoie à ce qu'on pourrait appeler l'atteinte primaire ; factuelle, en ce que la question de savoir s'il y a ou non dommage est de pur fait ; objective, en ce que le dommage désigne la dégradation objectivement perceptible du siège de l'atteinte, abstraction faite de la représentation personnelle que peut s'en faire la victime »<sup>143</sup>. Le préjudice, quant à lui, est « constitué par les conséquences du dommage, tant sur le plan pécuniaire (dépenses, perte de revenus, etc.) qu'extrapatrimonial (douleur physique ou morale) »<sup>144</sup>. « Le dommage n'est pas l'équivalent mais la cause du préjudice »<sup>145</sup>. Derrière son apparente simplicité, cette distinction laisse cependant apparaître une controverse. Deux tendances s'opposent. Un premier courant d'abord, reprochant le manque de praticabilité de cette distinction en toute circonstance, la rejette et partant, tient les deux termes pour synonymes<sup>146</sup>. Ainsi, dans sa thèse, M. Pradel considère qu'« il est regrettable d'isoler aussi drastiquement les éléments de fait et les éléments de droit. Si le préjudice est une notion de droit, encadrée par un certain nombre de règles juridiques, elle repose nécessairement sur une base factuelle »<sup>147</sup>. M. Pradel s'applique ensuite à stigmatiser les limites de la distinction et estime que « si le dommage ne présente alors plus d'intérêt direct pour l'indemnisation de la victime, autant concentrer exclusivement l'analyse sur le préjudice, seule notion intéressante, car axée sur des situations concrètes »<sup>148</sup>. Un second courant ensuite, accueille favorablement la

---

142J. CARBONNIER, *Droit civil, La responsabilité*, Thémis, PUF, 22e éd. refondue, 2000, n°208.

143F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : Point de vue privatiste », *RCA* 2010, n°3, dossier 3, n°2.

144AUBRY et RAU, *Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, Litec, 1989, n°10, p.19.

145M. LE ROY, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », *D.* 1979, chr. p. 49.

146V° Les références citées par A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Préface P. JOURDAIN, Avant-Propos de G. VINEY, *Bibl. de droit privé*, LGDJ, t. 472, n°60, p.69 et J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *Mélanges G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.150, note 16 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – l'influence des fondements sur la responsabilité sur la réparation*, Préface Y. LEQUETTE, *Dalloz*, *Nouv. Bibl. Thèses*, vol. 45, 2005, n°224, p.163. L'auteur considère que la distinction n'apporte aucune solution et se contente plutôt de déplacer le problème vers le préjudice.

147X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préface J.-L. BAUDOUIN, *Bibl. de droit privé*, t. 415, LGDJ, 2004, n°15.

148Ibid.

distinction<sup>149</sup>, eu égard à son utilité technique. Au sein de ce courant majoritaire<sup>150</sup>, une divergence subsiste néanmoins. Alors que certains reconnaissent l'utilité de la distinction en toute circonstance<sup>151</sup>, d'autres limitent son utilité à certains domaines<sup>152</sup>. Rapprochée du traitement du dommage non encore réalisé, cette distinction trouve à s'appliquer en toutes circonstances, ainsi que nous aurons l'occasion de le montrer.

**18. Problématique.** Identifier le traitement du dommage non encore survenu, tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence, n'a rien d'évident ; en cause sa source prétorienne. Son étude, de surcroît, parcellaire par la doctrine en rend son appréhension difficile. Si le traitement a parfois été analysé en profondeur, ses variations, en fonction du type de dommage non encore survenu, n'ont jamais pas été explicitées. Une clarification du traitement à la lumière de chacun des types de dommage potentiel s'imposait donc. Plus que sa clarification, nous avons pour ambition de proposer des améliorations. Cela nous amène à la problématique suivante : quel(s) traitement(s) peu(ven)t recevoir chaque type de dommage non encore survenu ? Pour éviter toute répétition et toute complexité dans la lecture, nous avons choisi d'évoquer chacun des traitements du dommage non encore survenu et, à l'occasion de son étude, de préciser ses variations à l'aune de la typologie dégagée.

**19. Périmètre de l'étude.** Les illustrations du dommage non encore survenu ne sont que par trop nombreuses. Il nous est, par conséquent, apparu essentiel de cantonner le champ

---

149 Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité (en général), P. LE TOURNEAU, 2009, n°22 ; P. BRUN, « Les mots du droit de la responsabilité: esquisse d'abécédaire », Mélanges en l'honneur de P. Le Tourneau, Libre droit, dalloz, 2008, p.124-125 ; M. POUPARD, « La distinction entre le dommage et le préjudice », Revue juridique de l'Ouest, 2005/2, p.187 ; J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, 2007, Université François Rabelais de Tours, n°6, p.11 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. SIMON-PORCHY, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8e éd., 2016, n°29, p.21 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », *RCA* 2001, n°6 bis, p.64 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 444, 2005, n°381, p.190 ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système de responsabilité, Les potentialités du droit des assurances*, Préface M.-L. DEMEESTER, Coll. De thèses, Defrénois, 2006, t. 19, n°402, p.261.

150 *Contra* M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 444, 2005, n°381, p.190.

151 P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2122.11 et s., p. 505 et s. ; S. HOCQUET-BERG, « Les prédispositions de la victime », in Mélanges offerts à H. GROUDEL, *Responsabilité civile et assurances*, Litec Lexisnexis, 2006, p.171 et s. ; M. POUPARD, « La distinction entre le dommage et le préjudice », *RJO* 2005/2, p.189 et s.

152 J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », Mélanges G. Viney, 2008, LGDJ, p.151, note 26 ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : Point de vue privatiste », *RCA* n°3, Mars 2010, dossier 3, n°5 et s. Ces deux auteurs limitent la consécration de la distinction au siège du dommage ayant une existence physique.

de l'étude. C'est assez spontanément que nous nous sommes tournés vers la matière extracontractuelle. Cette dernière, qui foisonne d'illustrations jurisprudentielles du dommage non encore survenu, est celle où le traitement du dommage potentiel, tel qu'il existe actuellement, suscite le plus d'incertitude. En effet, cette matière n'a pas encore connu, à la différence de celle qui est contractuelle, une réforme, embarquant entre autres choses, le sujet du traitement du dommage potentiel. Le nombre de traitement est nébuleux et l'incohérence au sein d'un même traitement est omniprésente. Le traitement du dommage potentiel en cette matière, essentiellement jurisprudentiel, a l'inconvénient de sa source et appelle, en conséquence, une clarification. Sauf exceptions ponctuelles qui seront mobilisées au service de la construction du traitement, nous nous focaliserons sur le dommage extracontractuel non encore survenu.

**20. Annonce de plan.** Les juges ont d'une part instauré un traitement de la prévention des dommages, afin d'empêcher la poursuite ou le renouvellement des préjudices constatés voire même l'apparition, pour la première fois, de préjudices (Première partie). Au-delà du traitement préventif, l'on compte d'autre part un traitement curatif qui consiste à réparer les préjudices actuels et certains résultant du spectre de la réalisation de tels dommages. Bien qu'elle ne soit encore qu'une perspective, elle peut être à l'origine de répercussions que la victime subit indépendamment de la réalisation du dommage, immédiatement et de manière certaine et qui, dans ces conditions, peuvent être réparés comme n'importe quel préjudice (Deuxième partie). Le dernier traitement enfin, plus familier, vise à compenser ou à évaluer de manière anticipée les préjudices finaux, ceux qui résulteront de la survenance du dommage qui n'est pour l'heure que redoutée avec plus ou moins de conviction selon la probabilité d'occurrence du dommage (Troisième partie). Les préjudices découlant de tous les dommages non encore survenus ne seront pas concernés par ce traitement. Nous verrons que seuls ceux résultant d'un dommage futur ou d'un dommage possible pourront, sous certaines conditions, y prétendre.

**Première partie : La prévention du dommage non encore survenu**

**Deuxième partie : La réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu**

**Troisième partie : Le traitement anticipé des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore survenu**



# Première partie.

## La prévention du dommage non encore survenu

**21. Prévention spéciale du dommage.** De récents travaux ont mis en lumière non seulement la richesse des manifestations préventives en droit positif mais aussi leur hétérogénéité. A l'instar de la doctrine pénaliste<sup>153</sup>, la doctrine civiliste les classe selon leur forme<sup>154</sup>. D'un côté, il existe une prévention générale, où la prévention « n'est pas

---

153B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 25e éd., 2017, n°25-26, p.18-22 ; X. PIN, *Droit pénal général 2018*, Dalloz Cours, 9e éd., 2017, n°13, p.14 ; B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, Coll. Intégral concours, Sirey, 20e éd., 2016, n°19-21, p.19-20 ; 2e colloque international de Politique criminelle du 18 mars 1977 portant sur « la politique criminelle et le problème de la prévention générale », Arch. po. crim. 1977, n°3, p.1 ; Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, Peine : nature et prononcé, J.-P. CERE, 2008, n°4 ; J.-Cl. Pénal Code, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20 : Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur, J. LEBLOIS-HAPPE, 2012, n°79-83.

154A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Paris, Pédone, 1975, p 407. André Tunc fut le premier à transposer en droit de la responsabilité civile cette distinction pénaliste ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, t. 444, LGDJ, 2005 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009.

l'objectif principalement poursuivi par la mise en œuvre des moyens qui n'ont cet effet préventif que de façon diffuse »<sup>155</sup>. Elle « s'appuie ainsi souvent sur la dissuasion par l'exemplarité et touche un public qui, généralement, n'est pas précisément identifié »<sup>156</sup>. De l'autre côté, la prévention spéciale poursuit un objectif différent. Celui-ci est, au contraire, d'« empêcher précisément et directement la réalisation de dommages, pour lesquels un risque est suffisamment identifié »<sup>157</sup>. Cette forme de prévention « opère de façon précise et concrète » et a « une efficacité vérifiable »<sup>158</sup>. Dans la mesure où le traitement préventif que nous essayons de trouver doit être précis, concret et avoir des effets mesurables immédiatement étant donné que les dommages qu'il doit combattre sont, au jour de la demande introductive d'instance, d'ores et déjà sinon identifiés du moins identifiables, les mesures que nous évoquerons n'appartiendront donc qu'à la catégorie de la prévention spéciale.

Les mesures de prévention spéciale peuvent être accordées aussi bien par les juges des référés (Chapitre 1) que par les juges du fond (Chapitre 2).

### **Chapitre 1. La prévention du dommage non encore survenu en référé**

### **Chapitre 2. La prévention du dommage non encore survenu au fond**

---

155S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°7, p.10-11.

156S. GRAYOT, *Op. Cit.*, n°7, p.11 – *Adde* : C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Préface Y. LEQUETTE, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2005, n°107, p.87 ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, t. 468, 2006.

157S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, LGDJ, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°7, p.10.

158S. GRAYOT, *Op. Cit.*, n°10, p.16.

## Chapitre 1.

### La prévention du dommage non encore survenu en référé

**22. Fondements des mesures préventives.** En référé, deux textes donnent compétence au président du tribunal de grande instance pour prononcer des mesures préventives. Il s'agit tout d'abord de l'article 808 du Code de procédure civile qui permet au juge, dans tous les cas d'urgence, d'ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Mais c'est, en pratique, sur la base de l'article suivant, et plus particulièrement de son premier alinéa, que les mesures préventives sont ordonnées. L'article 809, alinéa 1er, du même code dispose que le juge, statuant en référé, peut toujours en cas de contestation sérieuse prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. L'on retrouve des dispositions équivalentes pour le juge du tribunal d'instance, pour le président du tribunal de commerce et pour le président du tribunal paritaire des baux ruraux.



**23. Le dommage imminent et le trouble manifestement illicite, deux cas d'ouverture à une mesure de prévention en référé.** S'il ne faisait guère de doute que la prévention du dommage imminent puisse déboucher sur une mesure préventive, il est, en revanche, moins évident qu'une mesure de cessation du trouble manifestement illicite puisse, de la même manière, aboutir à une mesure de prévention du dommage. Les mesures de cessation visées par l'article 809, alinéa 1er, du code de procédure civile paraissent s'attaquer exclusivement au fait manifestement illicite qu'elles entendent combattre. A aucun moment, il n'est fait référence au dommage. Pourtant, en prescrivant la fin de la situation ou de l'activité manifestement illicite, le juge des référés empêche subséquemment la situation ou l'activité en fonction des circonstances, soit de continuer à produire un dommage continu, soit de donner naissance à un dommage non encore survenu. Il est acquis que le trouble, lorsqu'il a été commis, peut avoir commencé à produire un résultat dommageable. Même si le trouble a engendré un dommage actuel, il peut également, en raison de son caractère continu, menacer de se renouveler. La mesure adoptée pour faire cesser ledit trouble préviendra par là même le dommage à venir. Ce schéma du trouble qui aurait commencé à produire un dommage ne saurait être exclusif. Le trouble peut très bien n'avoir engendré encore aucun dommage actuel au jour où le juge doit se prononcer mais seulement faire naître pour la première fois une menace de dommage. La cessation du trouble manifestement illicite pourra, par conséquent, à l'instar de la prévention d'un dommage imminent, permettre de prévenir au moins certains dommages non encore survenus. La cessation du trouble manifestement illicite tend donc indirectement à la prévention du dommage non encore advenu.

**24. Analyse des cas d'ouverture à une mesure de prévention en référé à l'aune du type de dommage non encore survenu.** Si le juge des référés peut accorder des mesures de prévention spéciales sur le fondement de ce texte, il convient pour autant de déterminer si ces dernières peuvent être octroyées pour empêcher tout type de dommage non encore survenu. L'on peut admettre que le juge des référés puisse prononcer une mesure de prévention des dommages futurs et possibles (Section 1). En revanche, tel n'est pas le cas pour le dommage hypothétique (Section 2).

## Section 1.

### L'admission d'une prévention en référé des dommages futurs et possibles

**25. Entre concordance et discordance.** Que l'on soit face à un dommage futur ou un dommage possible, ces deux situations différentes peuvent déboucher de manière similaire sur le prononcé de mesures de prévention (§1). L'intensité des mesures de prévention nous paraît, en revanche, devoir être différente selon que le dommage auquel est exposé la victime est futur ou possible (§2).

#### §1. CAPACITE IDENTIQUE DES DOMMAGES FUTURS ET POSSIBLES A DECLENCHER L'OCTROI D'UNE MESURE DE PREVENTION

**26. Identité de résultat entre le dommage imminent et le trouble manifestement illicite.** Aussi bien sur le fondement du cas d'ouverture à référé du dommage imminent (A) que sur celui d'un trouble manifestement illicite (B), le juge des référés peut prescrire des mesures de prévention des dommages futurs et possibles.

#### A. PREVENTION DES DOMMAGES FUTURS ET POSSIBLES SUR LE FONDEMENT D'UN DOMMAGE IMMINENT AU SENS DE L'ARTICLE 809 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

**27. Méthode.** Après avoir présenté la position du droit positif (1), nous pourrions en apprécier sa pertinence (2).

## 1. Exposé du droit positif

**28. Notion de dommage imminent.** Étymologiquement, l'adjectif « imminent » « vient du latin « imminens », produit à partir du verbe « imminere » qui signifiait être penché au-dessus, avoisiner, toucher, menacer »<sup>159</sup>. « Le terme « imminent » est d'ailleurs défini couramment comme ce qui « va se produire dans très peu de temps »<sup>160</sup>. Un état imminent renvoie à l'état de ce « qui va se produire, qui menace »<sup>161</sup>. L'imminence suppose donc une certaine « proximité temporelle »<sup>162</sup>. Défini par les magistrats comme un « dommage qui ne s'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer »<sup>163</sup>, le dommage imminent dispose d'un périmètre nébuleux qu'il importe de préciser<sup>164</sup>.

**29. Le dommage futur, un dommage susceptible de constituer un dommage imminent.** Il ressort de l'examen de la jurisprudence que l'article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile peut être utilisé par le juge des référés pour prévenir un dommage futur<sup>165</sup>.

Par exemple, le dommage certain constitué par le renouvellement de fuites d'eau

---

159S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°216, p.171

160Ibid. ; Le trésor de la langue française informatisé, *V° Imminent* <http://www.atilf.atilf.fr/>

161Le trésor de la langue française informatisé, *V° Imminent*, <http://www.atilf.atilf.fr/> ; Cnrtl, *V° Imminent*, <http://www.cnrtl.fr/>

162S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°215, p.170.

Cass. soc., 27 mai 2009, n°07-45503. Une salariée avait été licenciée pour faute grave. Le troisième gérant rétracte sa décision de licencier. La salariée continue à travailler au sein de l'entreprise. Le juge des référés retient l'existence d'un dommage imminent caractérisé par le risque de non-paiement de son salaire.

Cass. com. 30 octobre 2000, n°98-11904. L'augmentation unilatérale des conditions tarifaires d'un contrat crée un dommage imminent pour le cocontractant puisque ces faits sont de nature à affecter de manière importante ses conditions d'activités, son équilibre financier ainsi que ses relations avec la clientèle.

Cass. 3e civ., 13 juillet 1999, n°96-19057. Caractérisation d'un dommage imminent lié à la poursuite des travaux par un voisin alors que les voisins l'ont assigné aux fins de faire reconnaître que deux arrêtés municipaux modifiant le cahier des charges ainsi que l'arrêté lui accordant le permis de construire avait été obtenu à l'aide de faux.

On voit bien que tous ces dommages sont susceptibles de se réaliser à brève échéance.

163Cass, com. 13 avril 2010, n°09-14386.

164Sur les pouvoirs du juge des référés pour prévenir un dommage imminent, *V°* G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., 2017, LGDJ, n°20, p.37.

165Notons que tous les dommages futurs ne sont pas pour autant tous imminents et, par voie de conséquence, n'appelleront pas tous une intervention du juge des référés pour ordonner une mesure de prévention. L'imminence du dommage dépendant de circonstances de temps et de lieu. Il est tout à fait concevable que la réalisation de dommages futurs puissent avoir lieu avec une distance temporelle ne permettant pas dès lors de s'en remettre au juge des référés pour les prévenir.

généralisées par des travaux réalisés par l'un des propriétaires d'un lot situé au-dessus de celui exposé au dommage, en violation des règles de l'art, a pu être qualifié de dommage imminent<sup>166</sup>. Tant que des travaux appropriés et répondant à ces règles n'auront pas été effectués depuis les fuites d'ores et déjà réalisées, de nouvelles fuites se reproduiront assurément.

Autre illustration, un exploitant souhaitant accéder à l'une des parcelles qu'il avait cultivé en était désormais empêché. En l'absence d'accès, l'agriculteur allait inéluctablement perdre sa production. La seule possibilité pour lui de récolter sa parcelle était de demander un passage au juge des référés, ce qu'il a obtenu en raison du dommage futur imminent allégué<sup>167</sup>.

Dans la même veine, la fourniture d'eau d'arrosage d'une exploitation agricole avait été interrompue par le fournisseur de telle sorte que l'absence de reprise immédiate de l'approvisionnement d'eau mettait en péril les productions. Sur le fondement de ce dommage imminent, la Cour de cassation n'a pas remise en cause la décision des juges du fond d'accorder en référé une mesure de prévention<sup>168</sup>.

Dans ces trois manifestations d'un dommage imminent, aucune incertitude affectant la survenance du dommage ne pouvait être relevée. La réalisation de l'atteinte apparaissait comme inéluctable, attestant ainsi qu'elle était future.

**30. Le dommage possible, un dommage susceptible de constituer un dommage imminent.** Le dommage imminent n'est pas nécessairement un dommage futur. Des mesures de prévention du dommage imminent sont octroyées alors que le dommage non encore survenu en question est un dommage possible.

En guise d'illustration, un dispositif de séparation entre un fonds et les fonds voisins avait été installé afin d'occulter la vue. La fragilité de constitution manifeste de ce dispositif de séparation faisait craindre le risque qu'il chute en cas de turbulences climatiques. Ce risque présentait un danger pour les personnes traversant la petite cour située juste en-dessous, constitutif d'un dommage imminent<sup>169</sup>.

De même, un dommage imminent a été caractérisé à raison de « l'état de délabrement du portail d'accès à la maison et de la clôture, ainsi que le danger qui en résultait pour les personnes utilisant le trottoir du passage »<sup>170</sup>.

---

166Cass. 3e civ., 5 novembre 2015, n°14-18184.

167Cass. 3e civ., 21 juillet 1998, n°96-14804.

168Cass. 3e civ., 28 mai 2003, n° 01-11892.

169Cass. 3e civ., 22 mars 2018, n°17-10495.

170Cass. 3e civ., 24 mai 2017, n°16-12223.

Dans un arrêt rendu le 7 juillet 2015, la troisième chambre civile n'a pas censuré la décision des juges du fond ayant constaté l'imminence d'un dommage consistant en l'écroulement de la terrasse entraînant d'éventuelles atteintes aux personnes<sup>171</sup>. En l'espèce, la Cour régulatrice n'a pas censuré la décision des juges du fond ayant ordonné l'évacuation des dalles entreposées sur la terrasse.

Sur le fondement d'un dommage imminent, a encore été ordonné l'expulsion de deux campements<sup>172</sup>. En l'espèce, ces derniers avaient été installés sur des espaces situés à l'angle d'avenues et à proximité d'une bretelle de sortie du boulevard périphérique. Ils ne disposaient ni de sanitaires, ni d'eau courante, ni d'électricité et l'éclairage se faisait à la bougie ainsi que le chauffage au bois à l'intérieur des cabanes. Le risque de dommage était avéré. Deux agents municipaux venus effectuer des réparations sur la voirie avaient, de surcroît, été agressés par des chiens appartenant aux occupants. Le dommage imminent caractérisé par un danger pour la sécurité, tant des usagers du boulevard périphérique que des intéressés eux-mêmes et de leurs familles, justifiait des mesures conservatoires.

Dans ces différents exemples, l'on voit bien que la réalisation du dommage n'avait rien d'inéluctable. Elle comportait une part d'incertitude, plus ou moins grande en fonction des illustrations si bien que le dommage dont il s'est agi était seulement possible.

Nous venons de le voir, en droit positif, la prévention des dommages futurs et possibles est ainsi admise sur le fondement d'un dommage imminent. Cette solution ne nous paraît pas devoir être remise en cause pour l'avenir tant la solution est justifiée. Il n'est pas discutable qu'un dommage futur puisse constituer un dommage imminent. C'est plutôt du côté du dommage possible que la situation paraît moins évidente.

## 2. Appréciation du droit positif

**31. Une ouverture légitime du périmètre du dommage imminent au dommage possible.** Nous avons montré que les magistrats admettaient qu'un dommage possible puisse caractériser un dommage imminent dès lors que sa réalisation semblait pouvoir intervenir avec une certaine proximité temporelle même si la survenance du dommage

---

<sup>171</sup>Cass. 3e civ. 7 juillet 2015, n°14-14796.

<sup>172</sup>Cass. 3e civ., 22 octobre 2015, n°14-11776 ; n°14-21515.

était affectée d'un aléa. A cet égard, la Cour de cassation considère que « le dommage imminent s'entend du dommage qui ne s'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer, la Cour d'appel, qui a ajouté au texte une condition tenant à l'existence du préjudice qu'il ne comporte pas, a violé le texte susvisé »<sup>173</sup>. Cette position constante ne doit pas nous conduire à faire l'économie d'une analyse de sa pertinence. Partant de là, un dommage possible peut-il véritablement être imminent alors même que sa survenance n'est pas établie avec certitude ? Pour répondre à cette interrogation, prenons l'illustration sus-évoquée du dispositif de séparation des deux fonds qui, par sa fragilité de constitution, faisait courir un risque aux usagers d'une courette. On sait que l'imminence dépend de circonstances de temps et de lieu. La survenance de turbulences climatiques conjuguée à la fréquentation des lieux rendront imminent le dommage. Pour autant, rien ne permet d'affirmer avec certitude que la réunion de ces deux facteurs conduira à ce moment précis à la réalisation d'un dommage. L'on peut néanmoins raisonnablement penser que si la menace se poursuit, le dommage pourra survenir prochainement. Utilisons encore une autre illustration. Dans l'arrêt du 7 juillet 2015<sup>174</sup>, la propriétaire d'un lot avait été condamnée, à la suite de l'assignation en référé du syndicat des copropriétaires, à évacuer les dalles de ciment recouvrant partiellement la terrasse de son appartement. L'on pouvait penser que le poids supporté par la terrasse faisait courir un risque d'effondrement de celle-ci pouvant se réaliser à brève échéance du fait du non-respect des charges d'exploitation mais rien ne permettait de garantir que le risque allait se réaliser de manière certaine. Différer l'octroi d'une mesure de prévention à la constatation de la certitude du dommage, c'était prendre le risque, en l'espèce, que le dommage vienne à se concrétiser pendant ce délai d'attente, privant ainsi les victimes de toute possibilité d'obtenir une mesure de prévention du dommage. Dès lors, « ce qui importe est l'existence d'une menace de réalisation [...] [à venir] d'un dommage, même s'il n'est lui-même que probable »<sup>175</sup>. La simple vraisemblance de survenance du dommage peut donc suffire<sup>176</sup> s'il est démontré que le dommage est susceptible de se produire dans peu de temps si la situation continue à se perpétuer. M. le Professeur Normand le résume ainsi : le dommage imminent est celui qui n'est pas encore réalisé, mais peut, à tout instant se produire, et dont il faut en

---

173Cass, Com, 13 avril 2010, n°09-14386.

174V° *supra* n°30.

175S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°216, p.171.

176B. STEINMETZ, « Risque sanitaire, dommage imminent et trouble manifestement illicite dans le référé de l'article 809 alinéa 1 er du Code civil », *Environnement*, n° 1, 2010, étude 2, n°6.

prévenir l'apparition<sup>177</sup>.

Voyons ce qu'il en est maintenant du côté du fondement d'un trouble manifestement illicite.

## B. PREVENTION DES DOMMAGES FUTURS ET POSSIBLES SUR LE FONDEMENT DU TROUBLE MANIFESTEMENT ILLICITE AU SENS DE L'ARTICLE 809 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

**32. Notion de trouble manifestement illicite.** Pour cerner le cas d'ouverture du trouble manifestement illicite pouvant déboucher sur une mesure de remise en état, il importe, au préalable, de revenir sur cette notion.

**33. Rapport du trouble au fait illicite.** M. le Professeur Bloch a tenté de fournir une définition du trouble en reprenant les travaux de Mme Guillemain sur la notion de trouble en droit privé, tout en y apportant quelques modifications. Celle-ci le définit comme un état provisoire<sup>178</sup> en raison de ses effets réversibles et de sa limite temporelle, appelé à disparaître quand le dommage est survenu, compte tenu de ce qu'il est, un « précurseur du dommage »<sup>179</sup>. Menace d'un résultat, le trouble apparaît « comme étant à même de provoquer une atteinte à l'intérêt privé, sous la forme d'un dommage »<sup>180</sup>. S'agissant du trouble illicite, notion moins large que le trouble<sup>181</sup>, M. le Professeur Bloch estime qu'il désigne le fait illicite lui-même passé au tamis de l'intérêt du demandeur<sup>182</sup>. Le trouble n'est pas un résultat mais le fait générateur de cessation de l'illicite qui présente, en outre, l'avantage de vérifier l'intérêt du demandeur à l'obtenir dans la mesure où il constitue une perturbation portée aux intérêts légitimes de ce dernier ou susceptibles de l'être<sup>183</sup>. La notion de « trouble » remplit ainsi une fonction semblable à celle du préjudice tout en ayant les avantages de permettre une intervention du juge des

---

177J. NORMAND, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », Mélanges Pierre Julien, 2003, Édilaix, n°2, p.295.

178C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, Préface P. COMTE, PUAM, 2000, n°46, p.76.

179C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, Préface P. COMTE, PUAM, 2000, n°59, p.90.

180C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, Préface P. COMTE, PUAM, 2000, n°47, p.79.

181C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°384, p.454.

182C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°386, p.456.

183C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°386, p.456.

référés en amont de l'apparition de préjudices et d'être moins difficile à établir. Ainsi compris, le trouble illicite ne constitue donc pas un résultat en soi mais tout à la fois le fait générateur de cessation de l'illicite et la perturbation des intérêts du demandeur<sup>184</sup>. En pratique, les juges ont tendance à présumer de manière irréfragable l'existence d'une perturbation portée aux intérêts du demandeur dès lors qu'un acte illicite est caractérisé. Dit autrement, un « acte illicite est nécessairement un trouble par nature »<sup>185</sup>.

**34. Source de la norme méconnue.** L'article 809, alinéa 1er, du Code civil ne disant rien sur l'origine de l'illicéité, il faut alors se tourner vers la jurisprudence. Il ressort de celle-ci que l'illicéité peut avoir une origine très diverse puisqu'elle procède de la violation d'une norme juridique obligatoire, qu'elle soit issue d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision de justice qui l'a précédé, d'une convention, d'un règlement intérieur d'entreprise, d'une simple règle morale, etc. Sa nature peut être pénale ou civile, aussi bien contractuelle dans la mesure où le respect de la norme est imposé par l'article 1103 du Code civil<sup>186</sup> ou extracontractuelle à partir des devoirs généraux dégagés par la jurisprudence sur la base de la faute évoquée par l'article 1240 de ce même code<sup>187</sup>.

**35. Sens du vocable « manifestement ».** Quant au terme « manifestement », il « renvoie à la raison d'être initiale du juge des référés, juge de l'immédiat, de l'évident<sup>188</sup>, ce qui paraît impliquer une intervention dans un litige exempt de doute »<sup>189</sup>. Parmi les trois composantes du trouble manifestement illicite, c'est assurément avec la composante de l'évidence que les juges sont les moins exigeants.

**36. Le dommage futur, un dommage pouvant être évité grâce à une mesure de cessation du trouble manifestement illicite.** Un trouble manifestement illicite est susceptible de causer un dommage futur. En s'attaquant à la source de ce dernier, la cessation du trouble manifestement illicite mettra fin indirectement au dommage futur

---

184C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°386, p.456.

185J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1200-95 : Référés, X. VUITTON, 2016, n°65 ; J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1300-15 : Référés spéciaux, X. VUITTON, 2016, n°65.

186S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009, n°244, p.193-194.

187 Cass, Civ 3ème, 5 mai 2009, n°08-11678.

188PETIT, « L'évidence », *RTD Civ.* 1986, p.491.

189RTD Civ. 1988, p.170, obs. J. Normand – *Adde* : J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1200-95 : Référés, X. VUITTON, 2016, n°61 et s.



lui-même. Il n'est pas aisé de trouver dans la jurisprudence des arrêts démontrant expressément que la survenance d'un dommage futur puisse être évitée par la cessation du trouble manifestement illicite. Les juges restent en effet silencieux sur les conséquences de ce trouble parce que l'article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile n'exige pas d'autre condition que le trouble manifestement illicite pour obtenir une mesure de cessation de ce dernier. Il suffit cependant de partir des exemples jurisprudentiels et d'imaginer les conséquences de celui-ci pour illustrer la capacité du dommage futur à être prévenu grâce à une mesure de cessation du trouble manifestement illicite.

Songeons au cas d'une société civile d'exploitation agricole propriétaire d'une parcelle cadastrée, sur laquelle est édifiée un immeuble<sup>190</sup>. Cette parcelle est contiguë à une autre parcelle appartenant à une société civile immobilière et comporte un bâtiment agricole. L'immeuble de la SCEA a été érigé de telle manière que l'entrée du bâtiment agricole de la société civile immobilière est désormais impossible ou en tout cas très difficile. Outre le trouble de jouissance, la société civile immobilière ne peut pas honorer ses contrats de livraison de ses productions. La démolition de la construction litigieuse ordonnée par le juge des référés permettrait de mettre fin au dommage futur.

Imaginons maintenant le cas d'une société vendant des coloriages géants. Une société lui en achète un certain nombre. Le gérant de la société distributrice découvre que la société qui lui avait acquis en grande quantité des coloriages géants a depuis produit sa propre collection de coloriages géants et s'apprête à la distribuer à la même clientèle. Les ressemblances, l'esprit et l'impression d'ensemble sont tels qu'ils sont susceptibles d'instaurer une confusion dans l'esprit de la clientèle et donc d'entraîner une perte future de celle-ci pour la société ayant initialement commercialisés les coloriages géants. Ce constat pourra conduire le juge des référés à accorder une mesure de cessation du trouble manifestement illicite tendant indirectement à prévenir le dommage dont la réalisation s'avère inéluctable.

**37. Le dommage possible, un dommage pouvant être prévenu par le biais d'une mesure de cessation du trouble manifestement illicite.** Quoique plus incertain que ne l'est le dommage futur, le dommage possible peut lui aussi faire l'objet d'une mesure de

---

<sup>190</sup>Exemple emprunté à Cass. 2e civ., 12 mai 2016, n°14-16348.

prévention<sup>191</sup>. Reprenons l'exemple bien connu de l'affaire des balles de golf<sup>192</sup>. Dans cet arrêt, le tracé d'un parcours de golf avait été conçu de manière erronée. Le terrain situé en bordure du parcours de golf avait été acquis quelques années plus tard par une propriétaire sur lequel elle avait fait édifier une maison à usage d'habitation. De nombreuses balles avaient atterri sur sa propriété, causant des dégâts matériels et faisant courir le risque d'autres dégâts de même nature ainsi qu'une menace à l'intégrité physique de toute personne qui traverserait sa propriété. Dans ce cas de figure, si le demandeur se fonde sur une violation du devoir général de prudence et de diligence imposé par les articles 1240 et 1241 du Code civil ou sur le principe selon lequel nul ne causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, il pourra se voir accorder une mesure de cessation du trouble manifestement illicite par le juge des référés. En enjoignant aux exploitants du terrain de golf de définir un nouveau tracé du parcours, la mesure de cessation de l'illicite mettra fin à la menace matérielle et corporelle générée par le tracé erroné.

Il en va de même du propriétaire d'un fonds qui stockerait de la paille en limite séparative. Si sur le fonds voisin est érigé une maison à usage d'habitation, le stockage de paille générera un risque d'incendie de la maison voisine compte tenu du pouvoir de combustion rapide et important de la paille et du fait qu'une simple étincelle puisse entraîner son embrasement. La violation des lois et règlements imposant une certaine distance de sécurité pour le stockage de paille à proximité de maisons à usage d'habitation est susceptible de constituer un trouble manifestement illicite. L'injonction prononcée par le juge des référés de déplacer la paille actuellement entreposée en limite séparative des fonds tendra à mettre fin au risque d'incendie de la maison voisine.

L'étude des deux cas d'ouverture à référé que sont le dommage imminent et le trouble manifestement illicite à l'aune des dommages futurs et possibles met en évidence des résultats comparables. Des mesures de prévention des dommages futurs et possibles peuvent être accordées par le juge des référés. Recouvrent-elles la même intensité quel que soit la réalisation du dommage qu'il convient d'éviter ?

---

191V° les applications et les potentialités de manifestations évoquées par C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2008, vol. 71, n°390-2, p.461-462.

192Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n°03-10434 ; *Bull. Civ. II*, n°291.

## §2. VARIATION SOUHAITABLE DE L'INTENSITE DE LA MESURE DE PREVENTION SELON LE DOMMAGE

**38.** En droit positif, le juge des référés apprécie s'il y a lieu d'ordonner des mesures de prévention. Lorsqu'il considère qu'elles sont opportunes, il accorde des mesures de prévention d'une intensité comparable, que le dommage soit futur ou possible (A). Le degré de certitude de survenance du dommage n'étant pas le même selon qu'il soit futur ou possible, il n'est pas juste que la victime d'un dommage possible obtienne une mesure préventive d'une force semblable à celle d'un dommage futur. C'est pourquoi nous proposons de faire varier l'intensité de la mesure de prévention en fonction du caractère certain ou possible du dommage (B).

### A. ABSENCE DE VARIATION DE LA MESURE DE PREVENTION SELON LE DOMMAGE

**39. Présentation de la position du droit positif.** L'examen des décisions rendues par les juges des référés prescrivant une mesure de prévention des dommages futurs ou des dommages simplement possibles ne fait pas apparaître de distinction d'intensité selon le dommage en question. L'existence d'un dommage futur ou la menace d'un dommage possible donnent lieu aux mêmes mesures. Par exemple, une commune avait acquis une source pour alimenter en eau potable ses habitants<sup>193</sup>. Elle a, au cours de la même année, mis en place un réseau de distribution à partir de cette source, y incluant des bassins et réservoirs, conférant à ces installations le caractère d'ouvrages publics. Le propriétaire de deux parcelles sur lesquelles existait une piste carrossable permettant d'accéder aux réservoirs et à des captages du réseau avait installé un portail métallique qu'il fermait à clé. Ce portail métallique empêchait la société chargée du nettoyage et de l'entretien des réservoirs communaux de pouvoir y accéder ainsi qu'aux captages du réseau. Pour pallier, selon lui, cet inconvénient, son propriétaire tenait la clé à disposition de la commune. Le portail constituant un obstacle pour le prestataire de service chargé de l'entretien des réservoirs, « dont dépend en partie la qualité sanitaire de l'eau, de pouvoir

---

193CA Bastia, 8 mars 2017, n°14/00609.

accéder à tout moment aux installations », le juge des référés a ordonné une mesure de cessation de l'illicite ayant pour effet de prévenir le dommage possible. En l'occurrence, le juge a enjoint au propriétaire de retirer le portail métallique dans les huit jours à compter de la signification de l'ordonnance et la mesure a été assortie, passé ce délai, d'une astreinte par jour de retard. Si maintenant l'on modifie les faits en augmentant la probabilité d'occurrence du dommage, le dommage possible devient un dommage futur. A n'en pas douter, la mesure de prévention du dommage futur octroyée ne sera pas différente de celle du dommage possible. Cela tient au fait que la victime du dommage possible a obtenu une mesure de prévention dont la force peut difficilement être plus élevée. De la même manière, prenons l'exemple de la diffusion d'informations relatives à une procédure de prévention des difficultés des entreprises couvertes par la confidentialité. Cette diffusion causera un trouble manifestement illicite qui fera l'objet d'une mesure de retrait de l'ensemble des articles contenant lesdites informations confidentielles, ainsi que l'interdiction de publier d'autres articles, que le dommage soit futur ou simplement possible. Plus généralement, des mesures aussi conséquentes que la démolition d'une construction, la fermeture d'un établissement, l'interdiction de publication d'un livre, l'interdiction de diffusion d'un film, le déplacement d'un dispositif, la cessation d'un stockage sont autant de mesures qui peuvent être accordées invariablement pour prévenir un dommage futur certain ou un simple risque avéré de dommage. Le type de dommage n'est jamais un critère influant sur l'intensité de la mesure de prévention dans le droit positif alors qu'il aurait toute légitimité pour en constituer un.

## B. PERTINENCE D'UNE VARIATION DE L'INTENSITE DES MESURES DE PREVENTION SELON LE DOMMAGE

**40. Inconvénients de la position actuelle.** Il n'est guère souhaitable de conserver la position actuelle et donc, de traiter de la même manière, un dommage futur et un dommage possible. La fermeture d'une usine ou le déplacement d'un dispositif constituent des mesures préventives qui peuvent avoir des conséquences financières redoutables pour leurs propriétaires. Admettre que les victimes puissent obtenir aussi bien sur le fondement d'une certitude que d'une supposition étayée d'un dommage la

même mesure apparaît injuste. Un dommage futur est, rappelons-le, un dommage dont il est acquis qu'il se réalisera dans l'avenir. Il est doté d'une probabilité d'occurrence suffisante pour accéder à la qualification de certitude. Il nous paraît en aller différemment pour la victime d'un dommage possible. Un dommage possible est un dommage auquel il peut être attribué une probabilité d'occurrence mais qui n'est pas suffisante pour que le dommage soit certain. Il ne faut pas oublier que la catégorie des dommages possibles est une catégorie hétérogène au sein de laquelle se côtoient aussi bien des dommages à la probabilité de réalisation élevée que des dommages dont celle-ci est faible. Il ne nous apparaît pas souhaitable, en référé, de jouer sur le caractère obligatoire ou non de la mesure préventive selon que le dommage soit futur ou possible. En effet, le juge des référés doit, à notre sens, continuer à apprécier l'opportunité de la mesure en référé car la situation repose sur l'apparence et non sur une certitude. Nous pensons que cette différence de gradation qui caractérise ces deux dommages doit se manifester dans l'intensité des mesures préventives.

**41. Proposition d'une variation de la mesure de prévention selon le dommage.** Les mesures les plus fortes pourraient ainsi être réservées aux victimes de dommages futurs, préférant, pour ceux qui ont à subir des dommages possibles, des mesures à l'intensité plus modeste mais qui restent efficaces. Prenons tout d'abord l'exemple d'un dommage possible constitué par le risque de cambriolage engendré par la présence, durant la réfection de la façade de l'immeuble, d'un échafaudage. Nous avons croisé une décision dans laquelle les juges avaient ordonné le démantèlement de l'échafaudage afin de tarir le risque. La mesure nous semble quelque peu excessive. Plutôt que de condamner l'entreprise en charge des travaux à démanteler l'échafaudage, le juge des référés pourrait ici prononcer une mesure de prévention moins énergique telle que la sécurisation des accès via par exemple la mise en place de chaînes dès que les ouvriers ont terminé leur journée de travail, réservant ainsi une mesure aussi intense que l'est le démantèlement aux situations de perspective d'un dommage futur. Partons maintenant de l'illustration des sondes cardiaques défectueuses. Plusieurs incidents impliquant des sondes auriculaires d'une marque identifiée commercialisées en France avaient été signalés outre-Atlantique. Il avait été établi que certaines sondes pouvaient présenter un risque de rupture du fil de rétention. Certains patients s'étant vu implanter une telle sonde avaient décidé *motu proprio* de se la faire enlever. Imaginons que lesdits patients n'aient pas pris une telle décision et aient plutôt sollicité du juge des référés une mesure

de prévention. Dans cette dernière hypothèse, la mesure idoine consisterait-elle en le prononcé du retrait de chacune des sondes auriculaires ? La mesure de prévention ne pourrait-elle pas résulter d'une mesure de surveillance médicale financée par le défendeur ? Puisqu'il n'est question que d'un dommage possible et que les juges ont pu affirmer qu'une surveillance médicale était suffisante, il ne nous semble pas opportun, sur la base d'un simple dommage possible, que le juge ordonne une mesure aussi énergique que l'extraction de la sonde. A l'inverse, l'ablation de la sonde aurait été une mesure tout à fait appropriée s'il apparaissait que la rupture du fil de rétention était une certitude.

**42. Conclusion de la Section 1.** L'examen de la jurisprudence fournit deux enseignements. D'une part, qu'il s'agisse du cas d'ouverture à référé du dommage imminent ou du trouble manifestement illicite, ils permettent assurément d'obtenir du juge des mesures destinées à prévenir, directement ou indirectement, le dommage futur ou le dommage possible. D'autre part, la mesure de prévention est dotée de la même intensité, que le dommage soit futur ou simplement possible. Critiquable, cette position du droit positif l'est assurément dans la mesure où elle ne tient aucunement compte de la différence de certitude qui caractérise pourtant le dommage futur et le dommage possible. C'est pourquoi nous proposons d'instaurer une gradation dans la force des mesures de prévention fondée sur la probabilité d'occurrence des dommages.

Si le dommage futur et le dommage possible ont tous deux la capacité de déclencher une mesure de prévention, la solution n'est pas aussi affirmée pour le dommage hypothétique. La tendance serait bien davantage à lui nier toute capacité à obtenir une intervention du juge.

## Section 2.

### Le refus d'une prévention en référé des dommages hypothétiques

**43. Une clarification attendue.** Que ce soit sur le fondement du cas d'ouverture à référé du trouble manifestement illicite ou sur celui du dommage imminent, les juges du fond restaient partagés quant à la possibilité de prévenir un dommage hypothétique (§1). La clarification résulta de plusieurs décisions du Tribunal des conflits rendues le 14 mai 2012 : des mesures préventives ne peuvent être accordées par le juge judiciaire lorsque le dommage qui menace est un dommage hypothétique (§2).

#### §1. UNE PREVENTION *AB INITIO* DISCUTÉE DEVANT LES JUGES DU FOND

44. L'on trouve des décisions contradictoires des juges du fond aussi bien sur le fondement du trouble manifestement illicite (A) que sur celui du dommage imminent (B).

#### A. PREVENTION INCERTAINE DU DOMMAGE HYPOTHÉTIQUE SUR LE FONDAMENT DU TROUBLE MANIFESTEMENT ILLICITE

**45. Contexte jurisprudentiel.** Les décisions ne manquent pas à ce propos et le moins que l'on puisse dire est que la question de la compatibilité d'une mesure de cessation du trouble manifestement illicite avec le dommage hypothétique a donné lieu à de vives querelles tant jurisprudentielles que doctrinales. C'est à l'occasion du contentieux des antennes-relais devant le juge civil des référés que cette question a été soumise aux juridictions. Certains riverains des antennes-relais avaient décidé d'assigner les opérateurs exploitant lesdites antennes notamment en référé pour obtenir leur démantèlement.

**46. Divergence jurisprudentielle.** Le 11 août 2009, les magistrats du tribunal de grande instance de Créteil<sup>194</sup> étaient invités à étudier l'existence d'un trouble manifestement illicite généré par l'installation d'une antenne-relais à proximité des habitations de deux requérants respectivement âgés de 71 et 83 ans. S'appuyant sur les différents rapports et avis versés au débat, le tribunal estime que s'il n'est pas possible, en l'état des connaissances scientifiques, d'établir la certitude du risque de dommage à la santé que présenterait le dispositif, il n'en demeure pas moins qu'un risque, fût-il incertain, existe bel et bien. En considération de ce risque exposant des personnes âgées, et de ce fait vulnérables, ainsi que les autres occupants de l'immeuble, l'opérateur méconnaît non seulement le devoir de prudence mais encore le principe de précaution, principe qu'il appartient au juge judiciaire de faire respecter. Partant de là, le trouble manifestement illicite se trouve caractérisé, justifiant alors une mesure d'interdiction d'installer l'antenne-relais à l'endroit litigieux. Par conséquent, même en respectant toutes les normes d'implantation des antennes-relais, les opérateurs n'avaient pas pris les précautions nécessaires pour éviter d'exposer autrui à un dommage hypothétique, opérant, ce faisant, le passage d'une activité licite à une activité fautive. De cette décision, une notion tend donc à émerger, la faute de précaution<sup>195</sup>. « Ainsi, la « faute » pourrait se trouver enrichie par l'admission d'un « devoir de précaution » ou « de vigilance »<sup>196</sup> permettant de considérer comme fautive une attitude ne tenant aucun compte de signes d'alertes significatifs »<sup>197</sup>. « Dans la mesure où le principe de précaution se traduirait par des réglementations nouvelles génératrices d'obligations, il en résultera, mécaniquement, autant d'occasions de responsabilité pour méconnaissance

---

194TGI Créteil 11 août 2009, Jurisdata n°2009-007359.

195P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Éd. Odile Jacob, Paris, Documentation Française, 2000, p.186 et s. ; C. RADE, « Le principe de précaution et la nouvelle éthique de la responsabilité », RJE 2000.75 ; D. JACOTOT, « Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour faute », RJE 2000.91 ; A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », RJE 2000.147 ; F. ARHAB-GIRARDIN, « Les nouveaux territoires de la faute », *RCA* 2003, n°6, chron. 16 ; M. BACACHE, « Définir les modalités de la réparation du préjudice écologique devant le juge », Commentaire de la proposition n°3 du rapport « Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, Environnement, 2012, n°7, dossier 6 ; M. MEKKI, « La ou les légitimité(s) du ou des juge(s) et le principe de précaution », n°31, p.146-147, in *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, sept. 2016, ss la dir. de M. HAUTEREAU-BOUTONNET et J.-C. SAINT-PAU.

196Cons. Cons., n°2011-116 du 8 avril 2011, QPC, Jurisdata n°2011-015527. Dans son considérant n°5, le Conseil constitutionnel affirme que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».

197G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°23, p.42.



desdites obligations, donc pour faute »<sup>198</sup>. Un an plus tard, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 3 mars 2010<sup>199</sup>, consacra dans une action au fond, la possibilité d'appliquer le principe de précaution en droit privé, tout en la rejetant en l'espèce, et retint que la méconnaissance dudit principe pouvait entraîner la qualification de faute sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil devenu depuis l'article 1240 du même code<sup>200</sup>. Elle peut être caractérisée par une faute par omission qui consiste, pour l'auteur de la faute, à ne pas avoir agi en cas de risque de dommage grave et irréversible dans un contexte où il y a incertitude scientifique<sup>201</sup>. Avant cela, la faute de précaution avait été reconnue, dans une action au fond, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 7 mars 2006<sup>202</sup> relatif au distilbène. En l'espèce, le diéthylstilbestrol ou distilbène<sup>203</sup>, un œstrogène de synthèse fut prescrit à

---

198J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations 2. Le fait juridique*, Sirey, 2011, n°85, p.98 – Adde : V. REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et à la réparation des dommages environnementaux*, Lextenso, 2010, n°122, p.133.

199Cass. 3e civ., 3 mars 2010, n°08-19108.

200M. BOUTONNET, « Le droit de l'environnement : les principes directeurs, Droit de l'environnement », Collections fiches, Sup Foucher, p.27.

201J.-Cl. Environnement et développement durable, Fasc. 2410 : Principe de précaution, Droit interne, E. GAILLARD, 2014, n°226.

202Cass. 1e civ., 7 mars 2006, n°04-16179 et n°04-16179, D.2006.812, obs. I. Gallmeister ; *RCA* 2006, comm.164, obs. C. Radé ; *RTD Civ.* 2006, p.565, note P. Jourdain.

203Pour l'histoire complète de cette hormone, V° J.-L. FAGNART, « La conception des produits pharmaceutiques. Précaution et responsabilité », in *Mélanges offerts à M. FONTAINE*, Larcier, 2003, p.749. A propos du Distilbène ® : Cass, Civ 1ère 7 mars 2006, n°04-16179, *RLDC* 2006, n°27, p.24, note C. KLEITZ ; Cass. 1e civ., 7 mars 2006, n°04-16180. V° sur ce point, P. JOURDAIN, « Une application de la responsabilité du fait des produits défectueux: l'affaire du distilbène », *RTD Civ.* 2002, n°3 juill.-sept., p.527 ; L. NEYRET, « La reconnaissance du préjudice d'exposition au Distilbène », *Revue de droit sanitaire et social* 2002, n°3, p.502 ; P.-L. NIEL, « L'affaire du distilbène : un nouveau pas vers une application du principe de précaution en matière de responsabilité civile », *LPA* 2005, n°123, p.22-28 ; C. RADE, « Distilbène : le laboratoire jugé responsable et coupable ! », *RCA* n°10, oct. 2004, étude 22, p.11 ; A. GOSSEMENT, « Sur la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique à raison des médicaments commercialisés », *D.* 2004, p.2071 ; P. JOURDAIN, « L'obligation de vigilance des laboratoires pharmaceutiques entre prévention et précaution. A propos du distilbène », *RTD Civ.* 2006. 565 ; C. RADE, « L'affaire du distilbène », *RCA* 2006, n°5, comm. 164, p.14 ; I. GALLMEISTER, « Responsabilité du fabricant de distilbène », *D.* 2006, IR 812 ; O. GOUT, « Les avancées discrètes du principe de précaution », *RCA* n°7, juillet 2006, étude 11 ; B. BOULOC, « Produits défectueux. Obligation de vigilance », *RTD Com* 2006. 906 ; C. RADE, « Les « filles » du distilbène victimes de discriminations », *RCA*, 2009, n° 11, étude 15 ; P. BRUN, « Responsabilité civile », *D.* 2010, p.49 ; L. BLOCH, « Pour une autre présentation de la responsabilité du fait des produits de santé », *RCA* 2009, n°12, étude 16, spéc. n°10 ; S. HOCQUET-BERG, « Affaire du « Distilbène » : une importante avancée en matière d'indemnisation des victimes », *JCP G* 2009, n°44, 381 ; P. MISTRETTA, « Distilbène, La Cour de cassation au secours des victimes », *JCP G* 2009, n°41, p.304 ; C. BYK, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP G* 2007, n°13, I, 137, spéc. n°25 ; M. BOUTONNET, « La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », *D.*2008, p.2912 ; M.-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.*2007, p.1518 ; G. VINEY, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*2007, p.1512 ; G. RAYMOND, « Et si la montagne n'accouchait que d'une souris ! », *CCC* n°1, janv. 2005, alerte 5 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Fautes professionnelles : affirmation d'un devoir de vigilance incombant au fabricant de produit de santé », *JCP G* 2006, n°36, I, 166.

partir de 1947 à de nombreuses mères pour éviter les fausses couches<sup>204</sup>. Ce n'est qu'à partir des années 1970 que les risques pour la santé de cette hormone sont finalement découverts<sup>205</sup>. En effet, les filles des femmes ayant ingéré ce médicament développent anormalement une forme de cancer du vagin ou de l'utérus<sup>206</sup>. La troisième génération semble également en subir les effets<sup>207</sup>. La Cour régulatrice s'exprimait en ces termes : « Mais attendu que la cour d'appel a constaté qu'existaient avant 1971 et dès les années 1953-1954 des doutes portant sur l'innocuité du distilbène ; que la littérature expérimentale faisait état de la survenance de cancers très divers et qu'en outre, à partir de 1971, de nombreuses études expérimentales et des observations cliniques contre-indiquaient l'utilisation du distilbène ; qu'elle a pu en déduire sans dénaturer les rapports d'expertise, que la société UCB Pharma qui, devant ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique, n'avait pris aucune mesure, ce qu'elle aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, avait manqué à son obligation de vigilance ». Auparavant, la faute de précaution avait été rejetée par certains juges du fond<sup>208</sup>.

Ainsi compris, la faute de précaution consisterait donc en l'absence d'un certain comportement face à un risque incertain<sup>209</sup>. Le principe de précaution permettrait « d'étoffer la notion de faute en élargissant le contenu du devoir général de prudence et de diligence que la jurisprudence fait peser sur chaque homme, et dont la méconnaissance est également fautive »<sup>210</sup>.

Parallèlement à ces décisions, la Cour d'appel de Paris a, à l'inverse, jugé, le 6 avril 2010, que ni l'installation, ni le fonctionnement de l'antenne-relais ne pouvait

---

204P. JOURDAIN, « Une application de la responsabilité du fait des produits défectueux: l'affaire du distilbène », *RTD Civ.* 2002, n°3 juill.-sept., p.527.

205CA Versailles 30 avril 2004, obs. C. RADE, *RCA* n°10, 2004, étude 22, p.11 La jurisprudence scinde deux périodes. Avant 1971, les risques n'étaient pas établis scientifiquement. Après 1971, elle parle de risque scientifiquement établi.

206D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, l'Harmattan, Paris, 2008, n°237, p.155.

207A.-L. BLOUET-PATIN, « Affaire du « Distilbène » : la justice reconnaît les victimes de la 3<sup>ème</sup> génération mais limite l'indemnisation de leur préjudice », *Lexbase hebdo – Éditions affaires*, 01/02/2007, n°246.

208CA Aix-en-Provence 6 février 2007, n°2007-003924 ; TGI Avignon 16 juin 2009, n°07/02026.

209P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2123.74 et s., p. 521 et s.

210V. REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et à la réparation des dommages environnementaux*, Lextenso, 2010, n°122, p.133.

caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite. D'une part, l'opérateur disposait des autorisations requises pour son implantation et, d'autre part, l'appelant ne démontrait pas que l'opérateur méconnaissait les dispositions du décret du 3 mai 2002 fixant les seuils d'exposition préconisés par le Conseil de l'Union européenne. La juridiction légitime ainsi son refus par le respect par les opérateurs de la législation tant nationale qu'internationale, ce qui est conforme à la définition du cas d'ouverture des référés. On retiendra également de cet arrêt que le juge judiciaire refuse de faire jouer au principe de précaution un rôle d'assouplissement des critères de sa saisine<sup>211</sup>. Il précise que le principe de précaution s'impose aux pouvoirs publics et autorités administratives. Par une interprétation *a contrario*, on en déduit qu'il ne s'adresse pas au juge judiciaire. Et il ajoute que ce principe de précaution a indéniablement « été pris en compte par le décret du 3 mai 2002 ».

Jusqu'en 2012, le contentieux des antennes-relais, – seul contentieux ayant permis aux juridictions des référés de se positionner sur la prévention du dommage hypothétique par la cessation du trouble manifestement illicite –, ne permettait pas de dégager une position certaine de la jurisprudence.

## B. PREVENTION INCERTAINE DU DOMMAGE HYPOTHETIQUE SUR LE FONDEMENT D'UN DOMMAGE IMMINENT

**47. Décisions divergentes.** Le principe de précaution a été invoqué pour la première fois devant les juridictions civiles dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mars 2000 statuant en la forme des référés<sup>212</sup>. Dans cette affaire, les deux appelantes invoquaient notamment un dommage imminent sur le fondement de l'article 809 alinéa 1er du Code de procédure civile causé par l'implantation d'une antenne-relais de téléphonie mobile à proximité de leur habitation. Conscientes que l'incertitude générée par les antennes ne pourrait suffire à caractériser l'un des cas d'ouverture du référé de l'article 809 du Code de procédure civile, elles invoquaient à l'appui de leur demande, le principe de précaution. La Cour d'appel commence par considérer que le principe de

---

211M. BOUTONNET, « Les risques éventuels générés par les antennes-relais », Gaz. Pal. 2009, n°328, p.11.

212CA Paris, 15 mars 2000, Jurisdata n°2000-108718.

précaution « n'autorise pas le juge des référés à s'affranchir des conditions d'exercice de ses prérogatives ». En d'autres termes, le principe de précaution ne permet pas d'infléchir les conditions de l'article 809 alinéa 1 du Code de procédure civile. C'est pourquoi elle rejette l'existence d'un dommage imminent compte tenu du doute scientifique sur la nocivité des antennes-relais.

Il faut attendre plusieurs années avant de voir les juridictions de l'urgence se prononcer à nouveau sur la question de la prévention d'un dommage imminent qui serait constitué par un dommage hypothétique. C'est ainsi que le Tribunal de grande instance d'Angers, dans une décision en date du 5 mars 2009<sup>213</sup>, devait se prononcer sur l'existence d'un dommage imminent s'inférant du projet d'installation d'une antenne-relais sur le toit d'une église. Le tribunal considéra en l'espèce que « le principe de précaution nous commande d'ordonner l'interdiction de mise en œuvre du projet d'implantation des antennes relais sur le clocher de Notre Dame d'Allençon, interdiction constituant une mesure effective et proportionnée visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable. [...] Ce fondement recoupe en l'espèce celui invoqué également au titre de l'article 809 alinéa 1 du Code de procédure civile et il entre dans notre compétence de prendre toute mesure pour prévenir un dommage imminent, définition qui intègre à l'évidence le risque sanitaire pour les populations riveraines de l'installation projetée ». De son côté, le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, le 9 juin 2009<sup>214</sup>, a rendu une décision antagoniste. Les demandeurs invoquaient le principe de précaution pour obtenir une mesure de prévention. Le tribunal commence par rappeler la jurisprudence antérieure. « Il a déjà été jugé qu'un risque avéré, même en l'absence de trouble réellement constaté, peut constituer un trouble anormal de voisinage qui lui-même peut être qualifié ainsi de dommage imminent justifiant l'intervention du juge des référés ». Le dommage imminent ne peut, selon les juges, renvoyer qu'à un risque avéré ou à une probabilité de risque suffisante. Considérant que les différents rapports et avis sont insuffisants pour corroborer l'existence d'un risque pour l'environnement ou pour la santé engendré par la présence de l'antenne-relais doté d'une probabilité d'occurrence comparable, le tribunal rejette la demande de prévention. Il poursuit en affirmant qu'admettre le contraire induirait un renversement de la charge de la preuve qui lui-

---

213 TGI Angers, 5 mars 2009, Jurisdata n°2009-010740.

214 TGI Aix-en-Provence, 9 juin 2009, Jurisdata n°2009-010705.

même conduirait à faire peser sur les opérateurs une présomption irréfragable d'existence d'un tel risque dont la preuve contraire ne serait que sinon impossible du moins difficile à rapporter. Par voie de conséquence, il conclut au rejet de la demande.

Le lendemain, le tribunal de grande instance de Pau<sup>215</sup> rendait une décision à l'issue comparable à la suite de la demande de riverains exaspérés de vivre à proximité d'une antenne en construction. Dans sa décision, le tribunal commence par affirmer que « la simple évocation du principe de précaution est insuffisante ». Elle n'a pas pour effet de dispenser la partie demanderesse de démontrer l'existence d'un dommage imminent. S'appuyant sur les différents rapports et avis, le tribunal constate que « l'existence, la nature et l'étendue des risques pour la santé des ondes électromagnétiques émises par les antennes de téléphonie mobile sont indéterminées et que les troubles objectifs de la partie demanderesse ainsi que le lien de causalité entre le trouble ressenti qui justifie la présente instance et l'installation des antennes n'est pas rapporté de sorte que le dommage imminent n'est pas constitué »<sup>216</sup>.

Un an plus tard, ce fut au tour de la Cour de Paris de juger une demande tendant à la reconnaissance d'un dommage imminent constitué par le risque de dommages graves et irréversibles à sa santé ainsi qu'un trouble manifestement illicite caractérisé par la non-obtention des autorisations administratives et le non-respect du décret du 3 mai 2002. Dans son arrêt du 6 avril 2010<sup>217</sup>, la Cour d'appel précise notamment la définition du dommage imminent. Les magistrats considèrent que si le principe de précaution « s'impose aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respective, il est indéniable qu'il a été pris en compte par le décret du 3 mai 2002 » [...] « ce principe ne saurait être utilement invoqué dès lors qu'il s'évince de sa propre définition qu'il est manifestement incompatible avec le critère objectif de l'imminence du dommage qui fonde les pouvoirs de la juridiction des référés au titre de l'article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile ».

A l'aune de ces décisions, l'incertitude demeure jusqu'en 2012 sur le point de déterminer si le dommage hypothétique est susceptible de constituer un dommage imminent. Tout au moins, l'on peut affirmer qu'une tendance jurisprudentielle majoritaire tendait à se dégager, celle que le dommage hypothétique ne puisse pas constituer un dommage imminent. Le dommage imminent ne pourrait renvoyer qu'au

---

215TGI Pau 10 juin 2009, Jurisdata n° 2009-010742.

216TGI Pau 10 juin 2009, Jurisdata n° 2009-010742.

217CA Paris, 6 avril 2010, Jurisdata n° 2010-013546.

« risque avéré », à une « probabilité de risque suffisante » et non à une probabilité de dommage qui ne peut pas être déterminée en l'état des connaissances scientifiques et technologiques. L'on ne manquera pas de relever que le principe de précaution n'est pas de nature à assouplir la compréhension du dommage imminent<sup>218</sup>. A partir de 2012, la situation va être clarifiée pour les deux cas d'ouverture à référé.

## §2. UNE PREVENTION DEFINITIVEMENT ECARTEE PAR LE TRIBUNAL DES CONFLITS

**48. Controverse tranchée par le Tribunal des conflits.** La Cour de cassation, qui fût elle aussi sollicitée sur la question, y décela un problème de compétence et décida en conséquence de renvoyer l'affaire devant le Tribunal des conflits<sup>219</sup>. Dans plusieurs décisions rendues le 14 mai 2012<sup>220</sup>, celui-ci mit fin aux hésitations. Puisque la réglementation de l'implantation d'une antenne-relais relève du pouvoir de police spéciale des communications électroniques<sup>221</sup>, la compétence pour connaître des actions tendant à « obtenir l'interruption de l'émission, l'interdiction de l'implantation, l'enlèvement ou le déplacement d'une station radioélectrique régulièrement implantée sur une propriété privée ou sur le domaine public, au motif que son fonctionnement serait susceptible de compromettre la santé des personnes vivant dans le voisinage ou de provoquer des brouillages » échoit au juge administratif. Le juge judiciaire quant à lui, reste compétent dans deux hypothèses résiduelles. Premièrement, « si un litige oppose un opérateur de communication électronique à des usagers ou à des tiers lors d'une

---

218M. BOUTONNET, « Les risques éventuels générés par les antennes-relais », Gaz. Pal. 2009, n°328, p.11.

219V° Par ex., Cass. 1e civ., 12 octobre 2011, n°10-17996.

220Tribunal des conflits, 14 mai 2012, C3846, C3850, C3852, C3854, C3844 et C3848.

La compétence du juge judiciaire en présence d'un dommage hypothétique lié à la proximité d'une antenne-relais a donc été réduite à peau de chagrin.

V° M. BARY, « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », RJO 2014, NS, pp. 93 et s. ; S. MOREIL, « Antennes-relais : que reste-t-il au juge judiciaire ? », *D.*2012.2978 ; E. KALANTARIAN, « Le nouveau visage du contentieux des antennes-relais », *Administrer* mai 2013, p.7 ; G. VINEY, « Le contentieux des antennes-relais », *D.*2013.1489 ; N. REBOUL-MAUPIN, « Troubles de voisinage et antennes-relais : le juge judiciaire neutralisé », *D.*2013.2137 ; M. BACACHE, « Antenne-relais et compétence juridictionnelle », *JCP G* 2012, 820 ; G. LOISEAU, « Le juge judiciaire compétent mais pas trop », *CCC* 2012, comm. 133.

221K. HAMRI et J.-P. SORBA, « Téléphonie mobile, principe de précaution et police spéciale des télécommunications : retour aux fondamentaux », obs. ss. CE, 26 octobre 2011, LPA 2012, n°33, p.11 ; M. PAILLOT, « Le régime juridique de l'installation des antennes relais de téléphonie mobile en droit de l'urbanisme », *RDI* 2003, p.139.

demande d'indemnisation de dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique qui n'a pas le caractère d'un ouvrage public ». Deuxièmement, « si un litige oppose un opérateur de communication électronique à des usagers ou à des tiers lors d'une demande de cessation des troubles anormaux de voisinages liés à une implantation irrégulière ou à un fonctionnement non conforme aux prescriptions administratives ou à la preuve de nuisances et inconvénients anormaux autres que ceux afférents à la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables ». Cet éclatement du contentieux en des actions disjointes « en pratique indissociables »<sup>222</sup> est regrettable. La création d'un bloc de compétence au profit d'un des deux ordres de juridictions aurait sans doute été plus judicieuse<sup>223</sup>. Plus tard, la Cour de cassation ne manqua pas d'appliquer cette répartition des compétences<sup>224</sup>. Dès lors, une position claire est arrêtée. Il ressort de la décision du Tribunal des conflits que le juge judiciaire ne peut plus connaître des demandes visant à obtenir des mesures pour prévenir le risque sanitaire lorsque la station radioélectrique a le caractère d'ouvrage public ou lorsque celle-ci a été régulièrement autorisée et implantée sur une propriété privée ou sur le domaine public, au risque sinon de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir de police spéciale des communications électroniques. La question paraît donc tranchée : le juge judiciaire des référés ne peut pas octroyer de mesures de prévention lorsque le dommage qui menace de se réaliser est un dommage hypothétique. La conclusion n'est pas différente lorsque la demande est fondée sur le dommage imminent ou sur le trouble manifestement illicite.

**49. Conclusion de la Section 2.** Si l'hésitation était encore permise jusqu'au 14 mai 2012, le Tribunal des conflits a fini par mettre un terme à celle-ci. Le dommage sanitaire hypothétiquement redouté par les riverains d'antennes-relais de téléphonie mobile ne peut donner lieu, devant le juge judiciaire, à une mesure de prévention. Ce dommage sanitaire fût jusqu'à maintenant la seule occasion pour les juges de se prononcer sur la

---

222B. DELAUNAY, « Quel juge pour les antennes relais ? », RDP 2013, n°2, p.287.

223C. PAILLARD, « La réparation du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par le juge administratif », RJO 2014, NS, p. 121 ; B. DELAUNAY, « Quel juge pour les antennes relais ? », RDP 2013, n°2, p. 287.

224F.-G. TREBULLE, « Compétence en matière d'antennes-relais : mise en œuvre de la décision du Tribunal des conflits par la Cour de cassation », JCP G 2013, 14 ; B. DELAUNAY, « Quel juge pour les antennes relais ? », RDP 2013, n°2, p. 287 : Il n'en demeure pas moins que « les troubles anormaux de voisinage ne résument pas la totalité des actions pouvant être portées devant le juge judiciaire et que les actions en responsabilité classiques (par exemple fondées sur les articles 1382 s. du Code civil) restent ouvertes ».

capacité du dommage hypothétique à déclencher une mesure de prévention. Nous pouvons ainsi en conclure au moins pour l'heure qu'aucune mesure de prévention ne peut être ordonnée par le juge des référés lorsque le dommage auquel est exposé la victime est hypothétique.

**50. Conclusion du Chapitre 1.** Les tâtonnements du juge des référés dans la prévention des dommages non encore survenus a rendu ce traitement nébuleux. Il importait par conséquent de présenter ses contours. Le traitement de la prévention du dommage en référé apparaît clivant, réservé seulement à deux catégories de dommages non encore survenus, le dommage futur et le dommage possible. Ces deux dommages n'étant pas dotés de la même force, il convenait de faire apparaître cette distinction dans l'intensité de la mesure de prévention.

Le traitement de la prévention du dommage en référé ayant été précisé, qu'en est-il maintenant de ce traitement au fond ?



## Chapitre 2.

# La prévention du dommage non encore survenu au fond

**51. La prévention du dommage par la cessation de l'illicite.** Au fond aussi, la prévention entre dans l'office du juge<sup>225</sup>. En matière extracontractuelle, il existe bon nombre de manifestations préventives<sup>226</sup>. Mais rares sont celles qui constituent des sanctions et qui, de surcroît, peuvent prétendre à l'autonomie vis-à-vis de la réparation. Celle qui parvient à s'en démarquer, encore que son indépendance ne soit circonscrite en droit positif à certains domaines seulement, n'est autre que l'équivalent substantiel de la cessation du fait manifestement illicite, à savoir la cessation des faits illicites<sup>227</sup>. Elle

---

225S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 504, 2009.

226S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504.

227M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, Coll. Cours dirigée par B. BEIGNIER, LGDJ, 3e éd., 2014, n°789 et s., p.337 et s. ; P. BRUN, *La responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd., 2018, n°609, p.421 - *Adde* : C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°776, p.435 ; F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *In Hommage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, Coll. Thèmes et comm., 2014, p.121 ; G. VINEY, « Cessation de l'illicite et

peut être définie comme regroupant « l'ensemble des sanctions juridiques » dont dispose le juge du fond « ayant pour objet de mettre l'acte ou le fait illicite en conformité avec la règle de droit violée »<sup>228</sup>. En d'autres termes, elle « vise une mesure judiciaire qui, prenant le mal à la racine, agit non pas sur les conséquences dommageables d'un fait illicite, mais en amont sur le fait illicite lui-même »<sup>229</sup>. En faisant disparaître le fait à l'origine du dommage non encore survenu, la cessation de l'illicite va donc, par ricochet, prévenir le dommage.

**52. Création d'une action tendant à la cessation de l'illicite.** Cette sanction a souvent été considérée à tort comme une action<sup>230</sup>. Le droit positif se caractérise par la pauvreté des textes envisageant une mesure de cessation de l'illicite. Quelques textes spécifiques, ici et là, au demeurant disparates, la prévoit<sup>231</sup>. Cependant, mis à part ceux-ci, le

---

responsabilité civile », *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.547. Monsieur Sintez a proposé de distinguer à côté de la cessation du fait illicite qu'il rebaptise pour l'occasion la cessation de la réalisation du dommage, l'anticipation de la survenance du dommage. Tandis que la première interviendrait une fois le fait illicite commis, la seconde, quant à elle, trouverait matière à s'appliquer en amont, c'est-à-dire avant la production du fait potentiellement dommageable, à la condition évidente toutefois que l'intention de le commettre soit connue. En d'autres termes, la cessation de l'illicite serait réduite au fait illicite actuel tandis que l'anticipation s'occuperait du fait illicite futur. L'anticipation consisterait alors par exemple en l'interdiction de publier un livre encore sous presse susceptible d'être diffamant ou en une injonction de déplacer un appareil dont l'absence de risque ne peut être garantie. *De lege lata*, l'anticipation de la survenance du dommage existe déjà mais sous le maque de la cessation de l'illicite. On peut comprendre les raisons qui ont poussé Monsieur Sintez à vouloir isoler la prévention du fait illicite futur, l'auteur assignant à l'action tendant à en éloigner sa perspective des conditions autres que celles prévues pour le fait illicite actuel – risque d'illicéité et risque avéré de dommage, voire risque hypothétique dans le cas où des intérêts vitaux seraient menacés. A l'analyse cependant, il ne nous semble guère y avoir de différence conséquente entre le fait illicite actuel et le fait illicite futur. En effet, dans les différentes illustrations recensées par l'auteur, si la réalisation du dommage pouvait apparaître très incertaine, tel n'était pas le cas, en revanche, du fait illicite non encore produit. Il était certain par exemple que le livre, tiré à tant d'exemplaires, allait être diffusé, que le film déjà réalisé allait sortir, que le commerçant ayant fait la publicité d'une vente à prix soldés en dehors des périodes légales allait la réaliser ou encore qu'un opérateur de téléphonie mobile, ayant reçu toutes les autorisations, allait implanter son antenne-relais. Dit autrement, le fait illicite, quoique non encore actuel, était certain. Aussi, rejoignons-nous Monsieur le Professeur Leduc lorsqu'il écrit que « de la même manière qu'on assimile le dommage futur au dommage certain, il est loisible d'assimiler le fait illicite futur au fait illicite actuel ».

228C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°4, p.3.

229P. BRUN et P. PIERRE (ss. la dir. de), *Lamy Droit de la responsabilité*, 2018, n°296-45.

230C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 71, 2008, n°228, p.209.

231Ainsi, peut-elle être fondée sur le principe aux termes duquel nul ne peut causer à autrui un trouble anormal de voisinage, l'article 9 du Code civil en cas d'atteintes illicites à la vie privée, l'article 9-2 de ce code propre aux cas de violation de la présomption d'innocence, l'article 16-2 du même code portant sur les atteintes illicites au corps humain, l'article 1240 du Code civil en cas de concurrence déloyale, l'article L621-7 du Code de la consommation portant sur les atteintes illicites à l'intérêt collectif des consommateurs, l'article L1251-47 du Code du travail relatif à la méconnaissance des dispositions législatives concernant le droit social, l'article 1252 du Code civil portant sur les atteintes à l'environnement, etc.

prononcé de cette sanction n'est expressément prévu par aucun texte de portée générale. Confrontés à une demande sociale de sécurité de plus en plus pressante, les magistrats ont jusqu'à maintenant comblé cette lacune en se fondant conceptuellement sur l'institution de la responsabilité civile. A l'heure d'une réforme de cette responsabilité, tous les auteurs s'accordent sur la nécessité de formaliser une action générale qui tendrait à déboucher sur une mesure de cessation des agissements illicites. Passé le consensus sur le principe de la création d'une action de droit commun en cessation de l'illicite, c'est ensuite un profond dissensus qui anime les auteurs sur la place à lui conférer (Section 1). Une fois ce point éclairci, nous pourrions voir de quelle manière cette action tendant à la cessation de l'illicite pourra permettre de prévenir certains des dommages non encore survenus (Section 2).

## Section 1.

### La place de la cessation de l'illicite

53. Pour envisager la place que pourrait occuper la cessation des faits illicites dans l'avenir (§2), il convient au préalable de tirer profit de l'expérience du droit positif (§1).

#### §1. PLACE DE LA CESSATION DES FAITS ILLICITES EN DROIT POSITIF

54. **Méthode.** La place de la cessation de l'illicite n'est pas au premier abord facile à identifier. En tout état de cause, la catégorie de dommages non encore survenus à prévenir n'influe pas sur la place de la cessation de l'illicite. Le critère d'identification de sa place est à rechercher ailleurs. Traditionnellement, la mise en œuvre de la responsabilité civile tend à la réparation des préjudices. Si le droit de la responsabilité civile assume d'autres fonctions<sup>232</sup>, comme la fonction préventive<sup>233</sup>, celles-ci ne s'exercent que par le canal de la réparation<sup>234</sup>. Dans cette représentation actuelle de la responsabilité civile, la prévention ne peut donc s'effectuer sans réparation puisqu'elle ne dispose pas d'un paradigme de la responsabilité qui lui soit propre, à côté de celui,

---

232Le nombre même de fonctions de la responsabilité civile est discuté. Certains distinguent trois fonctions de la responsabilité civile : réparer, prévenir et punir. Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », revue *Droits*, 1987, n°5, *Fin de la faute ?*, p.27 ; O. DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, 2008, n°47, *La pensée juridique et le destin du Code civil*, p.23 ; F.-G. TREBULLE, « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », p.17, in *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, sous la direction de C. CANS, Préface G. VINEY, Dalloz, 2009 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *Liber amicorum*, G. VINEY, LGDJ, 2008, p.751 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préface F. POLLAUD-DULIAN, PUAM, 2000, n°1, p.17. D'autres proposent de regrouper la fonction préventive et la fonction punitive sous une seule et même acception, « fonction normative ». C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – l'influence des fondements sur la responsabilité sur la réparation*, Préface Y. LEQUETTE, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2005 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, 2018, n°12 et s., p.9 et s. et n°167 et s., p.110 et s.

233S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009.

234C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°9.

classique, de la responsabilité curative<sup>235</sup>. Il s'ensuit que l'action tendant à prononcer la sanction préventive de la cessation de l'illicite ne se situe dans le giron de la responsabilité civile que pour autant que la cessation de l'illicite est assimilée à une mesure de réparation. A défaut, c'est-à-dire si la cessation se démarque de la réparation, c'est que l'action aux fins d'obtenir la cessation des agissements illicites n'appartient pas alors au spectre de la responsabilité civile. Pour déterminer le degré d'autonomie de la cessation de l'illicite vis-à-vis de la réparation, il faut être attentif à l'étendue des pouvoirs des juges. Tirons-en maintenant les conséquences. La sanction de la cessation des agissements illicites n'occupe pas une place unitaire ; elle est prononcée sur le fondement d'actions tantôt rattachées à la responsabilité civile (A), tantôt détachées de celle-ci (B).

#### A. LE PRINCIPE D'ASSIMILATION DE LA CESSATION DE L'ILLICITE A LA REPARATION EN NATURE

**55. Exposé du principe.** La demande de réparation est soumise à l'appréciation des juges du fond qui choisissent librement les modalités qui leur paraissent les mieux adaptées à la situation et les plus aptes à remettre les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si le préjudice n'avait pas été subi par la victime<sup>236</sup>. Si les juges peuvent écarter une demande en cessation de la situation illicite présentée par la victime pour y substituer une autre mesure de réparation en nature qui leur paraîtrait plus efficace pour effacer le préjudice résultant du fait générateur, alors la cessation de l'illicite n'est ni plus ni moins qu'une mesure de réparation en nature parmi d'autres. L'on note toutefois que la Cour de cassation affirme aujourd'hui que la victime ne peut se voir imposer une mesure de réparation en nature si elle réclame des dommages et intérêts<sup>237</sup>. Schématiquement, dans presque tous les cas où elle n'est pas envisagée par un texte spécifique<sup>238</sup>, la cessation de l'illicite épouse ce régime de la demande en

---

235D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté, et transformation de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, l'Harmattan, 2008.

236C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préface F. POLLAUD-DULIAN, PUAM, 2000.

237G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°88 et s., p.118 et s.

238V° *infra* n°58.

réparation. Les magistrats de la Cour de cassation, qui pallient alors l'absence de textes spécifiques en se fondant sur les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil devenus les articles 1240 et 1241 du même code, ont en effet pu préciser avec constance dans des arrêts où la cessation de l'illicite avait tantôt été accordée au détriment d'une autre mesure de réparation<sup>239</sup>, tantôt été rejetée au profit d'une autre<sup>240</sup> que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain pour l'octroyer<sup>241</sup>.

Cette assimilation est d'ailleurs défendue par certains auteurs<sup>242</sup>. Ainsi, au lieu et place d'une injonction à destination du propriétaire de couper les arbres lui appartenant qui menacent de chuter sur une parcelle voisine, les juges du fond peuvent y préférer l'allocation de dommages et intérêts. A l'opposé, ils peuvent ordonner à l'agent la mise en place d'un mur de soutènement plutôt que des dommages-intérêts en cas de risque d'effondrement d'une masse instable.

Dès lors, si la mesure de cessation de l'illicite poursuit une fonction préventive, celle-ci n'est qu'accessoire puisqu'elle doit, pour pouvoir être prononcée, emprunter le canal de l'action en réparation. En raison de son assimilation à la réparation, la cessation de l'illicite a un fondement conceptuel qui se situe dans le giron de la responsabilité civile. De ce fait, l'action tendant à la cessation des agissements illicites ne peut aboutir que si elle répond aux canons de la responsabilité civile, à savoir un fait générateur, un préjudice et un lien de cause à effet entre les deux premiers éléments. L'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation ne constitue toutefois que le principe. Les quelques textes spécifiques qui la prévoient en font en revanche une mesure autonome vis-à-vis de la réparation.

---

239Cass. 2e civ., 8 déc. 1977, *Bull. Civ.* 1977, II, n°236 ; Cass. com., 28 avr. 1980, JCP G 1982, II, 19791, J. Azéma ; *Bull. Civ.* 1980, IV, n°166 – Cass. 2e civ., 11 juill. 1988, *RCA* 1988, comm. 41 ; Cass. 1e civ., 18 avr. 1989, *RCA* 1989, comm. 223 ; Cass. 2e civ., 9 oct. 1996, *Bull. Civ.* 1996, II, n°231 ; Cass. 1e civ., 20 janv. 2004, n°00-19577, *Bull. Civ.* 2004, I, n°22.

240Cass. 2e civ., 17 févr. 1972, *Bull. Civ.* 1972, II, n°50 ; Cass. 3e civ., 9 déc. 1981, *Bull. Civ.* 1981, III, n°209 ; Cass. com., 7 mars 1989, D.1989, p.231, concl. M. Jéol ; *RTD Civ.* 1990, p.70, obs. J. Mestre.

241V° par ex. Cass. 1e civ., 20 janv. 2004, arrêt *préc.*

242A. EL KHOLY, *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien*, thèse, dactyl., Paris, 1954, n° 6. Cet auteur considère que la cessation de l'illicite est une des mesures de la réparation en nature. La « condamnation aux mesures appropriées n'est... et ne peut être logiquement qu'une forme de réparation : la réparation en nature », car « il n'y a qu'une différence de degré et de temps entre la menace et le préjudice majeur redouté ». Pour une synthèse, V° En ce sens : F. OST et M. VAN DER KERCHOVE, « Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », in *Mélanges G. FARJAT*, « Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? », Paris, Frison-Roche, 1999, p.485 et s. ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008, n°830, p.540.

## B. L'AUTONOMIE EXCEPTIONNELLE DE LA CESSATION DE L'ILLICITE A LA REPARATION EN NATURE

**56. Obligation du juge de prononcer la cessation de l'illicite.** Ce qui n'était qu'une proposition doctrinale a été consacrée, dans une certaine mesure, par la suite par le législateur voire même par les juges.

**57. Proposition à l'origine doctrinale.** Un courant doctrinal<sup>243</sup>, initié par René Savatier<sup>244</sup> et développé par Lucienne Ripert<sup>245</sup> puis par Marie-Eve Roujou De Boubée<sup>246</sup>, propose de distinguer la cessation de l'illicite de la réparation en nature<sup>247</sup>. La distinction entre les deux mesures « n'offre pas un intérêt purement théorique. Elle est lourde de conséquences pratiques : alors que la réparation en nature est toujours facultative et laissée à l'appréciation du Juge », la cessation de l'illicite « doit être, elle, obligatoire »<sup>248</sup>. Son prononcé lie alors le juge car sortir de l'illicite devient un droit pour la victime et une obligation pour le responsable. N'étant plus assimilée à une mesure de réparation, la condamnation à faire cesser les faits illicites pourra être cumulée avec une mesure de réparation, en nature ou en équivalent « si la suppression de la situation illicite laisse subsister le préjudice déjà réalisé [...] »<sup>249</sup> ou si des limites au caractère obligatoire ont été prévues. La réparation n'a alors plus qu'un « rôle simplement complémentaire et subsidiaire »<sup>250</sup>.

---

243C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°229 et s., p.143 et s.

244R. SAVATIER, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p.134 et s.

245L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1933, n°34 et s., p.38 et s.

246M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p.161 et 218.

247C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Nouv. Bibl. de thèses, vol. 71, Dalloz, 2008 ; G. VINEY, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Études de droit comparé : Bruylant 2015, p.7 et s. ; G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.569 ; F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Hommage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.121 et s. ; J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016, n°25 et s. ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2311.24 et s., p.1048 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°28 et s., p.47 et s. ; V. REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Préface G. VINEY, Defrénois, coll. Thèses, t.42, 2010, n°210, p.212.

248M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p.159.

249M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p.218.

250Ibid.

**58. Inventaire de l'écho législatif et prétorien.** Ce courant doctrinal a trouvé un écho favorable tant auprès du législateur que des magistrats, le principe de l'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation en nature supportant un certain nombre d'exceptions<sup>251</sup>.

Pour n'en citer qu'un exemple, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander la cessation des pratiques restrictives de concurrence sur le fondement de l'article L442-6 du Code de commerce.

Selon Monsieur le Professeur Leduc<sup>252</sup>, trois considérations justifient dans cette matière, de manière dérogatoire, le caractère obligatoire de la mesure.

La première considération réside dans la volonté de protéger énergiquement un droit subjectif qui aurait été violé<sup>253</sup>. La théorie des droits subjectifs place alors son titulaire dans une position privilégiée. Elle permet à son titulaire de défendre la substance de son droit privatif contre les atteintes des tiers<sup>254</sup> par le biais d'une sanction préventive parfaitement autonome vis-à-vis de la réparation, qui se concrétise à la fois par le bénéfice de conditions d'accès à la protection juridique<sup>255</sup> d'une plus grande souplesse que celles qu'offrent la responsabilité civile et par ses effets, en l'occurrence, le caractère obligatoire de la mesure, à la différence de la mesure de réparation. Il en va ainsi en cas d'une atteinte à un droit réel. Les articles 545, 555, 672, 673, 701, etc. du Code civil confèrent à la victime d'une telle atteinte le droit d'obtenir la cessation de l'illicite chaque fois que les conditions de l'action sont réunies<sup>256</sup>. Il en est de même en cas

---

251 En matière contractuelle, l'exécution forcée en nature, qui « serait l'appellation contractuelle de la cessation de l'illicite dégagée en matière extra-contractuelle », n'est pas assimilée à la réparation. La réparation se voit donc cantonnée à un rôle purement complémentaire et subsidiaire par rapport à l'exécution forcée en nature. V° F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.135. Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L621-1 du Code de la consommation sont en droit d'obtenir et non peuvent obtenir la suppression de clauses abusives au sens de l'article L132-1 du Code de la consommation, figurant dans des modèles types de contrats destinés aux consommateurs et édités par des professionnels, sans attendre l'utilisation qui pourra être faite de ceux-ci.

252 F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.130.

253 V° également, V. REBEYROL, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux*, Préface G. VINEY, Defrénois, coll. Thèses, t.42, 2010, n°210, p.213.

254 C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°134, p.146.

255 C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°154, p.168.

256 Sur le fondement de l'article 545 du Code civil : Cass. 1re civ., 10 juill. 1962, *Bull. civ.* 1962, I, n°359 ; Gaz. Pal. 1962, II, p.288 ; Cass. 3e civ., 20 févr. 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n°140 ; Cass. 3e civ., 5 déc. 2001, *Bull. civ.* 2001, III, n°147 ; Cass. 3e civ., 20 mars 2002, n°00-16015, JurisData



d'atteinte au droit au respect du corps humain. Le juge est dans l'obligation, sur le fondement de l'article 16-2 du Code civil, d'ordonner une mesure de cessation de l'illicite telle, par exemple, l'interdiction d'une exposition mettant en scène des cadavres<sup>257</sup>.

La deuxième considération se situe dans la volonté de sanctionner celui qui a agi frauduleusement. La victime qui pâtit d'une fraude peut, par exemple, exiger du juge qu'il ordonne l'inopposabilité de l'acte juridique passé en fraude de ses droits sur le fondement de l'article 1341-2 du Code civil. Il serait, en effet, inconcevable de laisser l'acte frauduleux produire ses effets quand bien même la victime aurait obtenue des dommages et intérêts.

Enfin, des considérations de police juridique peuvent expliquer que le prononcé de la mesure de cessation de l'illicite soit imposé au juge dès lors que les conditions de l'action sont réunies. Ainsi en est-il lorsqu'une usurpation du nom a été commise. Cette atteinte à l'immutabilité du nom patronymique permet à son titulaire d'exiger que l'usurpateur soit condamné à cesser de porter le nom litigieux<sup>258</sup>. L'usurpation de la dénomination sociale permet à la victime d'obtenir de manière concomitante la cessation de l'usurpation du nom et l'allocation de dommages et intérêts. Si les deux mesures peuvent se cumuler, c'est donc bien qu'elles n'ont pas la même nature. Cet exemple est d'autant plus intéressant que l'action tendant à la cessation de l'usurpation de la dénomination sociale est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, et plus particulièrement, sur les anciens articles 1382 et 1383 du Code civil devenus depuis les articles 1240 et 1241 de ce même code. De manière résiduelle, en l'absence de textes spécifiques, la cessation des agissements illicites peut donc être autonome vis-à-vis de la réparation.

---

n°2002-013615, *Bull. civ.* 2002, I, n°159 ; Cass. 3e civ., 10 avr. 2013, n°12-10097, *JurisData* n°2013-006875 ; Cass. 3e civ., 8 avr. 2014, n°13-10631, *JurisData* n°2014-007693. En cas d'empiètement sur la propriété voisine, le propriétaire de celle-ci peut contraindre le responsable de l'empiètement à la démolition de la construction litigieuse.

Sur le fondement de l'article 555 du Code civil : Cass. 1e civ., 13 janv. 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n°34. en cas de construction entièrement édifiée sur le terrain d'autrui, le propriétaire du sol peut, sur le fondement de l'article 555 du Code civil, pareillement imposer la suppression de la construction irrégulière, du moins lorsque le constructeur n'est pas de bonne foi.

Sur le fondement de l'article 673 du Code civil : Cass. 3e civ., 31 mai 2012, n°11-17313. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper.

Sur le fondement de l'article 701 du Code civil : Cass. 1e civ., 30 nov. 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n°666. Le propriétaire du fonds dominant peut faire rétablir le droit à sa servitude s'il est méconnu par le propriétaire du fonds servant.

257Cass. 1e civ., 16 sept. 2010, n°09-67456 ; Metz, 5 octobre 2010, *Jurisdata* n°2010-018310.

258Cass. 1e civ., 30 septembre 2003, n°01-02065.

Autre exemple de motifs de police juridique, une association de consommateurs agréée peut obtenir du juge, sur le fondement des articles L621-7 et L621-8 du Code de la consommation, toute mesure destinée à faire cesser une violation des droits des consommateurs<sup>259</sup>.

L'on observe toutefois une réduction des cas dans lesquels des considérations de police juridique justifiaient le caractère obligatoire de la cessation d'une activité ou d'une situation contraire au droit depuis 2016. Cela étant, il ne faut pas y voir le signe d'une défiance à l'égard de l'autonomie de la cessation de l'illicite vis-à-vis de la réparation, les motifs de ce recul étant très variés. Premier cas, le droit, pour la victime de demander que ce qui aurait été construit par contravention aux règles de l'urbanisme soit détruit. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, il existait une autre exception justifiée par des considérations de police juridique. L'ancien article 1143 du Code civil conférait au créancier « le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ». Ce texte, qui au départ donnait une action autonome au créancier d'une obligation contractuelle de ne pas faire, avait « été audacieusement étendu par la jurisprudence en matière extracontractuelle, pour permettre à la victime du dommage occasionné par une construction édifiée au mépris des règles d'urbanisme d'exiger du juge qu'il ordonne la démolition de celle-ci »<sup>260</sup>. Cependant, en remplaçant les termes « droit de demander » par la nécessité d'« une autorisation préalable du juge », le législateur paraît avoir fait le choix, au nouvel article 1222 du Code civil, de lui laisser un pouvoir souverain d'appréciation. L'hésitation demeure cependant permise dans la mesure où l'article 1222 du Code civil figure dans une sous-section consacrée à l'exécution forcée en nature, laquelle a un caractère obligatoire. Second cas, le droit, pour celui dont la possession a été troublée, d'obtenir obligatoirement du juge qu'il soit mis un terme à la situation illicite. En effet, les actions possessoires prévues aux articles 2278 et 2279 du Code civil permettaient à celui dont la possession a été troublée d'obtenir obligatoirement du juge qu'il soit mis un terme à la situation illicite<sup>261</sup>. La loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à

---

259CA Grenoble, 19 janvier 2009, n°04/02517 ; D. FENOUILLET, « Actions en justice des associations : articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation », note ss. Cass. 1e civ., 25 mars 2010, RDC 2010, n°3, p.879.

260J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016, n°28.

261Ancien article 2278 du Code civil : « La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits ». Ancien article 2279 du Code civil : « Les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à

la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures a supprimé les actions possessoires du droit français. Cette réforme est venue entériner la pratique, les actions possessoires ayant été largement délaissées au profit de l'action en référé<sup>262</sup>. Les articles 1264 à 1267 du Code de procédure civile, relatifs au régime des actions possessoires, ont, quant à eux, été supprimés par le décret n°2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

Hors ces deux cas, nous avons pu voir que la cessation de l'illicite présentait, par exception, un caractère obligatoire. Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, principe de la réparation, est ainsi totalement occulté. Se démarquant de la réparation, l'action permettant de prononcer la cessation de l'illicite, lorsqu'elle est envisagée par un texte spécifique, ne se situe pas dans le giron de la responsabilité civile. Détachées des contraintes inhérentes à cette dernière, l'action fondée en dehors de celle-ci tendant à la cessation de l'illicite peut dès lors être encadrée par des conditions dérogatoires par rapport à celle de la responsabilité.

**59. Limite à l'obligation du juge d'ordonner la cessation de l'illicite : cas de l'impossibilité juridique.** A ce pouvoir du juge de prononcer par exception obligatoirement la cessation de l'illicite, il existe une limite. Il s'agit de l'impossibilité juridique de prononcer la cessation des agissements illicites, quoi qu'elle ne soit pas toujours envisagée. Il faut préciser ce que l'on entend par impossibilité juridique.

**60. Précisions sur la limite.** Si les auteurs présentent très souvent diverses natures d'impossibilités, telles celle qui est matérielle ou juridique, il n'apparaît pas judicieux de faire entrer le cas de l'impossibilité matérielle dans le régime de la cessation de l'illicite. « La possibilité matérielle de la cessation de l'illicite est impliquée par la condition d'une

---

ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement ».

<sup>262</sup>La Cour de cassation avait admis que les troubles de la possession pouvaient être protégés par l'action en référé. Cass. Ass. Plén., 28 juin 1996, n°94-15935 : « Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il appartenait à la juridiction du fond de statuer sur l'existence d'une servitude légale et sur l'assiette du passage, l'arrêt constate, par motifs propres et adoptés, que les obstacles placés par Mme X... empêchaient tout accès aux fonds des consorts Y... qui avaient utilisé sans violence ni voie de fait une servitude de passage préalablement consentie par la commune ; que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et énonciations l'existence d'un trouble manifestement illicite ». Les conditions moins contraignantes du référé, le coût de la procédure, la rapidité du référé, l'absence de preuve de la possession et l'exécution provisoire des décisions du juge des référés ont eu raison des actions possessoires.

situation illicite actuelle sur laquelle le défendeur exerce une maîtrise effective. Ainsi, l'impossibilité matérielle résultera *de facto* de la défaillance d'une des conditions de fond de l'action en cessation »<sup>263</sup>. Dès lors, l'impossibilité est exclusivement juridique<sup>264</sup>. En d'autres termes, c'est parce qu'elle est interdite qu'elle ne peut pas être ordonnée par les magistrats. Notons toutefois que cette limite au pouvoir du juge ne remet nullement en cause l'autonomie exceptionnellement reconnue de la cessation de l'illicite par rapport à la réparation. La raison en est simple. Le magistrat ne dispose pas d'un pouvoir souverain d'appréciation entre la cessation de l'illicite et la réparation, en argent ou en nature. Il est tenu d'ordonner la première de ces mesures mais en est empêché du fait de l'impossibilité juridique. Par conséquent, il ne reste à sa disposition que la réparation, en argent ou en nature.

En matière contractuelle, une telle impossibilité existe<sup>265</sup>. En matière extracontractuelle en revanche, une telle impossibilité n'a pas été consacrée par le législateur s'agissant des actions spéciales en cessation de l'illicite. Ainsi, l'article 9 alinéa 2 du Code civil confère aux juges, sans préjudice de la réparation du dommage subi, le pouvoir de « prescrire

---

263C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2008, vol. 71, n°527, p.596.

264C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°525 et s., p.595 et s. ; G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.568.

265En matière contractuelle, en dépit de la lettre de l'ancien article 1142 du Code civil qui laissait entendre que le principe était celui de l'octroi de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, les juges avaient cependant admis qu'il fallait privilégier le principe de l'exécution forcée en nature chaque fois qu'elle était possible (Cass. 1re civ., 16 janv. 2007, n°06-13983, *Bull. civ. I*, n°19 ; RDC 2007, p.719, obs. D. Mazeaud, et p.741, obs. G. Viney ; D.2007, p.1119, note O. Gout ; *RTD Civ.* 2007, p.342, obs. B. Fages ; V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, préface J. Mestre, PUAM, 2003 ; J.-P. GRIDEL et Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution imputable au débiteur : état des lieux » : *JCP G* 2008, I, 143, spéc. n°9). En d'autres termes, une impossibilité juridique pouvait justifier l'attribution d'une mesure de réparation au lieu et place de l'exécution forcée en nature (Cass. 1e Civ., 27 nov. 2008, n°07-11282, *Bull. civ. I*, n° 269 ; RDC 2003. 609, obs. J.-B. Seube ; *AJDI* 2009. 218, obs. F. de La Vaissière). La lettre anachronique de l'ancien article 1142 du Code civil était toutefois utilisée de rares fois pour « compliquer la voie de l'exécution forcée » (J. MESTRE, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations », *RLDC* 2016, n°136 ; *V°* par ex. Cass. 3e civ., 28 oct. 2003, n°02-14459). Cette limite au pouvoir du magistrat de condamner obligatoirement à l'exécution forcée avait été précisée à l'ancien article 1184, alinéa 2, du code civil comme suit : « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ». Tel était le cas, par exemple, lorsque le bien mobilier litigieux, par exemple, avait été revendu à un tiers de bonne foi protégé par la présomption de l'article 2276 alinéa 1er du Code civil qui dispose qu' « en fait de meubles, la possession vaut titre ».

L'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 n'a fait que reprendre cette exception au pouvoir du juge d'ordonner l'exécution forcée en nature. Le nouvel article 1221 du Code civil dispose ainsi que « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible [...] ». Néanmoins, l'on peut regretter la formulation de ce nouvel article qui, en se plaçant du point de vue du débiteur de la mesure plutôt que de celui des magistrats, continue d'entretenir la confusion entre l'impossibilité de prononcer la mesure et l'impossibilité de l'exécuter.

toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée » sans réserver le cas de l'impossibilité juridique pour le juge de les ordonner.

**61. Tempérament au caractère exceptionnellement obligatoire de la cessation de l'illicite.** Au-delà de la limite au pouvoir du juge d'ordonner la cessation de l'illicite, il appert, de l'examen des textes et de la jurisprudence, que la cessation, qui doit être prononcée par les juges, est cependant écartée lorsqu'elle n'est pas opportune. Précisément, elle peut être paralysée. Il s'agit là d'une limite au caractère obligatoire de la cessation de l'illicite<sup>266</sup> qui a été consacrée en matière contractuelle et dont nous allons par la suite étudier sa possible transposition à la matière extracontractuelle.

**62. Cas où le prononcé de la cessation serait inopportun : coût socio-économique de la mesure conséquent.** Il existe un débat doctrinal quant à la question de savoir si la cessation de l'illicite est opportune lorsque son coût est important.

En matière contractuelle, les juges de la Cour de cassation ont longuement hésité à se tourner vers l'analyse économique du droit pour juger de l'inopportunité d'une condamnation à la cessation de l'illicite<sup>267</sup>. L'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 se veut plus audacieuse. Ainsi, l'article 1221 du Code civil consacre le principe du caractère obligatoire de l'exécution forcée en nature, tout en l'assortissant immédiatement, outre le tempérament tenant à l'impossibilité juridique de condamner à la cessation de l'illicite, de l'exception tirée de la disproportion patente entre le coût de la mesure pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Il peut être salué le fait qu'ici, le législateur s'est efforcé de préciser les objets de la comparaison de la disproportion. En cas d'écart manifeste, les juges pourraient décider d'octroyer à la place d'une mesure de cessation des dommages et intérêts. Cette exception a été abondamment commentée par une doctrine partagée<sup>268</sup>. D'un côté,

---

266C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°526, p.596.

267Arrêts ne l'admettant pas : Cass. Civ. 3e, 11 mai 2005, n°03-21136, D. 2005, p.1504 ; RDI 2005. 299, obs. P. Malinvaud ; *ibid.* 2006. 307, obs. O. Tournafond ; *RTD Civ.* 2005. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006. 323, obs. D. Mazeaud. La Cour de cassation l'a d'ailleurs récemment réaffirmé dans un arrêt rendu par sa troisième chambre civile le 16 juin 2015, n°14-14612.

268N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016/2, p.408 ; M. MEKKI, « Commentaire de l'ordonnance du 10 février 2016 », D.2016.494 ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », LPA 2016, n°67, p.5.

certain y voient une atteinte à la force obligatoire des contrats<sup>269</sup>. D'autres, au contraire, saluent une exception « bienvenue en droit de l'exécution »<sup>270</sup>. Et d'ajouter que cette exception vient conforter une certaine politique législative<sup>271</sup> et jurisprudentielle<sup>272</sup>. Elle s'accorde tout autant avec les codifications doctrinales européennes<sup>273</sup>.

En matière extracontractuelle, s'agissant des actions pour lesquelles le caractère obligatoire de la cessation règne, le tempérament du coût manifestement conséquent n'a pas été institué. L'on peut citer en exemple la jurisprudence de la troisième chambre civile en matière de construction : si le demandeur opte pour la cessation et que celle-ci ne se heurte à aucune impossibilité, le juge doit l'ordonner, peu important le coût de la

---

269M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution en nature sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n°25, p.15 ; T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p.625, n°11, p.629 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature » : *Dr. et patr.* 2014, n°240, p.63 ; E. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature Droit positif et projets de réforme » : *RLDC* 2010, n°70, p.7 et s., nos 19 et 20 ; L. LEVENEUR, « Table ronde : Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC* 2015, n°3, p.661 ; O. SABARD, « Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », *L'essentiel du droit des contrats* 2016, n°03, p.7.

270M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution en nature sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n°25, p.15. *V°* également : Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, supp. n°21, p.47 s., n°14, p.52. Cette disposition vient compléter l'article L111-1 du Code des procédures civiles : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits. L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ».

271M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution en nature sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n°25, p.15 : « Que l'on songe à l'éviction de la remise en état en matière environnementale lorsqu'elle est excessivement coûteuse (C. envir., L514-20). Que l'on songe encore à l'éviction de la réparation ou du remplacement lorsqu'il est excessivement coûteux en droit de la consommation (C. consom., art. L211-9) [devenu depuis le 1er juillet 2016 l'article L217-9 du Code de la consommation] ».

272Proportionnalité de la sanction : *V°* en matière de démolitions d'ouvrages en matière contractuelle : *Cass.* 3e civ., 21 janv. 2016, n°15-10566, *D.* 2016, p.257 ; *Cass.* 3e civ., 15 oct. 2015, n°14-23612, *D.* 2015, p.2423, note C. Dubois ; *JCP* 2016. 51, note M. Behar-Touchais ; *RDI* 2016. 27, obs. D. Tomasin ; *Cass.* 3e civ., 16 sept. 2015, n°14-15689 ; *V°* en matière d'expulsion et de droits fondamentaux : *Cass.* 3e civ., 17 déc. 2015, n° 14-22095, *AJDA* 2015. 2467 ; *D.* 2016, p.72 ; *ibid.* 1028, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; *RDI* 2016. 100, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJCT* 2016. 283, obs. E. Péchillon ; *Civ.* 3e, 22 oct. 2015, n°14-11776, *AJDA* 2016. 132 ; *D.* 2015, p.2181 ; *ibid.* 2016. 1028, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; *JCP* 2016. 189, obs. P.-Y. Gautier ; *V°* en matière de suspension des relations contractuelles : *Cass.* 1e civ., 12 mai 2016, n°15-20834 : *C.C.C.* 2016, comm. 184, L. Leveneur ; *JCP E* 2016, 1575, comm. S. Le Gac-Pech. Plus généralement, *V°* not. : H. BARBIER, « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p.356 ; « L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles », *RTD Civ.* 2016, p.107 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p.1326 ; Entretien avec B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP* 2015. Act. 1122 ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p.137 ; P.-Y. GAUTIER, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », *JCP* 2016. 189 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La proportionnalité conquérante », *JCP G* 2016, n°51 ; M. MEKKI, « Le pragmatisme de la cour de cassation : nullité, préjudice et proportionnalité », *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n°18, p.23.

273DCFR, art. III. – 3:302(3)(b) ; Principes UNIDROIT, art. 7.2.2(b) ; PDEC, art. 9:102(2)(b).

mesure pour le débiteur<sup>274</sup> ou pour les tiers<sup>275</sup>. Reste que les juridictions du fond ont pallié cette lacune en rendant des décisions, en matière de constructions illicites, à rebours de la politique de la Cour régulatrice<sup>276</sup>. C'est ainsi qu'elles n'hésitent pas à écarter la cessation de l'illicite lorsque celle-ci présenterait des inconvénients sociaux. Il est dommage que les magistrats ne disent rien des critères permettant de caractériser un tel tempérament. L'on peut évoquer également un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 juin 1957. En l'espèce, les juges n'ont pas paralysé la cessation de l'illicite au motif que les sociétés poursuivies « ne justifiaient pas de l'impossibilité financière dans laquelle elles se trouvaient de faire face aux aménagements réclamés »<sup>277</sup>. Lesdites décisions ont suscité de vives critiques<sup>278</sup>. Relevons néanmoins, comme nous y invite M. le Professeur Bloch, que ces décisions restent fort marginales<sup>279</sup>, pour l'essentiel censurées ultérieurement par la Cour de cassation. C'est pourtant pour une toute autre solution qu'ont opté les droits étrangers<sup>280</sup>.

**63. Cas où le prononcé de la mesure serait également inopportun : contribution de la victime à l'inexécution des obligations du débiteur ou exercice tardif du droit à l'exécution ?** En matière contractuelle, la Cour de cassation semblait avoir considéré, dans un arrêt de la première chambre civile en date du 2 octobre 2013<sup>281</sup>, soit avant la réforme des contrats, que le créancier pouvait « être en quelque sorte déchu de son droit à l'exécution si, par sa faute ou par sa négligence, il a contribué à l'inexécution des obligations du débiteur, ou s'il a trop tardé à l'exercer »<sup>282</sup>. En l'espèce, le débiteur avait manqué à son obligation de respecter les règles de l'art dans l'installation de la

274V° par ex., Cass. 3e civ., 16 juin 2015, préc. ; 11 mai 2005, préc. ; 15 févr. 1978, n°76-13532, *Bull. Civ. III*, n°85 ; 18 juin 1975, n°74-10297, *Bull. civ. III*, n°208.

275V° Cass. Civ. 3e, 3 avr. 1996, n°94-14485, *Bull. Civ.* 1996, III, n°91, sur le fondement de l'article 1723 du code civil ; RDI 1996. 427, obs. F. Collart Dutilleul et J. Derruppé.

276V° par ex., Cass. 3e civ., 30 septembre 1998, n°96-19771. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse un arrêt d'appel, – sur le fondement de l'ancien article 1143 du Code civil, à l'époque où la cessation de la violation d'une règle d'urbanisme présentait encore un caractère obligatoire pour le juge, – ayant refusé, pour des considérations sociales, d'accorder la cessation de l'illicite. « La démolition de cette dernière entraînerait des inconvénients sociaux » ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2008, vol. 71, n°479, p.560.

277Cass. 2e civ., 14 juin 1957, *Bull. Civ.* n°428.

278P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Préface R. DRAGO, LGDJ, 1974, t.120, p.165 et s.

279C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°479, p.561.

280*La réparation intégrale en Europe, Etude comparatives des droits nationaux*, ss. la dir. P. PIERRE et F. LEDUC, Larcier, 2012, p.78.

281Cass. 1e civ., 2 oct. 2013, n°12-19887 ; RDC 2014, n°02, p.171, obs. T. Genicon ; D. 2013, p.2658, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; *Comp. Cass. 3e civ.*, 16 juin 2015, n°14-12548, JCP G 2015, p.1261, n°9, obs. P. Grosser ; RDC 2015, p.839, note T. Génicon.

282P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, p.119.

chaudière et notamment à son obligation de procéder à un rinçage initial de l'appareil. Mais le créancier de l'exécution forcée en nature avait en réalité contribué aux dysfonctionnements en la stockant pendant plusieurs années avant sa mise en service et en omettant d'avertir l'installateur en temps utile de la nécessité d'effectuer des opérations de rinçage. Lorsque la faute du créancier est intentionnelle, ce n'est ni plus ni moins que l'abus de droit qui neutralise le droit à l'exécution forcée en nature. La portée de cet arrêt est cependant vivement discutée<sup>283</sup>.

A suivre la lettre de l'article 1221 du Code civil, il semble, en première impression, qu'une telle exception n'ait pas été prévue, tout comme elle n'est point envisagée pour l'heure par les Hauts magistrats en matière extracontractuelle pour la cessation de l'illicite.

En définitive, la cessation de l'illicite occupe une place mixte en droit positif, tantôt traitée comme une mesure de réparation en nature relevant donc de la responsabilité civile – en principe –, tantôt appréhendée comme une mesure autonome vis-à-vis de la réparation, actionnée sur un fondement distinct de celui de la responsabilité civile – par exception. L'action tendant à prévenir les dommages non encore survenus sera donc fondée tantôt sur la responsabilité civile, tantôt en dehors de celle-ci. C'est donc un traitement largement hétéroclite qui s'offre à de tels dommages au fond. A l'heure de la formalisation d'une telle action se pose la question de savoir s'il faut maintenir le droit positif ou, au contraire, proposer de lui attribuer une place nouvelle. La place croissante des exceptions au rattachement de la cessation de l'illicite à la responsabilité civile a pu faire douter de l'aptitude de celle-ci à assumer une telle fonction préventive qui ne passerait pas par le canal de la réparation<sup>284</sup>.

Après avoir pris parti, nous pourrions étudier le rôle de la cessation de l'illicite dans la prévention des dommages non encore survenus.

---

283V° T. GENICON, « La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature ? », RDC 2014, n°2, p.171.

284G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.554.



## §2. PLACE DE L'ACTION GENERALE EN CESSATION DE L'ILlicITE EN DROIT PROSPECTIF

64. Avant de pouvoir s'intéresser aux rapports qui pourraient, dans l'avenir, être ceux de l'action générale en cessation de l'illicite et de la responsabilité civile (B), il importe, au préalable, de s'entendre sur le rapport que pourrait entretenir la cessation de l'illicite et la réparation (A).

### A. RAPPORT ENTRE CESSATION DE L'ILlicITE ET REPARATION

**65. Existence d'un choix.** En droit positif, la cessation d'une activité ou d'une situation contraire au droit est en principe assimilée à la réparation, sous réserve de plusieurs exceptions. En droit prospectif, plusieurs options sont possibles. Compte tenu des inconvénients du droit positif, il est préférable d'envisager un régime nouveau, celui du principe d'autonomie de la cessation de l'illicite vis-à-vis de la réparation en nature (1) exceptionnellement écarté afin de ne pas engendrer des situations iniques (2).

#### 1. Principe d'autonomie de la cessation de l'illicite par rapport à la réparation en nature

**66. Incohérence de la ligne de démarcation en droit positif entre le principe d'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation en nature et les exceptions.** Précisons d'emblée « que la cessation de l'illicite puisse emprunter d'autres voies que la responsabilité civile – ce qui est avéré [...] – ne signifie nullement que la responsabilité civile ne soit pas également en mesure de l'autoriser »<sup>285</sup>. A l'instar du droit positif, le prospectif droit de la cessation de l'illicite pourrait très bien être partagé entre un principe d'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation et son autonomie par exception. En revanche, comme l'a démontré M. le Professeur Leduc, il n'est pas à

---

285G. VINEY, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.556.

souhaiter qu'il le soit par la ligne de démarcation actuellement retenue, eu égard aux multiples incohérences dont elle est porteuse. « Comment expliquer [...] que lorsque le propriétaire du fonds servant porte atteinte à la servitude, le propriétaire du fonds dominant soit en droit d'imposer la cessation de l'illicite, tandis que lorsque le propriétaire du fonds dominant aggrave la servitude et porte par là même atteinte au droit de propriété sur le fonds servant, le propriétaire de celui-ci ne peut pas exiger la cessation de l'illicite, les juges du fond se voyant reconnaître en pareil cas un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer les modalités de réparation du dommage ? »<sup>286</sup>. De même, était-ce la hiérarchie des normes qui pouvait justifier, avant la réforme du droit des contrats, une différence entre d'une part, la violation d'un arrêté ministériel qui laisse aux juges du fond le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la mesure de cessation des agissements illicites et d'autre part, le non-respect d'une règle d'urbanisme qui devait, selon l'ancien article 1143 du Code civil, déboucher obligatoirement sur la cessation de l'illicite ? Au regard de l'origine, dans une large mesure, prétorienne du régime de la cessation de l'illicite, il est permis d'en douter. Autre illustration, pourquoi les juges du fond protègent-ils énergiquement certains droits fondamentaux en jugeant que la cessation de l'atteinte à l'un d'eux présente un caractère obligatoire comme le droit de propriété mais en délaissent d'autres, tel que le droit au respect de la vie privée, dont la cessation de sa violation est abandonnée à leur discrétion ? Ce ne sont certainement pas les conséquences de la cessation de l'illicite qui pourraient expliquer une telle différence de traitement tant, dans ces deux exemples concernant des droits fondamentaux, celles-ci peuvent être importantes pour le débiteur de la mesure. Ainsi de l'injonction de démolir une construction empiétant sur le terrain d'autrui ou de l'injonction de supprimer quelques lignes diffamatoires dans un ouvrage qui a déjà été imprimé.

Outre ces incohérences, il faut encore souligner le régime éclaté dont bénéficie les dommages non encore survenus qui, en fonction du texte dont relève la situation dommageable, pourront être prévenus par le biais d'une action en responsabilité civile ou par le biais d'une action en dehors.

Pour toutes ces raisons, la place de la cessation de l'illicite ne peut rester telle qu'elle l'est aujourd'hui.

---

286F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.132.

**67. Inconvénients du principe d'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation en nature.** Avant même d'envisager une nouvelle délimitation entre le principe d'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation en nature et ses exceptions, une réflexion sur la pertinence dudit principe ne peut être occultée. Vues par le prisme de leur objet, cessation de l'illicite et réparation en nature ne se confondent pas. Alors que la réparation agit sur les préjudices, la cessation de l'illicite quant à elle, s'attaque à la cause de ces préjudices. Comme l'ont fait cependant remarquer Mme la Professeure Viney, M. le Professeur Jourdain et Mme la Professeure Carval, la cessation de l'illicite elle aussi agit sur les préjudices mais simplement cette action est indirecte car elle n'a de sens que parce que le fait illicitement commis peut produire des préjudices<sup>287</sup>. Aussi, dirons-nous, plus précisément, qu'il existe bel et bien une différence d'objet entre les deux mesures car si la réparation agit sur les préjudices actuels voire futurs, la cessation de l'illicite quant à elle, s'attaque à la cause de ces préjudices, au fait illicite lui-même, auquel elle entend mettre un terme pour l'avenir. L'une est orientée indifféremment vers le passé, le présent ou le futur quand l'autre est tournée exclusivement vers le futur. Cette assimilation entre la cessation de l'illicite et la réparation en nature n'a donc aucun sens. En outre, ne pas pouvoir mettre un terme à une situation ou une activité contraire au droit ne nous paraît pas être une solution efficace. La réparation du préjudice ne saurait, en aucune manière, constituer une solution satisfaisante pour la victime. L'autonomie est, par conséquent, la solution qui s'impose. Elle « satisfait au mieux les intérêts du demandeur à l'action en responsabilité, tant il est vrai qu'il est toujours plus efficace, pour traiter un mal, d'agir sur les causes que sur les conséquences »<sup>288</sup>. Le juge se retrouverait ainsi dans l'obligation de prononcer la cessation de l'illicite chaque fois que les conditions de l'action sont réunies. C'est le choix qui semblait avoir été opéré, du moins après une lecture cursive, dans le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017. L'article 1266 du projet prévoit qu'« en matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». Dès le début de cet article, les rédacteurs du projet entendent montrer leur volonté de distinguer

---

287G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°81, p.108.

288F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », in *Homage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.133 ; B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995, n°120 et s., p.114 et s.

la cessation de l'illicite de la réparation en nature. Cependant, le doute est introduit par l'usage du terme « pouvoir », qui exprime la simple faculté quand l'emploi du vocable « devoir » aurait permis aux rédacteurs d'être cohérents par rapport à leur volonté de bien distinguer la cessation de l'illicite de la réparation.

Voyons maintenant quel doit ou quels doivent être les tempéraments à l'automatisme du prononcé de la cessation de l'illicite.

## 2. Tempérament de la disproportion manifeste entre le coût de la mesure pour le défendeur de bonne foi et l'intérêt pour la victime

68. « Assurément, la cessation de l'illicite ne saurait être un impératif juridique absolu »<sup>289</sup>. Si la cessation de l'illicite « est, par nature, conforme à l'ordre juridique », elle n'est pas conforme à l'idée de justice lorsqu'il apparaît une disproportion manifeste entre le coût de la cessation de l'illicite pour le défendeur et son intérêt pour le demandeur. Ce tempérament présente une utilité certaine (a) qu'il faut préciser pour qu'il puisse être mis en œuvre de manière raisonnée (b).

### *a. Utilité du tempérament*

**69. Risque d'iniquité.** La cessation de l'illicite doit-elle être considérée, en toutes occurrences, comme un droit tant pour le demandeur que pour le défendeur qui ne céderait le pas que lorsque le juge est dans l'impossibilité de l'ordonner ? Comme nous l'avons vu, certains juges ont répondu négativement à cette question. Nous les rejoignons tant cette proposition risquerait sinon d'engendrer des solutions iniques lorsque la cessation de l'illicite est, à ce stade pouvons-nous dire, facteur d'importants inconvénients économiques ou sociaux. « L'idée est ici d'éviter le comportement abusif du créancier qui, animé d'une intention de nuire, voudrait exiger de son débiteur qu'il

---

289C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Préface Roger Bout, Avant-propos de Ph. Le Tourneau, Dalloz, Nouv. Bibli. Thèses, vol. 71, 2008, n°481, p.562.

supporte des coûts excessifs pour s'exécuter, alors même »<sup>290</sup> que la situation ne lui cause aucun grief. Certes, le respect du droit serait assuré mais au mépris de la justice. « Il suffit de songer à un fait illicite, telle, par exemple, une construction ne respectant pas les règles d'urbanisme, qui ne causerait qu'un grief véniel au demandeur mais dont la destruction représenterait un coût considérable pour le défendeur [...] »<sup>291</sup>. Ce risque d'iniquité est d'autant moins négligeable qu'il n'est pas rare de croiser des décisions ordonnant des mesures de cessation d'une activité ou d'une situation contraire au droit particulièrement onéreuses pour le défendeur. La mise en place d'une parade confortative, l'évacuation de rochers instables situés sur un terrain et sa stabilisation ou encore la démolition d'une construction litigieuse en sont autant d'illustrations. Et le défendeur d'essayer tant bien que mal de se défendre de ne pas avoir mis en œuvre sinon une mesure de cessation du moins une qui serait efficace pour des considérations *intuitu pecuniae*<sup>292</sup>, d'où la nécessité de consacrer un tel tempérament.

#### *b. Présentation du tempérament*

**70. Choix du tempérament.** En matière contractuelle, le législateur a retenu, à l'article 1221 du Code civil, l'expression de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »<sup>293</sup>. La loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a pris le soin d'ajouter les termes « de bonne foi » par rapport à la version initiale de l'ordonnance précitée. Ce tempérament à l'exécution forcée en nature nous paraît devoir être transposé à la matière extracontractuelle. Il permet de prendre en compte la balance des intérêts des parties. Il ne constitue en aucune manière une prime à la mauvaise foi<sup>294</sup> puisqu'il est tenu compte

---

290A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Commentaire de l'article 1221 du Code civil », p.223 in *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, T. DOUVILLE (ss. la dir. de), Gualino, 2016.

291F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *In Hommage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, Coll. Thèmes et comm., 2014, p.133.

292Cass, 1e civ, 28 nov. 2007, n°06-19405.

293Rapp. au président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Dans le même sens, V° N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p.128 et s.

294Dans sa version initiale, le tempérament, en ne prenant pas en compte la bonne ou mauvaise foi du

du comportement du débiteur. Ce tempérament offre de mettre en perspective le faible ou, à l'inverse, le fort intérêt que pourrait avoir, en matière extracontractuelle, le demandeur à obtenir la cessation de l'illicite et « la gravité des charges et inconvénients qu'emporterait »<sup>295</sup> la cessation de l'illicite pour le défendeur de bonne foi. On ajoutera que les magistrats peuvent se contenter d'une apparence de disproportion, à l'instar de ce qui existe déjà à propos de l'exécution provisoire des décisions de justice<sup>296</sup>. Mais encore faut-il préciser ce que l'on entend par « coût pour le défendeur » ( $\alpha$ ) et « intérêt pour la victime » ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) Coût pour le défendeur*

**71. Appréciation à l'aune de ses capacités financières.** Il peut y avoir deux interprétations possibles du caractère déraisonnable du coût économique pour le défendeur. Les parties au litige pourraient en contester l'interprétation choisie par le juge, ce qui les obligerait à revenir devant lui, et prolongerait d'autant le litige. Soit les magistrats ne prennent en considération que le coût de la prestation pour le défendeur qu'ils apprécient *in abstracto*, soit ils mettent en rapport le coût de la prestation pour le défendeur avec ses capacités financières.

La première appréciation a l'inconvénient d'introduire une trop grande part d'arbitraire. A partir de quelle somme un coût deviendrait-il déraisonnable ? Les juges devraient trancher individuellement cette question avec le risque d'hétérogénéité des décisions d'un juge à l'autre. La seconde appréciation, en ce qu'elle permet de mettre en rapport le coût de la mesure avec une autre donnée, celle des capacités financières du défendeur, est, au contraire, séduisante, sans compter que les magistrats sont familiers d'une appréciation *in concreto* qui serait faite à l'aune des capacités financières, ainsi qu'en témoigne le droit de l'exécution provisoire des décisions de justice<sup>297</sup>. Les rédacteurs des principes de droit européen des contrats ont fait eux aussi ce choix à l'article 9.101 2b).

---

débiteur, avait été vivement critiqué. *V*° par ex., M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution en nature sauf si... », Gaz. Pal. 2016, n°25, p.15.

295C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°489, p.569.

296*V*° Articles 524, 526, 1009-1, 1079, 1497 CPC ; Article R713-8 C. cons. ; Article L464-8 C. comm. ; etc.

297*Supra* n°70.

**72. Intérêt nébuleux.** Le coût de la sanction pour le défendeur doit être mis en rapport avec l'intérêt qu'elle procurerait à la victime. Mais l'intérêt de la victime n'est pas des plus évidents à cerner. En témoigne son appellation contractuelle, où cette formule, accompagnée d'aucune précision, interroge la doctrine<sup>298</sup>.

Pour que cette limite puisse, en matière extracontractuelle, être mise en œuvre tout en restant exceptionnelle, il apparaît plus que nécessaire de préciser les indices à partir desquels le juge va pouvoir jauger cet intérêt. Soulignons le fait que nous retenons le terme « indices » et non « critères ». En aucune manière, ces indices ne sauraient constituer des conditions de la cessation de l'illicite. Ils servent simplement à étayer l'intérêt de la victime et partant, à empêcher que les juges ne retrouvent leur pouvoir souverain d'appréciation.

**73. Indice inopportun : la gravité du dommage non encore survenu.** Deux indices doivent être exclus. Le premier indice est la gravité du dommage potentiel. Notion purement factuelle, la gravité est entièrement abandonnée à l'appréciation des juges du fond. Dans la mesure où tout un chacun n'accorde pas la même importance à des événements similaires, l'appréciation de la gravité du dommage non encore survenu risquerait d'aboutir à des solutions qui ne seraient que par trop disparates. Ainsi, si l'on prend l'exemple d'un dommage corporel non encore réalisé, certains juges considéreront sans doute l'atteinte corporelle, *per se*, quelle qu'en soit l'ampleur, grave, comme le pense d'ailleurs la majeure partie de la doctrine<sup>299</sup>, quand d'autres fixeront un seuil de la gravité, qui variera d'un juge à l'autre : un doigt paralysé, une main sectionnée, etc.

**74. Indice inopportun : la gravité du fait illicite.** Le second indice à exclure est la gravité du fait illicite, et ce pour plusieurs motifs.

Au titre du premier motif, l'on peut citer les mêmes raisons que celles qui viennent d'être évoquées à propos de la gravité du dommage non encore réalisé.

Deuxième motif, en matière contractuelle, la gravité du manquement contractuel n'est

---

<sup>298</sup>La plupart des auteurs regrettent ce silence. *Contra* : P. GROSSER, in J. Ghestin (dir.), « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations », LPA 2015, n°177, p.78. L'auteur salue cependant le silence de l'article 1221 du Code civil « car il laisse à la jurisprudence toute latitude pour apporter les réponses les plus appropriées à ces questions ».

<sup>299</sup>V. WESTER-OUISSE, « Le dommage anormal », *RTD Civ.* 2016, p.531.

pas une condition de l'exécution forcée<sup>300</sup>.

Enfin, le dernier motif réside dans le fait que la gravité du fait illicite est un élément qui dépend de la volonté ou de la capacité d'agir de celui qui génère l'illicéité. L'on ne peut pas raisonnablement abandonner la détermination de la mesure à adopter au responsable.

**75. Indice pertinent : le degré de probabilité d'occurrence du dommage.** Nombreux sont les auteurs qui estiment que la cessation de l'illicite ne serait pas subordonnée à un préjudice subi par le demandeur<sup>301</sup>. Ils trouvent appui dans la jurisprudence rendue en matière d'atteinte aux droits subjectifs, tel les droits de la personnalité ou les droits de propriété intellectuelle. Tandis que certains auteurs semblent se contenter d'une illicéité<sup>302</sup>, d'autres, au contraire, proposent de substituer à la condition de préjudice, actuellement retenue par les magistrats, un autre critère, celui du trouble<sup>303</sup>. Cette querelle doctrinale amène plus globalement à s'interroger sur le caractère objectif ou, à l'inverse, subjectif de la cessation de l'illicite. La cessation de l'illicite dans la responsabilité civile présente-t-elle un caractère objectif<sup>304</sup>, en ce sens que le demandeur pourrait la réclamer dès lors qu'il y aurait mépris de la légalité objective et abstraite ou, a-t-elle, au contraire, un caractère subjectif<sup>305</sup>, imposant alors au demandeur de faire la démonstration de ce que le manquement à la légalité lui causerait en principe un grief ? La responsabilité civile est et demeure « un mode de transposition de la légalité objective et abstraite dans les relations de droit privé »<sup>306</sup>. Nous verrons dans la suite des développements que nous ferons le choix de laisser l'action permettant de déboucher sur une mesure de cessation de l'illicite dans le giron de la responsabilité civile. En

---

300V° Cass. 3e civ., 22 mai 2013, n° 12-16217, JCP G 2013. 974, n° 11, obs. P. Grosser ; RDC 2014. 22, obs. Y.-M. Laithier : « Une obligation contractuelle peut faire l'objet d'une exécution forcée indépendamment de la gravité du manquement contractuel ». L'article 1221 n'évoque pas l'exigence d'une « inexécution suffisamment grave » pour ouvrir au créancier la voie de l'exécution forcée en nature. V° P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, p.119.

301C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°339 et s., p.408 et s. ; B. BARRY, *La réparation en nature*, Préface M. POUMAREDE, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, n°242, p.277-278.

302B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995.

303C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2008.

304V° B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995, n°90 et s., p.89 et s. et n°134 et s., p.123.

305C. BLOCH, *Op. Cit.*

306C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2008, n°236, p.249.



conséquence, la démonstration d'un grief est nécessaire. Quelle pourrait être la preuve de ce grief ? Le préjudice nous semble constituer une condition qui ne permet pas d'intervenir suffisamment tôt pour prévenir le dommage. Attendre l'apparition d'un préjudice, c'est prendre le risque de rendre la mesure de cessation de l'illicite inefficace et devoir privilégier la réparation du fait d'une intervention par trop tardive. Nous pourrions, en revanche, nous contenter de l'exposition du demandeur à un dommage non encore survenu dans la mesure où celui-ci permet de constater un grief certain, légitime et personnel. La personne exposée à un dommage non encore réalisé a bien un intérêt à solliciter la prévention de celui-ci. Cette condition ne saurait, de surcroît, dénaturer la responsabilité. Si le préjudice constitue la pierre angulaire de la responsabilité<sup>307</sup> et non de la réparation contrairement à ce qu'affirment certains auteurs<sup>308</sup>, la responsabilité supporte un certain nombre d'exception quant à l'exigence d'un préjudice. C'est le cas, par exemple, de l'atteinte aux droits de la personnalité<sup>309</sup>. C'est encore le cas lorsque le préjudice est déduit de la faute<sup>310</sup>. De plus, comme l'a relevé M. le Professeur Leduc, l'on pourrait se contenter d'un dommage non encore survenu dans la mesure où celui-ci est à même de générer des préjudices d'ores et déjà actuels et certains<sup>311</sup>.

Ceci étant précisé, nous proposons de faire dépendre l'intérêt de la victime du fait à l'origine de la conséquence juridique qu'est le préjudice, soit en l'occurrence le dommage non encore survenu. Pour ce faire, l'intérêt pour la victime doit être apprécié à la lumière de la probabilité de réalisation du dommage. L'on peut raisonnablement penser que si la probabilité de survenance de l'atteinte est importante, l'intérêt de la victime le sera d'autant. A l'opposé, lorsque la probabilité est moins élevée, l'intérêt de la victime en est d'autant moins conséquent. Pour qu'il y ait une disproportion manifeste entre le coût pour le défendeur et l'intérêt pour la victime, les magistrats doivent être convaincus de l'apparence d'un écart entre le coût de la mesure et le degré de probabilité de réalisation du dommage. Nous explorerons la distinction entre le dommage futur et le dommage possible à l'aune du tempérament dans la suite des développements.

---

307S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, t. 504, LGDJ, 2009, n°418, p.366.

308B. BARRY, *La réparation en nature*, Préface M. POUMAREDE, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, n°242, p.277-278.

309S. JEAN, *La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile*, M. POUMAREDE, (ss. la dir. de), th. Toulouse 1, 2012.

310L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ*, 2013, p.275.

311F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *In Hommage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, Coll. Thèmes et comm., 2014 – *Adde* : *infra* n°102 et s.

Les détracteurs au principe souverain d'appréciation des juges du fond peuvent être rassurés. Si les mesures sont souvent onéreuses, elles ne sont pas pour autant automatiquement dans un rapport d'inadéquation avec l'intérêt de la victime. Signalons qu'à la différence du juge allemand des contrats<sup>312</sup>, le juge français pourrait relever d'office la présence de l'exception de disproportion manifeste entre le coût pour le défendeur et l'intérêt pour la victime car il n'est pas nécessaire, en dehors de la matière contractuelle, de maintenir un équilibre entre l'autonomie des parties et le pouvoir créateur du juge. Cette autonomie implique-t-elle de sortir l'action tendant à l'accorder de la responsabilité civile ?

## B. RAPPORTS ENTRE LA CESSATION DE L'ILLICITE ET LA RESPONSABILITÉ

76. Plusieurs options sont envisageables quant au fondement qui pourrait être assigné à l'action de droit commun en cessation de l'illicite (1). Une fois celles-ci présentées, nous pourrions exposer celle qui nous semble être la plus judicieuse (2).

### 1. Options en présence

77. Pour les uns, le secours conceptuel ne peut venir que de la responsabilité civile (a). Pour les autres, le droit commun de la cessation de l'illicite ne peut relever que d'un régime autonome (b).

#### *a. Action fondée sur la responsabilité*

**78. Arguments en faveur du recours à la responsabilité.** D'un côté, certains auteurs

---

312J. KLEINSCHMIDT et D. GROß, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », RDC 2015, n°03, p.674.

proposent de faire dépendre conceptuellement l'action générale en cessation de l'illicite de la responsabilité civile<sup>313</sup>.

Dans sa thèse consacrée à la cessation de l'illicite, M. le Professeur Bloch défend le rattachement de l'action débouchant sur une mesure de cessation de la situation ou de l'activité illicite à la responsabilité civile. Usant du raisonnement dialectique, il s'attache ainsi à balayer chacun des désavantages présentés par la thèse du rattachement puis à mettre en lumière ses avantages<sup>314</sup>. A cette fin, il réfute d'abord le rapport d'exclusivité qui existerait entre la responsabilité et la réparation<sup>315</sup>. Celui-ci procéderait d'une analyse anachronique des anciens articles 1382 et suivants du Code civil devenus depuis l'ordonnance du 10 février 2016 précitée les articles 1240 et 1241 de ce code qu'il conviendrait de repousser. La réparation n'absorberait pas toutes les fonctions de la responsabilité civile. Attentif à l'émergence récente d'un mouvement doctrinal de dépeussierage des fonctions de la responsabilité civile autre que celle qui est curative<sup>316</sup>,

---

313C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2311.27, p.1051 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté, et transformation de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, l'Harmattan, Paris, 2008 ; C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011 ; F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *In Hommage en l'honneur de G. FOREST*, Dalloz, Coll. Thèmes et comm., 2014, p.133-134 – *Adde* : V° les références citées par S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°453, p.410 ; Article 2 du Projet Terré, *in* Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p.87 ; Article 1266 du Projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017.

314C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2008, n°227, p.244.

315 *Ibid.*

316 Le nombre même de fonctions de la responsabilité civile est discuté. Certains distinguent trois fonctions de la responsabilité civile : réparer, prévenir et punir. Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?*, revue *Droits*, 1987, n°5, *Fin de la faute ?*, p.27 ; O. DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, 2008, n°47, *La pensée juridique et le destin du Code civil*, p.23 ; F.-G. TREBULLE, « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », p.17, *in La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, sous la direction de C. CANS, Préface G. VINEY, Dalloz, 2009 ; M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *Liber amicorum*, G. VINEY, LGDJ, 2008, p.751 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préface F. POLLAUD-DULIAN, PUAM, 2000, n°1, p.17. D'autres proposent de regrouper la fonction préventive et la fonction punitive sous une seule et même acception, « fonction normative ». C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – l'influence des fondements sur la responsabilité sur la réparation*, préface Y. LEQUETTE, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2005, vol. 45, n°218 à 246. Certains évoquent la fonction correctrice. V° C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface Roger Bout, Avant-propos de Ph. Le Tourneau,

l'auteur tente de convaincre que cette responsabilité aspirerait à remplir d'autres fonctions et une importance toute particulière pourrait être accordée à la fonction préventive grâce à la cessation de l'illicite<sup>317</sup>. En regard de sa complémentarité avec la réparation du préjudice, la cessation de l'illicite mériterait d'être rattachée à la responsabilité civile<sup>318</sup>. Si la responsabilité civile tend à compenser les préjudices subis, on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce qu'elle intervienne en amont en offrant la possibilité de combattre la situation à l'origine du dommage. Ce n'est certainement pas le sens du concept de responsabilité qui le démentira. Certains philosophes ont ainsi montré qu'une responsabilité préventive était possible<sup>319</sup>. « L'institution qui s'occupe d'en réparer les conséquences doit naturellement pouvoir faire cesser les faits illicites qui en sont sa source »<sup>320</sup>. La cessation de l'illicite participerait de la réparation. A suivre l'auteur, le rattachement serait donc utile pour la responsabilité civile.

Toujours selon lui, si cette dépendance contribue à enrichir la responsabilité civile, la cessation de l'illicite y trouve également un intérêt et non des moindres. Par son universalité<sup>321</sup> et sa subsidiarité<sup>322</sup>, la responsabilité civile est « la seule à permettre de saisir tout le domaine de la cessation de l'illicite »<sup>323</sup>. C'est là le second argument exprimé par l'auteur pour défendre le rattachement de la cessation de la situation illicite à la responsabilité civile. Et puis, il faut bien reconnaître que pratiquement, « un de ses avantages serait que, dûment liée à un texte existant, la prévention spéciale pourrait être mise en œuvre et développée immédiatement par interprétation jurisprudentielle, sans

---

Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°231, p.247.

317C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°231, p.247 ; C. BLOCH et P. STOFFEL-MUNCK, « La cessation de l'illicite », p.94 in *Pour une réforme du Droit de la responsabilité civile*, ss. la dir. De F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011. « La réparation désigne l'institution civile par laquelle l'on répond de ses faits illicites. Or, il n'y a pas qu'une manière de répondre de ses actes. La réparation des conséquence en est une, fort naturelle » ; « l'expiation d'une conduite particulièrement blâmable en est une autre, envisageable (fonction punitive). Il serait cohérent d'y adjoindre la cessation des troubles illicites (fonction corrective) ».

318C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°232 et s., p.247 ; Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité (en général), P. LE TOURNEAU, 2009, n°15.

319H. JONAS, *Le principe responsabilité*, 1979, 3e éd. reprise aux Éditions Champs et Flammarion, 2000 ; P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'une analyse sémantique », in *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 41. Pour une synthèse générale, V° C. SINTEZ, *Op. Cit.*, n°549 et s., p.311 et s.

320C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface Roger Bout, Avant-propos de Ph. Le Tourneau, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°233, p. 248 ; V° les auteurs cités par S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°453, p.410-411.

321C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°235 et s., p.249 et s.

322C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°238, p.254.

323C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°230, p.246.

qu'il soit nécessaire d'attendre une intervention du législateur »<sup>324</sup>. Pour finir, il y a sans doute un avantage et non des moindres à la dépendance conceptuelle de la cessation des agissements illicites à la responsabilité civile. Il réside dans la prise en charge du coût de la mesure par un assureur de responsabilité<sup>325</sup> et peut faire l'objet de garanties contractuelles<sup>326</sup>. Sous la double réserve d'avoir souscrit un contrat d'assurance incluant une garantie responsabilité civile et que le sinistre n'entre pas dans le champ d'une exclusion, le débiteur de la réparation pécuniaire ne supporte jamais seul son coût. L'application de la garantie va entraîner une substitution de l'assureur au responsable pour indemniser la victime. Si le droit commun de la cessation de l'illicite venait à être détaché de l'institution, cela priverait immédiatement son débiteur de la prise en charge de la mesure par son assureur au titre de la garantie responsabilité civile, ce qui, à terme, pourrait affaiblir le principe du caractère obligatoire de la cessation de l'illicite eu égard au tempérament que nous avons proposé.

Le législateur a, récemment, eu l'occasion de se prononcer en faveur du rattachement de la cessation de l'illicite à la responsabilité ainsi qu'en témoigne l'article 1252 du Code civil. Cet article, qui dispose que « Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage », se place dans le sous-titre 2 intitulé « la responsabilité extracontractuelle ». Ce choix résulte de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Voyons désormais les attraits de l'autre option, à savoir le détachement de l'action de droit commun en cessation de l'illicite de la responsabilité civile.

#### *b. Action autonome par rapport à la responsabilité*

**79. Arguments en faveur de l'autonomie.** De l'autre côté, d'autres auteurs partent d'un constat : la cessation de l'illicite se concilie mal avec la fonction de la responsabilité

---

324S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°455, p.413.

325V° Cependant, C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°110 et s., p.116 et s.

326G. VINEY et P. JOURDAIN, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3e éd., 2008, n°34-1, p.109 ; V° Cass. 3e Civ., 22 novembre 2006, *Bull. Civ. III*, n°235.

civile, de sorte qu'elle doit relever d'une institution particulière<sup>327</sup>. Pour les partisans de l'autonomie, « la responsabilité civile ne permet que la réparation des préjudice subis ; la cessation d'un état de chose illicite ne relève pas de la responsabilité civile »<sup>328</sup>. Plusieurs arguments militent en ce sens. Tandis que certains de ceux-ci sont centrés sur les inconvénients que pourrait causer la cessation de l'illicite à la responsabilité, d'autres, à l'inverse, sont orientés vers la déformation que pourrait impliquer ce rattachement sur la cessation de l'illicite. Cette dernière pourrait, d'abord, déformer le sens du terme « responsabilité ». « S'agirait-il toujours de responsabilité juridique si, au titre d'une de ces fonctions, elle n'était plus principalement tournée vers le passé, pour indemniser ou sanctionner, mais vers l'avenir ? »<sup>329</sup>. Le Code civil ne connaît pas le terme « responsabilité » dans les subdivisions qu'il propose<sup>330</sup>. Pour autant, cette institution n'est pas inconnue du droit. Elle a été saisie très tôt par le droit<sup>331</sup> mais demeurât

327S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°530 et s., p.492 et s. ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, préface G. Ripert, 2e éd., LGDJ, t. 2, 1951, n°594 et s. ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, Thèse Paris 1, 2000, n°111 et s.

328R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, préface G. Ripert, 2e éd., LGDJ, t. 2, 1951, n°594 et s.

329S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°457, p.414.

330G. VINEY, « Introduction: La place restreinte occupée par la responsabilité au sein du Code civil », in *La responsabilité civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation* (document sonore), <https://www.courdecassation.fr/>

331 Sur l'histoire de la notion de responsabilité : G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle: bilan prospectif*, RCA 2001, n°6 bis, p.10 ; M. VILLEY, « La responsabilité », Arch. Philo. Droit, 1977, 47 ; V. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « Responsabilité » », Arch. Philo. Droit 1977, 60 ; A. ETCHEGOYEN, « La notion de responsabilité », Risques, oct.-déc. 1997, p.9 ; A.-G. SLAMA, « Responsabilité et prévention », Risques, oct.-déc. 1997, n°32, p.61 ; E. BOUVIER, « L'évolution de l'idée de responsabilité », revue critique de législation de jurisprudence, 1898, p.176 ; A. TUNC, « Évolution du concept juridique de responsabilité », in *Métamorphoses de la responsabilité*, Droit et culture, 1996, n°31, p.19 et s. ; J. - F. MATTEI, « Le fondement éthique de la responsabilité », RCA 2001, n°6 bis, p.16 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, n°22, p.9 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd. 2018, n°1 et s., p.1 et s. ; J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », APD 1977, p.59 et s. ; O. DESCHAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in *Études offertes à G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, Paris, 2008, p.319-332 ; G. VINEY, « Modernité ou obsolescence du Code civil, l'exemple de la responsabilité », *Mélanges en l'honneur de P. Le Tourneau*, p.1042 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 7e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2007, p.7 ; S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », in *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.467 ; Abbé J.-F. FERRAUD, *Dictionnaire critique de la langue française*, t. 3, Paris, 1787-1788, p.455 ; O. BLOCH, W. VON WARBTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 11e éd., Paris, 1996, p.550 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 444, 2005, n°524, p.253 ; J.-M. DOMENACH, « Un concept fluctuant, un tard venu », in *La responsabilité, essai sur le fondement du civisme*, Hatier optiques-philosophie, 1994 ; F. EWALD, « L'expérience de la responsabilité », in *De quoi sommes-nous responsables ?*, T. FERENCZI (ss. la dir. de), éd. Le monde, 1997, p.18 ; J.-L. GAZZANIGA, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6e Journées Savatier, 15-16 mai 1997, Publications de la Faculté

innommée jusqu'à la Révolution<sup>332</sup>. Dans ses premières manifestations, le terme apparaît comme polysémique<sup>333</sup>. Il vient à la fois du terme latin « respondeo » qui signifie « faire une réponse mais aussi se montrer digne de..., être à la hauteur » et de « spondeo » qui renvoie à une promesse faite sur l'honneur<sup>334</sup>. Un sens général, découlant du latin « responderere », va pouvoir être dégagé. Être responsable, c'est répondre des conséquences d'un fait<sup>335</sup>. Suivant cette acception, la responsabilité est exclusivement appréhendée en tant qu'institution répressive<sup>336</sup>. Elle est intimement liée à la liberté puisque, sans la responsabilité, il ne saurait être question de liberté<sup>337</sup>. Ce n'est que progressivement que le concept de responsabilité civile va se libérer de toute considération pénale et emporter son indépendance. La responsabilité désigne alors « l'obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire à le réparer en nature ou par équivalent »<sup>338</sup>. Ainsi comprise, la responsabilité constitue un mode d'« imputation d'un dommage passé à un auteur »<sup>339</sup>. Elle s'attache au résultat<sup>340</sup>. Son appréhension temporelle est ainsi limitée<sup>341</sup> par son association avec le préjudice. Cette assertion est parfaitement corroborée par les quelques philosophes qui se sont intéressés au concept. De Kant à Sartre, en passant par Nietzsche<sup>342</sup>, l'acception philosophique est la même que celle qui est juridique. La responsabilité intervient à un moment précis, après la réalisation du dommage. Elle oblige donc le juge à arrêter le

---

de droit de Poitiers, p.3 et s. et not. p.5.

332V. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « Responsabilité » », Arch. Philo. Droit 1977, 60.

333G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle: bilan prospectif*, RCA 2001, n°6 bis, p.10.

334J.-M. DOMENACH, *La responsabilité, essai sur le fondement du civisme*, Hâtier, 1994, p.3 et s.

335C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD Civ.* 1999, p.561.

336V. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « Responsabilité » », Arch. Philo. Droit 1977, 62

337J.-M. DOMENACH, *Op. Cit.*, p.3 et s.

338G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018 *V°* Responsabilité ; A. REY, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2<sup>e</sup> éd., 2001, *V°* Responsabilité.

339D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, l'Harmattan, Paris, 2008, n°912, p.582 ; C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD Civ.* 1999, p.561.

340M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, 8<sup>e</sup> éd., 1921, n° 867, p 278-279 « Le droit n'est pas comme la morale, qui envisage la faute en elle-même et abstraction faite de ses résultats : un législateur n'a souci que de l'ordre social, et il ne doit intervenir que par ses résultats, c'est-à-dire par le dommage qu'elle a pu causer. Le droit n'a point à tenir compte d'une faute qui n'aurait produit aucun dommage. Néanmoins, on ne doit pas faire rentrer l'idée de dommage dans la définition de la faute, car le dommage n'en est qu'une conséquence possible, mais nullement nécessaire : si un acte constitue une faute, ce n'est pas parce qu'il est dommageable, c'est parce qu'il est contraire au droit. Le dommage est seulement la condition pour que la faute soit réprimée par le droit ».

341O. ABEL, « La responsabilité incertaine », revue *Esprit* 1994.

342NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, Le livre de poche, 2000.

temps pour déterminer avec exactitude les rôles de chacun dans la production du dommage, à l'aide d'un raisonnement rétrospectif, et ainsi répartir le poids de la responsabilité sur chacun d'eux. En ce sens, elle serait donc parfaitement étrangère au traitement du dommage non encore survenu, lorsqu'il consiste à intervenir à un moment où il peut ne pas avoir produit encore de préjudices.

Que les fonctions de la réparation et de la prévention soient complémentaires ne saurait légitimer le rattachement de la cessation de l'illicite à la réparation. Il n'est, en effet, pas rare de croiser certaines mesures complémentaires prononcées sur des fondements conceptuels pourtant bien distincts. Ainsi, en est-il de la réparation du préjudice moral en cas d'atteinte à la vie privée, octroyée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, et de sa cessation, ordonnée sur la base de l'article 9 du Code civil. De même, la condamnation à faire cesser un empiètement est-elle basée sur l'article 544 du Code civil là où la réparation du préjudice matériel est allouée sur le fondement de l'article 1240 du même code. Par conséquent, « ce n'est pas parce que la prévention des dommages se présenterait actuellement comme l'expression d'une demande sociale que sa prise en compte par le droit devrait nécessairement passer par la responsabilité civile »<sup>343</sup>. Et ce d'autant plus que les actions en prévention fondées en dehors de la responsabilité civile ne cessent de se multiplier<sup>344</sup>. Ainsi en est-il de l'acte conservatoire, et plus particulièrement, de l'acte de dénonciation de nouvel œuvre, des actions spéciales issues du droit consommériste, du droit de la concurrence, des actions spéciales du droit du travail ou encore de la désignation d'un administrateur provisoire dans une société<sup>345</sup>. La raison paraît résider dans le fait que plutôt que de bouleverser la structure et l'équilibre de la responsabilité civile, le législateur, qui intervient le plus souvent dans

---

343S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°456, p.414.

344B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995, n°129 et s., p.119 et s. ; V° Sur les exemples de prévention en dehors de la responsabilité civile, P.-Y. GAUTIER, « La crainte d'un dommage à venir, nouveau critère du droit privé : à propos du droit de grève des salariés », *RTD Civ.* 1993, p.385. L'auteur dresse la liste des actions pouvant intéresser « les sujets de droit qui se sentent menacés » et adoptent en conséquence un comportement préventif.

345C. RUELLAN, « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. Soc.* 2000, chron. 4 ; Répertoire Dalloz de droit des sociétés, Administrateur provisoire, B. LECOURT, 2005, n°53. Il convient de démontrer entre autre un péril imminent. V° par ex., Cass, Com, 17 janvier 1989, *Bull civ.* 1989, IV, n°28 « la mésentente existant entre les associés rendait anormal le fonctionnement de la société et l'annulation, prévisible à brève échéance, de la désignation des dirigeants sociaux entraînerait de très graves conséquences pour la société auxquelles il fallait immédiatement porter remède ».



l'urgence<sup>346</sup>, préfère opter pour l'autonomie<sup>347</sup>.

Mais la cessation de l'illicite souffrirait tout autant que la responsabilité civile de ce rattachement. « Si le régime de la responsabilité civile est un carcan façonné sur le modèle de la réparation, comment imaginer que la cessation de l'illicite puisse s'y distinguer de la réparation en nature autrement que dans l'abstraction ? Il ne faudrait pas qu'en lui offrant un fondement juridique, la responsabilité civile asphyxie la cessation de l'illicite en lui assignant les mécanismes de la réparation »<sup>348</sup>.

En plus des inconvénients présentés par le rattachement à la responsabilité civile, l'autonomie est motivée par les quelques avantages qu'elle aurait à offrir. *Primo*, le rapprochement avec les droits étrangers qui, comme le montre Mme le Professeure Grayot, invite « dans une certaine mesure »<sup>349</sup> à l'indépendance. *Secundo*, le rapprochement serait aussi historique puisque le droit romain et l'ancien droit connaissaient la prévention au travers d'une action autonome<sup>350</sup> en présence d'un *damnum infectum*, dans le cas d'un bien menaçant ruine<sup>351</sup>, l'action *ex stipulatu*. Les thèses antagonistes ayant été présentées, il importe maintenant de faire un choix.

## 2. Choix du rattachement à la responsabilité civile

**80. Réfutation des arguments développés par les partisans d'une action détachée de la responsabilité civile.** Selon nous, les arguments avancés par les partisans d'une action ayant un fondement en dehors de la responsabilité civile peuvent tour à tour être réfutés.

---

346D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté, et transformation de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, l'Harmattan, Paris, 2008, n°796, p.513.

347M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », LPA 2005, n°8, p.3.

348C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface Roger Bout, Avant-propos de Ph. Le Tourneau, Dalloz, Nouv. Bibli. Thèses, vol. 71, 2008, n°227, p.244.

349S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°459, p.417.

350S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, 2009, t. 504, n°459, p.416.

351Sur les autres hypothèses marginales, O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2007, p.325.

Sur l'argument tiré de la contrariété de la prévention à la notion de responsabilité, on relèvera d'abord que la responsabilité pénale assume déjà une telle fonction<sup>352</sup>. Ainsi en est-il avec l'action de mise en danger délibérée de la vie d'autrui. Ajoutons que les philosophes contemporains, comme Hans Jonas, Paul Ricoeur, Jürgen Habermas et Emmanuel Lévinas, ont mis en évidence une acception élargie du concept de responsabilité morale, tournée vers l'avenir. Cette conception de la responsabilité morale pourrait, selon certains auteurs juridiques contemporains, être transposée au concept de responsabilité juridique. Partant de là, la responsabilité serait donc parfaitement compatible avec le dommage non encore survenu<sup>353</sup>.

Ensuite, que la cessation de l'illicite existe en dehors de la responsabilité civile ne signifie pas qu'elle ne puisse pas prospérer aussi dans la responsabilité civile<sup>354</sup>. Le risque d'asphyxie de la cessation de l'illicite par la responsabilité civile également, peut être balayé puisqu'il n'est pas question d'opérer le rattachement conceptuel par revirement jurisprudentiel mais par voie législative. En consacrant le principe de son

---

352C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* 2013, n°5, doss. 23.

353Sur la nécessité d'une « nouvelle extension de la responsabilité, inimaginable auparavant » : H. JONAS, « Technologie et responsabilité, Pour une nouvelle éthique », *Esprit* septembre 1974, p.170 ; H. JONAS, *Pour une éthique du futur*, Traduit de l'allemand et présenté par S. CORNILLE et P. IVERNEL, Rivages et payot, 1998 ; Sur les écrits de H. JONAS, V° M.-G. PINSART, *Jonas et la liberté, Dimensions théologiques, ontologiques, éthiques et politiques*, Vrin, 2002. Conscient des conséquences potentielles de l'action de l'homme sur la nature, Hans Jonas propose d'établir une nouvelle éthique de la responsabilité, fondée sur les notions de conservation et de préservation de la nature, indiscutablement liée à celle de l'Homme. Cette nouvelle éthique commande une action à accomplir. « La première obligation » de l'éthique de l'avenir est de se procurer une idée des effets lointains de nos actions ». « C'est l'avenir indéterminé, bien plus que l'espace contemporain de l'action, qui fournit l'horizon pertinent de la responsabilité ». La méthode singulière, dénommée « l'heuristique de la peur », consiste à penser au pire pour atteindre la fin ultime, le meilleur. La prévision à long terme des conséquences de l'agir humain constitue donc le socle de cette nouvelle responsabilité. A l'image de Kant, Jonas formule un nouvel impératif, « un impératif répondant au nouveau type d'action humaine et adressé au nouveau type d'agent qui en est l'auteur pourrait s'énoncer comme suit : « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la préservation d'une vie humaine authentique » ; ou, sur le mode négatif : « Agis de façon que les effets de ton action ne détruisent pas la possibilité d'une telle vie » ; ou, tout simplement : « Ne compromets pas les conditions du maintien indéfini de l'humanité sur terre » ; ou de façon très générale : « Dans tes choix actuels, place parmi les objets de ton vouloir la future intégrité de l'homme » ». Par conséquent, la responsabilité n'est plus limitée dans le temps, elle devient incontestablement prospective, « la responsabilité pour ce qui est à faire : l'obligation du pouvoir ». Inversant l'impératif kantien « tu peux car tu dois », Hans Jonas considère que c'est parce que l'homme en a le pouvoir qu'il doit agir.

P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, Essai d'analyse sémantique », *Esprit*, novembre 1994, p.30 et s. D'abord, au terme responsabilité doit y être substitué celui d'imputation et déplore leur quasi-synonymie. Ensuite, il insiste sur la nécessité de découvrir une seconde conception de la responsabilité, à l'image de Hans Jonas.

O. ABEL, « La responsabilité incertaine », revue *Esprit* 1994 et <http://olivierabel.fr/ethique-et-politique/la-responsabilite-incertaine.html>

354F. LEDUC, *Op. Cit.*, p.133.

caractère obligatoire, l'autonomie y trouve déjà une forme de concrétisation. Nous verrons également que les conditions de la prospective action générale en cessation de l'illicite participent elles aussi à asseoir l'autonomie. Notons qu'il n'est pas toujours fait le choix de légiférer en dehors de la responsabilité civile. Ainsi, le projet de réforme du droit de la responsabilité, à l'article 1232, rattache l'action en cessation de l'illicite à la responsabilité civile.

**81. Réception des arguments avancés par les partisans du rattachement à la responsabilité civile.** « Il paraît rationnel d'admettre que l'institution qui se préoccupe au premier chef de traiter les conséquences dommageables d'un fait ait également vocation à s'attaquer à la source même de celles-ci en supprimant directement le fait dont elles découlent »<sup>355</sup>. De plus, « la responsabilité civile incarne le droit commun des actes illicites, l'outil résiduel mis à la disposition des victimes des faits illicites. La plasticité de son fondement lui permet d'agir subsidiairement à la fois comme mécanisme sanctionnatoire et comme mécanisme normatif »<sup>356</sup>. A cela s'ajoute deux arguments d'ordre pratique. *Primo*, « le juge saisi d'une action en responsabilité civile n'a jamais hésité à prescrire une mesure de cessation de l'illicite (sous le masque de la réparation en nature) dès lors qu'il l'estime opportune »<sup>357</sup>. *Secundo*, il vaut mieux, pour l'efficacité de la cessation de l'illicite, que celle-ci reste attachée à la responsabilité civile afin que le risque de condamnation à cessation de l'illicite soit couvert par une assurance de responsabilité civile. On notera d'ailleurs que la réalisation du dommage n'est pas nécessaire pour que l'assureur soit tenu d'exécuter son obligation de garantie. En effet, une cour d'appel a admis que l'assureur devait exécuter son obligation de garantie en cas de pertes de marchandises occasionnées par l'alerte à la dioxine, décision prise par les autorités publiques et motivée par le principe de précaution<sup>358</sup>. Ce qui est intéressant dans cet arrêt est que si la perte de marchandises était certaine, la contamination à la dioxine desdites marchandises, cause de la décision, en revanche, ne l'était pas<sup>359</sup>. Si la

---

355 *Ibid.* – *Adde* : G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., 2017, LGDJ, n°17, p.35-36.

356 C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°235, p.249.

357 *Ibid.*

358 CA Versailles, 7 janv. 2005, n°03/02799 ; Gaz. Pal. 24 juin 2005, n°175, p.11 ; A. GOSSEMENT, « L'urgence écologique : une révolution juridique », *Décideurs juridiques et financiers* 2005, n°64, p.80 ; confirmation de : TGI Nanterre, 27 janv. 2003, n°01/03770.

359 « Tout événement (...), toute dégradation du ou des produit(s) (...), susceptible de survenir (...) dès lors qu'un corps étranger (...) pourrait causer un dommage corporel » termes marquant l'hypothèse et le conditionnel, ont eu pour effet d'étendre la garantie de l'assureur à la prévention des risques, ou au

mise en œuvre de la garantie est donc possible pour les dommages hypothétiques sans qu'il ne soit, par exemple, opposé une rupture de l'enchaînement causal, elle l'est *a fortiori* pour des dommages moins incertains – dommages possibles et futurs. Le proverbe ne dit-il pas : qui peut le plus, peut le moins ? Évidemment, cet argument ne tient-il qu'autant que les assureurs ne modifient pas leurs contrats d'assurance.

**82. Caractère subsidiaire de l'action générale en cessation de l'illicite.** *De lege ferenda*, il existerait, à côté de l'action en cessation de l'illicite de droit commun, des actions spéciales débouchant sur cette même sanction préventive. Afin d'éviter tout concours d'actions qui pourrait s'avérer conflictuel entre la règle générale et une règle spéciale, il est de bon sens de préciser que la règle générale doit présenter un caractère subsidiaire<sup>360</sup>, comme le font déjà les juges lorsqu'ils pallient l'absence d'une action générale en se fondant sur la responsabilité civile. Ainsi, « la règle de droit commun devrait être écartée si les faits invoqués entrent dans le présupposé d'une autre règle de droit qui, dans un domaine particulier, a pour effet juridique l'obtention d'une mesure »<sup>361</sup> de cessation de l'illicite.

**83. La création d'un nouveau paradigme de la responsabilité civile.** Au vu des arguments avancés, l'action de droit commun en cessation de l'illicite doit être rattachée conceptuellement à la responsabilité civile. Ceci étant, le rattachement ne peut se faire que dans un paradigme de la responsabilité civile autre que celui de la responsabilité curative en raison de son régime singulier, déjà par le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite mais aussi par ses conditions dérogatoires qu'il importe de présenter. Il faudrait donc, à côté du paradigme classique, en créer un nouveau, orienté vers la prévention du dommage.

**84. Périmètre de l'illicéité.** Comme son nom l'indique, l'action générale en cessation de l'illicite implique de caractériser un fait illicite. Peu ou prou familière du droit civil, cette

---

principe de précaution à côté du risque réalisé, dont le cas est visé par d'autres expressions, telles que celles de «dégradation survenue» ou de «produits dont la consommation (...) provoque (...) des dommages corporels» [...] Qu'à suivre le raisonnement de la société Aig Europe, il faudrait attendre les effets sur la population du produit suspecté, avant de décider d'ordonner les retraits dans le seul cas où ses produits s'avéreraient nocifs, ce qui est difficilement acceptable ; Qu'en conséquence, il convient de dire et juger que la société Aig Europe doit sa garantie à la société Aoste Management SAS pour le sinistre survenu en 1999, à la suite de l'alerte à la dioxine donnée par les pouvoirs publics et de confirmer le jugement déféré ».

360S. GRAYOT, *Op. Cit.*, n°483 et s., p.448 et s.

361S. GRAYOT, *Op. Cit.* n°486, p.452.

condition suscite de nombreuses interrogations. En dépit des études dont a fait l'objet la notion d'illicéité<sup>362</sup>, son périmètre demeure nébuleux. « Au regard de la seule question de la cessation de l'illicite », M. le Professeur Leduc a isolé trois conceptions de l'illicéité qui, par leur diversité, nuisent à l'objectif même de la formalisation d'une action de droit commun en cessation de l'illicite. Il importe, par conséquent, d'opérer un choix.

**85. Conceptions possibles de l'illicéité.** En matière délictuelle, le fait illicite est entendu comme le fait dommageable. Ainsi compris dans le droit positif, tous les faits générateurs constituent des faits illicites. Des auteurs dénoncent la largesse de cette conception quand d'autres s'en satisfont. M. le Professeur Leduc a établi la typologie suivante des différentes conceptions.

**86. Conception étroite.** Benoît Savelli défendait dans sa thèse une conception étroite où l'illicite se réduirait à la violation d'une loi ou d'un règlement précis. Si la situation ou l'activité n'est contraire à aucune norme de droit objectif, elle ne peut être considérée comme un acte illicite<sup>363</sup>. Ainsi compris, ce domaine de l'illicite est inconciliable avec le droit de la responsabilité civile. Cette conception est en concurrence avec une autre radicalement opposée.

**87. Conception large.** Marie-Eve Roujou De Boubée propose une conception large de l'illicéité, laquelle comprendrait la violation de toute situation ou activité que le droit assortit d'une sanction quelconque<sup>364</sup>. « Suivant cette analyse, entreraient, par exemple, dans le périmètre de l'illicite les faits générateurs de responsabilité objective, tel le fait des choses ou le trouble anormal de voisinage, quand bien même ce dernier résulterait d'une activité parfaitement régulière dont l'exploitant aurait pris toutes les précautions possibles »<sup>365</sup>. Entre la conception étroite et la conception large, M. le Professeur Bloch propose une conception intermédiaire.

---

362M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface A. RIEG, LGDJ, 1973, t. 129.

363B. SAVELLI, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995, n°139, p.126.

364M. E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p.209, 227 et s., n°234 et s.

365F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.123.

**88. Conception intermédiaire.** L'illicite viserait d'une part la faute, violation d'une loi ou d'un règlement précis mais encore la norme de comportement induite de l'article 1240 du Code civil ; d'autre part, l'atteinte à un droit subjectif consacré<sup>366</sup>. Le droit au respect du corps humain ou la concurrence déloyale « entre bien dans le périmètre de l'illicite mais pas le fait des choses ou le trouble anormal de voisinage résultant d'une activité régulière »<sup>367</sup>. Selon l'auteur, il faut se garder de croire qu'il y aurait une corrélation entre les faits générateurs de réparation et les faits générateurs de cessation de l'illicite. Dans certaines hypothèses de responsabilité dites objectives, le fait générateur est caractérisé dès lors qu'un simple fait matériel causal a été commis. Il s'agit seulement, « par une loi mécanique de cause ou d'une loi économique de répartition »<sup>368</sup> de trouver un répondant qui assumera la charge financière des préjudices causés par le dommage, ce qui, d'après M. le Professeur Bloch, ne cadre pas avec l'essence normative de la cessation de l'illicite<sup>369</sup>.

L'objectif de la formalisation de l'action étant de mettre au jour et de clarifier les conditions de la cessation des agissements illicites, l'incertitude sur le périmètre de l'illicéité ne peut pas durer, surtout que celui-ci a une implication sur la capacité de la cessation de l'illicite à prévenir tous les dommages non encore survenus.

**89. Choix en faveur de la conception intermédiaire de l'illicéité.** Pour trancher la discussion, M. le Professeur Leduc part du sens usuel de l'illicite. Il « (il : préfixe privatif et licet : il est permis) désigne fondamentalement une activité ou une situation que le droit réprime »<sup>370</sup>. D'après lui, la seule existence d'une sanction « n'est pas toujours révélatrice de cette réprobation inhérente à l'illicite »<sup>371</sup>. Il cite en exemple la responsabilité de l'État du fait des lois. « L'État doit réparer le dommage spécial et anormal que l'entrée en vigueur d'une loi pourrait engendrer. Il y a bien sanction mais, cela va de soi, nulle réprobation envers l'activité législative »<sup>372</sup>. La conception élargie de Marie-Eve Roujou de Boubée « gonfle donc trop le volume de l'illicite. A l'inverse, la conception étroite le comprime à l'excès : la réprobation du droit ne se réduit pas aux

---

366C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°293, p.347 et s. ; S. GRAYOT, n°244 et s., p.192 et s., n°567 et s., p.470 et s.

367F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.123.

368C. BLOCH, *Op. Cit.*, n°293, p.348.

369Contra : P. BRUN, *La responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd., 2018, n°289, p.197-198.

370F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.123-124.

371Ibid.

372Ibid.

seuls comportements violant une disposition légale ou réglementaire précise. La violation de la norme générale de conduite issue de l'article 1240 du Code civil suscite indéniablement la réprobation. C'est donc par élimination une conception intermédiaire de l'illicite qu'il convient de retenir »<sup>373</sup>. Dans cette conception, les responsabilités dites objectives sont exclues du périmètre de l'illicéité. Or, il nous semble que le droit réproouve certaines de ces situations.

#### **90. Ajustement de la conception intermédiaire proposée par M. le Professeur Bloch.**

Raisonnons à partir de l'exemple précité de la responsabilité de l'administration du fait des lois pour comprendre pourquoi ce fait générateur ne suscite pas la réprobation. Il s'agit d'un cas de responsabilité sans faute. On sait que « le droit défend les intérêts contrariés, mais seulement dans la mesure où il est fait un usage anormal (sans nécessairement que l'abus soit exigé) de l'intérêt contrariant. Cette anormalité peut se caractériser soit par un dommage excessif [par exemple, en cas de trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage], soit par un fait générateur défectueux [en cas, par exemple, d'intention de nuire, ou de critique malhonnête ou excessive]. La défectuosité du fait générateur peut aussi se déduire des circonstances dans lesquelles il intervient : par exemple, si la rupture des fiançailles ou du concubinage est libre et ne saurait engager la responsabilité de son auteur, il en va autrement lorsque les circonstances de la rupture sont fautives »<sup>374</sup>. Dans le cas de la responsabilité sans faute de l'administration du fait des lois, l'activité législative présente un caractère régulier. Le fait générateur n'est aucunement défectueux. Si le droit prend en compte les répercussions que peut avoir cette situation sur d'éventuelles victimes, c'est parce que l'anormalité peut être caractérisée mais elle ne l'est que par le préjudice. La jurisprudence exige, en effet, qu'il soit anormal et spécial pour compenser la normalité du fait générateur. La réprobation étant associée au fait et non au préjudice, il faut donc, pour déterminer le périmètre de l'illicéité, rechercher la défectuosité, l'anormalité du fait dommageable. Si l'on applique ce critère, l'on voit immédiatement qu'il n'y a pas de corrélation entre les faits générateurs de responsabilité et les faits générateurs de cessation de l'illicéité. Certaines responsabilités objectives telles celle du fait des choses entreront bien dans le champ d'application de l'illicéité là où la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage, en ce qu'elle postule un fait dommageable normal, en sera exclu. A la suite de M. le

---

<sup>373</sup>*Ibid.*

<sup>374</sup>C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du titre 1 du livre 1 du Code civil, à la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD Civ.* 2012, p.251.

Professeur Leduc, on peut affirmer que l'illicite tiendrait d'une part, à la violation d'une disposition écrite précise, d'autre part, à l'atteinte à un droit subjectif reconnu et, enfin, à « tout fait défectueux de responsabilité, ce qui recouvre la faute bien sûr mais aussi – ce que n'admet pas M. Bloch – des faits défectueux non fautifs tels le fait des choses ou le défaut de sécurité d'un produit mis en circulation [...] »<sup>375</sup>.

**91. Conclusion de la Section 1.** Dans le droit positif, la cessation des agissements illicites est une sanction en principe assimilée à la réparation. Empruntant ce canal, cette sanction est donc majoritairement fondée sur la responsabilité civile. Par exception, elle est appréhendée de manière totalement autonome vis-à-vis de la réparation. Dans de rares cas qui se sont néanmoins multipliés au fil du temps, la cessation de l'illicite n'est ainsi pas rattachée conceptuellement à la responsabilité civile. L'expérience du droit positif est éclairante quant au régime prospectif d'une action générale en cessation de l'illicite et nous conduit à lui réserver une place hybride. L'action débouchant sur une mesure de cessation de l'illicite devrait, selon nous, être une action en responsabilité civile avec pour particularité d'être autonome vis-à-vis de la réparation. Sans préjudice de la réparation des préjudices actuels, la cessation du fait illicite pourrait être consacrée dans la responsabilité civile par le législateur. Ceci étant maintenant précisé, nous pouvons désormais étudier comment la cessation de l'illicite peut permettre de prévenir certains des dommages non encore survenus.

---

375F. LEDUC, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *in* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, coll. Thèmes et comm., 2014, p.124.



## Section 2.

### Le rôle de la cessation de l'illicite dans la prévention de chaque type de dommage non encore survenu

92. Si la cessation de l'illicite peut permettre de prévenir les dommages futurs et les dommages possibles (§1), il en va différemment des dommages hypothétiques où cette voie est fermée hors le cas d'une exception résiduelle (§2).

#### §1. L'ADMISSION POTENTIELLE D'UNE MESURE DE PREVENTION DES DOMMAGES FUTURS ET POSSIBLES PAR LA CESSATION DE L'ILLICITE

**93. Rappel du tempérament au caractère obligatoire de la prévention.** Nous avons évoqué plus haut le tempérament tiré de la disproportion manifeste entre le coût de la mesure de cessation de l'illicite pour le défendeur de bonne foi et l'intérêt de la victime et indiqué que l'intérêt de la victime devait s'apprécier au regard de la probabilité d'occurrence du dommage. Si la disproportion est caractérisée, la prévention ne présente pas un caractère obligatoire pour le juge. A l'inverse, si la mesure est raisonnable, la prévention s'impose au juge. Explicitons ce tempérament.

**94. Un intérêt fort de la victime à obtenir une mesure de prévention lorsque le dommage est futur.** Lorsque la victime est exposée à la réalisation d'un dommage futur, l'intérêt de la victime de se voir accorder d'office une mesure de prévention paraît fort. Illustrons à partir d'un exemple. Imaginons le cas de la ruine du bâtiment qui laisserait entrevoir, de manière certaine, son effondrement sur la propriété voisine, causant à cette dernière des dégâts majeurs. Des travaux de sécurisation d'un coût global de 10 000 euros permettraient d'endiguer la réalisation du dommage certain. Si l'on met en rapport le coût des travaux pour le défendeur de bonne foi avec la probabilité de survenance du dommage, la mesure de prévention paraît totalement justifiée. Le dommage futur sera ainsi plus propice au caractère obligatoire de la cessation de la situation ou de l'activité

illicite.

**95. Un intérêt de la victime moins évident lorsque le dommage est possible.** A l'inverse, si la victime est menacée par un dommage possible, les juges pourront privilégier une mesure de réparation au lieu et place d'une mesure de prévention dans le cas où celle-ci s'avérerait onéreuse pour le défendeur. Partons de l'illustration d'une falaise dont certains blocs rocheux menaceraient de se détacher de celle-ci. Le propriétaire de celle-ci est assigné pour faire cesser la situation illicite résultant de son inertie dans la sécurisation de la falaise. Eu égard à la probabilité d'occurrence du dommage qui en fait un dommage possible et du coût que représenterait pour le propriétaire la sécurisation de la falaise apprécié au regard de ses facultés financières, il ne semble pas critiquable de condamner le propriétaire à une mesure de réparation plutôt qu'à une mesure de prévention à condition qu'il soit de bonne foi. De même, le démantèlement quotidien d'un échafaudage engendrant un dommage dont la réalisation serait seulement possible par une entreprise chargée de la réfection de la façade d'un immeuble présente un coût tel s'il doit être renouvelé chaque jour, que cette mesure préventive n'apparaît pas raisonnable<sup>376</sup>. Le principe de proportionnalité commande de prévoir que le juge ne puisse être tenu de prononcer la cessation de l'illicite que dans la mesure où celle-ci apparaît raisonnable. Si elle ne l'est pas, le juge pourra y préférer une mesure de réparation dont nous verrons, dans la suite des développements, la forme que peut revêtir la mesure curative.

C'est dans le caractère obligatoire ou non de la mesure pour le juge que se manifeste la différence entre le traitement préventif du dommage futur et celui du dommage possible. C'est encore lui qui va exclure en principe toute prévention du dommage hypothétique.

## §2. LE PRINCIPE DU REJET D'UNE PREVENTION DES DOMMAGES HYPOTHETIQUES PAR LA CESSATION DE L'ILLICITE

**96. Disproportion manifeste de la mesure de prévention presque systématiquement caractérisée entre le coût de la mesure pour le défendeur de bonne foi et son intérêt pour la victime.** Comment pourrait-on caractériser un intérêt d'une intensité suffisante

---

<sup>376</sup>Exemple emprunté à : CA Paris, 4 nov. 1986, D. 1986, IR, p.459.

pour la victime à obtenir une mesure de prévention lorsque le dommage est simplement hypothétique ? Les mesures de prévention sont rarement peu onéreuses. Le dommage redouté en question peut être aussi bien un dommage corporel qu'un dommage matériel. Est-ce qu'un dommage matériel hypothétique mérite-t-il que soit adoptée une mesure de prévention coûteuse ? De la même manière, est-ce qu'un dommage corporel justifie-t-il en toutes occurrences une mesure de prévention ? Les riverains des antennes-relais avaient-ils un intérêt suffisant pour déclencher une mesure de prévention aussi coûteuse que le démantèlement ou le déplacement de ces installations ?<sup>377</sup> Nous ne le croyons pas. De même, le rejet d'un gaz par une usine ne saurait, tant que la pollution de l'air n'est pas avérée, appeler une mesure de prévention aussi coûteuse que la fermeture de l'établissement le temps nécessaire sinon d'un progrès scientifique du moins de l'analyse de l'air et de ses effets sur la santé. Hors le cas où le dommage hypothétique serait particulièrement grave telle l'hypothèse d'un dommage corporel et le coût de la mesure de cessation de l'agissement illicite réduit, nous pensons que l'intérêt de la victime ne justifie pas une mesure de prévention.

**97. Proportion manifeste sporadiquement caractérisée de la mesure de prévention entre le coût de la mesure pour le défendeur de bonne foi et l'intérêt pour la victime.** Dans l'hypothèse où le dommage hypothétique serait particulièrement grave et le coût de la mesure de prévention serait faible, le juge pourrait prononcer, par exception, une mesure préventive.

**98. Conclusion de la Section 2.** La victime obtiendra la cessation de l'illicite afin de prévenir le dommage non encore survenu sauf s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le défendeur de bonne foi et son intérêt pour la victime apprécié à l'aune de la probabilité d'occurrence du dommage. Si la situation illicite générant un dommage futur débouchera, très souvent, sur une mesure de prévention qui s'imposera au juge, tel ne sera pas forcément le cas lorsque le dommage menaçant est possible. Les magistrats préféreront, selon la situation, accorder une mesure de réparation. Tout dépendra ici de la probabilité d'occurrence du dommage. Le dommage hypothétique de son côté, ne pourra pas, en principe, à notre sens, déboucher sur une mesure de

---

<sup>377</sup>V° A. BASCOULERGUES, Les caractères du préjudice réparable, *Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Préface S. PORCHY-SIMON, PUAM, 2014, n°233, p.200-201.

prévention, l'intérêt de la victime étant inexistant et donc, incapable de compenser le coût de la mesure de prévention. Il faut cependant réserver le cas où le dommage hypothétique serait particulièrement grave et le coût de la mesure de prévention réduit. Dans cette hypothèse seulement, le dommage hypothétique pourrait recevoir un traitement préventif au fond.

**99. Conclusion du Chapitre 2 en forme de proposition.** Au principal, la prévention spéciale s'exerce en matière extracontractuelle par la sanction de la cessation des agissements illicites. En droit positif, la prévention n'est pas en principe détachée de la réparation. Assimilée à une mesure de réparation, la cessation de l'illicite ne peut être prononcée qu'à l'issue d'une action se situant dans le giron de la responsabilité civile. Par exception, elle est autonome et, donc, n'appartient pas au spectre de la responsabilité civile. Contrairement au droit positif, la cessation de l'illicite serait autonome vis-à-vis de la réparation. Le juge aurait l'obligation de prononcer la cessation de l'illicite lorsqu'elle est demandée par la victime ou réclamée par l'auteur sauf si le coût de la mesure de cessation de l'illicite est manifestement déraisonnable pour le défendeur au regard de son intérêt pour la victime. Les magistrats recouvriraient leur pouvoir souverain d'appréciation pour privilégier une mesure de réparation au lieu et place d'une mesure de cessation de l'illicite. Au regard des avantages du rattachement de la cessation de l'illicite à la responsabilité civile, il est préférable de fonder l'action générale en cessation de l'illicite sur la responsabilité civile. Mais il faut lui accorder un régime autonome au sein de la responsabilité civile afin de garantir à la cessation de l'illicite son autonomie vis-à-vis de la réparation. *De lege ferenda*, l'action tendant à la cessation des agissements illicites pourrait trouver sa place dans le Code civil sous les termes suivants, dans un article 1239, situé dans le Chapitre 1er intitulé la responsabilité extracontractuelle en général : « Le juge prescrit, sans préjudice de la réparation du préjudice subi, toute mesure aux fins de faire cesser le fait illicite sauf s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le défendeur de bonne foi et son intérêt pour la victime ». Le tempérament de la disproportion manifeste mettrait en lumière la distinction entre les trois types de dommage non encore survenu.

**100. Conclusion de la Première partie.** En référé comme au fond, le traitement préventif des dommages non encore survenus, toutes espèces confondues, réside exclusivement dans la prévention ou la cessation d'une activité ou d'une situation illicite, manifeste ou non selon le juge qui a en connaître. En référé, le dommage hypothétique ne peut donner lieu à une mesure de prévention. Seuls les dommages futurs et possibles le peuvent mais d'une manière différente. En référé, la différence résultera de l'intensité du dommage. Au fond, le dommage hypothétique ne pourra, en principe, pas ouvrir la voie à la prévention sauf si le dommage en question est particulièrement grave et le coût de la mesure relativement faible. Dans ce dernier cas, le juge pourra octroyer, par exception, une mesure de prévention de l'atteinte hypothétique. Les dommages futurs et possibles pourront faire l'objet d'une mesure de prévention. La différence entre ces deux dommages procédera du caractère tantôt obligatoire, tantôt facultatif de la mesure de prévention.

101. Au temps de la prévention succède celui de la réparation. Suivant une approche chronologique, vient ensuite la question de la réparation des préjudices actuels et certains résultant du spectre d'un dommage redouté. Cette réparation peut se cumuler avec une mesure préventive lorsque le fait illicite, quoique tari, a eu le temps de générer des préjudices intermédiaires avant que la demande en justice ne soit introduite. Elle peut aussi intervenir alors même qu'aucune mesure préventive n'a été sollicitée préalablement.



## **Deuxième partie.**

# **La réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu**

**102. Genèse de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.** A l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, le principe selon lequel les dommages non encore réalisés ne pouvaient produire tout au plus que des préjudices finaux non encore actuels était bien ancré. Selon le degré d'occurrence du dommage les engendrant, de tels préjudices étaient considérés tantôt comme certains, tantôt comme incertains. Ce principe, qui connaissait tout de même ici et là quelques exceptions marginales, va considérablement être ébranlé par la suite avec la consécration jurisprudentielle de la réparation de préjudices intermédiaires ayant la particularité d'être actuels et de résulter de dommages non encore réalisés. Quoique de tels dommages ne

soient pas encore survenus, leur perspective, quant à elle, est jugée suffisamment présente et réelle pour engendrer des répercussions actuelles et certaines sur la situation de la victime qui a à la subir et qui méritent réparation<sup>378</sup>. Pour mieux cerner l'hypothèse visée, prenons l'illustration d'un dommage non encore réalisé causé par un risque d'incendie. Sans qu'il soit nécessaire d'attendre sa survenance, le dommage peut, dès maintenant, entraîner une augmentation des primes d'assurances de la maison à usage d'habitation qui y est exposée ou encore provoquer, chez ses occupants, dès à présent, un sentiment d'angoisse. D'abord réparés dans des litiges relatifs à des dommages possibles et hypothétiques pour pallier l'incertitude des préjudices finaux, les préjudices actuels ont, au fil du temps, été indemnisés quel que soit le degré de survenance du dommage. De simple remède à l'incertitude des préjudices finaux, la phase intermédiaire a progressivement été érigée par les juridictions en une véritable source de préjudices pouvant être une cause d'indemnisation principale.

**103. Caractère nébuleux de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.** La réparation des préjudices actuels provoqués par la perspective d'un dommage non encore survenu ayant été façonnée au gré des décisions, celle-ci souffre des inconvénients de sa source. Les types de préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu sont nébuleux et leur régime juridique applicable est tout à la fois incertain, discriminant et par trop réceptif aux velléités réparatrices. Une clarification s'impose donc, clarification qui passe d'abord par un travail de typologie desdits préjudices actuels (Chapitre 1) et ensuite par un travail d'attribution du régime juridique applicable à chaque type de préjudices actuels (Chapitre 2).

**Chapitre 1. La typologie des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu**

**Chapitre 2. Le régime juridique de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu**

---

378M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Traité de droit civil, Corpus droit privé, Economica, 3e éd., 2016, n°52, p.46.



## Chapitre 1.

### La typologie des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

**104. Panorama.** Deux types de préjudices actuels peuvent découler de la perspective d'un dommage à venir : d'une part, un préjudice extrapatrimonial (Section 1), d'autre part, des préjudices patrimoniaux (Section 2).

## Section 1.

### Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

**105. Recensement des problèmes.** Le préjudice extrapatrimonial actuel engendré par l'exposition à un dommage non encore advenu souffre de difficultés d'identification. En effet, à première vue, l'examen de la jurisprudence met un évidence une constellation de préjudices extrapatrimoniaux actuels découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu, à l'autonomie incertaine. A bien y regarder toutefois, il appert que le dommage non encore survenu ne peut engendrer qu'un préjudice actuel extrapatrimonial unique (§1), dont l'autonomie, controversée par rapport à d'autres préjudices préexistants, doit être érigée en principe (§2). La nécessité de son autonomie acquise, il peut dès lors prétendre à une qualification qui lui soit propre, unique et adaptée à sa consistance de nature à faciliter son identification (§3).

#### §1. L'UNICITE DU PREJUDICE

106. Plus les décisions se sont multipliées, plus le doute s'est installé quant à l'unité du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. *A priori*, l'on pourrait être tenté d'affirmer qu'un dommage non encore survenu puisse immédiatement causer plusieurs préjudices moraux réparables (A). A l'analyse cependant, cette première impression ne résiste pas (B).

#### A. LA DIVERSITE APPARENTE DE PREJUDICES

**107. « Qui craint de souffrir, il souffre déjà ce qu'il craint »<sup>379</sup>.** A relire les essais de

---

<sup>379</sup>MONTAIGNE, *Essais III*, Flammarion, 1993,13.

Montaigne à la lumière des développements jurisprudentiels récents, on ne peut qu'acquiescer la conviction que la robe de l'avocat contemporain aurait été taillée sur mesure pour celui qui avait très tôt compris que la souffrance ne se manifestait pas seulement après que l'événement défavorable fût survenu. Mais sans doute n'imaginait-il pas la résonance juridique de cette assertion près de cinq siècles plus tard.

**108. Origine états-unienne de la réparation.** C'est incontestablement le droit nord-américain qui a fait office de précurseur pour la compensation d'un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. En effet, dans sa décision « Consolidated Rail Corporation v. Gottshall » rendue en 1994<sup>380</sup>, la Cour suprême des États-Unis a accordé l'indemnisation d'un tel préjudice, qu'elle a soumis à la condition que la victime établisse la preuve d'une certaine proximité géographique avec le danger. Certes, l'on retrouve en France deux décisions antérieures ayant accordé l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial actuel engendré par l'exposition à un dommage potentiel mais elles n'ont pas la valeur et la clarté de cette décision américaine<sup>381</sup>.

**109. Disparité d'actions aux États-Unis.** Aux États-Unis, l'action à l'issue de laquelle l'indemnisation peut être octroyée est une action en « negligent infliction of emotional distress » ou en « intentional infliction of emotional distress »<sup>382</sup>. Elle n'est pas propre à la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel découlant d'un dommage non encore advenu. Elle peut être exercée aussi bien par les victimes initiales que secondaires. Par la suite, les cours suprêmes de certains états fédéraux ont ajouté une autre condition, celle que la souffrance alléguée, à savoir l'angoisse, présente un certain degré, qu'elle soit sévère<sup>383</sup>. Il n'est point nécessaire que le dommage en question soit la prolongation d'un dommage antérieur. L'exercice de cette action est extrêmement controversé lorsqu'il tend à l'indemnisation de la souffrance générée par un dommage qui ne s'est pas encore produit. Ses conditions d'engagement, parfois changeantes selon la juridiction ou l'État

---

380 Consolidated Rail Corporation v. Gottshall 512 US 532 (1994).

381 L'une n'émane que d'une juridiction de première instance, et l'autre, rendue par la Cour de cassation, n'est pas véritablement probante.

382 J.E. ABELE, Emotional distress : proving damages ; CANTU, « Negligent Infliction of Emotional Distress: Expanding the Rule Evolved Since Dillon », 17 TEX. TECH L. REV. 1557, 1559-60 (1986) ; V. L. EIBEN, « Torts damages recovery of mental anguish damages in wrongful death action no longer requires physical manifestations », 18 STMLJ 1067.

383 Roes v. FHP, Inc., 91 Haw. 470, 985 P.2d 661 ; J.E. ABELE, « Emotional distress : proving damages », Lawyers & Judges, Publishing Company, Inc., 2003, pp. 6 et s.

concerné, peuvent en témoigner.

A côté de ces « torts », il existe, dans quelques états fédéraux<sup>384</sup>, une autre action permettant la compensation de la souffrance résultant non pas de n'importe quel dommage non encore arrivé mais spécifiquement de la potentialité de la mort. Le préjudice réparé dans le cadre de cette autre action est connu sous les termes de « pre-impact fright » ou de « pre-impact terror »<sup>385</sup>. Toutes les juridictions admettant l'indemnisation de la souffrance liée à la conscience de sa propre fin ne s'accordent pas sur les conditions de la réparation. Elles s'entendent *a minima* sur le fait que le dommage, à l'origine de la souffrance, doit être intégralement consommé, ce qui concrètement, signifie que la victime doit être décédée. Ce sont donc ses héritiers qui sont titulaires de l'action.

**110. Exportation en France d'une forme de disparité.** L'indemnisation de la souffrance provoquée par un dommage non encore réalisé a trouvé un écho favorable en France<sup>386</sup>. Prétorienne, sa reconnaissance semble avoir été dans une large mesure influencée par le droit américain. Dès lors, il n'est pas surprenant de retrouver la disparité observée Outre-Atlantique dans les décisions de justice françaises, à ceci près qu'il ne s'agit pas d'une disparité d'actions mais plutôt d'une diversité apparente de préjudices réparables. En droit privé français<sup>387</sup>, les prémices de la réparation de la

---

384 *Beynon v. Montgomery Cablevision Ltd. Partnership*, 718 A.2d 1161 ; *Jacoby Airplane Crash Litig.*, Civ. No. 99-6073, 2006 U.S. Dist. LEXIS 87816 (D.N.J. 2006).

385 J. M. FISCHER, *Understanding remedies, Matthew Bender & Company, Inc.*, 2e éd., 2006, n°12.2.4 ; D. L. FARNBAUCH, « Pre-impact pain and suffering damages in aviation accidents », 20 Val. U. L. Rev. 219 (1986), p.223. Il rencontre certaines réticences, que ce soit à l'égard de son autonomie par rapport à la mort elle-même, de sa preuve ou de son évaluation. De nombreux États acceptent néanmoins de le compenser là où quelques autres s'y refusent ou rehaussent tellement les exigences probatoires qu'ils en limitent de fait l'indemnisation. Son domaine d'élection réside dans les catastrophes aériennes. *Adde* : « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, fév. 2017.

386 Ailleurs, les droits européens autre que le droit français par exemple n'ont pas encore consacré la réparation de la souffrance morale consécutive à un dommage non encore survenu bien que Monsieur Van Dam estime qu'elle n'en soit encore qu'à ses débuts en Europe. Sur ce point, V° C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2e éd., 2013, n°705-6, p.181.

387 La disparité est moins étendue en droit public français. En comparaison du droit privé, le droit public a réservé un accueil moins audacieux et plus tardif au(x) préjudice(s) actuels de nature extrapatrimoniale consécutif(s) au dommage non encore réalisé. V° Sur l'appréhension par le juge administratif du préjudice d'anxiété, V° M. BARTOLUCCI, « Le préjudice d'anxiété en droit public », RFDA 2018, p.153 ; H.-B. POUILLAUDE, « Les « chefs de préjudice » en droit de la responsabilité administrative », AJDA 2014, p.1809 ; « Hépatite C : le juge administratif indemnise le préjudice... d'inquiétude », AJDA 2015, p.2340 ; H. MUSCAT, « Le préjudice d'angoisse en droit administratif », RJO 2014, NS, p.35 et s. Si l'indemnisation a, elle aussi, été consacrée de manière prétorienne, elle est cependant plus récente. A tous égards, l'on perçoit l'influence de la jurisprudence judiciaire. Au sein de l'ordre administratif également, les juges utilisent plusieurs qualifications, telles celles de préjudice

souffrance découlant de la perspective d'un dommage peuvent être trouvées dans une décision des années soixante<sup>388</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une victime qui se plaignait de l'anxiété éprouvée à la pensée de devenir aveugle *in futurum* à la suite d'une agression physique. Le dommage redouté ayant engendré l'anxiété résidait donc ici dans la prolongation d'un dommage antérieur. Tout en ordonnant sa compensation<sup>389</sup>, le tribunal correctionnel de la Seine lui avait dénié toute autonomie. L'anxiété, c'est-à-dire une souffrance psychique, avait, dans cette décision, été curieusement absorbée par le

---

d'anxiété, de préjudice d'inquiétude, de préjudice d'angoisse ou de préjudice moral. *V*° par ex., pour l'utilisation du syntagme préjudice d'anxiété : CE, 3 mars 2017, req. n°401395 ; CAA Marseille, 13 déc. 2011, AJDA 2012, p.822 ; pour l'emploi de l'expression préjudice d'inquiétude : CE, 27 mai 2015, req. n°371697 ; pour le recours à la notion de préjudice d'angoisse : CE, 24 oct. 2008, req. n°305622 ; pour l'utilisation du terme préjudice moral « tenant à l'anxiété due au risque élevé de développer une pathologie grave, et par là-même d'une espérance de vie diminuée, à la suite de son exposition aux poussières d'amiante » : CE 3 mars 2017, req. n°401395. A l'instar du droit privé, en revanche, tant les victimes primaires que secondaires peuvent se prévaloir d'un ou de tels préjudices. *V*° CAA Nancy, 20 déc. 2007, req. n°06NC01415. La compensation ne concerne pour l'essentiel que le ou les préjudices extrapatrimoniaux découlant d'un dommage possible, bien que les juges ne paraissent pas hostiles à la compensation lorsque le dommage est futur.

Pour le dommage possible : A propos de l'angoisse subie par un agent hospitalier ayant contracté dans l'exercice de ses fonctions une allergie au formol présentant les caractères d'une maladie professionnelle suite au risque permanent d'affections sévères en cas d'exposition à l'allergène : CE, 4 juillet 2003, req. n°211106.

A propos de l'angoisse subie par une personne atteinte par le virus de l'hépatite C : CE, 18 mai 2011, req. n°326416 ; CE 25 juin 2008, req. n°286910 ; CE, 19 déc. 2007, Tourancheau c. Etablissement français du sang, req. n°289922 ; CE, 29 mars 2000, req. n°195662 ; CAA Douai, 3 mai 2006, req. n°05DA00096.

A propos de l'angoisse subie par une personne atteinte par le virus de l'hépatite B : CE, 24 oct. 2008, req. n°305622.

A propos de l'angoisse subie par un travailleur ayant été exposé aux poussières d'amiante : CE 3 mars 2017, req. n°401395 ; CAA Marseille, 25 sept. 2015, req. n°14MA02525 ; req. n°14MA00444 ; req. n°14MA00455 ; n°14MA00449 ; CAA Marseille, 23 juin 2015, req. n°14MA03855 ; CAA Marseille, 28 avril 2015, req. n°14MA00445 ; CAA Marseille 20 mars 2014, req. n° 13MA03384 ; CAA Paris, 31 déc. 2013, req. n°12PA04864 ; CAA Marseille, 13 déc. 2011, req. n°11MA00739 ; etc...

L'on relèvera que certains avaient déduit des arrêts rendus en assemblée par le Conseil d'Etat en date du 3 mars 2004 un refus de reconnaître un préjudice extrapatrimonial actuel, consécutif à l'exposition au risque. En particulier, H.-B. POUILLAUDE, « Les « chefs de préjudice » en droit de la responsabilité administrative », AJDA 2014, p.1809. C'est là pourtant lui donner une signification qu'il ne revendique pas. Il s'agissait d'un arrêt se prononçant sur le lien entre la carence fautif de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'inhalation de poussières d'amiante et un dommage survenu, en l'occurrence, le décès du travailleur de l'amiante. *V*° CE, ass., 3 mars 2004, req. n°241150, *Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité c/ Bourdignon*, Lebon ; req. n°241151, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Botella*, Lebon ; req. n°241152, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ Consorts Thomas*, Lebon ; n°241153, *Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité c/ Xueref*, Lebon ; RFDA 2004. 612, concl. E. Prada-Bordenave ; AJDA 2004, p.974, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2004, p.973, note H. Arbousset, et D. 2005, p.26, obs. P.-L. Frier ; Dr. soc. 2004. 569, obs. X. Prétot.

A propos de l'angoisse subie par les riverains de l'usine AZF juste après l'explosion notamment pour être restés de longues heures sans nouvelles de leurs enfants : CAA Bordeaux, 24 janvier 2013, req. n°10BX02881. L'arrêt a été annulé depuis par le Conseil d'Etat. CE, 17 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. D. et autres*, req. n°367202 et 367203.

A propos de l'angoisse subie par une personne ayant été diagnostiquée à tort séropositive : CAA Paris, 24 mars 1998, APHP, req. n°96PA02373 ; req. n°96PA02385 ; Dr. Adm. 1998, comm. p. 29, note C. ESPER. Peu importe que la contamination soit effective pourvu que la personne ait cru être porteuse du virus.

*pretium doloris*<sup>390</sup> alors que traditionnellement, ce poste de préjudice ne désignait que la douleur physique.

Ce n'est qu'en 1994 que la jurisprudence va considérer que les souffrances endurées regroupent les souffrances à la fois physiques et morales<sup>391</sup>. A notre connaissance, ce jugement constitue la première manifestation française de la réparation d'un préjudice psychique généré par un dommage non encore survenu<sup>392</sup>.

Il est très difficile d'identifier les manifestations de ce préjudice dans les années qui suivirent. Seule une analyse rétrospective d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 24 avril 1989 semble indiquer que les hauts magistrats incitent les juges de la Cour d'appel de renvoi à indemniser un tel préjudice. Néanmoins, l'hésitation est permise, la réparation de préjudices résultant d'un dommage survenu ayant été également alléguée en l'espèce<sup>393</sup>.

---

A propos de l'angoisse subie par une personne contaminée par le VIH : CAA Versailles, 25 mai 2010, req. n°09VE02551.

A propos de l'angoisse subie par les enseignants d'un établissement scolaire exposé au risque d'une agression : TA Melun, 13 juillet 2013, req. n°1004142.

A propos de l'angoisse subie par une patiente suite au risque de récurrence du syndrome occlusif auquel elle se trouve exposée en permanence : CAA Bordeaux, 16 décembre 2008, req. n°03BX02297.

A propos de l'angoisse subie par les consommateurs du médicament « mediator » : CE, 9 novembre 2016, n°393108 ; n°393904 ; n°393902, 393906. Le Conseil d'Etat n'accorde pas *in specie* la compensation de l'angoisse mais précise à quelles conditions elle pourrait l'être. TGI Nanterre 28 janvier 2016, n° RG 15/01582 et RG 15/01586 *RCA* 2016, comm. 160, note S. Hocquet-Berg et n°161 C. Bloch.

Pour le dommage futur : A propos de la douleur morale ressentie par une victime du fait de la conscience d'une espérance de vie réduite : CE, 24 octobre 2008, req. n°301851.

L'incertitude reste entière néanmoins concernant le ou les préjudices extrapatrimoniaux actuels découlant d'un dommage hypothétique.

D'un point de vue strictement quantitatif, le contentieux de l'amiante est, sans conteste, dans cette matière aussi, celui qui a le plus contribué à la construction du régime de l'un ou du préjudice extrapatrimonial actuel, même s'il pourrait à terme être prestement rattrapé par d'autres contentieux nouveaux.

388 A propos de l'anxiété éprouvée par la victime d'une agression pour le risque de devenir aveugle : Trib. Corr. Seine, 5 mai 1965, JCP 1965, II,14332 « retentissement psychologique que n'a pas pu ne pas ressentir M. Z. à la pensée qu'il risquait fort de devenir aveugle ».

389 La formulation du jugement laisse à penser que le préjudice a été présumé.

390 G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel, Stratégies d'indemnisation méthodes d'évaluation*, Encyclopédies Delmas, 2014/2015, n°164.26 et s., pp. 473 et s. Ce rattachement est surprenant puisque traditionnellement, il ne désignait que la douleur physique.

391 Cass. 2e civ., 5 janvier 1994, n°92-12185.

392 On peut relever que c'est dans un contexte individuel qu'un tel préjudice est réparé pour la première fois. On pourrait d'ailleurs ajouter une autre particularité. La formulation du jugement laisse à penser que le préjudice a été présumé.

393 Cass. 2e civ., 24 avril 1989, n°87-16696 : « Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, que Mme Jeanne Rueffli et sa fille, Mlle Denise Rueffli, habitant dans l'immeuble contigu à un entrepôt que M. Chevalet donne en location à M. Cordier pour y exercer sa profession de menuisier, se sont plaintes du danger d'incendie et des nuisances sonores qui en résultaient et ont assigné M. Chevalet en réparation du dommage qui leur aurait été ainsi causé par des troubles anormaux de voisinage ; Attendu que l'arrêt, qui relève que le préjudice subi par Mmes Rueffli et que le caractère anormal des nuisances n'était pas contesté, les a cependant déboutées de leur demande en retenant qu'aucune faute de M. Chevalet n'était établie ; Qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences de ses propres constatations [...] ». L'arrêt n'est cependant pas d'une grande clarté mais

Il faut véritablement attendre la dernière décennie du XXe siècle voire la première décennie du XXIe siècle pour constater une augmentation substantielle des décisions se prononçant sur l'indemnisation de cette souffrance morale. Une ébauche de régime se profile alors, suscitant l'intérêt de la doctrine<sup>394</sup>. Dans la deuxième décennie du XXIe siècle, les arrêts ne vont avoir de cesse de se succéder.

De ces développements jurisprudentiels, il ressort que nombreuses sont les décisions qui interviennent dans un contexte de masse, qu'il s'agisse d'accidents collectifs<sup>395</sup> tels que

---

l'on peut avancer l'hypothèse que la Cour d'appel de renvoi a réparé un préjudice moral engendré par le risque d'incendie.

394V° par ex.: M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Victimes de violences et d'accidents collectifs, Situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : réflexions et interrogations », *Médecine*, 2000, n°45, p. 3 ; A. SCHNEIDER, « Chronique d'une naissance : le préjudice d'anxiété », *JAC* 2002, n°24 ; Y. QUISTREBERT, *Pour un statut fondateur de la victime psychologique en droit de la responsabilité civile*, Thèse Rennes 1, 2018, n°328 et s., p.306 et s. ; C. LACROIX, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Préface M.-F. STEINLE-FEUEBACH, avant-propos D. HOUTCIEFF, *Bibl. de droit privé*, LGDJ, 2000, t. 490, n°90 et s. ; A. GUEGAN-LECUYER, *Domage de masse et responsabilité civile*, Préface P. Jourdain, avant-propos G. Viney, LGDJ, *Bibl. de droit privé*, 2006, t. 472, n°95 et s. ; C. LIENARD et M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Victimes par ricochet : de nouveaux préjudices économiques réparables », *AJ Famille* 2004, p.309 ; P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11 ; C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *Ibid.*, n°4, Etude 4, p.5 ; M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel, Enjeux et perspectives*, Préface R. DE QUENAUDON et F. MEYER, *Nouvelle Bibl. de thèses*, vol. 148, 2015, n°488 et s., p.357 et s. ; P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G* 2015, n°25, doctr. 739 ; Actes du Colloque de Rennes, *L'angoisse face aux risques hypothétiques*, *RJO* 2014, NS, p.1 et s. ; P. PIERRE, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », *RLDC* 2015, suppl. n°132 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2019, n°937, p.1021 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *Traité de droit civil, Corpus droit privé, Economica*, 3e éd., 2016, n°393, p.457 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16e éd., 2018-2019, n°2357, p.797 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd., 2018, n°824, p.575 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *Coll. Droit civil*, LGDJ, 10e éd., 2018, n°248, p.153 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8e éd., 2016, n°934, p.838 ; A. BENABENT, « Droit des obligations », *Domat Droit privé*, 17e éd., 2018, n°660, p.506 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°247-2, p.6 et s.

395A propos de l'angoisse subie par les enfants (survivants) à l'occasion de la noyade du Drac : Tr. Corr. Grenoble, 17 septembre 1997, cité par C. LIENHARD et M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Nouvelles logiques d'action et d'évolution des processus de réparation juridiques et parajuridiques des victimes en France », p. 180, in *Risques collectifs et situations de crise : apports de la recherche, Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, L'harmattan, 2002.

A propos de l'angoisse subie par les victimes de l'effondrement de la passerelle du Queen Mary II : Trib. Corr. Saint-Nazaire, 11 février 2008, *JAC* 88, nov. 2008, obs. M.-F. Steinle-Feuerbach : « S'agissant du préjudice pour lequel il est demandé réparation, pour chacune des personnes présentes sur la passerelle sous la dénomination de préjudice spécifique d'angoisse, il convient de relever que la nouvelle nomenclature permet de reconnaître des préjudices extra-patrimoniaux permanents qui prennent une résonance toute particulière soit en raison de la nature des victimes, soit en raison des circonstances ou de la nature de l'accident à l'origine du dommage, ou des trois, comme en l'espèce. C'est à juste titre que le conseil de l'une d'elle a fait valoir qu'il s'agit d'un préjudice protéiforme, regroupant, sans faire double emploi avec les préjudices indirects ou subis par ricochet, les souffrances psychologiques suivantes : en-premier eu, l'état de-panique qui s'est emparé de chacun d'entre eux lorsque ils ont senti la passerelle vaciller, vriller, puis commencer à rompre, culminant lors de la chute de 18 mètres avec, pour chacun d'eux, cette certitude de vivre ses derniers instants -ce qui

les accidents de transports<sup>396</sup>, d'un produit dangereux<sup>397</sup> – sang contaminé<sup>398</sup>, amiante<sup>399</sup> ou autres cancérrogènes<sup>400</sup>, prothèses<sup>401</sup>, médicaments<sup>402</sup> –, d'un appareil défectueux<sup>403</sup> ou non<sup>404</sup> ou d'un risque criminel comme les agressions<sup>405</sup>, les actes de terrorisme<sup>406</sup> ou les actes de prises d'otages<sup>407</sup> pour lesquels les victimes ont eu le temps de craindre une atteinte à leur intégrité physique, bien que dans cette dernière hypothèse, le préjudice en question ait été depuis requalifié en préjudice de détention<sup>408</sup>. Toutes ces situations vont générer un sentiment d'angoisse chez ceux qui y sont exposés.

---

malheureusement, a été le cas pour 16 d'entre eux- et l'effroi intense qui en est résulté, effroi partagé par les parents, amis, collègues et proches présents avec eux ; - en second lieu, la détresse de ceux qui n'ayant pas perdu conscience ou qui ayant repris leurs esprits, se sont retrouvés corps et ferrailles mêlés, dans le froid et sous la pluie, et ont attendu pendant ce qui ne peut être vécu que comme de longues heures l'organisation des secours, des premiers soins et des transferts vers les structures hospitalières, les personnes semblant les moins gravement atteintes physiquement étant logiquement prises en charge et évacuées les dernières, souffrant et assistant, impuissants, à la mort et à la souffrance des leurs et d'autrui ; que ce spectacle a été qualifié d'indicible par le Docteur ORION, médecin psychiatre qui s'était rendu sur place et a rappelé à la barre la vision de l'amoncellement des corps et la difficulté de cette intervention pour les professionnels, pompiers et autres ; spectacle qui a pu être qualifié également de "démence de l'horreur" par l'une des parties civiles ; - en troisième lieu, l'angoisse et l'inquiétude extrême quant au sort de leurs parents, amis, collègues de travail, chacun ne pouvant qu'avoir conscience, au regard de la vision apocalyptique à laquelle il était confronté, de l'issue fatale ou grave pour nombre de personnes par suite de l'effondrement de la passerelle ; qu'il importe de rappeler qu'il ne s'agit pas de personnes réunies par le hasard, comme des usagers de la route ou des clients d'un manège forain, mais de membres d'une même famille, d'amis proches voire très proches, de collègues de travail, brutalement exposés à la vision de la souffrance ou de la mort d'anonymes et d'êtres proches ou chers, et sur le sort desquels ils ont pu demeurer de nombreuses heures sans être informés, avant d'avoir malheureusement confirmation de l'issue fatale qu'ils redoutaient ; - en quatrième lieu, le préjudice moral résultant pour certains, hospitalisés, de l'impossibilité d'assister aux obsèques de leurs proches, notamment conjoint, ou dans des conditions très difficiles, puis leur impossibilité ou leur difficulté d'être auprès de leurs enfants ou parents pour leur apporter aide et soutien face au(x) deuil(s) au(x)quel(s) ils ont été confrontés, la solitude plus ou moins importante vécue pendant leur convalescence, alors que leurs amis ou proches étaient eux-mêmes blessés et/ou endeuillés ; - en cinquième lieu, le préjudice tout à fait spécifique inhérent aux personnes impliquées dans des accidents collectifs, reconnu comme tel en droit positif, dont le caractère est d'autant plus aggravé dans le cas présent qu'il a frappé soit l'ensemble d'une famille sur trois générations, soit une famille et ses amis les plus proches, soit une collectivité de travail, et tout ceci avec le retentissement médiatique qui en résulte et le rappel incessant des faits, dans l'immédiat et à l'approche du présent procès ». « Sous le bénéfice de ces circonstances, il est justifié de faire droit aux demandes et de fixer pour chacun des rescapés, leur préjudice moral spécifique à la somme de ... ». « En l'espèce, l'accident ne s'est pas réalisé en un trait de temps ou avec une immédiateté et une soudaineté qui aurait empêché les personnes se trouvant sur la passerelle de réaliser ce qui se passait. Les différentes étapes de la rupture de la passerelle à l'origine d'un état de panique et d'un moment d'effroi, court mais d'une extrême intensité, permettent de retenir que chacun a eu le temps de réaliser ce qui passait et qu'il était exposé à un risque imminent de chute d'une grande -108- hauteur, dont certains survivants ont vécu et se rappellent les étapes, à cause des différentes couleurs de la coque, ou parce qu'ils ont essayé de se retenir aux montants ou aux personnes se trouvant à leur côté sur la passerelle, parce qu'ils se sont sentis partir en arrière tout en étant heurté, pendant la chute, par des barres métalliques. « J'ai vu la peur dans les yeux de mon père » a rappelé à la barre Madame Valérie S. H, « les morts avaient les visages crispés par l'horreur » a dit Monsieur Patrick E. Cette certitude de vivre ses derniers instants est à l'origine d'un préjudice moral qui est né dans leur patrimoine et dont leurs héritiers sont bien fondés à demander réparation ». Procès, l'amère victoire des familles des victimes du « Queen Mary II », V. Couzinou, Le Parisien, 12 février 2008 : reconnaissance du préjudice spécifique d'angoisse – confirmé en appel : CA Rennes, 2 juillet 2009, C. LIENHARD, « Queen Mary II - Droit indemnitaire des catastrophes : de belles avancées ! », JAC 97, oct. 2009 : « traumatisme psychologique d'une telle intensité » [...] « Qu'il convient en conséquence de



Parallèlement, l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel dans un contexte individuel<sup>409</sup> s'est, elle aussi, développée. Cela a sans doute concouru à sa démocratisation<sup>410</sup>, même si les arrêts sont quantitativement moins significatifs.

Quel qu'en soit le contexte, le préjudice peut être excipé tant par les victimes

---

confirmer le jugement entrepris, en ce qu'il a reconnu le principe d'un préjudice d'angoisse susceptible d'être subi par les victimes de l'effondrement de la passerelle incriminée ». L'assureur – appelant – soutenait qu'il n'était pas possible de reconnaître un préjudice d'angoisse, non vérifiable, au surplus surévalué entrant dans l'actif successoral, alors même que la catastrophe avait été soudaine et brutale. Il était encore prétendu que l'indemnisation des victimes de leur préjudice moral suffirait à les remplir de leur droit à indemnisation au titre de la peine résultant de la perte d'un être cher. Un pourvoi en cassation avait été formé tendant à remettre en cause l'indemnisation du préjudice d'angoisse. V° C. LIENHARD, « Actualité jurisprudentielle en droit des catastrophes et des accidents collectifs », Gaz. Pal. 29 décembre 2009, n°363, p.48.

396A propos de l'angoisse subie par les passagers du Vol Khartago Airlines 7100 du 12 février 2006 reliant Djerba-Orly suite au problème de dépressurisation lors du vol : AFP 5 octobre 2006, Les passagers du vol Djerba-Paris font valoir un « préjudice d'angoisse ». En l'espèce, quinze minutes après le décollage du Boeing 737, une dépressurisation a lieu. Les masques oxygènes se sont déclenchés mais étaient vides. Les températures avaient progressivement chuté et une forte odeur de brûlé s'était dégagée de l'avion. L'avion avait alors fait demi-tour. Une procédure judiciaire est lancée aux termes de laquelle les victimes réclamaient 50 000 euros au titre de leur préjudice d'angoisse. Finalement, un accord transactionnel est intervenu entre les victimes et la compagnie. AFP 4 avril 2007, « Préjudice d'angoisse » lors d'un vol Djerba-Paris : un accord est intervenu.

A propos de l'angoisse subie par les passagers d'un car scolaire à Allinges à la suite d'une collision avec un TER : Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, Gaz. Pal. 2014, n°81, p.10. « Pour demeurer spécifique et exceptionnel, le préjudice spécifique d'angoisse ne peut concerner que les victimes directes, soit celles qui sont décédées et ont acquis la probabilité ou la certitude de leur mort imminente durant une à trois secondes et dont ce préjudice spécifique, inhérent à une anxiété de nature existentielle, est né dans leur patrimoine et par conséquent transmissible, soit, pour les victimes blessées ayant survécu, spécifique à la même anxiété existentielle avant l'impact que celles des victimes décédées en plus de l'anxiété qui s'est poursuivie immédiatement après la collision, toujours de nature existentielle, puis de l'angoisse et de l'anxiété qui ont pris le pas ensuite au gré de leur prise en charge et de leur orientation médicale, puis encore de l'angoisse et de l'anxiété jusqu'aux obsèques et même au-delà pour ceux ou celles n'ayant pu se voir annoncer le bilan de l'accident avant cette date ».

A propos de l'angoisse subie par les victimes naufragées du paquebot Costa Concordia : F. BIBAL, « Enjeux et stratégies dans l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs », Gaz. Pal. 2014, n°81, p.6 ; P. SIMON, « Affaire Costa Concordia : le délai de validité initial de l'offre d'indemnisation transactionnelle exposait bien les victimes à un « dommage imminent », Le Droit maritime français, 2014, 756.

A propos de l'angoisse subie par les habitants des communes touchées « de voir la nappe phréatique souillée et de subir les conséquences de cette pollution par une restriction de la distribution d'eau potable ou une contamination » : TGI Tarascon 29 juillet 2014, D. 2014, p.1694.

A propos de l'angoisse subie par les victimes de l'accident de car de Puisseguin : Juliette Meadel, secrétaire d'Etat chargée de l'aide aux victimes, a signé un accord-cadre d'indemnisation à l'amiable négocié entre les assureurs et les victimes ou leurs proches. V° H.-M. THOMAS, « Accident de car de Puisseguin : une indemnisation sans précédent », L'Argus de l'assurance.com, 29 juin 2016.

397H. TISSANDIER, « Amiante et préjudice d'anxiété : la Cour de cassation reste ferme face à la résistance de juges du fond », JSL 2014, n°367 ; C. WILLMANN, « Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : une jurisprudence attendue, quoique critiquée », D.2014.1312 ; V. DE SENNEVILLE, « Ce nouveau risque juridique qui fait trembler les employeurs », Les échos, 16 janvier 2014. Les cas de l'exposition au bitume conjuguée à l'exposition

immédiates par les victimes par ricochet<sup>411</sup>.

Le champ d'application de la compensation de ces préjudices est large, s'épanouissant tant en matière contractuelle<sup>412</sup> qu'en matière extracontractuelle<sup>413</sup>, que ce soit, pour cette dernière, sur le fondement du droit commun<sup>414</sup> ou des troubles anormaux de voisinage<sup>415</sup>.

---

au soleil, de l'exposition au nucléaire, de l'exposition aux pesticides, etc... sont cités. On peut également évoquer le cas de l'exposition à un produit phytosanitaire, reconnu comme un risque sanitaire. V° Cass. 2e civ., 11 décembre 2014, n°13-20177 (L'arrêt ne détaille pas les chefs de préjudices). Il a également été évoqué le cas d'une pollution des sols et de la rivière traversant une commune aux métaux lourds. Le préjudice moral des victimes exposées n'a pas été indemnisé car les exigences posées par l'article 706-3 du Code de procédure pénale n'étaient pas remplies. V° Cass. 2e civ., 6 mars 2014, n°13-14162. *Adde* : A. PANDO, « Le préjudice d'anxiété entre spécificité et généralité », LPA 2015, n°95, p.4. L'auteur mentionne de nombreux produits nocifs employés par le cadre professionnel « (hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP) contenus dans différentes huiles, trichloéthylène, fumées et gaz de four, rayonnements ionisants, produits bitumeux, engrais, produits verriers...) ».

398 Pour le VIH, Cass. 2e civ., 22 novembre 2012, n°11-21031 ; Cass. 1e civ., 9 juillet 1996, n°94-13414 ; CA Paris, 7 juillet 1989, Courtellemont, Gaz. Pal. 1989, II, p.752 ; Rapport annuel sur le dispositif d'indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), Ministère de l'emploi et de la solidarité, Secrétariat d'Etat à la santé et à l'action sociale, La Documentation française, 1999, p.6 : « Le préjudice spécifique de contamination est un préjudice exceptionnel extrapatrimonial qui est caractérisé par l'ensemble des préjudices tant physiques que psychiques résultant notamment de la réduction de l'espérance de vie, des perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle ainsi que des souffrances et de leur crainte, du préjudice esthétique et d'agrément ainsi que de toutes les affections opportunes consécutives à la déclaration de la maladie ». L'indemnisation du préjudice d'angoisse est désormais étendue à la contamination par le virus de l'hépatite C. Par exemple, Cass. 2e civ., 19 novembre 2009, n°08-19610 « Que la victime avait subi la révélation de sa contamination à un âge où la vie est porteuse de tous les espoirs d'avenir tant sur le plan de la vie professionnelle que de la vie affective et qu'elle en a subi un choc extrêmement violent compte tenu de son âge et de sa sensibilité, que l'échec de deux traitements a renforcé ses craintes, qu'elle vit dans une peur permanente de déclencher, si elle se fatigue trop vite, une phase active d'hépatite C, qu'elle a exprimé depuis dix ans et à plusieurs stades de sa vie combien elle est angoissée par son avenir sur le plan affectif, sexuel et sur le plan de la procréation, qu'elle évalue tout ce qui lui sera refusé (assurances vie, emprunts bancaires) et aborde son avenir sur un plan essentiellement restrictif [...] Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu indemniser [...] le poste de préjudice personnel » ; Cass. 2e civ., 12 juillet 2007, n°06-14180 « le préjudice moral dû notamment à l'anxiété générée par le fait de se savoir porteur du virus » ; Cass. 1e civ., 1<sup>er</sup> avril 2003, n°01-00575 « Les différents éléments constitutifs d'un préjudice spécifique de contamination étaient réunis en l'espèce et ont souverainement décidé que la somme allouée de ce chef correspondait à une juste évaluation du préjudice personnel tenant aux souffrances endurées à la suite des traitements mis en œuvre ainsi qu'aux perturbations et craintes endurées ».

399 V° not., pour les salariés exposés à l'amiante dans le cadre professionnel : Cass. Soc., 25 mars 2015, n°13-21716 ; Cass. Soc., 3 mars 2015, n°13-20486, n°13-26175, n°13-20474 et n°13-21832, D. 2015, p. 635 ; Dr. soc. 2015. 360, étude M. Keim-Bagot ; D. 2015, p.968, note J. Knetsch, 1384, obs. E. Wurtz et 2283, obs. S. Porchy-Simon ; D.2016, p.35, obs. O. Gout ; *RTD Civ.* 2015, p.393, note P. Jourdain ; JCP 2015. 327 obs. N. Dedessus-Le-Moustier, et 740, note M. Bacache ; RDC 2015. 473, obs. A. Guégan-Lécuyer ; Cass. soc., 2 avril 2014, n°12-28616 et n°12-29825 ; D. 2014, p.1312, note C. Willmann et ; JCP G 2014, 1176, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; Gaz. Pal. 2014, p.43, note S. Leplaideur ; JSL 2014, n°367, note H. Tissandier ; Cass. soc., 25 septembre 2013, n°12-12110, n°12-20157, n°11-20948, n°12-20912, n°12-12883 ; D. 2013, p.2658, obs. M. Bacache et 2229, note A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon ; D.2014.47, note P. Brun ; JCP G 2013, n°1206, note F. Bousez ; RLDC 2014, n°111, obs. M. Develay ; *RCA* 2013, étude 10, obs. C. Corgas-Bernard ; JCP S

L'indemnisation a été admise lorsque le(s) préjudice(s) découle(nt) d'un dommage futur<sup>416</sup> ou possible<sup>417</sup>. Elle suscite, en revanche, la plus grande prudence lorsque le dommage en cause est hypothétique<sup>418</sup>. On en veut pour preuve le contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile. En effet, à partir des années 2000, les dispositifs émettant des ondes électromagnétiques ont été placés sous les feux de l'actualité. Certaines juridictions du fond n'avaient pas hésité à faire droit aux demandes

---

2013.1459, note M. Ledoux et F. Quinquis ; JSL 2013, n°353, note H. Tissandier ; RDC 2014.23, note G. Viney ; Cass, Soc 4 décembre 2012, n°11-26294 ; JCP S 2013, 21, note P. Plichon ; JCP E 2013, 47, note M. Voxeur ; Gaz. Pal. 2013, n°82, p.33, note J. Colonna ; *Ibid.* n°47, p.38, note D. Tapinos ; Cass, Soc., 11 mai 2010, n°09-42241 et 09-42257 ; *RCA* 2010, comm. 218, obs. M. Develay ; Dalloz actualité, 4 juin 2010, obs. B. Ines ; D. 2010, p.2048, note C. Bernard ; *Ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *RTD Civ.* 2010, p.564, obs. P. Jourdain ; Dr. soc. 2010. 839, avis J. Duplat ; JCP 2010, n°568, obs. Miara ; *Ibid.* n°733, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; *Ibid.* n°1015, obs. C. Bloch ; *RLDC* 2010/73, n°3876, obs. Le Nestour-Drelon.

Pour les proches de salariés ayant été exposé en dehors du contexte professionnel : CA Colmar, 14 mars 2013, n°11/01334 à propos du risque de déclaration d'une maladie des proches n'ayant pas travaillé au contact de l'amiante mais exposés au risque de pollution des vêtements personnels, stockés dans la même armoire que les vêtements professionnels. En revanche, si l'on suit de la politique de la chambre sociale de la Cour de cassation dans son dernier état, les conditions d'indemnisation ne seront pas les mêmes que pour les victimes de l'amiante ayant travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'art. 41 de la loi du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel.

400A propos de l'angoisse subie par les mineurs de charbon de développer une maladie à la suite de l'exposition à l'amiante, à la silice, au benzène, au trichloréthylène, aux échappements diesel, etc... : CPH Longwy, 6 févr. 2015, n° 13/00174 : Semaine social Lamy 2015, n°1664.

401A propos de l'angoisse subie par les femmes ayant une/des prothèses PIP possiblement défectueuse(s) : M. BACACHE, « Cancer lié aux prothèses mammaires : quelle(s) responsabilité(s) », *D.*2015.1312 ; V. DE SENNEVILLE, « Ce nouveau risque juridique qui fait trembler les employeurs », *Les échos*, 16 janvier 2014.

402A propos de l'angoisse subie par la fille d'une patiente ayant consommé du diéthylstilbestrol : Cass. 2e civ., 2 juillet 2015, n°14-19481 ; *RCA* 2015, comm. 280, note H. Groutel ; *RGD* 2015, n°4 ; note S. Hocquet-Berg ; *Gaz. Pal.* 2015, n°253, p. 8, obs. D. Tapinos ; *RLDC* 2015, n°132, suppl., note P. Pierre ; Cass. 2e civ., 11 décembre 2014, n°13-27440 ; *RCA* 2015, comm. 74 ; *JCP G* 2015, doctr. 739, note M. Bacache ; *Gaz. Pal.* 2015, n°48, p.37, obs. A. Delhayé ; Cass. 1e civ., 2 juillet 2014, n°10-19206 ; *RCA* 2014, comm. 312, note S. Hocquet-Berg ; *JCP G* 2014, doctr. 1323, note M. Bacache ; *Adde* : arrêts cités par J.-Cl. Civil Code, Fasc. 442 : Santé, B. HARICHAUX DE TOURDONNET, 2013, n°127.

A propos de l'angoisse subie par les consommateurs du médicament « mediator » (réparation en référé) : TGI Nanterre, 28 janvier 2016, n°15/01582 et 15/01586 – *Adde* : S. HOCQUET-BERG, « Le préjudice d'anxiété des patients exposés au Médiateur », *Revue générale du droit on line*, 2016, n°23843 ; S. HOCQUET-BERG, « Prise de Médiateur : référé provision engagé par plusieurs demandeurs aux fins d'indemniser leur préjudice d'anxiété », *RCA* 2016, n°5, comm. 160.

403A propos de l'angoisse subie par les patients ayant une sonde cardiaque possiblement défectueuse : CA Paris, 12 septembre 2008, D. 2008, p.2429, obs. I. Gallmesiter ; *JCP E* 2008, 2253, étude D. Bandon-Tourret et A. Gorny ; CA Lyon 6 décembre 2007, n°06/02154 ; Cass. 1e civ., 19 décembre 2006, n°06-11133 ; n°05-15716 ; n°05-15717 ; n°05-15718 ; n°05-15719 ; n°05-15720 ; n°05-15721 ; n°05-15722 ; n°05-15723 ; *RTD Civ.* 2007, p.352, note P. Jourdain ; *RCA* 2007, comm. 64, note C. Radé ; CA Lyon, 8 juin 2006, *Jurisdata* n°2006-307345 ; *RCA* 2006, comm. 305, obs. C. Radé. Le préjudice moral est « caractérisé par l'angoisse subie par eux entre le moment où ils ont appris le défaut du produit et leur explantation, période pendant laquelle ils ont été exposés aux risques d'une rupture du fil et d'une migration de ce dernier avec perforation du cœur ou d'un poumon » ; « que les demandeurs non explantés doivent également être indemnisés du préjudice moral résultant de la conscience du risque et de l'angoisse qui est nécessairement subie par eux et qui perdure ».

les plus diverses des riverains des antennes-relais de téléphonie mobile<sup>419</sup>. Parmi lesdites décisions, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 4 février 2009<sup>420</sup> s'est particulièrement démarqué, celui-ci constituant, à notre connaissance, la première décision rendue par une juridiction du second degré<sup>421</sup> qui compense la crainte engendrée par un risque de dommage seulement suspecté<sup>422</sup>. En l'espèce, les juges versaillais avaient estimé que face à l'impossibilité de se voir garantir l'absence de risque sanitaire, les riverains de l'appareil, subissaient bel et bien un trouble. Celui-ci était

---

404A propos de l'angoisse subie par les riverains d'antennes relais de téléphonie mobile : TGI Nanterre, 18 septembre 2008, n°07/02173 confirmé par CA Versailles, 4 février 2009, n°08/08775 ; D. 2009, p.819, note M. Boutonnet et 1369, note F. Feldman ; JCP E 2009, 1336 note J.-V. Borel ; Environnement 2009, comm. 51 note M. Le Prat et L. Verdier ; Gaz. Pal. 2009, n°71, p.64 note A. Sultan ; Environnement, mars 2009, repère 3 C. Huglo ; RDI 2009, p. 175 note C. Iorio ; RCA 2009, comm. 75, note G. Courtieu ; BDEI 2009, n°23, note S. Sabathier ; RLDC 2009, n°59, note C. Quezel-Ambrunaz.

405A propos de l'angoisse subie par un fonctionnaire de police lors d'un guet-apens tendu aux forces de police : Cass. 2e civ., 5 février 2015, n°14-10097 ; D.2016.35, note P. Brun ; RLDC 2015, n°132, suppl., obs. P. Pierre ; RCA 2015, comm. 152, note H. Groutel ; JCP G 2015, doct. 1409, obs. M. Bacache.

406A propos de l'angoisse subie par les victimes des attentats du 13 novembre 2015 et du 14 juillet 2016, attentats pour lesquels le FGTI a proposé l'indemnisation de leur préjudice moral.

407A propos de l'angoisse subie par les victimes d'une détention en captivité : TGI Paris 7 juin 2006, JAC 68, nov. 2006, obs. M.-F. Steinle-Feuerbach : ce préjudice résulte des « conditions d'existence d'une extrême précarité, éprouvantes et humiliantes ... » et de ce que les otages « confrontés à l'absence d'hygiène, de nourriture, à la crainte permanente de perdre la vie, (qu)'ils ont dû subir les brutalités et les sévices d'ordre physique ou psychologiques » et d'ajouter « attendu que le préjudice moral particulièrement grave engendré par cette situation de détention justifie ainsi qu'il soit alloué [aux demandeurs] la somme de... » Pour le préjudice du père : « Préjudice tant moral, né de l'angoisse éprouvée en raison de l'enlèvement ... » ; CA Paris 23 janvier 2009, n°06/14442 ; X. DELPECH, « Otages de Jolo : responsabilité de l'agence de voyages », Dalloz actualité, 18 février 2009. En l'espèce, trois personnes avaient acheté un séjour de plongée sous marine dans un pays étranger. Au cours de leur séjour, ils ont été enlevés par un groupe armé alors qu'ils séjournaient dans un hôtel. Après trois à quatre mois de détention, ils sont finalement relâchés et demandent la réparation du préjudice d'angoisse, ce que le tribunal, confirmé par la Cour d'appel, leur accorda.

TGI Paris, 8 novembre 1995, revue française de droit aérien, 1<sup>er</sup> avril 1997, p. 147 : tous les passagers « eurent à subir les affres de la détention dans des conditions d'existence d'une extrême précarité, parfois accompagnés de sévices d'ordre physique ou psychologique ; (...) à ces conditions de vie s'est ajouté le préjudice psychique particulièrement grave résultant des souffrances morales et nerveuses engendrées par cette situation d'otage » – en appel CA Paris, 12 novembre 1996, revue française de droit aérien 1997, p. 155 – en cassation : Cass. 1e civ., 15 juillet 1999, n°97-10268. Il s'agissait en l'occurrence d'une prise d'otage à la suite du débarquement d'un avion de la compagnie British Airways sur un aéroport situé à Koweït City. M.-F. STEINLE-FEUERBACH, « Victimes de violences et d'accidents collectifs, Situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : réflexions et interrogations », Médecine, 2000, n°45, p.3 ; C. LIENHARD et M.-F. STEINLE-FEUERBACH, « Victimes par ricochet : de nouveaux préjudices économiques réparables », AJ Famille 2004, p.309.

408CA Paris 23 janvier 2009, n°06/14442 ; X. DELPECH, « Otages de Jolo : responsabilité de l'agence de voyages », Dalloz actualité, 18 février 2009 ; M.-F. STEINLE-FEUERBACH, « Prises d'otages sur l'Île de Jolo : responsabilité civile de l'agence de voyages », JAC 68, novembre 2006.

409A propos de la crainte subie par les voisins d'une propriété sur laquelle est installé un entrepôt de bois de chauffage le long de la clôture : Cass. 2e civ., 27 septembre 2001, n°00-12337.

A propos de l'angoisse subie par les riverains d'un parcours de golf au tracé erroné : CA Montpellier, 5 novembre 2002, Jurisdata n°2002-241093 ; Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n°03-10434 ; Bull. Civ. II, n°291 ; D. 2004. IR, p.2477 ; Ibid. 2005, p.185, obs. Ph. Delebecque, Jourdain et Mazeaud ; RTD Civ. 2004, p.738 ; Construction-Urbanisme 2004, n°11, comm. 211, note P. Cornille ; LPA 2005, n°160, p.13, note V. Zalewski ; RDI 2004.348, obs. F.-G. Trebulle ; RCA 2004, comm. 336, note H. Groutel ; CA Aix-en-Provence, 7 janvier 2011, n°09/09212.

constitué par la crainte de développer une pathologie. De surcroît, ce trouble présentait un caractère anormal s'inférant de la nature sanitaire du risque et de la qualité des personnes exposées, en l'occurrence, de jeunes enfants<sup>423</sup>. En conséquence, la société de téléphonie mobile avait été condamnée à l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial chiffré à 7000 euros en plus du démantèlement de l'antenne. Un pourvoi avait été formé mais l'opérateur s'était finalement désisté<sup>424</sup>. A la suite de cet arrêt, les demandes n'avaient cessé de proliférer devant les juridictions du fond. Certaines d'entre elles

---

A propos de l'angoisse subie par les propriétaires d'un fonds à la suite d'un stockage de paille : Cass., 2e civ., 11 septembre 2014, n°13-23049 ; Cass. 2e civ., 24 février 2005, n°04-10362 ; *Bull. Civ.* II, n°50 ; JCP N 2005, 1490, n°5, note H. Perinet-Marquet ; JCP G 2005, II, 10100, note F.-G. Trebulle ; *Ibid.* 2005, I, 149, note G. Viney ; AJDI 2005, p. 593, note S. Prigent ; RLDC 2005, 22, note L. Dogniaux.

A propos de l'angoisse subie par la victime d'une détention provisoire en centre pénitentiaire qui a ensuite fait l'objet d'un non-lieu : Cass, Commission de réparation des détentions, 5 décembre 2005, n°05-CRD-017 : indemnisation du préjudice d'angoisse à l'occasion de la détention d'un détenu même s'il avait déjà subi une incarcération antérieure : « Le choc psychologique subi par M.X..., outre qu'il s'est aggravé par l'éloignement de sa famille et les mesures d'isolement et de surveillance renforcée dont il a fait l'objet à chacune de ses incarcérations successives, a été encore accentué lors de la seconde période de détention par l'importance de la peine prononcée, ce qui s'est manifesté par des crises d'angoisse ». CA Saint Denis de la Réunion, 24 février 2009, n°08/01321 à propos d'une mère de famille placée en détention provisoire : « attendu que les conditions d'angoisse résultant de l'incarcération [...] justifient qu'il soit alloué une indemnité de 16 000 euros au titre du préjudice moral ». CA Paris, 4 mars 2013, n°12/13191 : « Qu'il a subi un choc psychologique certain, notamment du fait qu'il s'agissait de sa première incarcération ; Qu'il fait valoir notamment, outre le fait qu'il a vu sa mère, âgée de 70 ans, être profondément affectée par la situation de son fils, outre les conditions générales de détention difficiles du fait de la surpopulation carcérale de la maison d'arrêt de Fresnes, qu'il a connu une détention particulièrement pénible et un préjudice d'anxiété lié à la crainte d'être agressé dans les relations avec certains de ses co détenus qui avaient eu connaissance des raisons de sa détention provisoire et s'étaient montrés très hostiles à son égard ; Qu'eu égard à la durée de sa détention ainsi qu'aux éléments susvisés, il convient en conséquence de lui accorder la somme de 5000 € en réparation de son préjudice moral ; ». *V° BICC*, « La réparation de la détention provisoire (articles 149 à 150 et R. 26 à R. 40-22 C.P.P.) », 2007, n°667 : « La souffrance morale résulte du choc carcéral ressenti par une personne brutalement et injustement privée de liberté. Elle peut être aggravée, notamment, par une séparation familiale et des conditions d'incarcération particulièrement difficiles. Elle peut aussi être minorée par l'existence d'un passé carcéral ».

A propos de l'angoisse subie par un salarié pour son avenir professionnel : CPH Paris, 16 janvier 2015, n°F12/10198, Actualité juridique Net-iris 13/10/2015.

410 Il est de plus en plus sollicité par les plaideurs dans des circonstances très diverses. *V°* à propos du préjudice d'angoisse résultant de l'absence d'une visite médicale d'embauche : Cass. Soc., 23 octobre 2013, n°12-12014.

411 A propos de l'angoisse subie par une épouse devant la perspective que son mari reste paralysé : Cass. 2e civ., 3 mai 1995, n°93-17936.

A propos de l'angoisse des proches de curistes à la suite de l'incendie d'une station thermale : Trib. Corr. Toulouse, 19 février 1997, *Gaz. Pal.* 27-28 juin 1997, note R. Riera. Cité par M.-F. STEINLE-FEUERBACH, « Victimes de violences et d'accidents collectifs ; situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : réflexions et interrogations », *Médecine et Droit*, 2000, n°45, p. 4 « la partie civile a supporté, outre le chagrin lié à la perte d'un être cher, l'angoisse découlant des circonstances même du sinistre ainsi que les incertitudes de l'attente. En effet, les informations sur l'identité et le sort des personnes restées à l'intérieur de l'établissement n'ont été connues qu'à la fin de l'après-midi » – en appel : CA Toulouse, 29 janvier 1998, *D.* 1999, p.56 (uniquement sur la responsabilité pénale du maire pour manquement à son obligation de sécurité) – en cassation : Cass. crim., 29 juin 1999, n°98-81413. Pour le rappel des faits : J. LLABRES, « Ouverture du procès des thermes de Barbotan », *l'Humanité*, 18 novembre 1996.

A propos de l'angoisse subie par les proches à la suite de l'incendie d'une clinique psychiatrique à

avaient accueilli les prétentions des demandeurs en réparation<sup>425</sup>. Toutefois, la plupart des magistrats saisis ultérieurement s'étaient refusés à indemniser le ou les préjudices extrapatrimoniaux<sup>426</sup>. Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, la Cour de cassation renvoya l'affaire devant le Tribunal des conflits<sup>427</sup> qui ôta au juge judiciaire la compétence de se prononcer sur l'indemnisation des préjudices résultant du risque sanitaire présenté par les antennes-relais de téléphonie mobile.

---

Bruz : Trib. Corr. Rennes, 30 septembre 1996 « les circonstances dramatiques des décès » cité par C. LACROIX, « Naufrage du Joola : premières indemnisations par la CIVI d'Evry (CIVI Evry 13 octobre 2003) », JAC 39, décembre 2003 et M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Victimes de violences et d'accidents collectifs ; situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : réflexions et interrogations », Médecine et Droit, 2000, n°45, p.4 : le corps « a été découvert dans les décombres très tardivement, en sorte que ses parents, mal informés par les services de la Préfecture et de la Gendarmerie qui l'avaient déclaré évacué, l'ont cherché aux alentours toute une journée pour apprendre ensuite sa mort ».

A propos de l'angoisse des proches à l'occasion de la noyade du Drac : Tr. Corr. Grenoble, 17 septembre 1997, cité par M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Évaluer et réparer les préjudices du point de vue juridique », p.163 in *Victimes : du traumatisme à la restauration : œuvre de justice et victimes*, vol. 2, l'Harmattan, ss. la Dir. R. CARIO, 2002.

A propos de l'angoisse des proches à la suite de la catastrophe aérienne du Mont Saint-Odile : TGI Colmar (CIVI), 2 juillet 1992, D. 1993, p.208. Le procureur conclut que « les circonstances de l'accident tenant à la dimension collective de l'accident, l'angoisse de l'attente dans l'annonce des décès et le délai de restitution des corps justifient une majoration de l'évaluation du préjudice moral normalement admise pour les accidents de la circulation », argumentation que le tribunal entérine. ; Trib. Corr. Colmar, 7 novembre 2006, M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Crash du Mont Saint Odile : les responsabilités civiles », JAC 70, janvier 2007 ; CA Colmar, 14 Mars 2008, n°06/01600.

A propos de l'angoisse subie par les proches à la suite de l'avalanche de la crête du Lauzet : Tr. Corr. Gap, 13 janvier 2000, Cité par M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Évaluer et réparer les préjudices du point de vue juridique », p.163, in *Victimes : du traumatisme à la restauration : œuvre de justice et victimes*, vol. 2, l'Harmattan, ss. la Dir. R. CARIO, 2002.

A propos de l'angoisse subie par les proches des victimes de l'accident de la Calade : Tr. Corr. Aix-En-Provence, 17 décembre 1998 et CA Aix-en-Provence, 29 novembre 1999, Cité par M.-F. STEINLE-FEUEBACH, « Évaluer et réparer les préjudices du point de vue juridique », p.163, in *Victimes : du traumatisme à la restauration : œuvre de justice et victimes*, vol. 2, l'Harmattan, (ss. la dir. de) R. CARIO, 2002.

A propos de l'angoisse des proches des victimes à la suite du crash d'avion de la Yemenia Airways : CA Aix en Provence 30 juin 2016 n°2016/ 290.

A propos de l'angoisse des proches des victimes de l'effondrement de la passerelle du Queen Mary II : Trib. Corr. Saint-Nazaire, 11 février 2008, *préc.*

A propos de l'angoisse des proches à la suite de la prise d'otage de Koweït City : TGI Paris 8 novembre 1995, *préc.* En appel, la société British Airways avait soutenu que « malgré tout le respect qui est dû aux victimes et à leurs proches,... quelques temps d'angoisse, durerait-elle trois mois, ne valent certes pas autant, selon le sens commun et la jurisprudence des tribunaux, que la perte définitive d'un être cher... ». La Cour d'appel de Paris confirma l'évaluation des premiers juges.

A propos de l'angoisse subie par les proches à la suite de l'accident d'Allinges : Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, Gaz. Pal. 2014, n°81, p.10. Le tribunal le qualifie de préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude pour les victimes indirectes.

A propos de l'angoisse subie par les proches des victimes à la suite d'une explosion : CA Lyon 14 janvier 2016 n°15/00516.

412L'affaire de l'amiante en constitue une illustration, *inter alia*.

413Le contentieux des sondes cardiaques défectueuses en est un exemple.

414Cf le contentieux du Distilbène.

415Cass. 2e civ., 10 juin 2004, arrêt *préc.*

416Trib. Corr. Saint-Nazaire, 11 février 2008, JAC 88, nov. 2008, obs. M.-F. Steinle-Feuerbach.

**111. Vocables multiples.** Cette diversité des décisions, qui reflète elle-même une disparité des situations, a eu une conséquence importante, à savoir une disparité sémantique dont la portée n'est pas explicitée. En effet, à l'origine, le préjudice extrapatrimonial actuel était dénommé par des termes génériques tels que « préjudice moral » ou « préjudice psychique particulièrement grave »<sup>428</sup>. Il n'existait que l'exception d'une contamination par un agent exogène où la souffrance interne et subjective se fond d'ailleurs encore aujourd'hui au sein d'un préjudice global, le préjudice spécifique de contamination<sup>429</sup>. A partir des années 2000, à mesure que le régime de leurs réparations s'affine, il devient d'usage de préciser la souffrance en cause, bien que quelques juges du fond s'y refusent toujours, privilégiant la terminologie générale de préjudice moral<sup>430</sup>. Paradoxalement, la spécification de la souffrance va accroître les difficultés d'identification du préjudice. En effet, avec la multiplication des décisions, apparaît dans le paysage juridique français une pléiade de qualifications sans cependant que le rapport entre elles ne soit explicité. L'on peut citer pêle-mêle le préjudice d'angoisse, le préjudice d'anxiété, le préjudice constitué par la crainte, le préjudice d'exposition au risque d'une atteinte, le préjudice d'angoisse de mort imminente, le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude ou encore le préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence. Il peut même être envisagé un préjudice de perte de chance d'interrompre ou

---

417Cass. 1e civ., 19 décembre 2006, n°05-15716.

418A l'incertitude de la position actuelle de la jurisprudence, s'ajoute les critiques doctrinales adressées à l'encontre de l'indemnisation du ou de ces préjudices extrapatrimoniaux actuels. Pour une synthèse : M. BARY, « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », RJO 2014, NS, p.93 et s. Ces mêmes critiques se retrouvent en droit administratif : C. PAILLARD, « La réparation du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par le juge administratif », RJO 2014, NS, p.115 et s.

419M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.*2010.2662.

420CA Versailles, 4 février 2009, Jurisdata n°2009-000135 ; *D.* 2009, p.819 note M. Boutonnet ; *JCP E* 2009, 1336 note J.-V. Borel ; *Environnement* 2009, comm. 51, note M. Le Prat et L. Verdier ; *Gaz. Pal.* 2009, n°71, p.64, note A. Sultan ; *Environnement*, mars 2009, repère 3, C. Huglo ; *RDI* 2009.175, note C. Iorio ; *RCA* 2009, comm. 75, note G. Courtieu ; *BDEI* 2009, n°23, note S. Sabathier ; *RLDC* 2009, n°59, note C. Quezel-Ambrunaz ; *D.* 2009, p.1369, note F. Feldman.

421Le jugement de première instance dont appel l'indemnise sans toutefois expressément désigner la souffrance en cause : TGI Nanterre, 18 septembre 2008, RG n°07/02173.

422Auparavant, 1<sup>o</sup> le jugement de première instance dont appel : TGI Nanterre, 18 septembre 2008, RG n°07/02173. Toutefois, la souffrance en cause n'est pas expressément désignée.

423B. STEINMETZ, « Les antennes relais de téléphonie mobile : une espèce menacée ? », note ss. *CA Colmar*, 15 décembre 2008, *JAC* 91.

424Cass. 3e civ., 10 mai 2010, n°09-12717 ; J.-V. BOREL, « Antenne-relais de téléphonie mobile : un désistement par précaution », *JCP G* 2010, n°23, 615.

425CA Versailles, 15 décembre 2011, n°10/04495 ; CA Montpellier, 15 septembre 2011, n°08/04612.

426CA Lyon, 4 octobre 2010, n°11/00477.

4271<sup>o</sup> Par ex., Cass. 1e civ., 12 octobre 2011, n°10-17996.

428TGI Paris, 8 novembre 1995, *revue française de droit aérien*, 1<sup>er</sup> avril 1997, p.147.

429Cass. 2e civ., 18 juin 2015, n°14-18704.

430Par exemple, CA Bastia, 29 février 2012, RG n°10/00269.

de réduire l'exposition au dommage potentiel que les magistrats ont certes, pour l'heure, réparé uniquement lorsque la chance avait une nature patrimoniale mais qui pourrait tout autant se rencontrer dans le domaine extrapatrimonial.

Assez logiquement, ces expressions, qui sont légion, interrogent sur l'existence d'un préjudice unique ou, au contraire, d'une constellation de préjudices extrapatrimoniaux. Conscients des interrogations qu'elles pouvaient susciter, certains auteurs se sont penchés sur les rapports que pouvaient entretenir telle qualification avec telle autre<sup>431</sup> mais aucun ne s'est livré à une étude globale.

*A priori*, l'on est davantage porté à croire que c'est la diversité de préjudices qui l'emporte. La raison en est fort simple : certains des qualificatifs sus-mentionnés sont également utilisés dans le régime du dommage réalisé pour désigner des postes de préjudices distincts<sup>432</sup>. Partant de là, il peut raisonnablement être supposé, par souci de parallélisme, que ce qui vaut pour le régime du dommage survenu vaut tout autant pour le traitement de celui qui est potentiel. En outre, la persistance des différentes juridictions à employer des termes distincts en dépit de l'avancée de la construction jurisprudentielle peut être vue comme un signe de la divergence de signification. En apparence donc, les tribunaux judiciaires français ont découvert une constellation de chefs de préjudices extrapatrimoniaux actuels résultant de la perspective de dommages potentiels. Pourtant, derrière cette diversité apparente se dissimule, au vrai, une unicité du préjudice extrapatrimonial qu'il convient de mettre en lumière.

## B. L'UNITE REELLE DU PREJUDICE

112. Entre les préjudices d'angoisse, d'anxiété, de crainte ou d'exposition à un risque, aucune différence ne peut être caractérisée (1), pas plus que les préjudices d'angoisse de mort prématurée (2), d'attente et d'inquiétude (3), de bouleversement dans les conditions d'existence (4) ou de perte de chance d'interrompre ou de réduire l'exposition au

---

431P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », JCP G 2015, n°25, doct. 739 ; Y. QUISTREBERT, « La spécificité du préjudice face aux risques hypothétiques », RJO 2014, NS, p. 60 et s.

432Ainsi, du bouleversement dans les conditions d'existence et de la souffrance endurée. *V° infra* n°126 et s.



dommage (5) ne présentent d'autonomie.

1. L'absence de différence entre les préjudices d'angoisse, d'anxiété, de crainte et d'exposition à un risque

**113. Significations usuelles.** Il est fréquent de croiser les expressions de « préjudice d'angoisse » et de « préjudice d'anxiété ». Plus sporadiquement, il est fait référence au préjudice constitué par la crainte<sup>433</sup> ou au « préjudice d'exposition » à un risque<sup>434</sup>. Tentons de comprendre leurs significations respectives. Depuis Freud, les notions d'angoisse et d'anxiété sont familières des psychanalystes<sup>435</sup>. Ils conçoivent celles-ci autour d'un triptyque – anxiété, angoisse, peur. Schématiquement<sup>436</sup>, l'anxiété d'abord, apparaît sans menace apparente. Elle n'a ni objet ni véritable fonction<sup>437</sup>. L'angoisse, ensuite, n'a pas d'objet mais a une fonction. Elle signale au sujet un danger, danger venant de l'intérieur, celui que le sujet « ne se supporte plus »<sup>438</sup>. Elle va avoir pour fonction de produire des comportements en réponse au signalement du danger. Elle « a pour caractères inhérents l'indétermination et l'absence d'objet ; dans l'usage correct de la langue son nom lui-même change lorsqu'elle a trouvé un objet : il est remplacé par celui de peur »<sup>439</sup>. La peur enfin, a donc un objet, le plus souvent fondé dans la réalité, et une fonction<sup>440</sup>. En effet, elle « produit, selon les circonstances, différents types de conduites de défense : fuite, attaque, évitement »<sup>441</sup>, etc. Il y aurait en conséquence, derrière ces qualificatifs, une véritable variation conceptuelle dont ne rend pas compte son utilisation par les juges. Le préjudice d'exposition au risque paraît, de son côté, doté

---

433CA Versailles, 4 février 2009, arrêt *préc.*

434CPH Mont-De Marsan, 7 août 2015, « EDF condamné pour l'exposition de 95 ex-salariés à l'amiante dans les Landes », France info, 7 août 2015 ; *Adde* : l'expression de « préjudice d'exposition fautive », F. QUINQUIS, « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat ! », SSL 2015, n°1693 ; Le bulletin de l'ANDEVA, n°49, septembre 2015, p.12.

435Libres cahiers pour la psychanalyse, L'angoisse, 2010/1, n°21.

436A. ABELHAUSER et P.-P. CONSTANTINI, « Anxiété, peur, angoisse : point de vue psychopathologique », RJO 2014, NS, p.50.

437Ibid.

438Ibid.

439S. FREUD, *Inhibition, symptôme et angoisse*, 1926, nouv. ; trad. Franç., PUF, 1965 ; *V°* également, J. NATANSON, « La peur et l'angoisse, imaginaire et inconscient », L'esprit du temps, 2008/2, n°22, p.161 et s.

440A. ABELHAUSER et P.-P. CONSTANTINI, « Anxiété, peur, angoisse : point de vue psychopathologique », RJO 2014, NS, p.50.

441Ibid.

d'un sens immédiat. Quant à la crainte, il s'agit d'une notion diffuse, renvoyant à un « sentiment d'inquiétude déterminé par l'idée d'un mal à venir, d'un danger existant ou possible »<sup>442</sup>. Partons de la jurisprudence pour tenter de comprendre le sens attribué à ces différents syntagmes.

**114. Vaine recherche d'éventuels critères de distinction entre l'angoisse, l'anxiété et la crainte.** A partir de l'étude des décisions des juridictions, plusieurs intuitions pouvaient peut-être tenter de légitimer la différence terminologique entre les syntagmes « préjudice d'angoisse » et « préjudice d'anxiété »<sup>443</sup> voire également avec le préjudice de crainte.

**115. Tentation de fonder la distinction sur le critère du type de dommage.** D'abord, il serait possible d'envisager la distinction sous le prisme du type de dommage, dommage futur, dommage possible ou dommage hypothétique. Tandis que l'anxiété serait l'apanage du dommage possible, il ne serait fait appel à l'angoisse que lorsque la menace est hypothétique. Ainsi, le terme « anxiété » est employé dans le contentieux de l'exposition à l'amiante<sup>444</sup> dont les fibres peuvent être à l'origine de différentes pathologies pouvant être bénignes ou mortelles telles que des fibroses ou des cancers. Le terme « angoisse » pour sa part, avait été utilisé par les juridictions judiciaires du fond avant que le Tribunal des conflits ne leur dénie toute compétence quant aux préjudices résultant de l'exposition au risque sanitaire qu'entraînerait la proximité d'une antenne-relais de téléphonie mobile<sup>445</sup>.

Inutile de se lancer dans une étude approfondie de la jurisprudence pour s'apercevoir que le critère de distinction entre l'angoisse et l'anxiété ne réside pas dans le type de dommage non encore survenu. Il ne reflète en rien la construction prétorienne, et du reste, il omet le préjudice pouvant résulter d'un dommage futur.

Une autre lecture de la jurisprudence, toujours fondée sur ce critère du type de

---

442Cnrtl, *V*° Crainte, <http://www.cnrtl.fr/>

443Il sera laissé de côté un arrêt qui avait appréhendé l'angoisse comme une manifestation de l'anxiété, du fait de son caractère isolé. Cass. crim., 28 septembre 2011, n°11-81155. La juridiction cite l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 25 mars 2010.

Sur cette question, *V*° également, Y. QUISTREBERT, « La spécificité du préjudice face aux risques hypothétiques », RJO 2014, NS, p.60 et s.

444*V*° par ex. Cass. soc. 11 mai 2010, n°09-42241.

445CA Versailles, 4 février 2009, Jurisdata n°2009-000135.

dommage non encore survenu, est possible. Le dommage hypothétique donnerait naissance à un sentiment de crainte<sup>446</sup>, le dommage possible inspirerait l'anxiété<sup>447</sup> et le dommage certain, l'angoisse<sup>448</sup>. Sans doute certaines juridictions n'ont pas été insensibles à cette grille de lecture. Mais là encore, les contre-exemples en jurisprudence sont suffisamment nombreux<sup>449</sup> pour ébranler le critère. De plus, le terme « crainte » est appréhendé, dans les dictionnaires usuels, comme un vocable ne se démarquant pas significativement de l'angoisse ou de l'anxiété. D'un point de vue prospectif, on ne voit guère d'ailleurs ce qui pourrait justifier une dichotomie qui se baserait sur les espèces de dommages, la souffrance étant la même. Il n'est donc pas question de différence de nature mais, à la limite, de degré de la souffrance.

**116. Tentation d'y voir l'existence de conventions de langage différentes selon les juridictions.** Ensuite, la dichotomie pourrait s'expliquer par une simple préférence des juges. Ainsi, tandis que le terme « anxiété » aurait les faveurs de la chambre sociale, celui d'« angoisse », quant à lui, serait employé par les autres chambres de la Cour de cassation et juridictions. Toutefois, l'anxiété n'est pas l'apanage de la chambre sociale de la Cour de cassation puisqu'à l'occasion d'un litige portant sur la contamination par l'hépatite C, les première<sup>450</sup> et deuxième<sup>451</sup> chambres civiles de la Haute juridiction ont préféré le terme « anxiété » à celui d'« angoisse ». Pareillement, peuvent être cités les arrêts de la deuxième chambre civile relatifs au contentieux du Distilbène qui ont préféré le vocable « anxiété » à celui d'« angoisse »<sup>452</sup>. A l'inverse, la chambre sociale emploie, outre le terme « anxiété », parfois celui d'« angoisse »<sup>453</sup>. Dès lors, cette deuxième intuition doit être balayée.

---

446Ce terme est employé par la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt précité : « Considérant que les intimés, qui ne peuvent se voir garantir une absence de risque sanitaire généré par l'antenne relais implantée sur la parcelle no 133 située... à proximité immédiate de leur domicile familial, justifient être dans une crainte légitime constitutive d'un trouble ».

447V° sur ce point le contentieux de l'amiante sus-évoqué.

448V° les arrêts relatifs au préjudice d'angoisse de mort imminente, par exemple Cass. 2e civ., 29 juin 2017, n°16-17228.

449La crainte étant par exemple utilisée comme synonyme de l'anxiété. Cass. 2e civ., 20 novembre 2014, n°13-26693 : Le terme est utilisé dans le rappel des faits. Le pourvoi est rejeté car la demanderesse s'est adressée à tort au FIVA pour obtenir l'indemnisation de son préjudice d'anxiété alors que les conditions de recevabilité de la demande n'étaient pas satisfaites en l'absence d'une atteinte d'ores et déjà constituée à l'état de santé de la victime.

450Cass. 1e civ., 9 juillet 1996, n°94-12868.

451V° par exemple : Cass. 2e civ, 10 novembre 2009, n°08-19607.

452Cass. 2e civ., 11 décembre 2014, n°13-27440 ; Cass. 2e civ., 23 octobre 2014, n°13-23305.

453Cass. soc., 11 mai 2010, n°09-42241.

**117. Tentation de fonder la distinction sur le critère de la matière du litige.** Dans le prolongement de ce qui vient d'être affirmé, on pourrait croire que le syntagme « préjudice d'anxiété » qui ne ressort véritablement que des décisions portant sur le contentieux de l'amiante ou de l'hépatite C serait propre à la matière contractuelle alors que le préjudice d'angoisse constituerait une terminologie usitée dans le domaine extra-contractuel. Mais là encore, cette première impression doit être réfutée, le terme « angoisse » étant également employé dans la matière contractuelle<sup>454</sup>.

**118. Tentation de baser la dichotomie sur le critère de la durée du sentiment éprouvé.** Enfin, il semble possible d'émettre la supposition qu'un critère temporel permettrait de les distinguer. L'« anxiété » dépasserait la « simple angoisse » par son caractère permanent<sup>455</sup>. L'angoisse, quant à elle, serait susceptible d'être flottante, témoignant d'un sentiment si intense qu'il ne puisse être subi de manière prolongée. En d'autres termes, l'angoisse serait passagère. La qualification dépendrait alors de la durée de la période de latence entre la création d'une situation potentiellement dommageable et la connaissance de la survenance du dommage et de ses effets, voire selon le type de dommage non encore advenu en cause, de la certitude de sa non-réalisation. Ainsi, si la durée d'attente est relativement longue, il faudrait parler d'anxiété là où le terme « angoisse » serait à privilégier si l'attente est relativement brève.

L'intuition paraît d'autant plus sérieuse que tant les dictionnaires usuels que la jurisprudence y font référence. L'angoisse désigne « une grande inquiétude, anxiété profonde née du sentiment d'une menace imminente mais vague »<sup>456</sup>, laquelle « fait pressentir des malheurs ou des souffrances graves devant lesquels on se sent impuissant »<sup>457</sup>. Parfois, son acception est plus étriquée, centrée sur l'inquiétude générée par une menace exclusivement existentielle<sup>458</sup>. L'anxiété, quant à elle, renvoie à une « inquiétude pénible, tension nerveuse, causée par l'incertitude, l'attente, l'angoisse »<sup>459</sup>. Du côté juridique, certes, dans un contentieux semblable à l'amiante, celui du VIH, la Cour de cassation emploie, à propos du préjudice spécifique de contamination, le terme « angoisse » là où la période de latence était, au jour des arrêts rendus, en moyenne de

---

454V° Cass. 2e civ, 10 novembre 2009, n°08-19607.

455V° par ex. à propos du contentieux de l'amiante, Cass. soc., 11 mai 2010, arrêts *préc.*

456Dictionnaire Larousse, V° Angoisse.

457Cnrtl, V° Angoisse <http://www.cnrtl.fr/>

458Dictionnaire Reverso, V° Angoisse.

459Dictionnaire Larousse, V° Anxiété.

plus de dix années. Mais cet argument ne saurait être dirimant. Le développement de ce contentieux a précédé l'émergence de l'intérêt de la dichotomie entre les vocables « angoisse » et « anxiété » et sa mise en pratique. De surcroît, la définition élaborée par le FITH utilise d'autres noms tels que « crainte » ou « incertitude ». La même conclusion peut être réitérée pour le contentieux de l'amiante où, en dépit d'une synonymie patente des termes dans les arrêts rendus entre 2010 et 2012 afin d'éviter toute allitération, toute référence à l'angoisse a depuis été bannie. Dans ce contentieux où l'on sait que la réalisation du dommage peut survenir des années après l'exposition à cette poussière, il est depuis fait exclusivement mention de l'anxiété<sup>460</sup>. En plus d'être relativement longue, la période d'expectative présente, dans le cas de l'anxiété, un caractère définitif. La victime n'a pas, en effet, généralement d'autre échappatoire que la survenance du dommage. Nombreux sont les arrêts récents qui semblent accréditer cette différence sémantique, en particulier ceux relatifs à une mort imminente, où le vocable « angoisse » a été préféré. S'il est peut-être encore trop tôt pour déceler dans la jurisprudence de la Cour régulatrice la présence d'une franche distinction entre les préjudices d'angoisse et d'anxiété, tout au moins, peut-il être signalé l'existence d'une tentative prétorienne récente de les distinguer, témoignant ainsi d'une diversité apparente.

Néanmoins, si une inclination vers une dichotomie entre les préjudices d'angoisse et d'anxiété est objectivement constatable, le trait ne doit pas être forcé. Le caractère moderne de la distinction ne lui a pas, en effet, permis de se manifester dans des contentieux suffisamment variés pour la mettre à l'épreuve sans compter que l'avenir jurisprudentiel de la compensation du préjudice résultant d'un dommage hypothétique reste incertain<sup>461</sup>. Dans l'abondant contentieux, désormais passé, du risque sanitaire lié à la présence d'une antenne-relais de téléphonie mobile, les juridictions du fond, avaient qualifié le préjudice de préjudice d'angoisse. La Cour de cassation quant à elle, n'a jamais repris à son compte la référence à l'angoisse, bottant en touche grâce à l'expression vaporeuse de « divers préjudices d'ordre sanitaire »<sup>462</sup>. Il n'est pas exclu que la Cour régulatrice puisse admettre le principe de sa réparation en dehors du contentieux des antennes-relais. Elle pourrait alors peut-être opérer un choix terminologique remettant en cause cette bribe de distinction. Au-delà des réserves sur la réalité de la

---

460V° les arrêts précités à propos de l'amiante.

461V° *infra* n°110.

462Cass. 1e civ., 17 octobre 2012, n°11-14553.

dichotomie entre l'angoisse et l'anxiété, il convient d'exprimer des doutes également quant à sa pertinence. Elle ne trouve sa justification dans aucune différence significative de traitement. Il ressort, en effet, de la jurisprudence que ni les conditions de la réparation, ni l'étendue de la réparation ne sont différentes selon qu'il s'agisse d'un préjudice d'angoisse et d'anxiété. Cette absence de différence rend ainsi toute distinction inutile. On le voit bien, la diversité sémantique entre le préjudice d'angoisse, le préjudice d'anxiété et le préjudice de crainte ne recouvre aucune diversité conceptuelle. Aussi, les syntagmes de « préjudice d'angoisse » et de « préjudice d'anxiété » seront-ils considérés, dans la suite des développements, comme interchangeables. Nous emploierons donc indistinctement ces deux syntagmes.

**119. Recherche infructueuse d'une distinction fondée entre le préjudice d'angoisse et le préjudice d'exposition à un risque.** Le préjudice d'exposition à un risque a tantôt une cause d'émergence, tantôt une autre. Cette pluralité n'est cependant pas au service de l'autonomie du préjudice d'exposition vis-à-vis du préjudice d'angoisse.

**120. Nouveau « préjudice » à l'émergence compromise.** Selon certains praticiens, il existerait des arrêts émanant de la chambre sociale de la Cour de cassation faisant implicitement référence à un préjudice d'exposition fautive au risque<sup>463</sup>. Avec une telle qualification, l'on pourrait peut-être assister à une réorientation de ce préjudice vers la source de la souffrance et non plus vers la souffrance elle-même. D'aucuns diront qu'il ne s'agit là que de prendre acte d'une certaine pratique jurisprudentielle<sup>464</sup>. En effet, il est souvent dénoncé, dans le contentieux de l'amiante, le masque du préjudice d'anxiété qui servirait en réalité à cacher un préjudice d'exposition au risque<sup>465</sup>. Toutefois, le préjudice d'exposition dont font état ces praticiens serait distinct du préjudice d'anxiété de sorte qu'il pourrait constituer une autre source de créance. Ce préjudice d'exposition serait un préjudice « objectif, matériel qu'il convient de réparer en fonction de la durée objective d'exposition ». Il pourrait naître parfois « plusieurs années avant le préjudice

---

463 V° F. QUINQUIS, « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat ! », SSL 2015, n°1693. Le praticien ne cite cependant que deux arrêts, dont l'un, publié au bulletin, date de l'année où la chambre sociale a commencé à consacrer le préjudice d'anxiété (Cass. Soc., 30 novembre 2010, n°08-70390) et l'autre, plus récent, n'a pas été publié au bulletin (Cass. Soc., 20 février 2013, n°11-21486).

464 M. DEVELAY, « Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition ? », RLDC 2013, 103. Depuis, la Chambre sociale de la Cour de cassation a clairement précisé (nous le soulignons) que « le préjudice d'anxiété, *qui ne résulte pas de la seule exposition à un risque créé par l'amiante*, est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés ». (Nous le soulignons). V° Cass. Soc., 16 septembre 2015, n°14-21572.

465 *Ibid.*

d'anxiété », concomitamment au début de l'exposition fautive au risque, sans égard pour sa connaissance<sup>466</sup>. La seule démonstration de l'exposition au dommage suffirait ainsi à investir le demandeur en réparation d'un droit à indemnisation, à l'exemple du droit pénal et, plus exactement, de l'incrimination de mise en danger délibérée de la vie d'autrui<sup>467</sup>.

Il est cependant à espérer que la compensation de ce préjudice ne soit le résultat que de tâtonnements éphémères des hauts magistrats en raison des distorsions qu'elle est susceptible d'engendrer. Principalement, *in specie*, l'attente d'un dommage certain ou l'exposition à un dommage plus incertain relève du domaine du fait et non du droit. Partant, cette proposition risquerait d'entraîner une confusion regrettable entre le dommage et les préjudices, dont seuls ces derniers sont objet de la réparation, sous réserve de remplir certaines conditions. Est-il nécessaire de rappeler que tout dommage n'est pas nécessairement préjudiciable<sup>468</sup> ? L'intérêt personnel du demandeur à agir nous semble ici être totalement occulté en exigeant certes la preuve d'un préjudice, mais d'un préjudice qui n'en est pas un véritablement. Subsidiairement, d'un point de vue strictement sémantique, la terminologie dépasse de loin le champ d'application, exclusivement extrapatrimonial.

**121. Terminologie susceptible d'intervenir en cas d'exclusion du préjudice d'angoisse.** A côté de ce rôle de « préjudice » nouveau dont la prospérité se trouve compromise, le préjudice d'exposition à un risque joue parfois un autre rôle. Il intervient lorsque la qualification de préjudice d'angoisse ou de préjudice d'anxiété est exclue. Un jugement d'un Conseil de Prud'hommes, relatif au contentieux de l'amiante qui constitue d'ailleurs à notre connaissance la seule décision le mentionnant expressément<sup>469</sup> en a fait

---

466F. QUINQUIS, « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat ! », SSL 2015, n°1693.

467Article 223-1 du Code pénal : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. ».

Sur le rapprochement, V° D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008, n°927, p.592 ; A. SCHNEIDER, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », Gaz. Pal. 2008, n°138, pp. 4-11 ; C. RADE, « Patient ayant décidé *motu proprio* de se faire enlever une sonde cardiaque », RCA 2005, n°11, Comm. 326.

468F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », RCA 2010, dossier 3.

469CPH Mont-De-Marsan, 7 août 2015, « EDF condamné pour l'exposition de 95 ex-salariés à l'amiante dans les Landes », France info, 7 août 2015 ; « Landes : des ex-salariés d'EDF exposés à l'amiante

un tel usage. Celui-ci intervient dans un contexte particulier puisqu'il fait suite aux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 3 mars 2015<sup>470</sup>, ayant réservé l'indemnisation du préjudice d'anxiété, aux seuls salariés qui ont travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998. A ce stade, précisons simplement que la Chambre sociale a sa propre conception du préjudice d'anxiété appelant ainsi un régime particulier. Cela ne signifie pas pour autant que les salariés n'ayant pas travaillé dans un des établissements mentionnés ne pourront pas obtenir une compensation de la souffrance éprouvée à la pensée d'être atteint d'une lourde pathologie mais simplement que le préjudice réparé ne pourra pas être qualifié de « préjudice d'anxiété ». Ainsi, par exemple, « les sous-traitants de l'amiante, fondeurs, chaudronniers, tuyauteurs... - bien souvent victimes des maladies de l'amiante - n'ont pas droit au préjudice d'anxiété puisqu'ils ne figurent pas sur la liste »<sup>471</sup>. C'était précisément le cas en l'espèce, les demandeurs ayant travaillé dans la centrale thermique d'Arjuanx, établissement non inventorié par l'article 41 de ladite loi. Aussi, le conseil de 98 des 99 ex-salariés de l'établissement avait préféré arguer non pas d'un « préjudice d'anxiété » mais d'un « préjudice d'exposition fautive »<sup>472</sup> à un risque, qualification que les conseillers prud'hommes ont repris à leur compte. Il n'a donc jamais été question, dans l'esprit des conseillers prud'hommes, de l'ériger en un préjudice nouveau. Il désigne la même conséquence juridique de l'exposition à un risque de dommage mais est simplement qualifié différemment en raison des conditions restrictives de la reconnaissance du préjudice d'anxiété que pose la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Par conséquent, ne faut-il voir dans le préjudice d'exposition à un risque, tel qu'explicitement consacré, rien d'autre qu'un synonyme du préjudice d'anxiété, appelé cependant à émerger dans un contexte distinct.

On le voit bien, à ce stade de l'étude, l'unité prime. D'aucuns considèrent que cette dernière pourrait être mise à mal par le préjudice d'angoisse de mort imminente.

---

déboutés pour préjudice d'anxiété », Liaisons sociales Quotidien, L'actualité, n°17691, Section Acteurs, débats, événements, 13 nov. 2018.

470Cass. Soc., 3 mars 2015, n°13-20474 ; -*Adde* : Cass. Soc. 21 sept. 2017, D. actu. 17 oct. 2017, obs. W. FRAISSE.

471F. CHAMPEAUX, « Au cœur du préjudice d'anxiété », SSL 2018, n°1806.

472Pour des extraits de l'interview de l'avocat, V° <http://www.allo-amiante.com/>



## 2. La réfutation de l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente

**122. Indices de l'autonomie.** A l'orée de la deuxième décennie du vingt-et-unième siècle, la chambre criminelle et la deuxième chambre civile, fortement inspirées par le droit jurisprudentiel de certains états fédéraux américains, commencent à utiliser une expression nouvelle, celle de « préjudice d'angoisse de mort imminente »<sup>473</sup> qu'elles ont

---

473 V° sur ce préjudice not. : « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Février 2017 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16e éd., 2018-2019, n°2348, p.789 ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13e éd., 2014, n°595, p.470 ; P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », JCP G 2015, n°25, doct. 739 ; C. PELLEGRINI, « Le préjudice d'angoisse de mort imminente », *RCA* 2015, n°10, étude 9 ; Y. QUISTREBERT, *Pour un statut fondateur de la victime psychologique en droit de la responsabilité civile*, Thèse Rennes 1, 2018, n°236 et s., p.226 et s. ; P. PIERRE, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », *RLDC* 2015, suppl. n°132 ; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2125.182, p.589 ; S. HOCQUET-BERG, « Dommages à la personne – mort par noyade d'un enfant de quatre ans », *RCA* 2018, n°2, comm. 32 ; R. LAULLIER, « Le nécessaire état de conscience de la victime du préjudice d'angoisse de mort imminente », *LPA*, 6 mars 2018, n°134, p.15 ; G. HILGER, « L'angoisse de mort imminente et les souffrances endurées : éléments de réflexion pour une indemnisation efficiente des victimes », *Gaz. Pal.* 4 sept. 2018, n°329, p.13 ; A.-L. FABAS-SERLOOTEN, « Victimes indirectes : quelle indemnisation pour la perte de chance de vie et la conscience de l'imminence de la mort ? », *LPA* 19 avril 2018, n°134, p.10 ; Cass. 2e civ., 15 mars 2012, n°11-12116 ; C. BERNFELD, « La conscience de l'imminence de la mort par la victime », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, n°312, p.59 ; M. MEKKI, « Le préjudice lié à l'imminence de la mort : « Je suis un mort encore vivant ! » », *Gaz. Pal.* 16 janv. 2018, n°310, p.25 ; Cass. crim., 23 octobre 2012, n°11-83770 ; Cass. crim., 26 mars 2013, n°12-82600 ; Cass. crim., 15 octobre 2013, n°12-83055 ; Cass. crim., 27 septembre 2016, n°15-84238 : « préjudice lié pour la victime à l'angoisse d'une mort imminente » ; Crim. 27 septembre 2016, n°15-83309 ; D. 2017, pan. p.24 obs. C. Quézel-Ambrunaz, *Gaz Pal. C. Bernfeld*. De manière moins explicite : Cass. 2e civ., 18 avril 2013, n°12-18199. La Cour d'appel avait évoqué « l'angoisse de mort ». Elle n'opère pas une substitution de motifs concernant cette qualification. Cass. crim., 29 avril 2014, n°13-80693 : « douleur morale ayant résulté [...] de la conscience de sa mort imminente ».

Cass. Crim., 5 octobre 2010, n°10-81743. Cet arrêt est bien connu des opposants à la théorie de la conception objective du préjudice subi par les personnes placées en état végétatif puisqu'il opère un retour à une subjectivation. Il l'est moins pour l'emploi des guillemets lorsqu'il reprend la formulation du préjudice par la Cour d'appel « d'une perte de chance de survie », alors même que les guillemets illustrent une distanciation posée par l'énonciateur entre le discours reproduit et sa propre opinion. Sans doute la Haute Juridiction entendait-elle déjà prévenir les juges du fond d'une évolution de sa jurisprudence vers la qualification de préjudice d'angoisse de mort imminente.

Parfois, les juges se contentent de parler de préjudice d'angoisse, V° Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2014, n°81, p. 10 ; CA Fort-De-France, 17 février 2012, RG n°11/00003 ; Trib. Corr. Saint-Nazaire, 11 février 2008, *JAC* 88, nov. 2008, obs. M.-F. Steinle-Feuerbach.

On retrouve l'angoisse de mort imminente chez le juge administratif, bien qu'il ne la qualifie pas comme telle : CE, 24 octobre 2008, n°301851.

En droit privé, l'adoption de cette terminologie de « préjudice d'angoisse de mort imminente » ne s'est pas faite sans atermoiements. En effet, bien avant sa consécration, les plaideurs avaient tenté, sous les traits d'un « préjudice de vie abrégée », d'un « préjudice de perte de chance de vie » ou encore d'un « préjudice de perte de chance de survie », d'obtenir réparation de ce préjudice *ex haedere*. Pour le préjudice de perte de vie abrégée, V° Cass. Crim., 23 octobre 2012, n°11-83770. Pour le préjudice de perte de chance de vie, V° Cass. 2e civ., 10 décembre 2009, n°09-10296 ; Cass. Crim., 26 mars 2013, n°12-82600 ; Cass. 2e civ., 18 avril 2013, n°12-18199. Pour le préjudice de perte de chance de survie, V° Cass. 1e civ., 13 mars 2007, n°05-19020 ; Cass. Crim., 29 avril 2014, n°13-80693. Les ayants droit

cantonné aux espèces intéressant un dommage futur. Dans les différentes illustrations, le dommage redouté consistait en la mort, qu'elle se concrétise par une noyade<sup>474</sup>, une chute<sup>475</sup>, un contact<sup>476</sup>, une agression<sup>477</sup>, un acte terroriste<sup>478</sup>, une erreur de diagnostic<sup>479</sup> ou une dégradation de l'état de santé à la suite d'un accident<sup>480</sup>.

Lorsqu'ils proposent leur typologie des préjudices, certains auteurs distinguent le

---

des victimes décédées estimaient que par la faute de l'agent, leurs proches avaient eu leur vie abrégée ou tout au moins avait été privé de la possibilité de vivre plus longtemps. Ils considéraient que le droit à indemnisation de ce préjudice extrapatrimonial s'était transmis à eux, en qualité d'héritiers du défunt, même en l'absence d'action exercée par la victime de son vivant, conformément à une jurisprudence bien établie. V° Cass. Ch. Mixte, 30 avril 1976, Bull. Crim n°135 et 136. Certaines juridictions du fond ainsi que la Cour de cassation n'avaient pas été insensibles à ces qualifications, en dépit du doute qu'elles semaient. Le *pretium mortis*, préjudice de vie intégrant les souffrances morales liées à la mort, n'est pas indemnisable en droit français pour le motif que la créance n'a pas eu le temps d'entrer dans le patrimoine de la victime immédiate avant son décès et partant, de pouvoir être transmise aux héritiers. Sur ce point, V° G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013, n°265-5, p.83 et s. ; P. PIERRE, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », RLDC 2015, suppl. n°132. Pour contourner la difficulté, les plaideurs se sont tournés vers la réduction de l'espérance de vie car contrairement au *pretium mortis*, celle-ci présente l'avantage de naître à partir de la connaissance de la perspective du dommage causée par la faute d'un tiers et donc, de pouvoir entrer dans le patrimoine de la victime directe. Un préjudice de perte de chance de vie ou de perte de chance de survie fut d'abord allégué. La victime avait tout au moins une espérance légitime à vivre plus longtemps. « Si l'on veut bien considérer qu'il s'agit là d'« une probabilité d'un événement favorable », ce serait donc une chance au sens où l'entend la Cour de cassation ». J. BOURDOISEAU, « Perte de chance de vie », JCP G 2013, 513. La perte de chance de survie en premier lieu, n'est indemnisée qu'en matière médicale, notamment en présence d'une erreur ou d'une défaillance dans la prise en charge hospitalière, lorsqu'un doute plane sur le rapport causal entre le fait générateur et le préjudice. V° par ex., Cass. Crim., 3 novembre 2010, n°09-87375. Plus récemment, la chambre criminelle a accepté de l'indemniser une fois, en dehors de la matière médicale, dans le cas d'un accident de la circulation à la suite duquel la victime a survécu peu de temps. Cass. Crim., 5 octobre 2010, n°10-81743. L'emploi des guillemets et l'absence de publication au bulletin traduit sans doute quelques tâtonnements. Le montant de la réparation ne correspond alors qu'à une fraction du préjudice final. Le demandeur doit alors s'employer à démontrer que la chance de survie était certaine, ce qui revient à admettre que la victime avait une chance de survivre plus longtemps que ce à quoi elle ne peut désormais plus prétendre à cause du fait dommageable. A la différence de la perte de chance de vie et comme l'a précisé pédagogiquement la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 décembre 2009, la « survie » implique de rester en vie après un événement susceptible d'entraîner la mort, ce que permet, en matière médicale, « le recours à un médecin », car il a « pour pendant » « sinon la certitude d'échapper à une issue fatale, au moins celle de retarder celle-ci ». Cass. 2e civ., 10 décembre 2009, n°09-10296. Les arrêts concernant une situation de mort imminente où une perte de chance de survie a été invoquée n'étaient pas relatifs à une erreur médicale. C'est pourquoi les demandeurs en réparation se sont rabattus vers la qualification de perte de chance de vie en deuxième lieu. S'agissant de ce préjudice, la Cour de cassation décide avec constance que « le droit de vivre jusqu'à un âge statistiquement déterminé n'est pas suffisamment certain au regard des aléas innombrables de la vie quotidienne et des fluctuations de l'état de santé de toute personne pour être tenu pour un droit acquis entré dans son patrimoine de son vivant et, comme tel, transmissible à ses héritiers lorsque survient l'événement qui emporte le décès ». Cass. 2e civ., 10 décembre 2009, n°09-10296. La formulation est maladroite. Comme l'a souligné Monsieur Bourdoiseau, un droit n'est jamais certain ou incertain. Il est ou juridiquement protégé, ou il ne l'est pas. C. PELLEGRINI, « Le préjudice d'angoisse de mort imminente », RCA 2015, n°10, étude 9. Or, il est acquis que ce droit est juridiquement protégé puisque sa perte est au moins une source de créance de réparation intégrale dans la situation d'une contamination par un agent exogène lorsque le lien de causalité avec le fait générateur est certain. En

préjudice d'angoisse du préjudice d'angoisse de mort imminente<sup>481</sup>. Dans l'esprit de ces auteurs, ce dernier serait donc autonome vis-à-vis du préjudice d'anxiété. Un groupe de travail présidé par Mme la Professeure Porchy-Simon a proposé de créer un nouveau préjudice, le préjudice situationnel d'angoisse des victimes directes, qui pourrait être défini comme « comme le préjudice autonome lié à une situation ou à des circonstances exceptionnelles résultant d'un acte soudain et brutal, notamment d'un accident collectif, d'une catastrophe, d'un attentat ou d'un acte terroriste, et provoquant chez la victime,

---

effet, dans ce cas, il est réparé intégralement sous les traits d'un préjudice de réduction de l'espérance de vie ou de vie abrégée. En outre, elle ne répond en réalité nullement à la question posée quant à la perte de chance dans la mesure où il a été jugé que « la perte de chance même faible est indemnisable ». Cass. 1e civ., 16 janvier 2013, n°12-14439. Ceci étant, des arrêts postérieurs ont imposé à nouveau une certaine probabilité de réalisation de la chance afin de pouvoir en indemniser sa perte. Peut-être était-ce une probabilité insuffisamment élevée selon la Cour de cassation de vivre jusqu'à l'âge prévu par les tables de mortalité qui explique cette solution ou, ce qui nous paraîtrait plus juste, l'absence de frontière entre le préjudice de perte de chance de vie et le préjudice d'angoisse de mort imminente car la consistance du premier ne semble pas se différencier du second.

Le préjudice de vie abrégée ou de réduction de l'espérance de vie ensuite, est traditionnellement réparé intégralement en tant que tel dans le cas d'une contamination par un agent exogène lorsque le lien de causalité avec le fait générateur est certain. En dehors de ce cas particulier, il n'est pas réparable. Dès lors, était-il prévisible que les demandeurs en réparation se soient vus opposer un refus de réparer un tel préjudice puisque les espèces ne concernaient pas une contamination par un agent exogène. L'on pourrait d'ailleurs critiquer le fait que la réduction de l'espérance de vie constitue un élément de préjudice dans le cas de la contamination par un agent exogène, l'abréviation n'étant pas toujours certaine. De surcroît, en logique, il aurait été incompréhensible dans le même temps de réparer le préjudice de vie abrégée, lequel ne postule aucun aléa, alors même que les griefs invoqués au soutien du rejet de la réparation de la perte de chance de vie, préjudice se caractérisant par la prise en compte de l'aléa, résidait dans la trop grande part d'aléa. Selon Madame Pelligrini, les juges auraient alors opté, face à « l'impossibilité structurelle de réparer la mort », pour la réparation des circonstances particulières de la mort, *i.e.* la conscience de l'imminence de la mort.

Selon nous, si l'abréviation de la vie *per se* n'est pas indemnisable, c'est peut-être au fond parce qu'elle n'est pas un préjudice mais un dommage. « S'agissant du dommage corporel, ce sont en effet les conséquences préjudiciables, les répercussions fonctionnelles et situationnelles d'une atteinte à l'intégrité physique et les douleurs générées qui sont indemnisables, non l'atteinte prise en elle-même. De même, pour la réduction de l'espérance de vie, c'est la douleur morale résultant de la conscience de l'abréviation de la vie qui est préjudiciable, non cette abréviation ». P. JOURDAIN, « L'angoisse d'une mort imminente, une souffrance morale réparable », *RTD Civ.* 2013, p.125. Cela expliquerait la substitution de motifs opérée par la Cour régulatrice. Dans son dernier état, la jurisprudence considérerait l'abréviation comme réalisée lorsque la mort est imminente, d'où pourrait naître une souffrance morale, une angoisse de mort, seul préjudice réparable. Le lien entre l'abréviation de la vie et le préjudice d'angoisse a d'ailleurs été officialisé dans un arrêt daté du 3 mars 2015 rendu dans le contentieux de l'amiante. « Le préjudice lié à la perte d'espérance de vie est réparé par les dommages-intérêts déjà alloués au titre du préjudice d'anxiété ». Cass. soc., 3 mars 2015, n°13-21832.

474Cass. 2e civ., 23 nov. 2017, n°16-13948 ; Cass. crim., 29 avril 2014, n°13-80693.

475CA Fort-De-France, 17 février 2012, RG n°11/00003 ; CA Aix en Provence 30 juin 2016 n°2016/ 290.

476CA Poitiers, 17 juin 2013, Jurisdata n°2013-031341 (non retenu en l'espèce) ; CA Montpellier, 31 juillet 2012, Jurisdata n°2012-028107 ; CA Rouen, 22 mars 2010, Jurisdata n°2010-010192.

477Cass. 2e civ., 2 février 2017, n°16-11411 ; Cass. 2e Civ., 11 septembre 2014, n°13-21506 ; CA Amiens, 4 août 2015, Jurisdata n°2015-020089 ; CA Dijon, 19 mai 2015, Jurisdata n°2015-012275 ; CA Dijon, 18 septembre 2014, Jurisdata n°2014-028476.

478Le gouvernement a annoncé le 13 novembre 2016 que le fond de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions indemniserait le préjudice d'angoisse de mort imminente subi par les victimes de l'acte terroriste perpétré le 13 novembre 2015.

479CA Nîmes, 22 mai 2014, Jurisdata n°2014-016496.

480Cass. crim., 23 octobre 2012, n°11-83770 ; Cass. 2e civ., 18 avril 2013, n°12-18199 ; Cass. Crim., 26

pendant le cours de l'événement, une très grande détresse et une angoisse dues à la conscience d'être confronté à la mort »<sup>482</sup>. Ce préjudice qui n'a de nouveau que son nom se voudrait distinct de celui d'anxiété résultant, par exemple, d'une exposition à l'amiante.

Le premier élément semblant témoigner de l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente vis-à-vis du régime général du préjudice d'angoisse se situe dans le critère d'imminence du dommage. Une telle condition n'est effectivement exigée que pour cette variété de préjudice d'anxiété. L'imminence, condition également présente en droit américain, est caractérisée lorsque l'expectative dure quelques minutes<sup>483</sup> voire plusieurs mois<sup>484</sup>. Le deuxième élément qui opine en faveur de l'autonomie, et qui semble étroitement lié au critère d'imminence, est le degré de certitude du dommage. Il ressort de la jurisprudence que là où la menace conditionnant l'existence d'un préjudice d'angoisse peut indifféremment être possible ou hypothétique, s'agissant du préjudice d'angoisse de mort imminente, elle est, en revanche, toujours certaine. Les juges le rappellent lorsqu'ils évoquent le caractère inexorable, inéluctable du décès de la victime<sup>485</sup>. De là s'infère une conséquence quant à ce dernier préjudice, ce n'est pas l'incertitude du dommage qui est insupportable mais, au contraire, sa certitude. C'est en ce sens que s'est prononcé le groupe de travail présidé par Mme la Professeure Porchy-Simon qui voit une « différence totale de nature entre les préjudices situationnels d'angoisse dont le groupe de travail prône la réparation et les préjudices d'anxiété reconnus par la jurisprudence, par exemple au profit des victimes de l'amiante »<sup>486</sup>. « Dans le cas des préjudices d'angoisse, il s'agit en effet d'appréhender un préjudice particulier lié au vécu de l'événement en train de se produire. Dans le cas des préjudices

---

mars 2013, n°12-82600 ; Cass. Crim., 15 octobre 2013, n°12-83055 ; CA Chambéry, 5 février 2015, Jurisdata n°2015-022315.

481G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013, n°265-5, pp. 83 et s. et n°270-1, p.108 et s. L'angoisse de mort imminente est présentée lors de l'état des lieux de la position du droit français sur la question du *pretium mortis*. Le préjudice d'angoisse ou d'anxiété est traité plus loin sans référence au préjudice d'angoisse de mort imminente. S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Février 2017, p.41.

482S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Février 2017, p.49.

483CA Fort-De-France, 17 février 2012, RG n°11/00003.

484Cass. crim., 18 avril 2013, n°12-18199.

485Cass. crim., 18 avril 2013, n°12-18199.

486S. PORCHY-SIMON, « L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Février 2017, p.56.

d'anxiété, le préjudice naît de l'inquiétude d'être soumis à un risque sériel non encore réalisé »<sup>487</sup>. Le troisième élément qui paraît aller dans le sens de l'autonomie est que le préjudice d'angoisse de mort imminente serait à rattacher, de manière exclusive, aux préjudices consécutifs à une première atteinte à l'intégrité physique<sup>488</sup>. Enfin, l'on peut tirer argument du droit américain qui privilégie l'autonomie. En effet, dans certains États fédéraux, les requérants peuvent actionner le « pre-impact fright », action autonome vis-à-vis de celle en « negligent infliction of emotional distress » ou « intentional infliction of emotional distress ».

**123. Indices inopérants.** Certes, « la douleur née de l'effroi de la représentation de sa propre fin est sans doute l'une des plus intenses qui se puisse ressentir »<sup>489</sup> mais cela ne suffit pas à lui conférer une autonomie. On relèvera d'abord que bien avant l'apparition du préjudice d'angoisse de mort imminente, la jurisprudence indemnisait déjà cette souffrance sous les traits du préjudice d'angoisse, sans que l'imminence ne figure expressément dans la définition du préjudice<sup>490</sup>. Même après l'émergence de cette qualification, certaines juridictions continuent à ne faire référence qu'au préjudice d'angoisse<sup>491</sup>. C'est dire que l'imminence de la mort ne peut être interprétée comme un signe de son autonomie. On ajoutera que, contrairement à ce que laisse entrevoir la jurisprudence, l'imminence n'implique pas nécessairement la certitude du dommage. Un dommage possible pourrait tout à fait être qualifié d'imminent<sup>492</sup> de sorte que la souffrance peut découler indistinctement de la certitude ou de l'incertitude du dommage. Que l'événement générateur du dommage soit actuellement en train d'être commis ne saurait influencer sur la nature du préjudice comme l'indique pourtant le groupe de travail dans la mesure où ce qui importe ici n'est pas la temporalité du fait générateur mais bien celle du dommage. Quoi que le fait générateur soit en train d'être réalisé dans les exemples jurisprudentiels et le dommage, certain et imminent, ce dernier n'en reste pas moins, au moment de l'émotion, un dommage non encore réalisé. L'existence d'une atteinte physique actuelle ensuite, quoiqu'elle se rencontre parfois dans les arrêts, n'est pas une condition nécessaire de l'indemnisation du préjudice d'angoisse face à la mort

---

487 *Ibid.*, p.56.

488 P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », JCP G 2015, n°25, doct. 739.

489 *Ibid.*

490 CA Fort-De-France, 17 février 2012, RG n°11/00003. Dans cet arrêt, il est référence à l'imminence non pas pour permettre l'indemnisation du préjudice mais pour repousser l'argument des défendeurs tendant à dire que la mort avait été instantanée.

491 Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, Gaz. Pal. 2014, n° 81, p.10.

492 *Ibid.*

imminente, ni en France, ni aux États-Unis. Partant de là, elle ne témoigne d'aucune indépendance du préjudice d'angoisse de mort imminente vis-à-vis du préjudice d'angoisse. S'il existe des cas dans lesquels ce préjudice aura été éprouvé après qu'une première atteinte à l'intégrité physique ait eu lieu, il n'en demeure pas moins que dans bon nombre d'illustrations, pareille angoisse a été vécue sans que la victime n'ait subie, à cet instant, la moindre atteinte physique. Ainsi en est-il du passager d'un autocar qui serait immobilisé sur un passage à niveau alors qu'un train est à l'approche ou encore d'une personne qui serait menacée par son agresseur équipé d'un couteau. A notre sens, il y a trop souvent confusion quant aux limites temporelles encadrant le dommage l'ayant engendré. Pour finir, *de lege lata*, la jurisprudence n'attache aucune conséquence particulière à cette angoisse par rapport à celle résultant d'un autre dommage.

Au sortir de cette étude, le préjudice d'angoisse de mort imminente ne présente pas un quelconque degré d'autonomie par rapport au préjudice d'angoisse. L'unité du préjudice reste donc entière. Ceci étant dit, l'unité du préjudice extrapatrimonial actuel lié à l'exposition à un dommage non encore survenu est mise en péril par le recours croissant à la qualification de préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude.

### 3. La remise en cause de l'autonomie du préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude

**124. Une qualification cherchant à distinguer la souffrance des victimes premières de la souffrance des victimes secondaires.** A l'instar des victimes immédiates, les victimes médiates peuvent, elles aussi, souffrir de la perspective d'un dommage. Pensons, par exemple, aux sentiments éprouvés par une personne qui apprend qu'un attentat terroriste vient de se produire dans un lieu où l'un de ses proches devait se rendre et qui ne parvient pas à le rejoindre. S'agissant de ces victimes par ricochet, la jurisprudence accepte de leur reconnaître un préjudice extrapatrimonial actuel découlant de la potentialité de dommages<sup>493</sup>, traditionnellement constitué par l'angoisse ressentie. Ce préjudice a parfois pour particularité d'avoir des limites temporelles quel que peu étendues par rapport au préjudice subi par les victimes immédiates dans la mesure où la connaissance de la réalisation du dommage ou, au contraire, de la disparition de la perspective de celui-ci peut être connue de manière différée par les proches en raison du

---

493V. *Supra* n°110.

caractère collectif de l'événement qui rend difficile une identification des victimes ou de l'éloignement géographique des proches et/ou du manque d'information.

Un jugement du tribunal correctionnel de Thonon-Les-Bains en date du 26 juin 2013 s'est cependant démarqué en préférant attribuer au préjudice des victimes médiates la qualification de « préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude »<sup>494</sup> plutôt que celle de préjudice d'angoisse. D'après les juges, ce dernier préjudice ne serait réservé qu'aux victimes immédiates. Pour certains, « la sémantique utilisée n'est pas neutre, l'inquiétude étant différente de l'angoisse »<sup>495</sup>. Dit autrement, le préjudice subi par les victimes immédiates serait donc autonome du préjudice subi par les victimes médiates au motif pris que la souffrance serait différente. Dans le cadre d'un colloque organisé par l'Université de Chambéry, le Président du tribunal de grande instance de Thonon-Les-Bains, l'un des auteurs du jugement, est revenu sur les raisons qui l'ont poussé à recourir à une terminologie distincte du préjudice d'angoisse. L'angoisse est, selon le Président, « la manifestation psychique et physiologique d'une anxiété existentielle et ne peut par conséquent concerner que les victimes directes dès lors que le sort et la vie des victimes par ricochet n'étaient pas en cause, sauf à priver de sens la notion même de préjudice spécifique d'angoisse »<sup>496</sup>. Suivant cette conception, la souffrance des victimes indirectes ne peut pas recouvrir la même intensité que celles des victimes premières. Depuis cette décision, ce qualificatif a été fréquemment utilisé : ainsi dans un jugement du Tribunal de Grande Instance de Chalon-sur-Saône en date du 30 octobre 2015<sup>497</sup>, dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 14 janvier 2016<sup>498</sup> et dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 30 juin 2016<sup>499</sup>.

**125. Une tentative à l'assise critiquable.** Pourtant, aucune étude psychanalytique sur les termes d'angoisse ou d'anxiété ne met en évidence une quelconque restriction tenant

---

494Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, Gaz. Pal. 2014, n°81, p.10.

495M.-F. STEINLE-FEUERBACH et C. LIENHARD, « Accident collectif, collision entre un train et un car scolaire à Allinges : un jugement remarquable », JAC n°136.

Le juge administratif a lui aussi usé de la qualification de « préjudice d'inquiétude » tout en lui attribuant une signification autre. Selon Monsieur Pouillaude, l'emploi de ce qualificatif était justifié par la volonté d'éviter celui, très connoté, de « préjudice d'anxiété ». V° H.-B. POUILLAUDE, « Hépatite C : le juge administratif indemnise le préjudice... d'inquiétude », AJDA 2015, p.2340 et CE, 27 mai 2015, req. n°371697.

496B. DEPARIS, « Le point de vue du magistrat : retour sur le jugement du tribunal correctionnel de Thonon-Les-Bains du 26 juin 2013 », Gaz. Pal. 2014, n°81, p.10.

497TGI de Chalon sur Saône 30 oct. 2015, Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats, document présenté par le groupe de contact des avocats de victimes du terrorisme, avocat du barreau de Paris, 2016, p.47.

498CA Lyon 14 janv. 2016 n°15/00516.

499CA Aix en Provence 30 juin 2016 n° 2016/ 290.

à l'exposition personnelle à l'événement défavorable. Les études se contentent de mentionner l'existence d'un danger. Qui plus est, le préjudice d'attente et d'inquiétude n'assume aucunement son rôle dénommatif. Il mêle ainsi la cause de la souffrance, l'attente, à son effet, l'inquiétude, inquiétude que l'on retrouve dans la définition du préjudice d'anxiété de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

D'un point de vue juridique, le préjudice d'angoisse a pu, par le passé, embrasser dans son spectre la souffrance résultant de la situation d'exposition de soi ou d'autrui à une atteinte<sup>500</sup>. Pourquoi devrait-il en aller différemment aujourd'hui ? L'on comprend d'autant moins bien que les juges, qui ont tenté de conférer au préjudice des victimes indirectes une autonomie par rapport à celui des victimes directes, n'en tire aucune conséquence quant au régime de ce préjudice. Le préjudice des victimes immédiates n'est curieusement pas plus facile à établir que ne l'est le préjudice des victimes médiates.

Seul change la qualité des personnes qui subissent le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude mais en aucune manière il ne s'agit d'un préjudice fondamentalement différent du préjudice d'angoisse subi par les victimes premières. Dans le rapport sur l'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches, le groupe de travail présidé par Mme la Professeure Porchy-Simon en prend acte puisqu'il propose de créer deux postes de préjudices distincts appartenant à la catégorie plus globale des préjudices situationnels d'angoisse<sup>501</sup>.

Encore une fois, nous parvenons inmanquablement au constat d'une unité. Il reste toutefois à explorer encore certaines relations, parmi lesquelles celle entre le préjudice d'angoisse et le préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence.

#### 4. Le rejet de l'autonomie du bouleversement dans les conditions d'existence

126. Il est encore un autre préjudice extrapatrimonial qui intéresse au premier chef le traitement du dommage non encore survenu, en l'occurrence, le bouleversement dans les conditions d'existence. L'autonomie de ce dernier vis-à-vis du préjudice d'angoisse a été controversée et peut encore être aujourd'hui discutée. Après avoir restitué la teneur de la

---

<sup>500</sup>V° par ex., Trib. Corr. Saint-Nazaire, 11 févr. 2008, *préc.*

<sup>501</sup>« L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Fév. 2017.



discussion (a), nous tenterons de démontrer qu'un obstacle se dresse contre son autonomie (b).

*a. L'autonomie discutée du bouleversement dans les conditions d'existence vis-à-vis du préjudice d'angoisse*

127. Le bouleversement dans les conditions d'existence est-il un préjudice autonome par rapport au préjudice d'angoisse ? Dans le contentieux de l'amiante, l'interrogation fut posée aux juridictions sociales et alimenta la controverse ( $\alpha$ ). Les juridictions sociales ayant une approche spécifique du préjudice d'angoisse dans le contentieux de l'amiante, l'on peut légitimement se demander si la position des autres juridictions, dans d'autres contentieux, est la même que celle des juridictions sociales dans le contentieux de l'amiante. La question mérite d'être posée, celle-ci n'ayant pour l'heure, à notre connaissance, pas été débattue devant les juges ( $\beta$ ).

*a) Discussion passée dans le contentieux de l'amiante*

128. Une poignée de décisions des juridictions du fond avait reconnu l'autonomie d'un préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence avant qu'elle ne soit condamnée.

**129. L'affirmation de l'autonomie par un courant jurisprudentiel minoritaire.** Après avoir acquis le droit à l'indemnisation de leur préjudice d'anxiété, les travailleurs de l'amiante avaient cherché à mettre en évidence un autre préjudice extrapatrimonial dont ils s'estimaient victimes, le préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence. Ils entendaient ainsi démontrer le fait qu'« en raison de la diminution de leur espérance de vie<sup>502</sup> et du risque de développer une maladie grave, une modification dans leurs conditions d'existence caractérisée par l'impossibilité d'envisager sereinement leur

---

502CA Metz, 17 juin 2014, Jurisdata n°2014-014655 (rejet) ; CA Douai, 29 novembre 2013, Jurisdata n°2013-031581.

avenir<sup>503</sup> pouvant les amener à modifier les orientations de leur vie quotidienne et leurs projets de vie »<sup>504</sup> s'était produite. Concrètement, lesdits changements n'étaient pas toujours explicités<sup>505</sup>. Lorsqu'ils l'étaient, les demandeurs indiquaient que le risque avait engendré une « difficulté à obtenir un prêt bancaire en raison du risque né de la contamination, [une] contrainte de gérer l'organisation familiale à cause du risque subi, [des] interrogations sur l'organisation de sa succession, [des] voyages en altitude ou sous des températures basses ou élevées déconseillés »<sup>506</sup>. Étaient ainsi allégués sous la bannière du bouleversement dans les conditions d'existence, tant des privations d'agrément<sup>507</sup> que des troubles affectant la qualité de vie<sup>508</sup>. Cette prétention était parvenue à trouver un écho favorable auprès des juridictions du fond<sup>509</sup>, quoique très largement minoritaires. Par une motivation très détaillée, la Cour d'appel de Paris, précurseur en la matière, avait considéré qu'« indépendamment de l'inquiétude permanente face au risque de développer à tout moment une pathologie grave, [...] les anciens salariés [...], conscients de la diminution de leur espérance de vie, sont effectivement amputés pour une part, de la possibilité d'anticiper sereinement leur avenir et sont ainsi directement et dès à présent, contraints dans leur vie quotidienne de tenir compte de cette réalité au regard des orientations qu'ils sont amenés à donner à leur existence. Il s'en suit que leurs projets de vie dans de nombreux domaines autres que matériel ou économique sont irrémédiablement et quotidiennement affectés par cette amputation de leur avenir »<sup>510</sup>. En d'autres termes, la modification des conditions d'existence n'était aucunement liée à l'anxiété. A l'instar du préjudice d'anxiété des

---

503CA Paris, 15 février 2012, Jurisdata n°2012-012312 ; C. CORGAS-BERNARD, « La finalisation des préjudices des « préretraités amiante » », *RCA* 2013, étude 10.

504Mensuel du droit du travail n°46, Cour de cassation, 2013.

505CA Paris, 22 mai 2013, n°11/07282.

506CA Rennes, 6 mars 2013, n°11/08004.

507M. LEDOUX et F. QUINQUIS, « Indemnisation des préjudices personnels des salariés des établissements figurant sur la liste ACAATA », *JCP S* 2012, 1063. Pour exemple, V° CA Douai, 31 mai 2013, Jurisdata n°2013-012669 : « retentissement sur ses activités ». En l'espèce, la preuve n'en était pas rapportée.

508P. JOURDAIN, « Préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante et troubles dans les conditions d'existence : ces préjudices sont-ils distincts ? », *RTD Civ.* 2013, p.844. Sur la notion, V° J.-B. PREVOST, « La difficile mesure de la qualité de vie », *Gaz. Pal.* 2011, n°197, p.122 : « La perte de la qualité de vie se loge souvent là, précisément dans ce qui vient lester l'existence d'un poids de contrainte qui empêche l'insouciance et le plaisir de vivre, y compris s'agissant des choses les plus élémentaires ».

509CA Agen, 24 sept. 2013, n°11/00307 ; CA Paris, 22 mai 2013, n°11/07282 ; n°11/07251 ; n°11/07261 ; n°11/07232 ; CA Paris, 27 mars 2013, n°11-06835 ; CA Agen, 30 octobre 2012, n°11/00307 ; CA Agen, 28 févr. 2012, Jurisdata n°2012-005432 ; CA Paris, 15 févr. 2012, Jurisdata n°2012-012312 ; CA Paris, 1 déc. 2011, Jurisdata n°2011-032322 ; S. GALLAGE-ALWIS et C. MASSIERA, « La consécration d'un préjudice d'anxiété automatique ? Pas tout à fait », *Droit de l'environnement*, 2013, p.433-434.

510CA Paris, 1 déc. 2011, Jurisdata n°2011-032322.

travailleurs de l'amiante, le préjudice de bouleversement dans les conditions d'existence de ces mêmes victimes était présumé. Plus tard, d'autres juridictions du fond toujours n'en avaient pas rejeté le principe tout en insistant sur la nécessité de le prouver. Le simple fait d'avoir travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 n'entraînerait « pas nécessairement un préjudice constitué par le bouleversement dans les conditions d'existence des salariés qui serait distinct du préjudice d'anxiété. L'indemnisation de ce préjudice nécessite la preuve des troubles rencontrés par le salarié dans ses conditions normales d'existence »<sup>511</sup>. L'ampleur de ce courant jurisprudentiel a, toutefois, été vite contenue.

**130. La réfutation de l'autonomie par le courant jurisprudentiel majoritaire.** En dehors de ce courant, en revanche, la majorité des juridictions du fond lui déniait toute autonomie avec des motivations différentes au gré de la formulation des prétentions des plaideurs<sup>512</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation ne tarda pas à être interrogée sur cette question. Elle entendit aussitôt mettre un terme à toute velléité réparatrice de certaines juridictions du fond par un attendu extrêmement ferme. Selon elle, le préjudice d'anxiété comprend « l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante »<sup>513</sup>. Dit autrement, au même titre que l'inquiétude, le bouleversement dans les conditions d'existence ne serait qu'une composante du préjudice d'anxiété. Plus exactement, à suivre la formulation de la Cour régulatrice, le risque de dommage pourrait engendrer un bouleversement dans les conditions d'existence qui lui-même produirait des troubles psychologiques. Elle ne précise cependant pas lesdits troubles, peut-être comparables à l'inquiétude voire

---

511CA Rennes, 6 mars 2013, n°11/08004 ; n°11/08005 ; n°11/08006 ; Sous d'autres formules, V° CA Amiens, 27 juin 2013, n°12/03052 ; CA Lyon, 13 mai 2013, n°11/04164 ; CA Versailles, 27 févr. 2013, Jurisdata n°2013-005757 ; CA Caen, 28 sept. 2012, Jurisdata n°2012-029645 ; CA Toulouse, 3 mai 2012, Jurisdata n°2012-012677.

512Il a été analysé tantôt comme une parade destinée à obtenir sous une autre dénomination et/ou sur un fondement différent soit l'indemnisation du préjudice économique (CA Paris, 11 mai 2012, n°09/07088 et 09/05976 ; CA Toulouse, 18 nov. 2011, n°10/02862), soit la compensation de la perte d'espérance de vie déjà prise en charge par le dispositif ACAATA (CA Dijon, 26 avril 2012, Jurisdata n°2012-012667), tantôt comme une composante du préjudice des souffrances morales (CA Grenoble, 16 mai 2013, n°13/01384). Parfois était en cause le caractère indirect du lien de causalité. V° par ex., CA Aix-En-Provence, 25 juin 2013, Jurisdata n°2013-019322 : un préjudice « nécessitant une réparation en lien direct avec les manquements susvisés de l'employeur, les divers aléas de la vie de tout individu pouvant à eux seuls générer ce genre de bouleversements sans pour autant justifier dédommagement sur le fondement de la responsabilité civile ».

513Cass. Soc., 25 sept. 2013, n°12-12110, n°12-20157, n°11-20948, n°12-20912, n°12-12883.

constitués par cette dernière, comme semble l'indiquer les formulations postérieures<sup>514</sup>. A rebours de la pratique observée en cas de réalisation d'un dommage corporel où l'individualisation des préjudices extrapatrimoniaux est de mise<sup>515</sup>, il n'y aurait qu'un préjudice unique, le préjudice d'anxiété, de surcroît, globalisant, lorsqu'il résulte de la perspective d'un dommage corporel. Le rattachement du bouleversement dans les conditions d'existence au préjudice d'anxiété dans le contentieux de l'amiante est constant depuis la fin de l'année 2013<sup>516</sup>. La controverse est donc éteinte dans ce cas précis. Mais elle interroge immédiatement en dehors de ce contentieux. La réfutation de l'autonomie du bouleversement dans les conditions d'existence au préjudice d'anxiété a-t-elle vocation à s'appliquer généralement à toute situation où une potentialité de dommage existe ou est-elle cantonnée au cas de l'amiante ?

*β) Discussion actuelle hors le contentieux de l'amiante*

**131. Incertitude persistante.** Les patientes ayant consommé du Distilbène ® ou les porteuses de prothèses mammaires de la marque PIP ® pour ne citer que celles-ci pourraient-elles obtenir une indemnité pour les perturbations de leurs conditions d'existence ? D'après nos recherches, les magistrats n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'autonomie du bouleversement dans les conditions d'existence en dehors du contentieux de l'amiante. Toutes les spéculations sont donc permises. D'un côté, autonomie possible des troubles en dehors du contentieux particulier de l'amiante. De l'autre côté, autonomie des bouleversements condamnée quel que soit le contentieux.

---

514Cass. Soc, 3 mars 2015, n°13-20474, n°13-20475, n°13-20476, n°13-20477, n°13-20478, n°13-20479, n°13-20480, n°13-20481, n°13-20482, n°13-20483, n°13-20484, n°13-20485, n°13-20487, n°13-20488, n°13-20489, n°13-20490, n°13-20491, n°13-20492, n°13-20494.

515P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », JCP G 2015, n°25, doctr. 739, spéc. n°1. Elle est toutefois critiquée par une partie de la doctrine. V° not., J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », D.2015.443.

516Pour exemple, V° Cass. Soc., 3 mars 2015, n°13-20474.

On notera toutefois que les juges du fonds administratifs, seuls à s'être prononcés sur la question à notre connaissance, estiment, dans le contentieux de l'amiante, que les demandeurs peuvent se prévaloir distinctement de deux chefs de préjudices distincts, un préjudice moral et des troubles dans les conditions d'existence. Les nombreux examens médicaux destinés à surveiller l'état de santé de la victime et une attestation « circonstanciée » du médecin généraliste permettent de démontrer l'existence de troubles dans les conditions d'existence. V° par ex., CAA Marseille, 25 septembre 2015, req. n°14MA00444.

En faveur de l'autonomie, certains auteurs s'appuient sur la présence d'un vocable dans les décisions de la Haute juridiction dans le contentieux de l'amiante. En effet, lorsque le préjudice d'anxiété est apparu en 2010 dans la jurisprudence de la chambre sociale, cette dernière a souvent pris le soin d'inclure dans sa dénomination le terme « spécifique »<sup>517</sup>. Le préjudice d'anxiété serait notamment<sup>518</sup> spécifique en ce qu'il constituerait, dans le contentieux de l'amiante, un préjudice globalisant, comprenant non seulement l'anxiété mais aussi les troubles liés à la perturbation dans les conditions d'existence<sup>519</sup>. Pris *a contrario*, ce raisonnement signifie que si en dehors du contentieux de l'amiante, la spécificité du préjudice d'anxiété n'est pas expressément mentionnée, alors la modification de la vie familiale, sociale ou professionnelle pourrait être compensée de manière autonome, ce qui apparaîtrait en définitive assez logique compte tenu du fait que ces bouleversements sont totalement différents de l'angoisse.

En défaveur de l'autonomie maintenant, il peut être avancé que la souffrance des travailleurs de l'amiante n'est pas différente des autres victimes exposées à un dommage de nature corporelle. Par conséquent, si le bouleversement dans les conditions d'existence n'a pas d'autonomie dans le contentieux de l'amiante, il ne saurait en aller différemment ailleurs. A cela s'ajoute le fait que l'explication fournie pour justifier l'expression de « préjudice spécifique d'anxiété » ne rend pas compte de l'ensemble de la jurisprudence. Cette locution a notamment été employée dans des affaires où les victimes immédiates n'avaient pas eu le temps de voir leurs conditions d'existence bouleversées<sup>520</sup>.

Pour trancher la discussion, il convient d'explorer les liens contingents qu'entretiennent la perturbation des conditions d'existence et le préjudice d'anxiété.

---

517Cass. Soc., 11 mai 2010, n°09-42241. Elle l'a cependant omis dans des arrêts ultérieurs. *V°* par ex., Cass. Soc., 17 févr. 2016, n°14-24011 ; Cass. Soc., 2 avril 2014, n°12-29825.

518*V°* par ex., D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Amiante et préjudice d'anxiété : un domaine réservé », JCP S 2015, 1106 ; Du même auteur, « Les contours du préjudice spécifique d'anxiété », JCP S 2013, 1458 ; M. DEVELAY, « Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition ? », RLDC 2013, 103 ; C. CORGAS-BERNARD, « Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus !. – (A propos d'un arrêt de la Chambre sociale du 4 décembre 2012) », RCA 2013, étude 3.

519P. JOURDAIN, « Préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante et troubles dans les conditions d'existence : ces préjudices sont-ils distincts ? », *RTD Civ.* 2013, p.844 : Sa spécificité résiderait dans le fait qu'il ne soit « pas seulement un préjudice moral d'angoisse, semblable aux souffrances morales consécutives à un dommage corporel, mais un préjudice plus complexe englobant les diverses perturbations dans les conditions de vie de la victime ».

Sur l'impossibilité d'exporter la jurisprudence de la chambre sociale à d'autres contentieux relevant du droit commun de la responsabilité civile, *V°* C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'anxiété et les victimes de l'amiante : confirmation de la politique juridique de la chambre sociale de la Cour de cassation », RCA 2015, étude 7.

520Tr. Corr. Thonon-Les-Bains, 26 juin 2013, Gaz. Pal. 2014, n°81, p.10.

b. *Le rattachement vérifié du bouleversement dans les conditions d'existence au préjudice d'angoisse*

**132. Un révélateur probatoire du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.** Familiale, la notion de « troubles dans les conditions d'existence » a été dégagée par le juge administratif<sup>521</sup> pour désigner les préjudices corporels extrapatrimoniaux autres que la souffrance psychique<sup>522</sup>, encore que la distinction entre les deux postes de préjudices soit insaisissable. Elle regroupe les troubles physiologiques ou non<sup>523</sup>. Concernant les troubles physiologiques, « il s'agit, en certains cas, de « préjudices qui découlent directement et nécessairement de l'atteinte à l'intégrité physique » ». « Il faut y rattacher les conséquences de tels troubles ». Tel est le cas, par exemple, du suivi médical imposé par la contamination par un virus et de la crainte de développer une maladie<sup>524</sup>. S'agissant des troubles non physiologiques, ils se « traduisent par tous les changements, contraintes, renoncements ou retards imposés aux victimes »<sup>525</sup>. Ainsi, en est-il de l'impossibilité pour un fonctionnaire ayant demandé sa mise à la retraite de bénéficier du repos auquel il pouvait prétendre consécutivement au refus illégal qui lui a été imposé de lui consentir, à compter de la date à laquelle il l'avait sollicité, le bénéfice d'une retraite anticipée avec jouissance immédiate de pension<sup>526</sup>. La notion de troubles dans les conditions d'existence a, par la suite, été reprise par le fond d'indemnisation des transfusés et hémophiles pour définir le préjudice spécifique de contamination<sup>527</sup>, avec une différence majeure cependant par rapport à l'acception

---

521V° C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français, étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Préface D. TRUCHET, Bibl. de droit public, LGDJ, t. 228, 2002, p.167 et s

522Répertoire dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Préjudice réparable, F. SENERS, 2011, n°125 et s. ; *Ibid.*, Évaluation du préjudice, B. STIRN et D. CHAUVAUX, 2005, n°203 et s. ; C. CORMIER, *Op. Cit.*, p.163 et s.

523Répertoire dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Préjudice réparable, F. SENERS, 2011, n°64 et s.

524CE, 19 déc. 2007, *Tanchereau*, Req. n°289922.

525Répertoire dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Préjudice réparable, F. SENERS, 2011, n°65.

526CE, 30 déc. 2009, *Ministère de l'éducation nationale c/ Maciejewski*, Req. n°319954 et 320068.

527« Le préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, crainte d'éventuelles souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et, le cas échéant, de procréation. Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie déclarée : souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs ».

précédente, celle que la souffrance endurée y est elle-même incluse dans ce chef de préjudice. La nomenclature des préjudices corporels élaborée par un groupe de travail en 2005 présidé par Jean-Pierre Dintilhac l'emploie également pour désigner la consistance du poste du préjudice extrapatrimonial exceptionnel de la victime secondaire en cas de survie de la victime initiale<sup>528</sup>, dans un sens comparable à sa première acception.

Notion au contenu à géométrie variable, les troubles dans les conditions d'existence présentent parfois une autonomie vis-à-vis de la souffrance endurée, d'où la tentative de certains plaideurs d'étendre celle-ci au cas particulier du dommage non encore survenu.

Ceci étant, cette tentative nous semble accuser rapidement ses limites. On a plutôt tendance sinon à ignorer du moins à oublier que les manifestations des troubles psychologiques ne se réduisent pas à des symptômes affectifs telle l'anxiété ainsi que l'ont démontré les travaux des psychopathologues. En effet, en plus des symptômes affectifs, la souffrance psychique peut se manifester également par des symptômes cognitifs comme les troubles de l'attention. Il peut y avoir aussi des symptômes physiologiques tels l'apparition de palpitations ou de malaises. Les symptômes peuvent enfin être comportementaux<sup>529</sup>, ainsi d'une perturbation des conduites du sujet comme par exemple une modification du comportement dans la gestion de ses relations sociales. Évidemment, de tels symptômes ne sont pas tous nécessairement présents en même temps<sup>530</sup>. L'ensemble de ces symptômes autres qu'affectifs constitue précisément ce qu'il est possible de qualifier juridiquement de bouleversements ou de troubles dans les conditions d'existence. En tant que symptômes de la souffrance, les modifications des conditions d'existence ne sont pas une autre répercussion, en sus de la souffrance psychique. Ils sont plutôt des révélateurs probatoires de celle-ci. Aussi, serait-il

---

528« Il s'agit ici notamment de réparer le préjudice de changement dans les conditions de l'existence, dont sont victimes les proches de la victime directe pendant sa survie handicapée. Ce poste de préjudice a pour objet d'indemniser les bouleversements que la survie douloureuse de la victime directe entraîne sur le mode de vie de ses proches au quotidien. Ce préjudice de changement dans les conditions d'existence indemnise les troubles ressentis par un proche de la victime directe, qui partage habituellement une communauté de vie effective avec la personne handicapée à la suite du dommage, que ce soit à domicile ou par de fréquentes visites en milieu hospitalier. Les proches doivent partager une communauté de vie effective et affective avec la victime directe, laquelle ne doit pas être exclusivement définie par référence au degré de parenté. L'évaluation de ce poste de préjudice doit être très personnalisée, car il ne s'agit pas ici d'indemniser des personnes ayant une proximité juridique avec la victime directe, mais plutôt celles disposant d'une réelle proximité affective avec celle-ci. Il convient d'inclure au titre de ce poste de préjudice le retentissement sexuel vécu par le conjoint ou le concubin à la suite du handicap subi par la victime directe pendant la maladie traumatique et après sa consolidation ».

529R. LADOUCEUR, A. MARCHAND et J.-M. BOISVERT, *Les troubles anxieux : approche cognitive et comportementale*, Elsevier, Masson, 1999, p.4.

530Ibid.

surprenant, en regard du lien fonctionnel qui unit la souffrance endurée aux bouleversements dans les conditions d'existence, symptômes autres qu'affectifs, de détacher ces derniers de ce qu'ils permettent justement de déceler. Ce lien est d'ailleurs assez perceptible dans les arrêts rendus dans le contentieux de l'amiante. Les privations d'agrément et les troubles affectant la qualité de vie invoqués n'étaient pas véritablement détachables des troubles psychiques. En effet, l'impossibilité de pouvoir penser l'avenir avec sérénité<sup>531</sup> ou encore l'interrogation sur l'organisation de la succession<sup>532</sup> ne sont en réalité que les manifestations d'une anxiété.

Au vu de ces critiques, il est donc préférable, dans l'hypothèse d'un dommage non encore survenu, de ne pas nantir le bouleversement dans les conditions d'existence d'un rôle autre que celui de révélateur probatoire de la souffrance psychique. Si l'analyse fonctionnelle du bouleversement dans les conditions d'existence conforte l'unité, il n'en demeure pas moins qu'un dernier préjudice, la perte de chance d'interrompre la perspective d'un dommage pourrait potentiellement la fragiliser. Reste à déterminer s'il en a effectivement un tel pouvoir.

5. Le rejet d'une possible autonomie de la perte de chance d'interrompre ou de diminuer l'exposition au dommage non encore réalisé au jour où le juge statue

133. La perte de chance à caractère extrapatrimonial d'interrompre ou de diminuer l'exposition au dommage non encore réalisé au jour où le juge statue ne constitue pas non plus, d'après nos recherches, un préjudice reconnu par les juridictions. Pour autant, l'émergence d'un tel préjudice à la nature extrapatrimoniale est tout à fait crédible. Si elle est possible (a), elle n'est, en revanche, pas souhaitable (b).

---

531CA Paris, 15 février 2012, Jurisdata n°2012-012312 ; C. CORGAS-BERNARD, « La finalisation des préjudices des « préretraités amiante » », *RCA* 2013, étude 10.

532CA Rennes, 6 mars 2013, n°11/08004.



**134. Point de départ du raisonnement analogique : consécration du préjudice de perte de chance d'interrompre l'exposition au dommage potentiel.** Le 14 janvier 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait preuve d'audace en admettant la réparation d'un nouveau préjudice actuel consécutif à un dommage redouté. En l'occurrence, il s'agissait de la perte de chance d'interrompre ou de réduire l'exposition à un dommage qui n'est encore que potentiel au jour où le juge statue<sup>533</sup>. *A priori*, ce préjudice ne devrait pas nous intéresser ici puisqu'il s'agit d'un préjudice à la nature patrimoniale. Celui-ci n'a pas encore, à notre connaissance, d'équivalence dans le cas où l'éventualité épouserait une nature extrapatrimoniale. Pourtant, c'est à partir de cet arrêt que l'idée nous est venue d'envisager l'émergence d'un tel préjudice, cette fois à la nature extrapatrimoniale.

**135. Aboutissement du raisonnement analogique : consécration possible de ce préjudice dans le domaine extrapatrimonial.** Il est loisible d'envisager, dans l'avenir, une possible transposition dans le domaine extrapatrimonial de ce préjudice. La situation serait alors la suivante. Une personne, déjà confrontée à une situation d'expectative de dommage, dispose toutefois d'une chance d'y mettre un terme ou tout au moins de réduire la probabilité de réalisation du risque mais en est privée par l'intervention fautive d'un tiers. Prenons l'illustration d'une personne qui aurait été exposée au VIH. Elle consulte un médecin dans l'heure qui suit l'incident ayant conduit à l'exposition au virus afin d'obtenir ce que l'on appelle le traitement *post*-exposition. Ce traitement a pour effet de réduire de façon drastique le risque de contamination par le VIH. Pour ce faire, il doit être administré le plus rapidement possible, au plus tard dans les 48 heures suivant le début de l'exposition au risque. Imaginons que le médecin que consulte la personne exposée au risque ne lui prescrive pas dans un premier temps le traitement *post*-exposition et se contente simplement de prescrire un bilan sanguin. Le remède est finalement prescrit au patient mais au-delà des 48 heures *post*-exposition au risque au point que son administration soit désormais totalement inefficace. Ce retard dans la prise en charge a fait perdre une chance au patient d'interrompre ou de diminuer

---

<sup>533</sup>Cass. 1e civ., 14 janv. 2010, n°08-16760, *RTD Civ.* 2010, p. 330, note P. Jourdain ; *JCP G* 2010, n°15, 413, note L. Raschel ; Defrénois 2010, n°15, p.1688, obs. J.-S. Seube ; *Ibid.*, n°20, p.2215 ; *RLDC* 2010, 70, obs. P. Pierre.

l'exposition au risque d'être séropositif voire d'être atteint du SIDA par un traitement adapté.

L'on sait que dans les années quatre-vingt-dix<sup>534</sup>, l'acception première de la chance, à savoir une éventualité favorable, a cédé le pas à une acception enrichie, la chance pouvant également désormais désigner une éventualité défavorable<sup>535</sup>. Cela a brouillé la frontière entre la chance et le risque, ou plus largement, le dommage potentiel<sup>536</sup>. Il s'agit donc, dans l'illustration que nous venons d'aborder, d'une chance, prise dans son acception négative. Elle est bel et bien réelle et sérieuse, une prise en charge plus prompte aurait dû permettre sinon de supprimer le risque du moins d'en diminuer très largement sa probabilité de réalisation. Sa perte est certaine. L'efficacité du traitement étant subordonnée à son administration au plus tard dans les 48 heures suivant l'exposition, la prescription de celui-ci au-delà de ce délai a empêché le patient de voir le risque d'être séropositif voire de déclencher la maladie du SIDA diminué ou disparaître. Contrairement à la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé<sup>537</sup>, il n'y a pas lieu d'attendre la survenance du dommage puisque c'est l'absence d'interruption ou, tout au moins, de diminution de l'exposition au dommage qui est préjudiciable et non la réalisation du dommage. En plus du préjudice d'angoisse, les demandeurs en réparation pourraient donc être tentés d'agir en réparation de cet autre préjudice extrapatrimonial. De même, songeons à un patient qui se présenterait à l'hôpital avec des symptômes pris à la légère. En négligeant de fournir à son patient des soins conformes aux données actuelles de la science, le médecin n'a pas endigué le risque de dégradation de l'état de santé. L'erreur de diagnostic a fait perdre à la victime une chance d'interrompre ou tout au moins de diminuer la potentialité de dommage. L'incertitude causale est ici manifeste car on ne sait pas si des soins consciencieux,

---

534J.-Cl. Civil Code, Fasc. 440-20 : Santé – responsabilité médicale, S. PORCHY-SIMON, 2011, n°57 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°278 et s., p.127 et s.

535P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2123.81, p.525.

536P. PIERRE, note ss. Cass. 1e civ., 14 janvier 2010, RLDC 2010, 70 – *Adde* : L. RASCHEL, « La délicate distinction de la perte de chance et du risque de dommage », JCP G 2010, n°15, 413.

537A titre d'illustration, dans le domaine médical, Cass. 1e civ., 7 octobre 1998, JCP G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos ; *D.*1999, p.145, obs. S. Porchy. La perte de chance peut être retenue sauf à prouver que dûment informé, le patient n'aurait probablement pas refusé l'acte médical ou qu'il n'existe pas d'alternative thérapeutique. *V°* F. LEDUC, « Rapport de synthèse », LPA 2013, n°218, p.51 ; Cass. 1e civ., 3 juin 2010, n°09-13591.

Dans le domaine bancaire, *V°* Cass. 1e civ., 18 sept. 2008, n°06-17859. *V°* F. JURÉDIEU, « Perte d'une chance et devoir de mise en garde du banquier », *Gaz. Pal.* 2011, n°57, p.13. Pour une société de bourses, *V°* Cass. Com, 4 févr. 2014, n°13-10630.

attentifs et diligents auraient permis d'éviter la prolongation de l'exposition au dommage.

S'il ne semble pas fantaisiste de croire qu'un jour, un tel préjudice pourrait émerger dans la jurisprudence, il n'est pourtant pas souhaitable que sa réparation puisse être cumulée avec celle du préjudice d'angoisse.

*b. Une autonomie indésirable*

**136. Perméabilité de la frontière entre la perte de chance et le préjudice d'angoisse.**

Si l'on reprend notre exemple du patient exposé au risque de transmission du VIH et que l'on s'intéresse à la consistance de ce préjudice, l'on ne peut manquer de relever la difficulté à faire le départ entre la perte de chance et le préjudice d'anxiété. En effet, lorsque la victime n'a plus la possibilité d'interrompre la potentialité de dommage, qu'elle est contrainte de vivre avec, la souffrance qu'elle éprouve n'est au fond pas autre chose que de l'anxiété ou des troubles psychiques qui y sont associés et que nous verrons plus tard dans la suite des développements. En d'autres termes, ce qu'il paraît y avoir derrière le masque de la perte de chance d'éviter le dommage potentiel n'est en réalité ni plus ni moins que l'anxiété qu'inspire cette perspective de dommage. L'angoisse pouvant déjà être indemnisée au titre du préjudice d'anxiété, le préjudice de perte de chance de mettre un terme au dommage non encore advenu ne peut donc pas prétendre à l'autonomie.

En définitive, la jurisprudence n'a pas dégagé une pléthore de préjudices actuels générés par un dommage redouté. Seul un préjudice extrapatrimonial actuel, à savoir le préjudice d'anxiété, a été recensé dont nous allons voir que son autonomie vis-à-vis de certains chefs de préjudices préexistants reste, dans une large mesure, à conquérir.

## §2. L'AUTONOMIE DU PREJUDICE

137. Depuis peu, l'on observe une tendance jurisprudentielle de plus en plus accrue à inclure le préjudice d'angoisse, résultat de la perspective d'un dommage corporel non encore advenu, dans certains chefs de préjudices corporels (A). En fondant le préjudice d'angoisse dans d'autres préjudices, cette politique jurisprudentielle participe à la difficulté de l'identifier. Le dépassement de cette difficulté passe alors par la reconnaissance de son autonomie, sous réserve cependant d'une exception (B).

### A. UNE AUTONOMIE RECEMMENT NIEE PAR LA JURISPRUDENCE

138. Si, après de longues hésitations, l'autonomie du préjudice d'angoisse semblait acquise au début du XXI<sup>e</sup> siècle (1), la jurisprudence a, récemment, changé sa position (2).

#### 1. Autonomie acquise au début du XXI<sup>e</sup> siècle

**139. Reconnaissance progressive de l'autonomie.** Dans les années soixante, les années quatre-vingt voire quatre-vingt-dix, les magistrats ont hésité à reconnaître l'autonomie du préjudice d'angoisse. Au début des années 2000, les juges adoptèrent une solution radicalement inverse. Ils l'ont, en effet, considéré, avec constance, comme parfaitement indépendant vis-à-vis de certains postes de préjudices corporels, qui faisaient, eux aussi, de l'angoisse un de leur élément constitutif. Ainsi l'était-il par rapport aux chefs de préjudices que sont les souffrances endurées, pris dans leur versant psychique, le déficit fonctionnel permanent ou encore le préjudice extrapatrimonial permanent exceptionnel envisagés par la nomenclature rédigée sous la direction de Jean-Pierre Dintilhac. Rares étaient les juges qui n'attribuaient pas d'autonomie au préjudice d'anxiété<sup>538</sup>. Ce qui

---

<sup>538</sup>Tr. Corr. Saint-Nazaire, 11 févr. 2008, jugement précité. On citera cependant pour exemple le jugement isolé du tribunal correctionnel de Saint-Nazaire relatif à l'effondrement de la passerelle du Queen Mary II où ont été mélangées, dans un même poste de préjudice, les souffrances liées à la mort

paraissait, de prime abord, être une solution acquise a néanmoins été bouleversée lors de la décennie suivante.

## 2. Recul partiel de l'autonomie au cours de la deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle

**140. Maintien de l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.** La chambre criminelle a commencé par préciser que le préjudice d'angoisse de mort imminente était distinct du poste de souffrances endurées<sup>539</sup> puis, ultérieurement, n'a pas censuré l'arrêt d'une cour d'appel ayant inclus cet élément dans les souffrances endurées<sup>540</sup>. Par la suite, la Chambre criminelle a montré, en de nombreuses occasions, son attachement à l'autonomie du préjudice d'angoisse vis-à-vis des postes de préjudices préexistants. C'est ainsi qu'elle a censuré un arrêt d'une Cour d'appel dont les motifs empreints de contradiction, « ne permettent pas à la Cour de cassation de s'assurer que les juges d'appel ont effectivement réparé les préjudices distincts constitués, d'une part, par les souffrances endurées du fait des blessures et, d'autre part, par l'angoisse d'une mort imminente »<sup>541</sup>. Plus récemment encore, alors que les souffrances endurées avaient fait l'objet d'une réparation, la Chambre criminelle a parallèlement admis une indemnisation supplémentaire au titre d'un préjudice lié pour la victime à l'angoisse d'une mort imminente<sup>542</sup>.

**141. Refoulement de l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.** La deuxième décennie du XXI<sup>e</sup> siècle va marquer l'inversion de cette tendance. L'autonomie n'étant plus de principe, le préjudice d'anxiété sera désormais compensé au titre de chefs de préjudices corporels<sup>543</sup>. Cette tendance a été amorcée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

---

imminente ou plus largement, à la perspective d'une atteinte à l'intégrité physique et les souffrances *post* survenance du dommage comme « l'impossibilité d'assister aux obsèques de leurs proches », « l'impossibilité ou leur difficulté d'être auprès de leurs enfants ou parents pour leur apporter aide et soutien face au(x) deuil(s) » ou encore à « la solitude plus ou moins importante vécue pendant leur convalescence ».

539Cass. crim., 23 oct. 2012, n°11-83770 ; Cass. crim., 15 octobre 2013, n°12-83055.

540Cass. crim., 26 mars 2013, n°12-82600.

541Cass. crim., 15 oct. 2013, n° 12-83055, Gaz. Pal. 23-25 fév. 2014, p. 39, note C. Bernfeld.

542Cass. crim., 27 sept. 2016, n°15-84238.

543P. PIERRE, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », RLDC 2015, suppl. n°132.

dans les situations où la victime se trouvait face à la perspective d'une mort imminente. La deuxième chambre civile n'a pas cru bon de consacrer l'autonomie d'un tel préjudice par rapport aux souffrances endurées<sup>544</sup>. Les arrêts vont se succéder et embrasser d'autres situations, mort imminente, pathologies lourdes ou blessures. L'autonomie va, de cette façon, être restreinte<sup>545</sup>. Dans des contentieux comme celui d'un risque criminel<sup>546</sup> telle une tentative d'assassinat ou celui du diéthylstilbestrol<sup>547</sup> mais uniquement lorsque la victime a déjà subi une atteinte corporelle et qu'elle craint une aggravation de son état, l'autonomie du préjudice d'angoisse n'est pas reconnue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. En revanche, lorsque la victime exposée *in utero* au diéthylstilbestrol n'a pas déjà subi une atteinte corporelle, l'autonomie semble être possible<sup>548</sup>.

En 2014, à propos d'une agression, la deuxième chambre civile va préciser que le préjudice d'angoisse doit être inclus « dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent »<sup>549</sup>. Un an plus tard, toujours dans le contexte d'une agression, elle réaffirme que « le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément »<sup>550</sup>. Constante, cette position est maintenue en 2017, dans un arrêt en date du 2 février<sup>551</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel de Douai avait estimé que le préjudice d'angoisse de mort imminente était distinct des « souffrances physiques et morales endurées par la victime entre le début de l'agression commise à son encontre et sa mort ». Elle s'appuyait à cet égard sur le rapport d'autopsie médico-légale, lequel précisait que « la victime a non seulement souffert physiquement et moralement du fait de l'attaque subie et des blessures résultant des coups et de la strangulation, mais elle a de surcroît agonisé pendant plus de 10 minutes, s'est vue mourir, et à ce titre, a subi une souffrance psychique intense liée à l'angoisse d'une mort imminente, qu'il convient également d'indemniser ». L'arrêt est cassé au motif que le préjudice d'angoisse de mort imminente

---

544Cass. 2e civ., 14 sept. 2017, n°16-22013 ; Cass. 2e civ, 18 avril 2013, n°12-18199.

545A. DELHAYE, « L'autonomie du préjudice d'anxiété remise en cause devant la deuxième chambre civile », note ss. Cass. 2e civ., 11 déc. 2014 et Cass. 2e civ., 5 févr. 2015, Gaz. Pal. 2015, n°48, p.37.

546Cass. 2e civ., 11 sept. 2014, n°13-21506 ; Cass. 2e civ., 5 févr. 2015, n°14-10091 ; n°14-10092 ; n°14-10093 ; n°14-10094 ; n°14-10095 ; n°14-10096 ; n°14-10097.

547Cass. 2e civ., 2 juil. 2015, n°14-19481 ; Cass. 2e civ., 11 déc. 2014, n°13-27440.

548V° Cass. 1e civ., 2 juil. 2014, n°10-19206, RGD *on line*, 2015, n°22608, note S. Hocquet-Berg.

549Cass. 2e civ, 11 sept. 2014, n° 13-21506.

550Cass. 2e civ., 5 févr. 2015, n°14-10097.

551Cass. 2e civ., 2 févr. 2017, n°16-11411.

ne peut être appréhendé distinctement du poste de préjudice temporaire de souffrances endurées.

Le juge civil se rapproche ainsi de la position défendue par la plupart des Cours administratives d'appel, qui ne cessent d'affirmer que le « préjudice « d'anxiété », n'est pas constitutif devant le juge administratif d'un poste de préjudice spécifique, mais doit être regardé comme incorporé dans ceux constitués par les troubles dans les conditions d'existence et le préjudice moral »<sup>552</sup>. Il s'éloigne, en revanche, de la solution prônée par une minorité de Cour administrative d'appel ou par le Conseil d'Etat, en l'occurrence une indemnisation autonome du préjudice d'angoisse<sup>553</sup>. La reconnaissance de l'autonomie du préjudice d'angoisse par le juge judiciaire est pourtant une nécessité.

## B. UNE AUTONOMIE A CONSACRER

142. Les juridictions ont tort de restreindre l'autonomie du préjudice d'anxiété. Après avoir présenté les critiques à l'égard de cette position de la chambre criminelle de la Cour de cassation (1), il pourra être formulé la proposition d'un principe d'autonomie (2).

### 1. Position du problème soulevé par la position actuelle

**143. Exposé des inconvénients.** Le recul partiel de l'autonomie du préjudice d'angoisse emporte des conséquences pour le moins néfastes. Le risque est grand « que l'angoisse, incluse dans des souffrances de nature diverse, ne soit de fait pas réellement

---

552CAA Marseille, 23 juin 2015, req. n°14MA03855 ; CAA Marseille, 20 mars 2014, req. n°13MA03376 ; *V°* également, CE, 27 mai 2015, req. n°371697. Parfois, les juges administratifs ont semblé reconnaître une autonomie au préjudice d'anxiété par rapport au préjudice moral ou aux troubles dans les conditions d'existence dans leur considérant. Cependant, l'autonomie n'est que relative, les juges globalisant ensuite le montant de la réparation. *V°* H. MUSCAT, « Le préjudice d'angoisse en droit administratif », RJO 2014, NS, p.39-40 ; CAA Versailles, 9 octobre 2012, req. n°10VE02502 ; CAA Marseille, 21 déc. 2012, req. n°10MA02198.

553CE, 3 mars 2017, req. n°401395 ; CAA Paris, 31 déc. 2013, req. n°12PA04864.

indemnisée »<sup>554</sup>, outre une définition plus large des postes de préjudices consécutifs à la réalisation du dommage ou la modification des conditions d'indemnisation des postes de préjudices<sup>555</sup>. En le fondant dans les préjudices corporels résultant d'un dommage non encore survenu, le préjudice d'anxiété n'est plus un préjudice intermédiaire, prenant donc sa source dans la phase d'expectative du dommage mais devient un préjudice final, conséquence d'une survenance du dommage que l'on ne peut pourtant pas constater. Or, le préjudice d'anxiété a pour borne temporelle d'une part, la connaissance, par la victime qui s'en prévaut, de la perspective du dommage potentiel et d'autre part, la conscience de la réalisation de l'atteinte et de ses effets ou la disparition de la menace<sup>556</sup>. Il n'est jamais un préjudice découlant de la survenance d'un dommage.

Au regard des différents inconvénients sus-évoqués, il est clairement indispensable de reconnaître l'autonomie du préjudice d'angoisse, sous réserve de certaines exceptions.

---

554« L'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », Rapport du Groupe de travail dirigé par S. PORCHY-SIMON, Fév. 2017, p.40. A. DELHAYE, « L'autonomie du préjudice d'anxiété remise en cause devant la deuxième chambre civile », note ss. Cass. 2e civ., 11 déc. 2014 et Cass. 2e civ., 5 févr. 2015, Gaz. Pal. 2015, n°48, p.37. Mais les risques de la globalisation ne sont que par trop connus. V° D. TAPINOS, « L'indemnisation d'un état de stress post-traumatique ne se réduit pas à celle d'un préjudice moral », Gaz. Pal. 2015, n°48, p.34 ; P. PIERRE, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », RLDC 2015, suppl. n°132.

555Ainsi, les souffrances endurées sont traditionnellement constatées et chiffrées par un expert médical. Or, lorsque le préjudice extrapatrimonial actuel résultant d'un dommage non encore survenu a été réparé *via* le poste de souffrances endurées, il n'a pas été fait mention d'un tel recours à l'expertise. V° par ex., Cass. 2e civ., 18 avril 2013, n°12-18199.

556Dans le livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats présenté par le groupe de contact des avocats de victimes de terrorisme, les auteurs proposent d'assigner au préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu une borne temporelle initiale identique. « Comme temps initial des préjudices d'angoisse, d'attente et d'inquiétude, il est naturel de retenir la première effraction de l'attentat dans l'existence de la personne: premier bruit ou première image pour les victimes directes, première notion de la présence possible d'un proche au cœur de l'attentat pour les victimes indirectes ». V° « Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats, le préjudice spécifique d'angoisse des victimes directes, le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude des proches », Gaz. Pal. 2016, n°43, p.78 et s.

En revanche, la borne temporelle finale diffère quelque peu. Selon les auteurs de ce livre blanc, « et comme temps final de ces préjudices, il est logique de retenir le moment où les circonstances objectives de prise en charge de la victime ne sont plus affectées par l'événement terroriste: retour à un mode d'hospitalisation ordinaire non perturbé par l'afflux des victimes, restauration d'une communication normale avec le proche blessé, réintégration des familles de personnes décédées dans un parcours funéraire classique ». A notre sens, la borne temporelle finale assignée au préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu est trop lâche. Les conflits avec le préjudice psychique résultant du dommage survenu risquent de se multiplier. Aussi, sans aller jusqu'à cette limite, le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu pourrait avoir pour borne temporelle finale la conscience de la réalisation de l'atteinte et de ses effets ou la disparition de la menace.



## 2. Éléments de solution

144. Aussi proposons-nous d'ériger l'autonomie du préjudice d'angoisse en principe (a). Il ne peut s'agir que d'un principe dans la mesure où il faut tenir compte de la situation où un tel préjudice, évoluant dans un contexte évolutif, ne peut pas être séparé des conséquences de la réalisation du dommage antérieur (b).

### *a. Proposition d'un principe d'autonomie du préjudice d'angoisse*

**145. Exposé du principe.** L'autonomie du préjudice d'angoisse vis-à-vis des postes de préjudices, que l'angoisse résulte de la confrontation avec la certitude de la mort ou d'un risque de développement d'une pathologie grave, doit être reconnue. En effet, aucun poste de préjudice<sup>557</sup> préexistants ne permet d'absorber un tel préjudice. En toute logique, les juges doivent donc traiter le préjudice d'angoisse comme un préjudice autonome. La praticabilité de la distinction entre la souffrance éprouvée avant la réalisation du dommage et celle consécutive à la survenance du dommage ne nous paraît pas tenue. La distinction repose sur un fait objectivement constatable, en l'occurrence la survenance du dommage. Ainsi que l'ont montré certains arrêts, les juges arrivent, lorsqu'ils le souhaitent, à bien séparer les deux types de souffrances<sup>558</sup>.

*De lege ferenda*, ce principe d'autonomie du préjudice d'angoisse supporterait cependant une exception.

### *b. Exception à l'autonomie du préjudice d'angoisse*

**146. Le cas du préjudice d'angoisse résultant d'un dommage évolutif en cours de réalisation.** Il convient de réserver un cas dans lequel le préjudice d'angoisse ne doit pas acquérir d'autonomie, celui où il serait généré par un dommage corporel évolutif en

---

<sup>557</sup>Sur cette notion, V° A. VIGNON-BARRAULT, « Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice », *RCA* 2010, n°3, dossier 5.

<sup>558</sup>V° en ce sens : Cass. 2e civ., 2 févr. 2017, n°16-11411.

cours de réalisation. La situation est la suivante : une première atteinte a eu lieu et a causé notamment un préjudice extrapatrimonial tel que des souffrances endurées, un déficit fonctionnel permanent, un préjudice exceptionnel permanent ou un préjudice extrapatrimonial évolutif<sup>559</sup>. Dans le même temps, la victime prend conscience qu'elle est exposée à une aggravation potentielle ou au renouvellement du dommage. Si elle en souffre, elle ne pourra pas en obtenir une indemnisation distincte des conséquences extrapatrimoniales du dommage antérieur. L'absence d'autonomie s'explique par le fait qu'au présent cas, l'angoisse découlant de la perspective de l'aggravation ou du renouvellement nous paraît se fondre plus généralement dans la souffrance consécutive à la première atteinte. En effet, le préjudice d'angoisse ne peut pas raisonnablement se détacher de la souffrance découlant de la conscience de la gravité et du caractère irréversible du dommage antérieur. Dès lors, il peut exister des situations où il est impossible de séparer clairement la source initiale de la source finale. Cela s'explique par l'existence d'un dommage antérieur qui brouille la frontière entre l'angoisse consécutive aux lésions passées et aux lésions potentielles. Ainsi de la victime d'un accident de la circulation, grièvement blessée, pour laquelle les médecins considèrent que son pronostic vital est engagé. L'angoisse, qui est bel et bien consécutive au risque ou à la certitude de renouvellement ou d'aggravation du dommage, à savoir la mort, doit pourtant être rattachée aux conséquences de la lésion passée. De même, si l'anxiété procède du risque d'évolution d'une pathologie incurable, elle ne doit pas être indemnisée de manière indépendante. C'est encore le cas des passagers d'un avion en situation de décrochage. Avant même que l'avion ne s'écrase, certains passagers vont subir une première atteinte liée, par exemple, au manque d'oxygénation qui va entraîner des souffrances corporelles. Dans le même temps, ils éprouveront sans doute l'angoisse de mort imminente. Cette exception, appliquée dans le contentieux du distilbène où la Cour régulatrice distingue selon qu'il y ait eu ou non une première atteinte pour distinguer ou non le préjudice d'angoisse des postes de préjudices, devrait être généralisée. Contrairement à la position retenue par le groupe de travail présidé par Mme la Professeure Porchy-Simon, toutes les hypothèses de préjudice d'angoisse de

---

559 Descriptif de la nomenclature Dintilhac : « Il s'agit d'un poste de préjudice relativement récent qui concerne toutes les pathologies évolutives, il s'agit notamment des maladies incurables susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même, un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel. C'est un chef de préjudice qui existe en dehors de toute consolidation des blessures puisqu'il se présente pendant et après la maladie traumatique. Tel est le cas du préjudice lié à la contamination d'une personne par le virus de l'hépatite C, celui du VIH, la maladie de Creutzfeldt-Jakob ou l'amiante, etc. ».

mort imminente ne seraient pas concernées. Seules celles où le préjudice d'angoisse est concomitant aux souffrances endurées résultant d'un dommage corporel d'ores et déjà réalisé et susceptible de se renouveler ou de s'aggraver nous paraissent devoir être concernées. Or, comme nous avons eu l'occasion de le voir, l'angoisse de mort imminente peut tout à fait survenir en dehors d'un premier dommage d'ores et déjà réalisé.

En résumé, il serait souhaitable que le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu ne soit qu'exceptionnellement rattaché à des postes de préjudices déjà existants. Par principe, il devrait être regardé comme un préjudice autonome, pouvant dès lors prétendre à une qualification qui lui soit propre. Nous allons voir que les qualifications passées en revue plus tôt pour désigner le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu ne sont pas adaptées au contenu de celui-ci.

### §3. LA QUALIFICATION DU PREJUDICE

147. La découverte de la dénomination idoine du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu est très difficile. Si elle l'est autant, c'est que la jurisprudence a pris l'habitude de spécifier à mauvais escient le préjudice par la souffrance en question ou par la cause de la souffrance (A). Pour parvenir à approcher la qualification que nous recherchons, il faut adopter une qualification qui soit générique (B).

#### A. L'INADEQUATION DES QUALIFICATIONS JURISPRUDENTIELLES

**148. Mutation due à la multiplicité des émotions.** Nous avons pu voir plus haut la signification usuelle qui était attribuée aux syntagmes « préjudice d'angoisse » et « préjudice d'anxiété ». A l'analyse, ni l'angoisse, ni l'anxiété ne permettent de rendre compte de la situation. L'objet étant, quelque soit le type de dommage non encore survenu, identifié, extérieur au sujet et suscite une réaction de la victime, il serait donc

plus exact de parler de peur. Mais ce serait là omettre le fait que la peur n'est pas la seule souffrance psychique susceptible d'être ressentie par la victime. Fondamentalement, le problème de tous ces qualificatifs est qu'ils sont trop restrictifs. L'existence d'un dommage non encore survenu peut plonger celui qui y est exposé ou ses proches dans une souffrance autre que la peur. Ainsi, la victime peut se retrouver dans un état dépressif, éprouver de l'effroi, de la terreur ou être dans un état de détresse en fonction de la probabilité de survenance du dommage, sa proximité temporelle et des conséquences qu'il pourrait avoir. Ce ne sont certainement pas les décisions du juge de droit privé ou de droit public<sup>560</sup> qui viendront le démentir puisque des qualificatifs comme état hybride « anxio-dépressif »<sup>561</sup>, voire de manière encore plus floue, « syndrome anxio-dépressif »<sup>562</sup>, reviennent régulièrement lorsque les victimes ont sollicité facultativement des médecins. Sans doute est-il possible de voir dans la jurisprudence récente de la chambre sociale une réception de cette multiplicité de symptômes affectifs lorsqu'elle précise que le préjudice d'anxiété recouvre « l'ensemble des troubles psychologiques »<sup>563</sup> « induits par l'exposition au risque »<sup>564</sup>.

## B. LA QUALIFICATION RETENUE : PREJUDICE EXTRAPATRIMONIAL ACTUEL RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU

**149. Préférence pour une terminologie générique.** Eu égard à toutes ces critiques, nous proposons un retour à la méthode de désignation appliquée auparavant, c'est-à-dire un intitulé plus générique<sup>565</sup>. La terminologie qui nous paraît la plus adéquate est celle de préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore

---

560CAA Marseille, 25 septembre 2015, req. n°14MA02525. « Considérant que, contrairement à ce que soutient M.B..., le préjudice qu'il qualifie de " préjudice d'anxiété " n'est pas constitutif devant le juge administratif d'un poste de préjudice spécifique mais doit être regardé comme incorporé dans les postes constitués par les troubles dans les conditions d'existence et le préjudice moral susceptibles d'être indemnisés sans que soit nécessairement caractérisé un état pathologique d'**anxio-dépression** ». (Nous le soulignons). S'il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à caractériser un état pathologique, il faut cependant constater que la victime éprouve bien les sentiments d'anxiété et de dépression.

561CA Lyon, 24 janv. 2014, n°13/00189.

562CA Lyon, 3 mai 2013, n°12/01465 ; CA Lyon, 29 mars 2013, n°12/04709.

563Cass. soc., 25 sept. 2013, n°12-20157, n°12-12110 et n°11-20948.

564Cass. soc, 2 avril 2014, n°12-29825.

565P. JOURDAIN, « Les anciens salariés qui perçoivent l'allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ? », *RTD Civ.* 2010, p.564.

survenu. Elle spécifie à la fois la nature de ce préjudice et son caractère d'actualité sans l'enfermer dans une souffrance en particulier. Le préjudice que nous entendons désigner relevant du processus de l'affectivité ; le vocable est parfaitement capable de désigner les maux psychologiques que sont notamment la peur, l'effroi, la terreur, la dépression, l'état de détresse provoqués par la perspective d'un dommage et qui peuvent également se manifester, au-delà du versant psychique, par d'autres symptômes, physiques, comportementaux ou cognitifs.

**150. Conclusion de la Section 1.** A l'issue de cette étude sur les préjudices immédiats à la nature extrapatrimoniaire pouvant découler de l'exposition à un dommage non encore survenu, il en ressort une identification difficile. Disons-le alors clairement, il n'existe pas une pléiade de préjudices extrapatrimoniaux actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu mais un préjudice unique. De même, à rebours de la politique jurisprudentielle, il convient, *de lege ferenda*, de souscrire à son autonomie vis-à-vis des préjudices extrapatrimoniaux consécutifs à un dommage corporel. L'angoisse n'est pas la conséquence de la survenance d'une atteinte mais bien une souffrance résultant de l'exposition à un dommage non encore réalisé. Il ne peut être dérogé au principe d'autonomie que dans le cas d'un préjudice d'angoisse résultant d'un dommage évolutif en raison de la difficulté à isoler la souffrance engendrée par le dommage non encore survenu et la souffrance résultant de la première atteinte.

Sous cette réserve, autonome, le préjudice peut donc prétendre à une qualification qui lui soit propre. Face à l'incapacité des vocables employés fréquemment par la jurisprudence à rendre compte de la souffrance au fondement du préjudice, un terme générique nouveau a été arrêté, celui de préjudice extrapatrimonial actuel résultant d'un dommage non encore survenu. Il englobe ainsi toutes les souffrances psychiques découlant de l'exposition à un dommage non encore advenu, que sont notamment la peur, l'état de détresse, la terreur ou la dépression, qu'elles se manifestent sur un plan purement psychique ou qu'elles se manifestent autrement.

Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore réalisé étant à présent identifié, nous pouvons désormais nous concentrer sur les préjudices patrimoniaux actuels découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

## Section 2.

### Les préjudices patrimoniaux actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

151. Au-delà d'un préjudice extrapatrimonial, l'exposition fautive d'autrui à la perspective d'un dommage non encore réalisé peut, en second lieu, causer des préjudices patrimoniaux immédiats. Ceux-ci constituent une catégorie hétérogène. Au sein de celle-ci, le préjudice de prévention (§1) se distingue particulièrement des autres préjudices patrimoniaux qui, eux, relèvent du droit commun de la réparation (§2).

#### §1. LE PREJUDICE DE PREVENTION

152. Le préjudice de prévention n'échappe pas non plus à la difficulté de son identification. Son contexte singulier d'apparition, à condition toutefois qu'il soit bien explicite (A), en fait un préjudice original par rapport aux autres préjudices patrimoniaux. Bien que le préjudice de prévention ait été régulièrement réparé par les juridictions et qu'il ait fait l'objet d'études doctrinales, sa consistance ne nous paraît pas avoir été entièrement dégagée, ce à quoi il conviendra de remédier (B). Après avoir éclaircis ces deux points, nous pourrions nous justifier sur la qualification que nous lui avons attribué (C).

#### A. LE CONTEXTE D'EMERGENCE DU PREJUDICE DE PREVENTION

**153. Un préjudice largement réparé en Europe.** En Espagne, la réparation du préjudice de prévention trouve son fondement dans la norme générale contenue à l'article 1902 du code civil espagnol<sup>566</sup>. En Italie, la réparation de ce préjudice découle

---

<sup>566</sup>Article 1902 du Code civil : « Quiconque par action ou omission cause, par sa faute ou sa négligence, un dommage à autrui est tenu de le réparer ».

de la combinaison de principes généraux exprimés aux articles 2056<sup>567</sup> et 1227<sup>568</sup> du code civil. En Hongrie, les coûts d'évitement du dommage sont considérés comme un préjudice réparable conformément à la norme générale exprimée à l'article §355<sup>569</sup> du code civil. Les droits tchèque et slovaque ont consacré la réparation d'un pareil préjudice à l'article §419<sup>570</sup> du code civil. En droit allemand, l'article §249 (2)<sup>571</sup> du BGB prévoit que la victime d'un dommage corporel ou matériel peut demander le rétablissement du *statu quo ante* sous la forme de dommages et intérêts pouvant notamment inclure les dépenses préventives, à condition qu'elles soient nécessaires. La Belgique a également consacré de manière ponctuelle le caractère réparable d'un tel préjudice dans un décret<sup>572</sup>. En France, la réparation du préjudice de prévention a été consacrée dans un domaine en particulier. Ainsi, l'article 1251 du Code civil, créé par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, qui prend place dans un chapitre 3 dédié à la réparation du préjudice écologique, dispose ainsi que « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable ». De nombreux auteurs demandent sa généralisation. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dirigé par Pierre Catala, à l'article 1344<sup>573</sup>, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie, à l'article 1237<sup>574</sup> ou encore les projets d'harmonisation européenne du droit de la

---

567Article 2056 alinéa 1er du Code civil : « Les dommages-intérêts dus à la partie lésée doivent être déterminés conformément aux dispositions des articles 1223, 1226 et 1227 ».

568Article 1227 du Code civil : « Si le fait coupable du créancier a concouru à causer le préjudice, la réparation est diminuée en fonction de la gravité de la faute et de l'importance des conséquences qu'elle a entraînées.

Il n'y a pas lieu à réparation pour les dommages que le créancier aurait pu éviter en faisant preuve d'une diligence normale ».

569Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article, le responsable du préjudice doit rétablir la situation antérieure et lorsque cela est impossible ou que la victime, pour un motif bien-fondé, ne le souhaite pas, il doit réparer le préjudice.

570Cet article prévoit la réparation du préjudice subi et le remboursement des dépenses exposées raisonnablement pour celui qui a accompli son devoir de prévention.

571« Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist ».

572V<sup>o</sup> Par ex. en matière environnementale, Décret wallon du 22 novembre 2007 sur la prévention et la réparation des dommages environnementaux, codifié notamment à l'article D.94 du Code de l'environnement belge.

573Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA (ss. la dir. de), Ministère de la Justice, La documentation française, 2006 : « 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 ».

574« Les dépenses exposées par le demandeur 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 ».

responsabilité lui consacre tous un article<sup>575</sup>.

**154. Éléments cumulatifs.** Le préjudice de prévention apparaît dans un contexte bien précis. Il faut que soient réunis d'une part, la perspective de survenance d'un dommage, d'autre part, une décision de la victime de prévenir le dommage et, enfin que celle-ci implique une diminution du patrimoine de la victime.

**155. La perspective d'un dommage non encore survenu.** Pour que le préjudice de prévention puisse être subi, le juge doit constater la perspective d'un dommage potentiel. Dans les différentes espèces, le préjudice découlait d'un dommage possible. A notre connaissance, aucune décision n'a encore été rendue lorsqu'il résulte d'un dommage hypothétique<sup>576</sup>. Une affaire, jugée par le tribunal de grande instance de Nanterre, s'y prêtait mais les demandeurs en réparation se sont contentés d'agir en réparation d'un autre préjudice patrimonial à la suite de l'implantation d'une antenne-relais<sup>577</sup>. Nous n'avons pas trouvé non plus d'illustrations concernant le préjudice de prévention engendré par un dommage futur.

**156. Une décision de la victime de prévenir le dommage.** Pour naître, le préjudice de prévention nécessite non seulement un fait initial étranger à la victime, en l'occurrence, la perspective d'un dommage non encore survenu, mais aussi une décision de la victime. Cette décision ou ce fait de la victime consistera à avoir manifesté, auprès des juges, son

---

<sup>575</sup>European group on tort law, article 2:104 « Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred » (Les dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérés comme réparables dès lors qu'elles ont été engagées de façon raisonnable) ; Study group on a european civil code, Tort law (revised final) ; Article 6 : 302 (Liability for loss in preventing damage) : « a person who has reasonably incurred expenditure or suffered other loss in order to prevent an impending damage from occurring to them, or in order to limit extent or severity of damage which occurs to them, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage ». (Une personne ayant raisonnablement engagées des frais ou subi une perte dans le but de prévenir un dommage important, ou pour limiter l'étendue ou l'aggravation du dommage a le droit à une compensation par la personne qui est à l'origine du dommage).

<sup>576</sup>Il existe bien un arrêt de la Cour de cassation qui a admis ce préjudice dans l'affaire des antennes-relais. Mais en l'espèce, la victime se plaignait d'électro-hypersensibilité. Cette pathologie est à l'origine de divers symptômes tels que maux de tête, douleur articulaire et/ou musculaire, fatigue, insomnie, acouphènes, perte de concentration, dépression, irritabilité, problèmes cardiaques, etc. La communauté médicale est divisée quant au point de savoir s'il s'agit d'une pathologie engendrée par les antennes-relais ou d'une pathologie psychosomatique trouvant sa cause non pas dans le risque mais dans la crainte d'un risque. Si la Cour de cassation n'a pas remis en cause l'indemnisation du préjudice de prévention consistant au blindage de l'appartement afin d'assurer la sécurité de la victime qui l'alléguait, il n'en demeure pas moins que l'on peut penser ici que le dommage n'était pas potentiel mais bel et bien survenu. *V°* Cass. 1e civ., 17 octobre 2012, n°10-26854.

<sup>577</sup>TGI Nanterre, 27 mai 2010, n°06-09412.



intention de prendre des mesures de prévention.

Mais la démarche peut être plus avancée encore. Dans ce cas, la victime aura d'ores et déjà effectué les mesures de prévention du dommage.

La victime dont il est question peut être soit – scénario classique – celle qui, personnellement exposée au dommage, décide de se prémunir contre sa réalisation<sup>578</sup>, soit – scénario singulier – celle qui, bien que n'étant pas menacée personnellement par le dommage, a le pouvoir d'en éviter la survenance<sup>579</sup>. Dans ce dernier cas, le demandeur en réparation est une victime au sens où son patrimoine est diminué du fait de son intervention dans la prévention du dommage. Il suffit, pour cela, d'imaginer qu'une servitude de passage soit établie par titre afin de désenclaver un fonds. Il a été convenu que l'aménagement et la réfection du chemin seraient laissés à la charge du propriétaire du fonds dominant. Lors de l'aménagement de la servitude, celui-ci décide d'installer des grosses pierres d'ornement pour délimiter le passage. Or, le chemin se situe à flanc de falaise et, quelques temps plus tard, l'une d'elle menace de chuter en contrebas, à l'endroit où se situe une usine. Si le propriétaire du fonds dominant s'abstient de toute prévention du dommage, celui du fonds servant pourra alors suppléer sa carence. Si son intervention engendre un préjudice, celui-ci pourra être réparé. A cet égard, il peut être précisé que la constatation de l'absence d'intervention du responsable du dommage ou de toute personne ayant la maîtrise de la situation potentiellement dommageable n'est pas un préalable nécessaire à l'intervention de la victime. Ainsi, une condamnation judiciaire à faire cesser le fait illicite, en référé ou au fond, restée inexécutée, n'a pas besoin de précéder l'intervention de la victime<sup>580</sup>.

Il faut relever tout de même qu'il est assez singulier de rencontrer un préjudice qui a besoin d'une intervention de la victime pour exister. Traditionnellement, le fait de la victime, qui vient s'intercaler entre le dommage et le préjudice, est analysé comme un *novus actus interveniens*<sup>581</sup>, apte à rompre l'enchaînement causal<sup>582</sup>. La cause juridique du préjudice réside alors non plus dans le fait initial, ici l'exposition fautive à un dommage potentiel, mais dans un fait autonome de la victime, une décision arbitraire. C'est d'ailleurs la position du droit roumain qui ne répare pas les coûts de prévention

---

578Cass. 2e civ., 15 mai 2008, n°07-13483, D. 2008, p.2894 obs. P. Brun.

579Cass. 3e civ., 6 juin 2012, n°11-13957.

580Contra : Cass. 3e civ., 24 avril 2013, n°10-28344.

581P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11.

582C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface P. BRUN, Dalloz, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 99, 2010, n°307, p.278.

dans la mesure où il considère qu'ils ne sont pas une conséquence directe de la conduite délictuelle<sup>583</sup>. Mais à dire vrai ici, la victime n'a pas « choisi » d'intervenir mais y a été contrainte par la perspective d'un dommage<sup>584</sup>. L'intention de la victime de prévenir le dommage, qui traditionnellement aurait constitué une cause juridique du préjudice, se révèle être, en définitive, une cause matérielle du préjudice, n'ayant aucune incidence sur la chaîne causale. Toutefois, pour que l'enchaînement causal se déroule sans heurt, la décision de la victime ne doit pas avoir un caractère prématuré<sup>585</sup>.

**157. Une décision de la victime de prévenir le dommage impliquant une diminution de son patrimoine.** Il ne suffit pas que la victime ait pris la décision d'intervenir aux fins d'éviter la réalisation du dommage pour que ce préjudice soit réparable. Songeons, par exemple, au cas d'un arbre qui menacerait de chuter. A l'endroit prévisible où chuterait l'arbre se trouve une place de stationnement attribué au propriétaire d'un appartement. Le propriétaire y gare son véhicule quotidiennement. Si la mesure de prévention consiste en une mesure de déplacement du stationnement du véhicule qui n'est pas onéreuse pour son propriétaire, alors la mesure de prévention n'entraîne aucun préjudice patrimonial pour celui-ci. Les mesures de prévention que la victime a l'intention d'effectuer ou qu'elle a déjà réalisées doivent donc, en outre, être de nature soit à amputer son patrimoine ou soit à l'avoir déjà réduit. C'est cette diminution du patrimoine de la victime, dont elle a eu l'initiative pour prévenir le dommage, qui va constituer son préjudice patrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

On le voit bien, le préjudice de prévention ne comprend pas toutes les conséquences patrimoniales d'un dommage non encore survenu. Il englobe uniquement celles ayant nécessité une décision voire une intervention de la victime dans la prévention du dommage qui implique ou a impliqué une diminution du patrimoine de la victime. Voyons maintenant quelle est la consistance de ce préjudice.

---

583C. VON BAR, *Principles of European Law, Study group on a European Civil Code, Non-contractual liability arising out of damage caused for another : (PEL Liab. Dam.)*, 2009, p.1001.

584P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11.

585Cass. 3e civ., 17 mars 2010, n°08-18552, *Droit rural* 2010, n°387, comm. 120, obs. J.-J. Barbieri.

## B. LA CONSISTANCE DU PREJUDICE

158. En droit positif, la jurisprudence réduit la consistance du préjudice de prévention aux seules dépenses de prévention déjà effectuées ou que la victime souhaiterait exposer (1). D'aucuns critiquent l'étroitesse de cette consistance. En droit prospectif, une autre consistance, cette fois-ci plus élargie, pourrait voir le jour (2).

### 1. Consistance actuelle : dépenses engagées ou à effectuer

159. Une mesure de prévention peut s'avérer onéreuse. Si la victime adopte une telle mesure ou a l'intention de le faire, les coûts de prévention viendront alors modifier à la baisse son patrimoine, lui causant, de ce fait, un préjudice.

**160. Dépenses réalisées.** Quelle que soit la victime, celle-ci peut avoir anticipé la décision du juge<sup>586</sup>. Dans ce cas, le rôle actif aura ainsi été joué au jour où le juge statue. Tel est le cas si la victime a elle-même fait procéder à des travaux à ses frais. En pratique, il incombera à la victime de prouver non seulement le préjudice par la présentation des divers justificatifs des dépenses effectuées, c'est-à-dire des factures d'achats de matériels ou de prestations de services de tierces personnes mais également par l'affectation supposée de ses dépenses à la prévention du dommage afin d'éviter tout enrichissement sans cause du demandeur. La compensation du préjudice de prévention consiste alors en une condamnation pécuniaire qui prend la forme d'un remboursement<sup>587</sup>. Ont, par exemple, donné lieu à remboursement les frais de relogement pour les familles<sup>588</sup> dont les habitations se situaient en contrebas d'une falaise d'où menaçaient de se détacher des blocs rocheux. Toujours dans cette hypothèse et pour faire face à l'inertie du propriétaire de la falaise à la sécuriser, la commune a assumé des frais d'évacuation du rocher<sup>589</sup> qu'elle a pu se faire rembourser. Tel a été le cas encore des dépenses effectuées pour le recours à un expert, pour les frais de matériel

---

586P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11.

587*Ibid.*

588Cass. 1e civ., 28 nov. 2007, *RDI* 2008, p.191, obs. F.-G. Trebulle.

589Cass. 3e civ., 6 juin 2012, n°11-13957.

et de surveillance afin d'éviter que la pollution n'entre dans les salines<sup>590</sup>, pour le retrait d'un dispositif défectueux telle une sonde cardiaque<sup>591</sup>. Il pourrait en aller de même pour les dépenses décaissées de la campagne de rappel d'un produit « en raison d'une erreur d'assemblage imputable à un sous-traitant »<sup>592</sup>. L'article 1237 du projet de réforme de la responsabilité civile entend consacrer un tel préjudice en disposant que « les dépenses exposées par le demandeur 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 ».

**161. Dépenses à réaliser.** Sans que la victime n'ait encore joué un rôle actif, elle peut tout au moins avoir manifesté sa volonté de lutter contre la survenance du dommage en sollicitant du juge la condamnation de l'auteur du risque à financer les dépenses nécessaires à sa prévention<sup>593</sup>. Les victimes peuvent ne pas recourir à l'exécution de la mesure de prévention sur frais avancés pour une cause qui leur est propre, « soit parce qu'elles n'ont pas les capacités financières ; soit qu'elles redoutent des discussions sur la réalité de leurs préjudices et préfèrent donc le *statu quo* ; soit enfin parce qu'elles nourrissent des doutes sur la pertinence des remèdes à adopter et veulent échapper à tout reproche »<sup>594</sup>. Dans ce cas, les victimes doivent, *a minima*, avoir d'ores et déjà procédé à des démarches comme la réalisation de devis pour permettre au juge de chiffrer le montant des coûts de prévention qui seront réparés. La compensation du préjudice de prévention consiste en une condamnation pécuniaire qui prend la forme d'un financement d'une mesure de prévention<sup>595</sup>. A titre illustratif, ont ainsi été financées les dépenses d'installation d'un mur de soutènement ou de réalisation de travaux de confortement<sup>596</sup>, de reprise de la non conformité aux normes parasismiques<sup>597</sup> ou de mise en place d'une parade confortative<sup>598</sup> rendue nécessaire par le risque de chute de masses

---

590Cass. 3e civ., 17 mars 2010, n°08-18552 ; RJE 2011, n°1, p.133, obs. G.-J. Martin.

591CJUE, 5 mars 2015, numéro C-503/13 et C-504/13. *Contra* : Cass, Civ 1ère, 19 déc. 2006, n°05-15716, *RCA* 2007, n°2, comm. 64, note C. Radé.

592P. STOFFEL-MUNCK, « Le coût de prévention d'un risque de dommage est-il un préjudice réparable ? », *JCP G* 2008, I, 186.

593P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11. Nous nous expliquerons, lorsque nous évoquerons sa qualification, sur le choix de le traiter comme un préjudice de prévention en dépit du principe de libre disposition des dommages et intérêts.

594C. CORGAS-BERNARD, « Le devoir de la victime de ne pas aggraver son préjudice consacré par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : entre critiques et incertitudes », *RCA* 2016, n°10, étude 12, p.10.

595P. JOURDAIN, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11.

596Cass. 3e civ., 24 avril 2013, n°10-28344.

597Cass. 3e civ., 25 mai 2005, n°03-20247.

598Cass. 2e civ., 15 mai 2008, n°07-13483, *D.* 2008, p.2894 obs. P. Brun.

instables créé par la réalisation d'excavations sur la parcelle du fonds voisin<sup>599</sup>. Il a encore été jugé que la dangerosité d'un chemin qui découlait d'une exploitation anormale du fonds justifiait, pour ceux dont la propriété était desservie par ledit chemin, l'allocation d'une somme destinée à sa réfection<sup>600</sup>. En 1983 déjà, à propos d'un dommage non encore advenu, la Cour régulatrice avait condamné le promoteur immobilier et l'architecte à verser au demandeur le coût des travaux nécessaires pour mettre un terme au risque présenté par un branchement<sup>601</sup>. Plus loin encore dans le temps, le juge des référés avait alloué au propriétaire voisin d'une société une indemnité provisionnelle destinée à financer les travaux préconisés par l'expert en raison du danger d'un effondrement du terrain<sup>602</sup>. Même si les dépenses n'ont pas encore été réalisées, le préjudice est actuel puisque les dépenses sont nécessaires immédiatement ; peu important le moment où elles sont exposées.

D'une manière générale, le préjudice de prévention comprend tous les frais exposés ou qui sont susceptibles de l'être, destinés à prévenir le dommage, par une personne ayant connaissance de l'exposition à un dommage menaçant elle ou autrui et sur laquelle elle a une emprise. En l'état de la jurisprudence, la consistance du préjudice de prévention se limite donc aux dépenses préventives. *De lege ferenda*, les applications du préjudice de prévention pourraient néanmoins dépasser cette consistance.

## 2. Consistance envisageable : perte éprouvée, manque à gagner ou perte de chance

**162. Formulation de l'hypothèse.** Pour l'heure, la jurisprudence n'a pas admis que le préjudice de prévention puisse avoir d'autre consistance que les dépenses engagées ou à exposer. Cependant, un arrêt, qui portait sur une question de causalité, peut amener à émettre l'hypothèse que le préjudice de prévention pourrait avoir une consistance plus large que celle étroite qui lui est assignée en droit positif. L'intervention de la victime dans la prévention du dommage peut, en effet, avoir pour conséquence un manque à gagner, une perte de chance ou d'autres pertes éprouvées que les dépenses effectuées. La

---

<sup>599</sup>*Ibid.*

<sup>600</sup>Cass. 3e civ., 31 oct. 2007, n°06-19128.

<sup>601</sup>Cass. 3e civ., 29 juin 1983, JCP G 1983, IV, p.290.

<sup>602</sup>Cass. 2e civ., 16 mai 1979, n°77-15897.

perte éprouvée est celle effectivement subie par la victime du fait de sa décision d'agir pour la prévention du dommage qui elle-même n'est que la conséquence de la potentialité de dommage. Par gain manqué, il faut comprendre celui qui était dû et qui aurait dû être perçu par la victime mais qui n'a pas pu l'être finalement à la suite de son initiative. Quant à la perte de chance, la victime a, après son comportement préventif, vu la réalisation d'une éventualité favorable lui échapper.

**163. Vérification de l'hypothèse.** L'arrêt nous ayant donné l'idée de cette consistance élargie par rapport à la consistance actuelle du préjudice de prévention est celui de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 26 septembre 2002<sup>603</sup>. En l'espèce, en 1994, des blocs rocheux s'étaient détachés d'une falaise appartenant au domaine privé de la commune des Baux-en-Provence épargnant les terrains de plusieurs propriétés situés en contrebas, parmi lesquels un hôtel-restaurant. Le maire de la commune, suite aux conclusions des experts chargés d'une étude technique, avait demandé aux propriétaires de fermer leur établissement durant la période des travaux de consolidation de la falaise compte tenu du risque de renouvellement des éboulements. En réponse, les propriétaires de l'établissement avaient alors assigné la commune en réparation des préjudices commerciaux et financiers du fait de la fermeture de leur établissement sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. La Cour d'appel avait rejeté la demande excluant tout lien de causalité entre le risque de chute de rochers et la fermeture administrative de leur établissement et ses suites préjudiciables commerciales et financières. Elle relève, en effet, que de 1970 à 1995, « l'exploitation n'avait jamais été troublée par le moindre risque concret de chute de rochers jusqu'à ce qu'intervienne la fermeture administrative de l'établissement pour travaux préventifs ». Partant de là, le préjudice dont il est demandé réparation n'est pas le fait de la falaise mais bien le fait de la mise à exécution de l'arrêté municipal. Cette décision est censurée par la Cour de cassation qui voit dans l'arrêté municipal une simple conséquence du risque d'éboulement de la falaise. En d'autres termes, la cause du préjudice d'exploitation, constituée par la perte éprouvée et le gain manqué des propriétaires de l'établissement, est donc l'exposition à un dommage possible, en l'espèce le risque d'éboulement.

*A priori*, cet arrêt est très éloigné du préjudice de prévention tel que nous l'avons

---

603Cass. 2e civ., 26 sept. 2002, O. AUDIC, D. 2003, p.1257.

décrit puisque l'intervention ne provenait pas de la victime mais du maire de la commune. Cependant, imaginons maintenant les mêmes circonstances, à ceci près que le maire tarde à prendre l'arrêté municipal de péril. Peut-être pourra-t-il y avoir une mise en cause de la responsabilité de la commune à raison de la faute du maire dans sa police des édifices menaçant ruine ? Mais ce n'est pas ce qui nous intéresse ici. Si les propriétaires de l'établissement décident de leur propre initiative de fermer le restaurant, cette mesure préventive n'entraînera, pour eux, aucune dépense. Pour autant, elle pourra générer une perte éprouvée et/ou un gain manqué qui n'est autre qu'un préjudice de prévention puisqu'il intervient dans un contexte où la victime, menacée par un dommage, a subi une diminution de son patrimoine en décidant d'agir pour se protéger de la réalisation de l'atteinte. S'inspirant de la logique de cette décision, il est parfaitement concevable que le préjudice de prévention puisse avoir une consistance élargie. Ainsi, le préjudice de prévention pourrait, à l'avenir, comprendre non seulement les frais exposés pour la prévention du dommage ou qui sont susceptibles de l'être par une personne menacée par l'exposition au dommage ou par une personne ayant connaissance de l'exposition à un dommage menaçant autrui et sur laquelle elle a une emprise. Plus largement, toutes les pertes éprouvées, gains manqués ou pertes de chance subies par la victime dans un but d'évitement du dommage pourraient entrer dans le champ de ce préjudice.

A présent le préjudice cerné, sa qualification peut être justifiée.

### C. LA JUSTIFICATION DE LA QUALIFICATION RETENUE

164. Les prémices de la réparation du préjudice de prévention peuvent être trouvées dans le droit romain<sup>604</sup>. Longtemps, ce préjudice demeura innommé. Ce n'est que récemment que les travaux de M. le Professeur Jourdain ont contribué à le mettre en lumière par le prisme de sa réparation, que l'auteur qualifie de réparation à finalité

---

6040. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio*, deux exemples de responsabilité préventives en droit romain », p.318, spéc. p.332 in *Études offertes à G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008. Le refus de donner la *cautio damni infecti* justifiait l'envoi en possession. « Cette détention donnait le droit de faire les réparations pour éviter la survenance du dommage redouté. Quelle que fut la suite de la procédure, cette situation provisoire aboutissait toujours à l'indemnisation des frais engagés par l'envoyé en possession ». Aujourd'hui, même son envoi en possession, la victime peut obtenir la réparation des frais engagés.

préventive<sup>605</sup>. Si l'on se place maintenant du côté du préjudice, il convient de lui trouver une dénomination qui permette immédiatement de faire le départ entre celui-ci et les autres préjudices patrimoniaux actuels figurant dans la typologie. De prime abord, la tentation affleurerait de le qualifier de préjudice de minimisation (1) mais c'est finalement la dénomination de préjudice de prévention (2) qui l'a emporté.

## 1. La qualification évacuée

**165. Préjudice de minimisation.** Le préjudice dont il s'agit pourrait-il être qualifié de préjudice de minimisation, par référence à la proposition très actuelle d'introduire, en droit français, une obligation de minimiser le dommage ? Contrairement à de nombreux droits étrangers<sup>606</sup>, le droit français ne connaît pas encore expressément d'obligation à la charge de la victime de minimiser son dommage<sup>607</sup> que ce soit en matière contractuelle<sup>608</sup> ou extracontractuelle<sup>609</sup>, sauf dispositions ponctuelles<sup>610</sup>. De nombreux projets de

---

605P. JOURDAIN, « Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante », *RTD Civ.* 2009, p.325.

606S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Préface H. MIUR WATT, PUAM, 1999, n°25 et s., p.33 et s. ; A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Préface R. BOUT, Droit, société et risque, 2007, n°835, p.348.

607S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Préface H. MIUR WATT, PUAM, 2002 ; A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Préface R. BOUT, Droit, société et risque, 2007 ; O. DESHAYES, « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? » – Une question mal posée, RDC 03/2014, n°1 ; Cass. 2e civ, 19 mars 1997, JCP G 1997, I, 4070, n°29 et s., note G. Viney ; *RTD Civ.* 1997, p.632, note J. Hauser et p.675, note P. Jourdain ; Cass. Crim., 7 novembre 2001, *RTD Civ.* 2002, p.314, note P. Jourdain ; M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? » (à propos des dommages-intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), LPA 2002, n° spéc. 232, p.3 et s. ; Cass, 2e civ., 19 juin 2003, *RTD Civ.* 2003, p.716, note P. Jourdain ; LPA 2003, n°208, p.16 et s., note S. Reifegerste ; RJDA 2004, n°4, p.355, note J.-L. Aubert ; RLDC 2004, n°10, p.14, note S. Pimont ; D. GENCY-TANDONNET, « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extra-contractuelle », *Gaz. Pal.* 2004, n°127, p.27 ; A. METTETAL, « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », RRJ 2005/4, p.1889 ; Cass. 3e civ., 1er mars 2006, *RTD Civ.* 2006, p.556, note P. Jourdain ; Cass. 3e civ., 3 mai 2006, *RTD Civ.* 2006, p.562, note P. Jourdain ; Cass. 2e civ., 22 janvier 2009, D. 2009, p.1114, note R. Loir ; Cass. 3e civ., 19 mai 2009 ; RDC 2010, p. 52, note Y.-M. Laithier ; Cass. 1e civ., 9 juin 2011, JCP N 2012, 34, obs. P. Pierre ; Cass. 2e civ., 24 novembre 2011, D.2012, p.141, note H. Adida-Canac ; *ibid.* 644, chron. H. Adida-Canac, O.-L. Bouvier et L. Leroy-Gissingier ; JCP 2012, n°170, note V. Rebeyrol ; *RCA* 2012, comm. 34, obs. S. Hocquet-Berg et n°530, obs. P. Stoffel-Munck ; RLDC 2012, n°90, p.20, obs. G. Le Nestour Drelon ; *Gaz. Pal.* 2012, n°120, p.11, obs. M. Mekki ; Cass. 3e civ., 5 février 2013, *RCA* 2013, comm. 135, note S. Hocquet-Berg ; Cass. 3e civ., 10 juillet 2013, *Gaz. Pal.* 2013, n°314, p.16, obs. M. Mekki.

608V° par ex., Cass. 3e civ., 10 juil. 2013, n°12-13851.

609V° par ex., Cass. 3e civ., 5 févr. 2013, n°12-12124 ; Cass. 2e civ., 25 octobre 2012, n°11-25511.

610Article 77 de la Convention de Vienne dans le domaine de la vente internationale de marchandises ; article L172-23 C. ass. en matière d'assurances maritimes.



réforme français ou européens la proposent, avec un champ d'application plus ou moins distinct<sup>611</sup>. Par-delà les frontières, elle est une contrainte visant à imposer à la victime de prendre toutes les mesures de nature à restreindre le dommage ou à éviter son aggravation. En dépit d'une percée jurisprudentielle par le canal de la faute de la victime dont l'influence est patente<sup>612</sup>, la Haute juridiction maintient son refus de l'admettre<sup>613</sup>. Toutefois, la qualification de préjudice de minimisation se révèle inappropriée. Elle donnerait à penser qu'il existerait un lien entre le caractère réparable de ce préjudice et l'obligation de minimiser le dommage. Or, l'un et l'autre sont indépendants, la jurisprudence considérant ce préjudice réparable malgré l'absence de consécration de l'obligation de minimiser le dommage. La nécessité d'éviter toute confusion implique de retenir un terme différent.

## 2. La qualification choisie

**166. Préjudice de prévention.** L'idée d'inclure dans la qualification la référence à la prévention nous paraît être satisfaisante, celle-ci indiquant d'emblée le contexte d'apparition de ce préjudice. Aussi, proposons-nous de repartir de la qualification de la réparation de M. le Professeur Jourdain et de l'appliquer au préjudice. Partant de là, le préjudice en question est un « préjudice de prévention ». A ce stade, nous nous contenterons de préciser que le terme « prévention » est à appréhender dans son acception commune, c'est-à-dire une acception suffisamment large pour y inclure la précaution. Nous verrons plus tard dans les développements si le préjudice de prévention doit être réparé quel que soit le dommage non encore survenu qui l'engendre ou, au contraire, si sa réparation doit être cantonnée à l'exposition à certains dommages

---

611 Article 1263 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ». Article 7.4.8 des Principes Unidroit : « 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables » et article 10:505 des Principes européens de droit des contrats : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

612 *V*° par ex., Cass. 2e civ., 24 nov. 2011, arrêt *prec.* : « qu'en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Sur l'ensemble de la question, *V*° A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Préface R. BOUT, Droit, société et risque, 2007.

613 Pour illustration, *V*° par ex., Cass. 2e civ., 26 mars 2015, n°14-16011.

non encore survenus comme le suggère le projet de réforme de la responsabilité civile. Cette qualification a vocation à s'appliquer aussi bien pour les dépenses effectuées que pour les sommes non encore décaissées. Dans cette dernière hypothèse pourtant, l'on pourrait avoir quelques réticentes à l'appeler ainsi en raison du principe de non-affectation des dommages et intérêts. Selon ce principe, la victime, qui en obtient peut librement en disposer. Ce principe, bien ancré dans la responsabilité civile, et qui ne souffre que de quelques tempéraments légaux ou jurisprudentiels, est jugé par la majorité des auteurs comme raisonnable<sup>614</sup>. Qualifier le préjudice de « préjudice de prévention » pourrait révéler une contradiction puisque cela reviendrait à dicter à la victime l'affectation des dommages-intérêts alors qu'elle devrait pouvoir en disposer librement. Nous n'entendons pas remettre en cause ce principe. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous avons parlé plus haut d'affectation supposée et non d'affectation réelle. Faisons également remarquer que c'est le préjudice qui est qualifié comme tel et non la réparation. Demain, la qualification de « préjudice de prévention » permettrait tout autant de désigner d'autres pertes éprouvées que les dépenses, les gains manqués voire les pertes de chance de nature patrimoniale.

Ce préjudice, qui apparaît dans un contexte singulier où la victime doit jouer un rôle dans la prévention du dommage, lui vaut d'être isolé. D'une part, il comprend l'ensemble des dépenses pour prévenir la survenance d'un dommage, décaissées ou projetées par la personne elle-même exposée au risque ou par un tiers ayant une emprise sur le processus dommageable menaçant autrui. D'autre part, il pourrait englober, à l'avenir, plus largement toutes les pertes éprouvées, le gain manqué et la perte de chance subi par la victime et qui sont engendrés par sa décision d'éviter la survenance du dommage, qui elle-même n'est que la conséquence de la perspective d'un dommage non encore actuel. Le préjudice a, en regard de son contexte d'apparition, été qualifié de préjudice de prévention.

A côté de ce préjudice de prévention, il est d'autres préjudices patrimoniaux résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, qui eux, ne sont pas orientés vers la prévention et donc, pour lesquels, il n'existe aucun lien nécessaire entre leur émergence

---

614J.-Cl. Civil Code, Fasc. 201 : régime de la réparation, F. LEDUC, 2005, n°20 ; S. CARVAL, « La victime n'est pas tenue de justifier l'emploi des dommages-intérêts qu'elle a perçus », RDC 2013, n°4, p.1345. « Qui ne voit que le seul calcul de l'équivalent monétaire du dommage est, déjà, une opération approximative, dont il serait bien prétentieux d'affirmer qu'elle permettrait à cette sanction d'«effacer» le dommage ? Sans parler de l'atteinte morale, pour laquelle les dommages-intérêts, arbitrairement évalués, jouent tout au plus le rôle d'une satisfaction, il est évident que les réparations allouées aux victimes ne compensent qu'exceptionnellement l'ensemble des incidences négatives du fait dommageable auquel elles ont été exposées ».

et un quelconque rôle actif de la victime.

## §2. LES AUTRES PREJUDICES PATRIMONIAUX RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU

**167. Consistance traditionnelle : la perte éprouvée et le gain manqué.** Contrairement aux préjudices extrapatrimonial actuel ou patrimonial actuel de prévention résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, les autres préjudices patrimoniaux actuels découlant de cette même exposition ne suscitent guère l'intérêt de la doctrine parce qu'ils ne sont, au vrai, qu'une simple application du droit commun de la réparation. Ces derniers préjudices ne sont pas pour autant doté d'un sens immédiat. Ces autres préjudices patrimoniaux peuvent prendre la forme aussi bien d'une perte éprouvée que d'un gain manqué. La perte éprouvée est ici celle effectivement subie par la victime du fait de la perspective d'un dommage, sans qu'elle ait nécessité l'intervention de la victime dans la prévention du dommage. Le gain manqué quant à lui, est celui qui est entraîné par la seule potentialité de dommage. Les illustrations sont très variées. Songeons, par exemple, au risque d'effondrement d'une partie du terrain d'une propriété. Si le bien immobilier est en vente, les acquéreurs potentiels pourront éprouver quelques réticences à l'acheter, contraignant ainsi les vendeurs à baisser le prix de vente. Cette dévalorisation constituera alors un préjudice patrimonial actuel<sup>615</sup>. Ils peuvent également consister dans une perte de jouissance<sup>616</sup> ou d'exploitation d'un bien<sup>617</sup> à la suite du

---

615F.-G. TREBULLE, « Prise en compte du risque pour caractériser un trouble anormal de voisinage », JCP G 2005, II, 10100 ; Cass. 2e civ., 14 janv. 2010, n°08-14273 ; Cass. 2e civ., 17 mai 1995, *Bull* civ 1995, II, n°142. Le demandeur sollicitait la réparation du préjudice résultant d'une dépréciation de sa propriété suite au risque d'éboulement de la falaise sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil. Des rochers s'étaient précédemment détachés de la falaise. La Cour d'appel avait rejeté sa demande au motif que le risque était le même que celui présent quand le propriétaire a acquis la propriété. La Cour de cassation fait, quant à elle, droit à sa demande, considérant que la réalisation du risque était intervenu entre temps, à plusieurs reprises, justifiant ainsi « la dépréciation subie par sa propriété depuis lesdits éboulements ».

Pour une illustration hypothétique, V° W. DROSS, « Le trouble de voisinage exclut-il la force majeure ? », *RTD Civ* 2015, p.177.

616Cass. 3e civ., 4 janv. 2011, n°09-14250 ; Cass. 2e civ., 18 déc. 1996, n°95-11329 et n°95-11478. Les requérants ont obtenu la réparation de la dépréciation de la villa et de la perte de jouissance par suite de l'exposition au risque. Il peut s'agir ici aussi bien d'un bien immobilier qu'un bien mobilier. Cass. 2e civ., 25 mars 1991, *RCA* 1991, comm. 283. Ce préjudice est patrimonial. Il est indemnisé dans le domaine immobilier. V° par ex., Cass. 3e civ. 21 sept. 2010, n°09-68534. Il ne doit pas être confondu avec le préjudice moral de déception ou de frustration. V° J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D* 2015, p.443.

617Cass. 2e civ., 26 sept. 2002, O. AUDIC, *D*.2003.1257. Les requérants ont obtenu la réparation de la

risque d'effondrement de blocs rocheux. Il peut s'agir également d'une réduction du loyer pour le propriétaire d'un immeuble consécutif au risque d'intrusion sur le balcon créé par la construction d'une passerelle en violation de la servitude non *aedificandi*<sup>618</sup> ou une perte de clientèle. Au titre des conséquences qui résultent directement de l'exposition à un dommage non encore survenu, l'on peut encore citer une souscription<sup>619</sup> ou une augmentation des primes d'assurances liée à l'augmentation de la probabilité de réalisation du risque<sup>620</sup>. De même, il peut être question d'une perte financière liée à l'impossibilité de livrer la marchandise en temps et en heure<sup>621</sup> en raison de la fermeture temporaire du port décidée par les autorités portuaires et causée par un risque de collision du navire transportant la marchandise, ayant un tirant d'eau important, avec une tête d'élingue qui s'était détachée d'un autre navire et qui gisait dans les eaux du port en fournit une illustration. Ici, la décision de prévenir le dommage ne résultait pas de la victime elle-même mais des autorités portuaires de telle sorte qu'il ne peut s'agir d'un préjudice de prévention. Leur réparation fût accordée fréquemment sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. On retrouve cette question également sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle pour faute. Mais les troubles anormaux de voisinage ne devraient pas être en reste dans l'avenir.

Par-delà la perte éprouvée et le gain manqué, les autres préjudices actuels de nature patrimoniale peuvent revêtir une autre forme ainsi qu'en atteste un arrêt de la Cour régulatrice.

**168. Consistance inédite : la perte de chance patrimoniale de mettre un terme à l'exposition au dommage.** Un autre préjudice patrimonial résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu peut consister dans une perte de chance de mettre un terme ou tout au moins de réduire l'exposition au dommage lorsque la perte de chance revêt un caractère patrimonial. Il y a quelques années, est, en effet, apparu dans le paysage juridique un préjudice de perte de chance d'échapper au dommage qui ne s'était

---

perte d'exploitation de leur hotel-restaurant situé en contrebas suite au risque.

618Cass. 3e civ., 15 oct. 2013, n°12-23974.

619Cass. Crim., 11 juin 1985, n°84-93841, *Bull. Crim.*, n°222 : « En privant immédiatement les copropriétaires de la sécurité procurée par l'assurance en prévision des sinistres contre lesquels ils ne pouvaient, dans ces conditions, se prémunir qu'en s'assurant personnellement à leurs frais ».

620Req. 27 janv. 1931, DH 1931. 114 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 2004, n°1127, p.2279 « On pourrait dire que la crainte du préjudice éventuel crée d'ores et déjà une insécurité, qui est un préjudice actuel, parce qu'elle entraîne une certaine dépréciation de l'immeuble, impose peut-être le paiement d'une surprime d'assurance » ; Cass. civ., 11 nov. 1896, S.1897, 2, p.273 ; T. Civ., Cahors, 14 nov. 1894, cité par Blondel, *D.1897*, 1, p 10.

621Cass. 2e civ., 19 mars 1980, D. 1980, p.414.

pas encore réalisé au jour où le juge statue<sup>622</sup>. A l'instar de ce que nous avons pu voir pour la perte de chance à caractère extrapatrimonial, ici, à cause de l'intervention fautive d'un tiers, la victime a perdu une chance. Cette rencontre entre le préjudice de perte de chance dans sa dimension patrimoniale et le dommage non encore advenu s'est faite dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 janvier 2010<sup>623</sup>. En l'espèce, la vente d'une villa, construite en méconnaissance des règles d'urbanisme, avait été réalisée sous l'égide d'un notaire ayant omis de conseiller aux vendeurs l'insertion d'une clause imposant aux acquéreurs l'exécution d'éventuelles condamnations sous astreinte des vendeurs. Ces derniers avaient ultérieurement été condamnés notamment à la démolition de la construction illégale sous astreinte. Ils se tournèrent vers les acquéreurs pour l'exécution de la condamnation mais faute d'obligation, ces derniers s'y refusèrent. Face au risque financier que représentait pour eux la liquidation et le paiement de l'astreinte, ils réclamèrent alors judiciairement que le notaire soit tenu à la réparation du préjudice final subi, même si le dommage ne s'était pas encore réalisé. Les magistrats de première instance les déboutèrent de leur demande de réparation immédiate du préjudice final et privilégièrent une réparation différée, dont le versement fut subordonné à la réalisation du dommage. Ils interjetèrent appel à l'encontre du jugement. La Cour d'appel ne fit pas droit à leur demande de réparation du préjudice directement causé par la faute<sup>624</sup> au motif que la condamnation pénale n'était que la conséquence de l'infraction aux règles d'urbanisme. Elle retint toutefois que le préjudice ne pouvait résider que dans « la perte de chance, pour le vendeur, de réaliser les travaux de démolitions dans le délai imparti sans avoir à supporter le risque de payer une astreinte », préjudice qu'elle qualifia d'éventuel « en l'absence, à ce jour, de contrainte ou d'avis de recouvrement délivré par l'administration, le vendeur ne s'exposait qu'à un simple risque de poursuites ». S'agissant du préjudice final, il ne pouvait être réparé immédiatement, à défaut de certitude. Concernant le préjudice de perte de chance, à son crédit, on peut relever que la Cour d'appel reprenait ici une solution du plus grand classicisme, la première chambre civile de la Cour de cassation ayant jugé, par le passé, qu'« un risque, fût-il certain, ne suffit pas à caractériser la perte

---

622V. LASSERRE, « Le risque », *D.*2011.1632 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, Sirey, t. 2, 14e éd., 2011, n°137, p.165.

623Cass. 1e civ., 14 janv. 2010, n°08-16760, *RTD Civ.* 2010, p. 330, note P. Jourdain ; *JCP G* 2010, n°15, 413 note L. Raschel ; Defrénois 2010, n°15, p.1688, obs. J.-S. Seube ; Defrénois 2010, n°20, p.2215 – *Adde* : D. SINDRES, « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », *RTD Civ.* 2016, p.25.

624CA Aix-en-Provence, 13 mars 2008, *jurisdata* n°2008-002746.

certaine d'une chance et que le préjudice en résultant était purement éventuel »<sup>625</sup>. Mais les victimes décidèrent de ne pas en rester là et formèrent un pourvoi en cassation qui se révéla fructueux. En effet, la première chambre civile casse l'arrêt sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, affirmant « qu'en statuant ainsi, par des motifs de nature à exclure l'existence d'un dommage intégralement consommé, mais impropres à écarter la perte de chance invoquée, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales du risque constaté, a violé le texte susvisé ». Ce qu'il est intéressant de constater dans cet arrêt publié au bulletin est que ce n'est pas la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé qui est visée, c'est-à-dire dans la décision, « la perte de la possibilité d'échapper au paiement de l'astreinte »<sup>626</sup>. Celle-ci constitue, en effet, pour l'heure un préjudice incertain eu égard à l'absence de manifestation de l'administration au jour du jugement. La cassation est prononcée car la Cour d'appel n'a pas recherché si la perte de chance d'interrompre l'exposition au dommage, en l'espèce, de la perte de la possibilité « d'échapper au risque de paiement de l'astreinte »<sup>627</sup>, n'était pas certaine dans cette affaire. Le préjudice de perte de chance d'éviter le dommage non encore survenu s'insère donc en bonne logique dans la typologie des préjudices actuels résultant du dommage redouté, l'exposition au risque étant en elle-même préjudiciable<sup>628</sup>. Il doit être différencié du préjudice intimement lié à la réalisation du dommage, le préjudice de perte de chance d'éviter le dommage survenu.

**169. Caractère résiduel du champ d'application de la réparation de la perte de chance patrimoniale de mettre un terme à l'exposition au dommage.** La réparation du préjudice de perte de chance d'interrompre la potentialité de dommage suscite des réserves, les filtres étant si nombreux qu'ils amenuisent *de facto* la probabilité de voir se développer un tel préjudice.

Le premier filtre tient au fait que la perspective du dommage non encore survenu doit avoir précédé l'intervention fautive ayant conduit à la perte de chance<sup>629</sup>. L'arrêt précité

---

625Cass. 1e civ., 16 juin 1998, *RCA* 1998, comm. 261 à propos de la perte de chance de surveiller les saillies.

626M. LATINA, « La perte de chance est-elle le seul préjudice réparable en cas de méconnaissance de l'obligation de conseil du notaire ? », *Defrénois* 2010, n°20, p.2215.

627Ibid.

628F.-G. TREBULLE, « Prise en compte du risque pour caractériser un trouble anormal de voisinage », *JCP G* 2005, II, 10100 ; *Ibid.*, « Nouveau développement de la responsabilité pour risques créés », *RDI* 2008, p.191 ; *Ibid.*, « Confirmation de l'accueil du risque préjudiciable », *RDI* 2008, p.488 ; *Ibid.*, « Entreprise et développement durable (2e partie) », n°1, 2011, chron. 1, spéc. n°31.

629M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Essai d'une théorie, Préface J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n°620 et s., p.493 et s. « Lorsqu'un individu perd une chance par la faute d'un autre, cela signifie [...] que la chance perdue existait dans le patrimoine de la victime avant

du 14 janvier 2010 en constitue une de ces rares illustrations. En l'espèce, le risque existait avant la rédaction de l'acte et donc l'intervention du notaire, précisément à partir du moment où la demande du permis modificatif avait été refusée. L'abstention du notaire quant à elle, avait empêchée les vendeurs de mettre un terme à la perspective du dommage. Autre illustration, imaginons un contrat de bail commercial. Le preneur à bail, en raison de son activité, est soumis à des obligations légales et réglementaires par les autorités administratives. Lors d'un tel contrôle, il en ressort que des travaux de conformité aux normes légales et réglementaires sont nécessaires et qu'ils doivent être exécutés sous un délai de trois mois à défaut de quoi le locataire perdra son agrément pour réaliser son activité. Entre-temps, un avenant au contrat de bail est conclu. Celui-ci vient modifier certaines clauses parmi celle relative à la charge de travaux sans que la personne en charge de la validation juridique du contrat pour le locataire n'ait été informée du contrôle des autorités administratives et de la décision de mise en conformité des travaux dans un délai de 3 mois en résultant. Aux termes de l'avenant, une de ses clauses prévoit que les travaux de conformité aux normes légales et réglementaires liées à l'activité du preneur à bail pèseront dorénavant sur ce dernier. Une autre clause prévoit que tous travaux, y compris de conformité seront soumis à l'autorisation du bailleur. Si le bailleur refuse les travaux qui sont pourtant imposés au locataire à raison de son activité et que le locataire doit les réaliser dans un délai de 3 mois, le preneur à bail se trouve irrémédiablement exposé à un dommage non encore survenu, en l'occurrence un retrait d'agrément, par la faute de la personne en charge de la sécurisation de ses intérêts juridiques. On le voit bien, la perspective du dommage non encore survenu avait en l'espèce précédée l'intervention fautive ayant conduit à la perte de chance. Or, en pratique, la plupart du temps, l'intervention fautive n'a pas pour conséquence de faire perdre une chance d'éviter un événement défavorable préexistant mais bien davantage de créer la menace de dommage ou le dommage certain<sup>630</sup>. En dehors de ces quelques cas, l'on peine à trouver des applications potentielles.

A ce premier filtre s'ajoute la nécessité de caractériser une véritable incertitude causale entre le fait dommageable et le dommage final. Il est acquis que la perte de chance est employée tantôt pour obvier à l'incertitude définitive sur le dommage final, lorsqu'elle est positive, telle la perte de chance, pour le plaideur, d'obtenir gain de cause devant le juge, tantôt pour pallier l'incertitude du lien causal entre le fait dommageable et le

---

l'intervention fautive ».  
630F. LEDUC, « Rapport de synthèse », LPA 2013, n°218, p.51.

dommage final quand elle est prise dans son acception négative, comme, par exemple, la perte de chance d'éviter le dommage<sup>631</sup>. « En effet, dans l'hypothèse « classique », il existe une perte certaine (la perte du billet de loterie ou l'impossibilité de faire d'appel, par exemple), et ce sont simplement les conséquences de celle-ci qui sont incertaines. En revanche, dans l'hypothèse de l'erreur de diagnostic, l'incertitude porte sur l'existence même d'une perte, car nul ne peut dire si, en l'absence de ce fait, la maladie aurait suivi un cours différent. Contrairement au cas précédent, donc, l'incertitude serait ici fondamentalement liée au processus causal »<sup>632</sup>. A l'opposé de ce qu'il a pu être écrit<sup>633</sup>, la fonction de la perte de la chance d'éviter le dommage potentiel au moment où le magistrat est invité à statuer n'est pas de pallier l'incertitude du dommage. En effet, dans l'arrêt de 2010<sup>634</sup>, le dommage final n'était pas constitué par le paiement de l'astreinte, qui effectivement était incertain, mais par l'exposition au risque de paiement de l'astreinte. Cette atteinte dont il était question n'était pas affectée par la moindre incertitude. Si le dommage était certain, en revanche, il ne pouvait pas en être dit autant, à première vue, du rapport causal entre le fait du défendeur et l'exposition au risque. La situation qui aurait été celle de la victime en l'absence du fait dommageable reste à jamais inconnue. Ainsi comprise, la perte de chance d'éviter le dommage redouté sert, à l'instar de la perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé, à remédier au caractère incertain du lien de causalité. Pourtant, à bien y regarder, l'on s'aperçoit qu'il n'y avait, en l'espèce, aucune incertitude causale. Il était, en effet, certain que la victime aurait acceptée une telle clause puisque l'on apprenait dans l'arrêt que le prix de vente avait été diminué en considération d'une éventuelle condamnation à venir. Partant de là, les juges n'auraient pas dû recourir à la perte de chance. En revanche, si une diminution du prix de vente n'avait pas été consentie, c'est-à-dire si l'incertitude causale avait demeuré, les juges auraient-ils dû réparer la perte de chance ? Une réponse affirmative nous semble être de rigueur car, à la différence de la perte de chance dans sa dimension extrapatrimoniale, celle à caractère patrimonial ne se réduit pas aux troubles psychologiques qu'engendrerait l'exposition au dommage. Exposée au risque de payer une astreinte, la victime était contrainte de provisionner des sommes en vue de la liquidation de l'astreinte réduisant ainsi son pouvoir d'achat actuel. La perte de chance patrimoniale peut donc être, de manière isolée, nantie d'une véritable consistance.

---

631 *Ibid.*

632 J.-S. BORGHETTI, « La perte de chance : rapport introductif », LPA 2013, n°218, p.13.

633 P. JOURDAIN, obs. ss. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 janvier 2010, *RTD Civ.* 2010, p.330 ; M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », D. 2013, p.619.

634 Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2010, arrêt *préc.*



Constituent des préjudices patrimoniaux actuels liées à un dommage non encore survenu la perte éprouvée, le gain manqué et, plus récemment, la perte de chance de mettre fin à une menace de dommage, à condition toutefois que le dommage potentiel précède la perte de chance et qu'une véritable incertitude causale puisse être caractérisée. En pratique, ces deux filtres diminuent drastiquement la probabilité d'en voir un jour des manifestations. Ce n'est cependant pas à dire qu'il ne puisse pas du tout prospérer. Ne présentant guère de spécificité par rapport au droit commun, cette dernière sous-catégorie de préjudices est identifiée sous la bannière « autre préjudice patrimonial ».

**170. Conclusion de la Section 2.** Du côté des préjudices patrimoniaux immédiats découlant de l'exposition à un dommage non encore advenu, la diversité est plus grande. Deux sous-catégories de préjudices patrimoniaux ont ainsi pu être mises en évidence. La première est constituée du préjudice de prévention. La seconde catégorie quant à elle, est constituée par tous les autres préjudices patrimoniaux actuels subis par une victime n'ayant joué aucun rôle actif dans la prévention du dommage.

**171. Conclusion du Chapitre 1.** Point n'est donc besoin d'attendre nécessairement la réalisation du dommage pour obtenir du juge une mesure curative. Les juges admettent volontiers que l'exposition de soi ou de ses proches à un dommage dont la survenance n'est encore que potentielle puisse avoir des conséquences préjudiciables immédiates pour la victime. Ces préjudices réparables n'échappent pas à la typologie classique des préjudices. Il peut tout d'abord s'agir d'un préjudice extrapatrimonial, préjudice unique et autonome, identifié sous le chef de préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Il inclut tous les troubles psychiques qui sont l'expression d'une peur, d'une dépression, d'une détresse, d'un effroi, etc. consécutifs à la connaissance de la perspective d'un dommage et qui peuvent se manifester par un bouleversement dans les conditions d'existence. Les préjudices peuvent ensuite être patrimoniaux. La victime peut alléguer un préjudice de prévention qui englobe les dépenses engagées ou à effectuer que peuvent subir les victimes qui ont été contraintes d'adopter une mesure de prévention afin de se protéger et qui pourrait, si la demande en était faite par les victimes, comprendre encore les autres pertes

éprouvées, les gains manqués voire les pertes de chance qui apparaîtraient dans ce même contexte de prévention. Le demandeur peut, en outre, invoquer un autre préjudice patrimonial qui concentre toutes les conséquences patrimoniales actuelles subies par la victime en raison de la perspective d'un dommage, à l'exclusion de celles qui auraient requis une intervention de la victime dans la prévention du dommage.

Les préjudices intermédiaires réparables étant mis en lumière, il peut désormais être envisagé la question de leur régime de réparation.

## Chapitre 2.

# Le régime juridique de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

172. Le principe de réparation des préjudices intermédiaires actuels n'est pas contestable. Les victimes subissent de réelles conséquences juridiques du fait de dommages redoutés. Pour l'heure, tant les conditions de la réparation des préjudices actuels consécutifs à un dommage redouté que leur méthode d'évaluation sont, en droit positif, changeantes. La variabilité ne serait pas en soi un inconvénient si elle n'avait pas, en l'espèce, pour caractéristique d'être totalement incohérente au point de faire de la réparation des préjudices actuels un traitement incertain et discriminant entre les différentes victimes qui ont à subir la perspective d'un dommage à venir. Aussi, apparaît-il nécessaire d'arrêter les conditions de la réparation (Section 1) ainsi que la méthode

d'évaluation de la réparation (Section 2) et de les doter d'un caractère immuable.

## Section 1.

### Les conditions de la réparation

173. Selon les préjudices en cause, les conditions de la réparation peuvent, certaines fois, varier d'un juge à l'autre, d'un contentieux à l'autre, voire au sein d'un même contentieux. D'autres fois, c'est la signification des conditions qui interroge. Fort de ce constat, il est indispensable de fixer les conditions de la réparation de ces préjudices et d'en préciser le sens. Certains auteurs s'inquiètent d'un possible engorgement des tribunaux face à la multiplication des décisions accueillant les demandes en réparation de préjudices actuels résultant d'une potentialité de dommage, inquiétude que nous partageons. Il ne faudrait pas que la réparation des préjudices actuels découlant d'un dommage non encore survenu soit l'occasion de permettre la réparation de préjudices qui n'ont d'existence que dans l'esprit de leur victime. Pour l'éviter, ces mêmes auteurs proposent un encadrement strict de la réparation sans en dire davantage sur la consistance de celui-ci. Il faut donc envisager quel pourrait être cet encadrement strict pour en apprécier la pertinence. Il pourrait consister dans l'adjonction de conditions supplémentaires aux conditions traditionnelles. Mais aussi surprenant que cela puisse paraître, des critères additionnels ne serviraient à rien (§1) tant les conditions classiques de la réparation nous paraissent suffisamment riches pour induire tel ou tel critère ou pour alourdir la charge de la preuve et ainsi exercer une régulation de la réparation de tels préjudices (§2).

#### §1. LE RECOURS INUTILE A DES CONDITIONS SUPPLEMENTAIRES DE LA REPARATION

174. Plusieurs conditions supplémentaires de la réparation semblent pouvoir être envisagées. Parmi elles, certaines sont additionnelles en ce sens qu'elles se rattachent au dommage non encore survenu, élément que ne postule pas la mise en œuvre de la responsabilité. Ainsi en est-il de la gravité du dommage potentiel ou son anormalité (A).

Une autre est additionnelle dans la mesure où elle est moins une condition traditionnelle de la réparation qu'un critère sporadique de la réparation, ayant vocation à s'appliquer que pour certaines responsabilités résiduelles (B). La conclusion est cependant la même quelle que soit la condition en cause : ces différents critères ne doivent donc pas être érigés en condition de la réparation des préjudices immédiats.

#### A. LA GRAVITE OU L'ANORMALITE DU DOMMAGE POTENTIEL

**175. L'identification de la gravité du dommage non encore arrivé comme critère prétorien implicite.** « Si pour engager la responsabilité civile délictuelle d'une personne, la loi et la jurisprudence recourent parfois à la notion de faute qualifiée [...], c'est-à-dire à une faute particulière, dont les degrés varient selon sa gravité, la volonté ou la conscience de son auteur, – grave, lourde, dolosive, intentionnelle, etc. –, le dommage lui-même doit parfois revêtir une certaine qualification, un certain degré d'élévation ou une certaine gravité, afin de pouvoir être indemnisable »<sup>635</sup>. Tel semble être le cas dans la responsabilité pour dommages non encore survenus où la condition de gravité du dommage est requise et cela même en dehors des relations de voisinage. Du moins, peut-on dire qu'elle constitue un point commun à toutes les espèces sur lequel n'insiste pas particulièrement, au demeurant, la Cour régulatrice<sup>636</sup>. En effet, les préjudices actuels découlant d'une telle menace ont été réparés dans des affaires où le dommage corporel redouté était d'une certaine intensité telles la mort<sup>637</sup>, une pathologie connue pour engendrer des douleurs physiques difficilement supportables<sup>638</sup>, la perte partielle d'un des cinq sens<sup>639</sup> ou la perte d'une fonctionnalité du corps humain<sup>640</sup>. Lorsque, à l'inverse, le dommage non encore arrivé était de nature matérielle, seuls les

---

635J.-Cl. Civil Code, Fasc. 101, Droit à réparation : conditions de la responsabilité délictuelle, 2005, S. RETIF, n°28.

636On la retrouvait déjà chez Demogue à propos du dommage possible. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Sources des obligations, t. IV, Paris, 1931, n°389 puis 385. « Si une situation de fait a été créée qui rend un préjudice possible dans l'avenir, en principe, ce simple risque créé ne suffit pas à créer droit à indemnité ». Mais « du moment que le risque est assez important pour qu'on puisse estimer qu'il y a diminution de valeur ou surprime à payer, il paraît raisonnable d'indemniser ».

637Cass. crim., 15 oct. 2013, n°12-83055.

638Cass. Soc., 11 mai 2010, n°09-42241 et 09-42257 ; Cass. 2e civ., 2 juillet 2015, n°14-19481.

639Trib. Corr. Seine, 5 mai 1965, JCP 1965, II,14332.

640Cass. 2e civ., 3 mai 1995, n°93-17936.

risques d'atteintes à la maison à usage d'habitation<sup>641</sup> ou plus largement au fonds<sup>642</sup>, ou l'entrave à l'exercice de l'activité professionnelle<sup>643</sup> ont été jugés suffisants pour permettre la réparation des préjudices actuels. Notons également que le dommage potentiel, lorsqu'il est matériel, se double très souvent, d'un risque pour la sécurité physique des victimes. D'après la jurisprudence, l'idée qui semble présider aux règles de la réparation de tels préjudices est que l'indemnisation n'a pas de raison d'être au-dessous d'un seuil déterminé, les juges n'ayant cure des bagatelles<sup>644</sup>. Il est acquis que le préjudice inconsistant, insignifiant, ne doit pas être réparé, en vertu de la combinaison de l'adage *de minimis non curat praetor*<sup>645</sup>, déduit du *Corpus juris civilis*, et du caractère certain que doit présenter le dommage pour être réparable. Toutefois, concernant la réparation des préjudices actuels liés à l'exposition à un dommage non encore survenu, les magistrats paraissent exiger bien plus que ce que suggèrent l'application de l'adage et de la condition de certitude du préjudice. En effet, de prime abord, le dommage non encore survenu qui est à l'origine desdits préjudices doit, en outre, avoir une particulière intensité, revêtir une certaine gravité. Ainsi, par exemple, le défendeur ne pourrait pas se voir condamner au remboursement des frais avancés par la victime pour la protection de ses arbustes d'ornement en raison du risque d'inondation dont il serait à l'origine. Le risque de perdre la végétation sur sa propriété n'ayant rien de comparable au risque d'incendie de sa maison. Autre exemple, le salarié qui risquerait de se casser une cheville à cause de son employeur. Ce risque est très éloigné des cas où la jurisprudence a pu ordonner l'indemnisation de la souffrance psychique intermédiaire. Récemment d'ailleurs, le Conseil d'État s'est aligné sur cette position. Dans trois arrêts rendus le 9 novembre 2016, celui-ci a admis, en l'absence de contamination avérée qu'un préjudice moral tiré de l'anxiété éprouvée par un patient face au risque de développer une maladie grave pouvait être réparé s'il était fait la démonstration de plusieurs éléments parmi lesquels la gravité des pathologies risquant de se développer<sup>646</sup>. Ces arrêts sont d'autant plus intéressants qu'ils rattachent cette exigence de gravité du dommage non encore advenu au caractère direct et certain du préjudice. Traditionnellement pourtant, tant en droit public qu'en droit privé, la gravité est un critère casuel non pas du dommage mais

---

641Cass. 2e civ., 18 décembre 1996, n°95-11329 et n°95-11478 ; *RTD Civ.* 1997, p. 440, obs. P. Jourdain ; *RCA* 1997, comm. 79.

642Cass. 2e civ., 15 mai 2008, n°07-13483.

643Cass. 2e civ., 26 septembre 2002, JCP G 2003, I, 154.

644Répertoire dalloz de procédure civile, Actions en justice, N. CAYROL, 2013, n°246 et s.

645P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2123.73, p.518.

646CE, 9 novembre 2016, n°393108 ; n°393904 ; n°393902, 393906.

du préjudice, et pour seulement certains cas de responsabilités, à côté des critères constants, caractère certain, légitime et personnel.

**176. La réfutation de l'utilité d'un tel critère.** A l'analyse cependant, la gravité du dommage non encore réalisé concernerait moins les préjudices patrimoniaux que le préjudice extrapatrimonial<sup>647</sup>. En effet, dans l'exemple du préjudice de prévention sus-évoqué, qu'y aurait-il véritablement de choquant à l'indemniser à partir du moment où les dépenses effectuées ne sont pas insignifiantes – ce que garantit l'exigence de certitude et l'adage *de minimis* – ou, à l'inverse, qu'elles ne sont pas déraisonnables, critère que nous serons amenés à préciser dans la suite des développements ? Pareillement, on ne voit pas pourquoi on refuserait le remboursement des frais avancés par la victime pour éviter que sa baie vitrée ne soit brisée par les grands arbres voisins dont le défendeur ne se soucie guère si le préjudice répond aux conditions que l'on vient d'indiquer. La gravité du dommage non encore advenu ne nous semble pas devoir être requise, que ce soit pour le préjudice de prévention et même pour les autres préjudices patrimoniaux. En revanche, on peut comprendre les raisons qui poussent à exiger une certaine gravité du dommage non encore réalisé lorsqu'il est à l'origine d'un préjudice extrapatrimonial. Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu est souvent dépeint comme l'illustration topique du paroxysme de l'idéologie de la réparation<sup>648</sup>, la souffrance psychique résultant d'événements défavorables étant monnaie courante car, au fond, inhérente au fonctionnement du psychisme de l'Homme<sup>649</sup>. Dans ce tableau, la gravité du dommage potentiel aurait justement à jouer le rôle de critère de distinction entre la peur ou les autres souffrances psychiques alimentées d'un côté par les petits soucis et tracas de la vie quotidienne et de l'autre, celles engendrées par un événement défavorable d'une plus grande intensité. Ce faisant, certaines souffrances, celles générées par des dommages non encore arrivés à l'intensité jugée anodine, ne mériteraient pas réparation. Reste que même à propos du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, l'opportunité d'un recours au critère de gravité de l'atteinte potentielle n'est pas avérée. Comme nous avons déjà pu l'affirmer dans l'étude de la prévention du dommage, la gravité de l'atteinte non encore advenue ne nous paraît

---

647P. JOURDAIN, « Les préjudices d'angoisse », JCP G 2015, n°25, doct. 739.

648Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité (en général), P. LE TOURNEAU, 2009, n°29.

649G. MEMETEAU, « La peur, trouble de voisinage et de la vie ? », Droit rural n°431, 2015, comm. 22 : « La peur est un préjudice alors qu'elle est inhérente à la vie ».



pas être un critère pertinent au regard de la disparité des solutions à laquelle elle pourrait conduire. Faudrait-il alors s'en remettre à la notion juridique plus familière<sup>650</sup> d'anormalité du dommage, contrôlée par la Cour de cassation<sup>651</sup> ? On sait que pour déterminer la frontière entre l'anormal et le normal, la jurisprudence fait appel au principe du seuil<sup>652</sup>. Pour fixer « le seuil au-delà duquel une réparation semble justifiée, le juge administratif, comme son homologue judiciaire, recourt de manière officieuse à des standards »<sup>653</sup>. Parce qu'« il y a toujours une part d'arbitraire à fixer un seuil »<sup>654</sup>, nous ne le recommandons pas. Partant, tant la gravité que l'anormalité du dommage potentiel ne peuvent constituer des conditions de la réparation des préjudices actuels engendrés par un dommage non encore advenu, tout comme l'anormalité du préjudice ne peut en être une.

## B. L'ANORMALITE DU PREJUDICE

**177. Exposé de la potentialité de l'anormalité du préjudice comme condition de la réparation des préjudices actuels.** « Classiquement, il est dit que le dommage doit être certain, personnel, direct et légitime pour mériter indemnisation. Ces critères n'ont pas permis d'encadrer les préjudices qui prolifèrent, au point que des auteurs s'inquiètent d'une « idéologie de la réparation »<sup>655</sup>. Selon Mme Wester-Ouisse, « certains préjudices indemnisés ne sont que de petites vexations ou agacements, de menues contrariétés ou

---

650V° A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Préface S. PORCHY-SIMON, PUAM, 2014, n°485 et s., p.388 et s. ; V. WESTER-OUISSSE, « Le dommage anormal », *RTD Civ.* 2016, p.531 ; F. CHENOT, *La protection contre les troubles de voisinage en droit privé*, Thèse Poitiers, 1999, n°92 et s., p.64 et s. ; C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français, étude sur la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques*, Préface D. TRUCHET, Bibl. de droit public, t. 228, LGDJ, 2002, p.201 et s. Une doctrine minoritaire a même été jusqu'à s'interroger sur une généralisation contingente de ce critère à la sphère délictuelle. A. BASCOULERGUE, *Op. Cit.*, n°485 et s., p.388 et s. ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, coll. Droit fondamental, 2014 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Quelle(s) réparation(s) ?*, *RCA* 2001, n°6 bis, p.65.

651A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Préface S. PORCHY-SIMON, PUAM, 2014, n°496, p. 395.

652F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Préface J. RIVERO, LGDJ, t.140, 1981, n°193 et s., p.242 et s.

653A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Préface S. PORCHY-SIMON, PUAM, 2014, n°490, p.390 – *Adde* : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 135, 1980 ; F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Préface J. RIVERO, LGDJ, t.140, 1981, n°174 et s., p.225 et s., spéc. n°193 et s., p.242 et s.

654O. SABARD, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », *LPA* 2013, p.23.

655V. WESTER-OUISSSE, « Le dommage anormal », *RTD Civ.* 2016, p.531.

petites angoisses, dont l'indemnisation a en réalité un tout autre objectif que l'indemnisation ou la compensation : angoisses face aux progrès techniques, face aux dépistages d'éventuelles maladies, contrariétés face à une concurrence qu'on voudrait éradiquer, ... nombreux sont les préjudices minimes qui sont indemnisés, en réalité et la plupart du temps, à titre de punition de l'auteur d'un comportement fautif »<sup>656</sup>. Et d'ajouter que ce constat ne concernerait pas seulement certains préjudices extrapatrimoniaux mais vaudrait encore pour certains préjudices patrimoniaux. Une référence au préjudice « anormal permettrait peut-être de freiner les velléités expansionnistes de la responsabilité civile »<sup>657</sup>. A la suite de M. le Professeur Sériaux et M. Bascoulergues, Mme Wester-Ouisse propose, en somme, d'étendre cette exigence d'anormalité du préjudice au-delà de certaines responsabilités extracontractuelles résiduelles pour l'appliquer dans son ensemble à la responsabilité délictuelle. Concrètement, l'auteur souhaite « poser des exigences en terme d'acuité et de durée »<sup>658</sup> du préjudice. Elle cite en exemple la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu qui pourrait, en fonction de ces circonstances, être exclue. Il pourrait en aller de même pour les préjudices patrimoniaux immédiats.

**178. Critiques de la potentialité de l'anormalité du préjudice comme condition de la réparation des préjudices actuels.** Pour les raisons que nous avons déjà évoqué, nous ne souscrivons pas à cette analyse. Aux inconvénients que susciterait l'interprétation de l'anormalité, il faut encore ajouter celui de l'exclusion de la réparation du préjudice d'angoisse de mort prématurée si cette dernière est imminente, faute de répondre à une certaine durée. Du reste, elle aurait pour désavantage d'exiger, selon le fondement de l'action, l'anormalité à un double niveau : fait générateur et préjudice alors qu'elle n'est traditionnellement exigée qu'à un seul niveau. Soit l'anormalité se situe dans le fait générateur comme cela est le cas, par exemple, de certaines responsabilités comme celle du fait personnel où un simple fait causal ne peut suffire à engager la responsabilité de l'agent, le fait fautif devant être anormal. L'anormalité étant imposée au niveau du fait générateur, elle ne l'est pas au niveau du préjudice qui doit seulement présenter les caractères constamment exigés pour sa réparation, en l'occurrence, être certain, légitime et personnel. Soit l'anormalité se découvre dans le préjudice lorsque le

---

<sup>656</sup>*Ibid.*

<sup>657</sup>*Ibid.*

<sup>658</sup>*Ibid.*

fait générateur est normal. L'anormalité du préjudice n'est alors exigée que pour compenser la normalité du fait générateur. L'imposer à deux niveaux conduirait à l'excès inverse : la réparation ne serait que par trop difficile à obtenir pour les victimes qui ont à subir la potentialité de dommages.

Au bilan, bien qu'elle soit suggérée par plusieurs auteurs, l'anormalité du préjudice ne peut constituer une condition supplémentaire de la réparation eu égard aux inconvénients qu'elle entraînerait. Plus généralement, ce sont toutes les propositions de conditions additionnelles sus-inventoriées qu'il faut rejeter tour à tour. L'étude de ces différentes propositions de critères nous ont apporté un enseignement essentiel. Les conditions traditionnelles de la réparation sont suffisantes pour conditionner la réparation des préjudices actuels.

## §2. L'EXPLOITATION DES CONDITIONS CLASSIQUES DE LA REPARATION

**179. Régulation par les conditions classiques de la réparation.** L'objectif est d'échapper à une explosion des demandes en réparation. La satisfaction de celui-ci nous paraît pouvoir être atteinte par le recours aux seules conditions classiques de la réparation. Ainsi, la condition du fait générateur, lorsque la responsabilité actionnée est une responsabilité pour faute, offre de faire le départ entre la création fautive d'un dommage potentiel de celle qui ne le serait pas. De la même manière, la condition du lien causal entre le fait générateur et les préjudices actuels consécutifs à un dommage redouté doit permettre de procéder à un partage immédiat de responsabilité entre le responsable et la victime lorsque cette dernière a commis une faute antérieure ou concomitante au fait dommageable du responsable en lien avec le dommage non encore survenu auquel elle est exposée. Songeons, par exemple, au cas d'une conjointe qui solliciterait la réparation de son préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu résultant des menaces avec arme de son conjoint alors même que ce serait elle qui lui aurait fourni l'arme chargée tout en sachant qu'il était atteint de la maladie de la persécution. Suivant « l'analyse causaliste »<sup>659</sup>, le juge devrait réduire l'indemnité de la conjointe, ce qu'il fait déjà

---

659P. JOURDAIN, « Rapport introductif », LPA 2002, n°232, p.3.

lorsque le risque s'est finalement réalisé<sup>660</sup>.

**180. Rôle majeur du caractère certain du préjudice.** Par-delà le fait générateur et la causalité, c'est surtout le caractère certain, à l'instar du régime du dommage survenu, qui fait figure de rempart à une indemnisation par automatisme du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu (A), du préjudice de prévention (B) et des autres préjudices patrimoniaux (C). Relevons que la réforme à venir de la responsabilité civile n'entend pas modifier le droit positif puisque l'article 1235 du projet précise notamment qu'« est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage ».

#### A. LE CONTROLE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE EXTRAPATRIMONIAL ACTUEL RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU AU MOYEN DE L'EXIGENCE DE CERTITUDE

181. Les juridictions contrôlent déjà l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu au moyen de l'exigence de certitude. Deux griefs peuvent cependant être adressés à ce contrôle. D'une part, il est très hétérogène, certaines décisions imposant tantôt une condition induite de la certitude,

---

660G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°369, p.281 et s. *V°* par ex., à propos de la faute du propriétaire d'un engin qui laisse conduire un individu alors qu'il sait que celui-ci n'est pas titulaire du permis de conduire ou du certificat de capacité : Cass. 2e civ., 8 avril 1970, *RTD Civ.* 1971, p.148, note G. Durry ; A propos de la faute commise par le propriétaire d'un véhicule qui confie ses clés à un tiers en état d'ivresse, d'où résulte un accident : Cass. 2e civ., 13 juin 1974, D. 1974, IR p.212 ; à propos du centre d'éducation et de surveillance qui laisse deux de ces mineurs en fugue alors qu'il connaît les antécédents délinquants de l'un d'eux. En l'occurrence, un défaut de surveillance était reproché au gardien : Cass. 2e civ., 5 octobre 1967, D. 1968, p.197 ; à propos de la faute commise par un conducteur accidenté qui n'avait pas signalé l'approche de son véhicule alors que les lieux le nécessitaient : Cass. 2e civ., 5 mars 1975, JCP G 1975, IV, p.138 ; à propos de la faute commise par un conducteur qui ne dissuade pas son passager d'ouvrir brusquement la portière, d'où résultera une collision avec un cyclomotoriste circulant entre les deux files de voiture : Cass. 2e civ., 16 octobre 1975 Carbo, JCP G 1975, IV, p.356 ; à propos de la faute d'un restaurateur qui sert de l'alcool à une personne déjà ivre et qui décède quelques heures plus tard d'une asphyxie par régurgitation due à l'alcoolisation aiguë : Cass. 2e civ., 20 juin 2002, *RCA* 2002, comm. 279 ; CA Aix, 18 janvier 1962, JCP G 1962, II, 12892. L'époux était atteint de la maladie de la persécution et avait tué un homme. La Cour d'appel considère que l'épouse a commis une faute - consistant à avoir confié à son époux une arme chargée - laquelle a généré un meurtre. En conséquence, sa responsabilité est retenue sur le fondement des articles 1382 et 1384 alinéa 1er du Code civil. La responsabilité du médecin a également été retenue pour n'avoir pas pris la précaution d'avertir l'entourage des dangers de son état et notamment des potentielles rechutes.

tantôt une autre. D'autre part, le contrôle n'est que trop léger, l'existence du préjudice se voyant souvent présumée, et ce, que le dommage non encore survenu l'ayant engendré soit un dommage futur ou un dommage simplement possible. Afin de rendre ce contrôle harmonieux et efficace, l'exploitation du caractère certain du préjudice pourrait alors se concrétiser, *de lege ferenda*, par une différence dans l'administration de la preuve de la certitude selon le dommage non encore survenu en question (2). Avant cela, il nous faut s'arrêter sur les conditions induites de la certitude qui nous paraissent devoir conditionner la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel quel que soit le dommage non encore advenu (1).

### 1. Les conditions d'ordre général induites de la certitude

182. A suivre certaines décisions, la permanence de la souffrance conditionne la compensation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. C'est un point de vue que nous ne partageons pas (a). D'autres décisions font ponctuellement de la conscience de la victime la condition de la compensation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, condition que nous proposons de généraliser (b). C'est encore la certitude qui va permettre de limiter la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel médiat (c).

#### *a. La permanence de la souffrance, une condition écartée*

**183. Présentation de la position du droit positif quant à la permanence.** En droit positif, l'on retrouve parfois la mention de la permanence. Celle-ci est attachée tantôt à la souffrance, tantôt au risque<sup>661</sup>. Sur le fond, cela ne change pas grand chose, la permanence de la souffrance n'étant que le corrélat de la permanence du risque de dommage. Si le dommage redouté vient à se réaliser ou s'évanouit, il faut considérer que soit la souffrance psychique intermédiaire disparaît au profit d'autres préjudices, soit elle

---

<sup>661</sup>Cass. 2e civ., 10 juin 2004, n°03-10434.

laisse place à la quiétude en fonction des circonstances et de la réaction psychique de tout un chacun. Elle n'a pas vocation à perdurer lorsque l'exposition au dommage non encore survenu s'éloigne. Lorsque la responsabilité actionnée est celle des troubles anormaux de voisinage, l'exigence de permanence s'explique par la nécessité de continuité des troubles. S'il est possible de retrouver la permanence de la souffrance en dehors des cas où la responsabilité est engagée sur le fondement du principe aux termes duquel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage, cela ne peut s'expliquer que par la volonté des juges de bien caractériser l'existence d'un préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage non encore réalisé. On retrouve ainsi cette exigence de permanence de la souffrance dans le contentieux de la détention<sup>662</sup>, dans le contentieux de l'amiante<sup>663</sup> ou encore dans celui de l'abus du pouvoir disciplinaire de l'employeur<sup>664</sup>. La multiplication des hypothèses où la permanence de la souffrance est imposée interroge sur son éventuelle généralisation.

**184. La souffrance permanente entendue comme la souffrance définitive.** En droit, le terme « permanent » employé notamment pour désigner certains préjudices corporels est entendu comme un synonyme du vocable « définitif ». Ainsi compris, pour que la souffrance soit permanente, il faut que le dommage potentiel, dès son origine, ne laisse aucun « échappatoire » à la victime autre que son décès, naturel ou du fait de la réalisation du dommage<sup>665</sup>. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence bat en brèche cette acception de la permanence. Par exemple, l'état de tension et d'anxiété dans lequel a été placé le salarié par le fait de son employeur a été qualifié de permanent par le Conseil de prud'hommes alors même qu'il n'était pas définitif. Une mesure préventive pouvait faire cesser la potentialité de dommage et cela même si le dommage est certain. D'ailleurs, ce critère aurait prestement été impraticable eu égard à l'existence, pour certains litiges, de controverses scientifiques quant au caractère sempiternel ou non du dommage. En témoigne, par exemple, le médiateur, dont il a été soutenu d'abord que les effets dommageables disparaissaient avec l'arrêt du traitement pour ensuite admettre qu'ils se prolongeaient au-delà<sup>666</sup>.

---

662Cass. C.R.D., 21 janvier 2008, n°7C-RD073.

663V° par ex., Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°12-29788.

664CPH Paris, 16 janvier 2015, n°F12/10198, Actualité juridique Net-iris 13/10/2015.

665Contra : M. DEVELAY, « Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition ? », RLDC 2013, 103.

666S. HOCQUET-BERG, « Le préjudice d'anxiété des patients exposés au Médiateur », Revue générale du droit on line, 2016, n°23843.

### **185. La permanence de la souffrance entendue comme une souffrance continue.**

Une autre acception peut être prêtée à la permanence de la souffrance au regard de la jurisprudence. La souffrance permanente est celle qui doit être vécue sans interruption au cours de la perspective du dommage. C'est sans doute ce qui explique que, dans le contentieux de l'amiante, la chambre sociale de la Cour de cassation ait un temps subordonné la certitude du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, condition nécessaire de son indemnisation à la réactivation de la souffrance notamment par un suivi médical régulier<sup>667</sup>. Le raisonnement était le suivant. Si des événements viennent réactiver la souffrance, cela permet de s'assurer que la victime souffre toujours bel et bien de la potentialité de dommage. Cette exigence circonstanciée est désormais désuète dans ce contentieux<sup>668</sup>. Toutefois, la réactivation du trouble est réapparue dans la jurisprudence civile et spécialement, dans le contentieux du Distilbène<sup>669</sup>, à l'occasion de la reprise, par la Cour de cassation, de l'arrêt d'appel de la Cour de Versailles daté du 7 novembre 2013. « Attendu que pour indemniser Mme X... au titre d'un préjudice d'anxiété, l'arrêt énonce qu'elle justifie cette demande en tant que préjudice lié à la connaissance de ce que son état comporte un risque d'une pathologie mettant en jeu son pronostic vital ; que l'exposition *in utero* au DES est facteur de risque majoré pour certaines pathologies, par exemple cancer du col, et rend nécessaire une surveillance plus étroite créatrice à chaque fois d'une angoisse justifiant l'allocation d'une indemnisation »<sup>670</sup>. En n'employant pas les guillemets pour marquer ses réserves sur le caractère impropre de l'expression de la nécessité d'une surveillance plus étroite génératrice d'angoisse, la deuxième chambre civile de la Cour régulatrice fait directement de la réactivation du trouble une condition de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

Néanmoins, généralement, attribuer à la permanence de la souffrance cette acception de souffrance qui soit éprouvée sans interruption ni changement<sup>671</sup> durant l'exposition à un dommage potentiel, confine à l'inanité. D'une part, le terme même de réactivation s'oppose à la permanence puisqu'il suppose une disparition préalable pour qu'ensuite, il puisse y avoir réapparition. D'autre part, l'exigence de réactivation donnerait à penser

---

667Cass. soc., 11 mai 2010, n°09-42241 ; Pour exemple, P. PLICHON, « Réparation du préjudice d'anxiété », obs. ss. arrêt *préc.*, JCP S 2013, n°4, 1042.

668Cass. Soc, 4 décembre 2012, n°11-26294.

669Cass. 2e civ., 2 juillet 2015, n°14-19481 ; Cass. 2e civ., 11 décembre 2014, n°13-27440.

670Cass. 2e civ., 11 décembre 2014, n°13-27440.

671Centre national de ressources textuelles et Lexicales, V° Permanence <http://www.cnrtl.fr/>

que l'événement à l'origine de la réactivation de la souffrance tel le décès d'un ancien collègue dans le cas des travailleurs de l'amiante serait la cause de la souffrance alors que cette dernière est à rechercher directement dans l'exposition à un dommage non encore survenu<sup>672</sup>. Si l'on s'intéresse à ce que la Cour met derrière cette réactivation des troubles, à savoir les examens médicaux réguliers, l'on s'aperçoit que ces derniers, s'ils exercent une influence sur le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, c'est davantage sur l'intensité de la souffrance que sur sa certitude. Aussi, pourront-ils être pris en compte dans l'évaluation du préjudice extrapatrimonial actuel mais non pour établir la preuve de son existence. *De lege ferenda*, il serait opportun que toute référence à la permanence de la souffrance soit évacuée des décisions relatives à l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. En définitive, quelle que soit l'acception conférée à la permanence, cette dernière ne peut, en tout état de cause, être une condition générale de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

*b. La conscience de la perspective de dommage par la victime, une condition retenue*

**186. La conscience de la menace de dommage par la victime directe ou indirecte.** La question de savoir si la conscience de la victime est une condition ou non de la compensation des préjudices extrapatrimoniaux tous confondus et non seulement de celui découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu est souvent débattue. Ainsi, l'est-elle à l'occasion de l'examen de la situation des personnes placées en état

---

672P. JOURDAIN, « Préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante et troubles dans les conditions d'existence : ces préjudices sont-ils distincts ? », *RTD Civ.* 2013, p.844.



végétatif<sup>673</sup> ou encore de celui des personnes morales<sup>674</sup>. Au regard de la seule question de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, se dispenser de la conscience de la victime permettrait à une personne morale telle une société de s'en prévaloir. Pourtant, la consistance même du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu s'oppose à ce qu'il puisse être allégué par une personne morale. Traditionnellement, le préjudice moral des personnes morales est constitué par des atteintes à leur patrimoine moral, par exemple, leur honneur ou leur réputation. C'est en quelque sorte leur image de marque ébranlée qui est compensée. Cette consistance est bien différente de celle du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu d'une personne morale. En effet, celui-ci est constitué par des sentiments : la peur, l'effroi, la dépression, etc. Une personne morale ne pouvant éprouver un sentiment, il importe de faire obstacle à l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

---

673P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2125.42 et s., p.575 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°265-7, p.87-90. En effet, d'un côté, suivant la position de la Chambre criminelle, à laquelle s'est ralliée la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le Conseil d'État et le droit allemand, certains défendent une conception purement objective du préjudice, évinçant toute exigence de conscience de celui-ci par la victime. « L'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation de la victime mais de sa constatation par le juge et de son évaluation objective ». Les préjudices moraux sont alors présumés. Qu'importe que la victime soit consciente ou non de son état. *V°* not. en ce sens : Cass. crim., 3 avril 1978, D. 1979, IR, p. 64 ; *RTD Civ.* 1979, p. 801 ; JCP G 1979, II, 19168 ; Cass. 2e civ., 22 février 1995, n°93-12644 et n°92-18731 ; CE, 24 novembre 2004, req. n°247080 ; BGH, 13 octobre 1992, BGHZ 120, 1 =NJW 1993, 781, comm. Deutsch ; S. HOCQUET-BERG, « Être et le savoir », *RCA* 2013, étude 1. De l'autre côté, des auteurs, qui trouvent un écho favorable dans des décisions récentes, plaident en faveur d'une subjectivation des préjudices. « Les préjudices extra-patrimoniaux [...] sont subjectifs par essence : parce qu'ils n'existent qu'à la condition que la victime puisse se les représenter, c'est leur réalité même qui est contestable lorsque la victime est inconsciente ». En l'absence de conscience de la victime, lesdits préjudices ne doivent pas être indemnisés. *V°* not.: Cass. crim., 5 octobre 2010, n°10-81743 et n°09-87385 ; L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », p.61-62 in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6e journée R. SAVATIER : PUF 1997 ; R. BARROT, *Le dommage corporel et sa compensation : pratique médico-légale et judiciaire*, Litec, 1988, n°147 ; A. BASCOULERGUE, *Op. Cit.*, n°284 et s. ; D. BAKOUCHE, « Le préjudice n'est-il réparable qu'à la condition que la victime puisse se le représenter ? », JCP G 2013, 675.

Pourtant, dans pareil cas de figure, il n'est pas certain que la conscience soit indifférente. Il s'agit, au contraire, d'une situation dans laquelle il n'est pas possible, sur le plan médical, d'affirmer avec certitude que la victime soit inconsciente. C'est donc parce que les juges ne veulent pas laisser de côté des victimes qui ont peut-être conscience de leur état qu'ils présumant leurs préjudices extrapatrimoniaux. En d'autres termes, des considérations probatoires permettent de justifier l'utilisation du système présomptif.

674Cass. Com., 15 mai 2012, n°11-10278 ; P. BRUN et P. PIERRE (ss. la dir.), *Lamy Droit de la responsabilité*, 2018, n°222-44. La jurisprudence ne considère pas la conscience de la victime comme un préalable nécessaire à la compensation des préjudices extrapatrimoniaux. Elle indemnise le préjudice moral des personnes morales. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Les obligations », Précis Dalloz, 12e éd., 2019, n°939, p.1024 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Le fait juridique, Sirey, 14e éd., 2011, n°85, p.96 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°260, p.71.

qu'elle ne peut pas subir. La conscience de son état par la victime doit donc être érigée en condition de la compensation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

Cette exigence a des effets qui vont bien au-delà du seul cas des personnes morales. Concrètement, elle vise à s'assurer que la victime ait eu conscience de la potentialité d'une atteinte, corporelle ou matérielle, et plus exactement, de sa situation par rapport à celle-ci ou de celle de son proche. Même l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu d'une personne physique peut être exclue si elle ignorait la perspective de dommage pesant sur elle ou ses proches<sup>675</sup>. C'est déjà ce que font les juges à propos du préjudice d'angoisse de mort prématurée quand ils vérifient que la victime ait bien eu une « conscience suffisante de son état »<sup>676</sup>. C'est sans doute ce qui explique la décision de la Cour d'appel non censurée par la Cour de cassation de réduire l'indemnisation d'une souffrance de mort imminente ayant duré une dizaine de minutes en considération de la disparition ultérieure de son état de conscience provoquée par la violence du choc<sup>677</sup> ou encore l'arrêt de la Cour régulatrice rejetant l'indemnisation de ce préjudice lorsque la victime n'a pas eu conscience de son état<sup>678</sup>.

La Chambre sociale de la Cour de cassation l'a quant à elle, ajouté à la définition du préjudice d'anxiété, lequel « est constitué par les troubles psychologiques qu'engendre la connaissance de ce risque par les salariés »<sup>679</sup>. A l'avenir, cette condition doit être généralisée et cela même si le préjudice est présumé.

Nous allons maintenant voir que, contrairement à la victime immédiate qui peut avoir comme siège de sa souffrance psychique aussi bien l'exposition à un dommage corporel qu'à un dommage matériel, une restriction doit être prévue pour le préjudice extrapatrimonial actuel subi par la victime médiatae.

---

675D. CRISTOL, obs. ss. CE, 27 mai 2015, req. n°371697, RDSS 2015, p.734 ; Cass. 2e civ., 22 novembre 2012, n°11-21031.

676Cass. crim., 23 octobre 2012, n°11-83770.

677Cass. crim., 26 mars 2013, n°12-82600.

678Cass. crim., 27 septembre 2016, n°15-83309.

679Cass. Soc., 16 septembre 2015, n°14-21572. *V° déjà*, Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°12-29801, RPP n°4, 2015, comm. 111, note C. Saint-Alary-Houin.

*c. Un dommage corporel futur ou possible comme siège de la souffrance de la victime médiate*

**187. Un dommage futur ou possible de nature exclusivement corporelle engendrant le préjudice extrapatrimonial actuel médiat.** Dans toutes les décisions relatives au préjudice extrapatrimonial actuel par ricochet résultant de l'exposition à un dommage à venir, il se dégage une caractéristique commune. Les contours du préjudice médiat ont été systématiquement façonnés par la perspective d'un dommage corporel. Il n'est pas discutable que la mort, la maladie ou la perte de fonctionnalité du corps humain soient des potentialités de dommages susceptibles de bouleverser les sentiments des proches de la victime immédiate. Ce caractère *a priori* distinctif doit-il figurer explicitement au rang des conditions de la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage potentiel des victimes par ricochet ? En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la compensation du préjudice extrapatrimonial actuel médiat résultant de l'exposition à un dommage à venir doit se limiter au seul préjudice qui serait engendré par un dommage à la nature corporelle. Imaginons, pour répondre à cette interrogation, une société en nom collectif composée de plusieurs associés. L'un des associés se rend coupable de l'infraction de délit de fourniture de travail et d'hébergement incompatible avec la dignité humaine<sup>680</sup> et risque, à ce titre, de voir notamment prononcer à son encontre une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle<sup>681</sup>. L'article L221-16 alinéa 1er du Code de commerce prévoit que la société en nom collectif est dissoute si une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale est prononcée à l'encontre d'un des associés. Le risque, pour les autres associés, de perdre leur activité professionnelle par la faute de l'un d'entre eux, peut leur causer un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage potentiel. Mais nous n'irions pas jusqu'à admettre que cette situation puisse être à l'origine d'un préjudice extrapatrimonial actuel significatif découlant de l'exposition au dommage qui serait ressenti par leurs parents ou enfants. Il n'est pas certain, en effet, que des dommages non encore survenus – futurs, possibles ou hypothétiques – d'ordre matériel puissent, pour une personne autre que celle qui y est exposée, produire des troubles psychiques d'une importance suffisante pour pouvoir être

---

<sup>680</sup>Article 225-13 du Code pénal.

<sup>681</sup>Article 131-27 alinéa 2 du Code pénal.

pris en compte. Il ne s'agit là que d'appliquer la combinaison de l'exigence de certitude et de l'adage *de minimis*. Quant au type de dommage, nous ne croyons pas qu'un dommage hypothétique puisse être à l'origine d'une souffrance particulière pour les proches des victimes qui y sont exposées. La probabilité d'occurrence du dommage hypothétique ne nous paraît pas, à cet égard, suffisamment forte pour déclencher un tel sentiment.

En conclusion, il s'induit du caractère certain du préjudice que le préjudice extrapatrimonial actuel médiat résultant de l'exposition à un dommage à venir ne peut être engendré que par un dommage de nature exclusivement corporelle, futur ou possible.

Après avoir vu les conditions qui pouvaient s'induire de la certitude du dommage, il faut encore envisager la question de l'administration de la preuve de la certitude. Et sur ce point encore, la réponse varie selon le dommage.

## 2. Les variations de l'administration de la preuve de la certitude selon le dommage

188. C'est dans l'administration de la preuve que se manifeste la distinction de réparation du préjudice extrapatrimonial actuel généré par chacun des dommages non encore survenus. S'il résulte d'un dommage futur, il doit être présumé (a), contrairement à celui découlant d'un dommage possible ou d'un dommage hypothétique qui doit être prouvé (b).

*a. Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage futur : un préjudice présumé*

**189. Incohérences actuelles dans l'utilisation de la présomption de préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage futur.** En droit positif, le préjudice extrapatrimonial actuel découlant d'une atteinte future est ou prouvé ou présumé. Pour l'heure, la présomption a tout de même plus souvent les faveurs des juridictions. Il est dommage qu'il n'ait pas été trouvé une ligne de démarcation cohérente

quant à l'utilisation de la présomption. On ne peut pas vraiment dire que la présomption de préjudice soit utilisée uniquement pour le préjudice extrapatrimonial actuel résultant d'un dommage certain. Le préjudice extrapatrimonial actuel des travailleurs de l'amiante ou celui des porteurs de sondes cardiaques défectueuses qui, rappelons-le, découle d'un dommage possible, est, par exemple, présumé. Concernant encore la présomption de préjudice, il ne peut pas être affirmé qu'elle ne concernerait que les contentieux de masse là où la preuve du préjudice devrait être établie dans le contexte individuel. Les nombreuses décisions rendues ne permettent pas de dégager avec certitude ce principe. Globalement, certains types de contentieux sont concernés par les présomptions de préjudices quand d'autres en sont exclus, sans que l'on en saisisse les motifs<sup>682</sup>. Pire encore, la fracture peut aller jusqu'à s'observer au sein d'un même type de contentieux<sup>683</sup>. Certains juges font également machine arrière quant à l'utilisation de la présomption. En effet, dans un contentieux n'intéressant pas le dommage non encore advenu, un arrêt du 16 avril 2016 émanant de la Chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné le recours à la présomption de préjudice s'agissant de la remise tardive du bulletin de paie et du certificat de travail à l'issue du contrat de travail<sup>684</sup>. L'arrêt ne se prêtant à aucune généralisation, l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il n'ait aucun impact sur la charge de la preuve du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Pourtant, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est exprimée par la voie d'un de ses conseillers référendaires pour faire savoir qu'elle entendait désormais mettre un terme à toutes les présomptions de préjudices qui ne résulteraient pas d'un texte ou d'une règle en consacrant clairement le principe<sup>685</sup>. Cet arrêt est susceptible de concerner le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu des travailleurs de l'amiante qui résulte d'un dommage dont la réalisation n'est que possible. Dès lors, parce que la présomption de ce préjudice n'est instituée par aucun texte ou règle, cette présomption pourrait, à l'avenir, disparaître, même si presque trois ans après cet arrêt, la Chambre sociale n'a pas

---

682M. MEKKI, « Préjudice spécifique de contamination, préjudice d'anxiété ou la part de l'angoisse dans le droit contemporain », *Gaz. Pal.* 2013, p.19. La différence de traitement « est d'autant plus choquante que dans l'hypothèse du VIH ou du VHC le virus existe déjà alors que le préjudice spécifique d'anxiété est admis au fondement d'un simple risque de contamination [dans le cadre de l'amiante], contamination non encore établie ! ».

683V° à propos de la jurisprudence rendue dans le contentieux de l'amiante et plus particulièrement, les arrêts émanant de la Cour d'appel de Lyon. Celle-ci a longtemps résisté à la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation en exigeant la preuve du préjudice quand la Cour régulatrice martelait le recours au mécanisme présomptif. V° not., CA Lyon, 24 janvier 2014, n°13/00189 ; CA Lyon, 28 septembre 2012, n°11/08590.

684Cass. Soc. 16 avril 2016, n°14-28293.

685P. FLORES, « Un retour au droit commun », *SSL*, 2016, 1721.

remis en cause la présomption de préjudice.

Dans ces conditions, il est difficile pour les victimes et leurs conseils de s'y retrouver.

### **190. Proposition prospective d'une ligne directrice quant au recours à la présomption de préjudice extrapatrimonial actuel résultant d'un dommage futur.**

Tout au plus, on notera que devant le juge judiciaire, le préjudice extrapatrimonial actuel, lorsqu'il est le résultat de la perspective d'un dommage futur corporel, n'a jamais à être prouvé. La perspective d'un tel risque de dommage causerait nécessairement un préjudice psychique<sup>686</sup>. Le recours au système présomptif, dans la présente situation, est toutefois quelque peu original. Traditionnellement, il s'explique par « les difficultés que susciterait sa preuve directe »<sup>687</sup>, telle l'impossibilité pour la victime de pouvoir ou d'avoir pu exprimer sa souffrance. Dans l'hypothèse particulière du préjudice extrapatrimonial actuel généré par un dommage futur corporel, certes, la présomption intervient souvent sur fond de difficultés probatoires rencontrées par le demandeur en réparation. Les affaires dans lesquelles un préjudice d'angoisse de mort imminente a pu être reconnu<sup>688</sup> en fournissent l'illustration. Le demandeur est un ayant droit de la victime immédiate décédée. C'est peut-être l'une des raisons qui justifie d'ailleurs le caractère irréfragable de la présomption, contrairement à une certaine appréhension du préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage non encore advenu par les juridictions administratives<sup>689</sup>. Néanmoins, même en l'absence de difficultés probatoires, le mécanisme présomptif doit être maintenu. Nous pensons, en effet, que l'attente de la réalisation d'un dommage corporel certain ne peut pas ne pas produire, chez la personne qui a à la supporter une souffrance psychique. La victime qui prend connaissance de son pronostic vital amoindri ou celle qui sait que son mari ou son épouse va souffrir d'une pathologie grave n'ont-elles pas en commun d'éprouver de

---

686Il existe cependant des exceptions. CA Poitiers, 17 juin 2013, Jurisdata n°2013-031341.

687G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013, n°247-3, p. 11.

688C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *RCA* 2010, n°4, Étude 4, p.5. CA Fort-De-France, 17 février 2012, RG n°11/00003 « Les ayants droits de la victime recherchent la réparation des souffrances subies par cette dernière avant son décès durant la chute de l'appareil : souffrance physique liée à la dépressurisation et souffrance morale résultant de la conscience qu'elle a eu d'une mort inexorable pendant de longues minutes. Les passagers ont nécessairement vécu la chute de l'avion, quelque soit le temps écoulé entre la perte d'altitude de l'appareil et son écrasement, dans l'angoisse d'une mort certaine. L'argumentation fondée sur l'absence de preuve des circonstances de la chute de l'aéronef est encore vaine dès lors que le processus lui-même de chute est constant, qu'il ne peut s'agir d'un phénomène instantané et que, même de courte durée, il est générateur de souffrances morales indubitables ».

689CE, 19 octobre 2007, Blin, req. n°296529, Répertoire dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Promesses, renseignements, retards, M. DEGUERGUE, 2011, n°153.

manière indubitable une souffrance psychique ? Chaque fois qu'un risque d'atteinte corporelle est caractérisé, et que la preuve de la conscience de la perspective du dommage futur a été rapportée, le préjudice peut être déduit du fait dommageable. L'élément connu, à savoir la conscience, va servir de base à une objectivation du préjudice, la souffrance étant ensuite présumée, que la victime l'ait ou non exprimé. L'arrêt rendu le 18 avril 2013 à propos de l'angoisse de mort prématurée le montre bien. Selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, « il convient de retenir d'autre part qu'elle a eu conscience de la gravité de son état et du caractère inéluctable de son décès et qu'elle a ainsi éprouvé des souffrances morales et psychologiques notamment caractérisées par la perte d'espérance de vie ou l'angoisse de mort qu'elle a nécessairement ressentie pendant cette période »<sup>690</sup>.

En dehors de l'hypothèse d'un dommage certain de nature corporelle, les troubles psychiques n'apparaissent plus comme inhérents à la situation de danger<sup>691</sup>. Tout allègement dans l'administration de la preuve de la certitude doit alors être écarté car le préjudice extrapatrimonial actuel est indéniablement spécifique à la variabilité réactionnelle de chacun, de son parcours existentiel et psychologique. Qu'importe que le préjudice intervienne dans un contexte collectif, il ne sera pas forcément présent chez tout sujet et pour ceux qui en seraient affectés, le type de trouble en cause ne sera pas nécessairement le même. L'administration de la preuve est, en revanche, différente lorsque le préjudice est engendré par un dommage possible ou hypothétique.

---

690Cass. 2e civ., 18 avril 2013, n°12-18199.

691CA Lyon, 24 janvier 2014, n°2014-002298 : « Le salarié qui a été exposé à l'amiante et n'a pas développé de maladie est en droit de réclamer la réparation des préjudices que lui a occasionnés ce manquement de l'employeur ; se plaçant hors du champ de la législation sur les risques professionnels, le salarié doit rapporter la preuve de la réalité et de l'étendue des préjudices que lui a causés le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ; la seule inscription de la société employeur sur la liste des établissements ayant exposé leurs salariés à l'amiante ne permet pas de présumer l'existence du préjudice d'anxiété. D'une part, aucun texte légal n'instaure une telle présomption. D'autre part, *aucun élément factuel ne conduit à établir un lien automatique et nécessaire entre l'exposition à l'amiante et un ressenti anxieux* [...] ». (Nous le soulignons). Les juges lyonnais refusent d'appliquer la présomption de préjudice telle que décidée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2010. C. MO, « Préjudice spécifique d'anxiété : la fin de l'hémorragie ?, JSL 2015, n°387 : Ces juges s'appuient « sur des rapports médicaux, notamment un document émanant du service médical de l'assurance maladie Rhône alpes démontrant que, sur une centaine de salariés suivis, seuls 22 % d'entre eux avaient connu une augmentation de leur anxiété en raison de leur activité professionnelle en lien avec l'amiante ». *Contra*, P. JOURDAIN, « Les anciens salariés qui perçoivent l'allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ? », *RTD Civ.* 2010, p.564.

*b. Le préjudice actuel résultant de l'exposition à un dommage possible ou hypothétique : un préjudice à prouver*

191. Il arrive en droit positif, au demeurant rarement, que le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu ne soit pas présumé. Les demandeurs en réparation doivent alors rapporter la preuve de leur préjudice, par exemple, par la production d'attestations de proches témoignant de leur souffrance, de constats, d'écrits, etc. A l'avenir, il serait souhaitable qu'il appartienne à la victime de prouver son préjudice extrapatrimonial actuel lorsqu'il est la conséquence de l'exposition à des atteintes éventuelles ou hypothétiques. Certaines raisons ( $\alpha$ ) nous poussent même à restreindre l'administration de la preuve de la certitude de ce préjudice par rapport aux exigences probatoires classiques des préjudices moraux résultant d'un dommage advenu ( $\beta$ ). Ces mêmes raisons nous poussent également à renforcer l'appréciation de la certitude ( $\gamma$ ).

*a) Fondements des restrictions dans l'administration de la preuve de la certitude*

**192. Risque de simulation et difficultés d'identification de la souffrance réactionnelle.** Lorsque les troubles psychiques ne sont pas consubstantiels à la perspective de dommage comme c'est le cas lorsque la victime est exposée à un dommage possible ou hypothétique, il est logique d'exiger du demandeur en réparation qu'il les prouve. A rebours de la position dégagée par la jurisprudence judiciaire et administrative rendue dans le contentieux de l'amiante, nous pensons qu'il ne suffit pas que la victime ait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante pour que le préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition aux poussières d'amiante soit établi. C'est d'ailleurs la position qu'a retenu le Conseil d'Etat dans un arrêt du 9 novembre 2016 relatif à l'exposition aux dangers du médiateur. Il s'agit d'un contentieux pouvant potentiellement affecter de nombreux patients. Le Conseil d'Etat a pourtant jugé que « considérant, par ailleurs, que Mme



B...ne fait état d'aucun élément personnel et circonstancié pertinent pour justifier du préjudice qu'elle invoque ; qu'elle se prévaut seulement, en effet, des données générales relatives au risque de développement d'une hypertension artérielle pulmonaire et du retentissement médiatique auquel a donné lieu, à partir du milieu de l'année 2010, la poursuite de la commercialisation du Mediator jusqu'en novembre 2009 ; que, dans ce contexte particulier, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a diffusé aux patients concernés, par des courriers et sur son site internet, des informations rendant compte, en des termes suffisamment clairs et précis, de la réalité des risques courus ; Considérant que, dans ces conditions, Mme B...ne peut être regardée comme justifiant personnellement de l'existence d'un préjudice direct et certain lié à la crainte de développer une pathologie grave après la prise de Mediator ». Le Conseil d'Etat apprécie donc, au cas par cas, en fonction des éléments de la cause, l'existence ou non d'un préjudice extrapatrimonial actuel découlant d'un dommage possible. Ce même raisonnement doit être prolongé pour le préjudice extrapatrimonial actuel consécutif à un dommage hypothétique.

S'il doit être prouvé, le préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage possible ou hypothétique ne doit pas être prouvé librement. Il serait sans doute un peu trop facile, en effet, de laisser le choix à la victime de rapporter par tout moyen la preuve de ses maux. D'une part, il existe un risque de simulation des troubles psychiques. D'autre part, il peut y avoir des difficultés à l'identifier. Une angoisse est nécessairement fonction de la situation de chaque personne et de son histoire. A l'évidence, elle n'est pas la même pour chaque sujet. Une possible confusion peut exister entre les troubles réactionnels, seuls à pouvoir engendrer un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un risque, et les troubles qui ne sont que l'expression d'un trait de la personnalité. Plus le dommage est incertain, plus le risque est grand que la souffrance psychique ne soit, au fond, que la manifestation d'un état antérieur de la personne, indépendant de la perspective de dommage. Au vu de ces risques, il serait opportun de poser une limite dans l'administration de la preuve de la certitude.

**193. Inspiration nord-américaine de la restriction.** A la lecture de certaines espèces, il est possible d'éprouver quelques doutes sur le fait que toutes les victimes qui ont été indemnisées aient effectivement éprouvé une souffrance telle qu'une anxiété ou une dépression consécutive à la potentialité de dommage. Il semble opportun de trouver une condition offrant de rehausser le seuil de réparabilité de ce préjudice extrapatrimonial actuel. Aux États-Unis, l'action permettant la réparation de ce qui est l'équivalent là-bas d'un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, cristallise de nombreuses craintes<sup>692</sup>. Sans vouloir rejeter le principe de sa réparation, certaines juridictions des États fédérés ont opté pour un renforcement des exigences probatoires de ce préjudice. En plus des symptômes affectifs tels que l'anxiété, ils imposent des manifestations physiques de la souffrance psychique pour qu'elle puisse être compensée<sup>693</sup>. Pourtant, il a suffisamment été affirmé que les symptômes du préjudice extrapatrimonial actuel découlant d'un dommage non encore survenu pouvaient être de différents ordres et que leur présence variait en fonction des situations<sup>694</sup>. Il peut y avoir certes une émanation physique de la souffrance mais aussi ou à la place une manifestation comportementale ou cognitive, que nous avons précédemment désigné, en droit français, par l'expression « troubles dans les conditions d'existence ». La victime d'un dommage possible ou hypothétique pour ne citer qu'eux peut tout à fait éprouver une souffrance psychique sans qu'elle ne s'exprime nécessairement physiquement. Elle peut tout à fait s'exprimer comportementalement ou cognitivement. Aussi, l'exigence d'une émanation concrète de la souffrance psychique nécessairement physique ne doit pas voir le jour en France au risque de conduire à des solutions qui ne seraient que par trop inégalitaires.

**194. L'exigence de symptômes extérieurs à la souffrance.** Il faudrait conditionner plus largement la certitude du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de dommages possibles ou hypothétiques à l'existence, en plus des symptômes affectifs, d'autres manifestations concrètes, physiques, comportementales ou cognitives. En d'autres

---

692V. L. EIBEN, « Torts damages recovery of mental anguish damages in wrongful death action no longer requires physical manifestations », 18 STMLJ 1067.

693J.E. ABELE, « Emotional distress : proving damages », Lawyers & Judges, Publishing Company, Inc., 2003.

694V° *Supra* n°132.

termes, il appartiendrait au demandeur en réparation de faire état d'un bouleversement dans les conditions d'existence pour que le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu soit considéré comme certain. Cette proposition se retrouve d'ailleurs sous la plume d'auteurs, français<sup>695</sup> et américains<sup>696</sup>. « La psyché donne moins de prises empiriquement constatables et objectivables »<sup>697</sup>. Les autres symptômes dont il est question, plus objectifs, ont l'avantage de pouvoir être vérifiés, ce qui réduit considérablement le risque de simulation. Ce critère des symptômes extérieurs à la souffrance subjective aurait cependant la particularité de ne s'appliquer qu'aux préjudices extrapatrimoniaux actuels résultant de dommages incertains, possibles ou hypothétiques.

**195. Constatation médicale de la souffrance et de ses symptômes lorsque la souffrance résulte d'un dommage possible.** Si les magistrats peuvent identifier certaines souffrances morales telle l'atteinte à l'honneur, à la vie privée, ils ne sont nullement qualifiés pour apprécier l'existence de sentiments qui, par définition, sont subjectifs comme, par exemple, les souffrances endurées consécutives à un accident. De la même manière qu'un expert médecin sera appelé pour fournir son expertise quant à ces souffrances lorsqu'elle découle de la survenance d'un dommage corporel, il est loisible d'envisager que ce soient les praticiens – psychiatres ou autres professionnels du psychisme tel psychologue spécialisé en psychopathologie – qui interviennent pour déceler les symptômes d'émotions aussi complexes que le sont notamment la peur, la détresse, la dépression découlant d'une situation de danger. C'est pourquoi nous recommandons que le préjudice extrapatrimonial actuel engendré par un dommage non encore réalisé soit constaté par un praticien, à partir des symptômes extérieurs que présentent la victime, c'est-à-dire un bouleversement dans les conditions d'existence. Pour prouver son préjudice, la victime d'un dommage possible pourrait ainsi rapporter un avis médical émanant du praticien qui la suit habituellement si celle-ci est suivie ou d'un praticien quelconque attestant de sa souffrance après avoir caractérisé des symptômes extérieurs.

---

695M. MEKKI, « Préjudice spécifique de contamination, préjudice d'anxiété ou la part de l'angoisse dans le droit contemporain », Gaz. Pal. 2013, p.19.

696CANTU, « Negligent Infliction of Emotional Distress: Expanding the Rule Evolved Since Dillon », 17 TEX. TECH L. REV. 1557, 1559-60 (1986).

697J.-B. PREVOST, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », Gaz. Pal. 2015, n°48, p.22.

**196. Constatation médicale de la souffrance et de ses symptômes par un expert agréé par le tribunal lorsque la souffrance découle d'un dommage hypothétique.** A la différence du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage possible, la souffrance découlant de l'exposition à un dommage hypothétique est, à première vue, moins évidente à admettre. Comment penser que la personne exposée à une situation dont on ne sait même pas s'il peut en résulter le moindre dommage puisse éprouver une souffrance psychique dans ce contexte d'incertitude ? A notre sens, lorsque le dommage est hypothétique, la preuve du préjudice extrapatrimonial actuel ne saurait résulter d'un avis médical émanant d'un praticien quelconque. Plus qu'un simple praticien, il faut que le professionnel soit un expert figurant sur la liste des experts agréés par le tribunal afin de garantir un examen minutieux et impartial. L'appréciation doit reposer sur un examen psychiatrique du sujet évaluant l'état clinique consécutif au fait dommageable et tenant compte également des antécédents et du profil psychologique et psychopathologique de celui-ci antérieurement au fait dommageable. Ce n'est qu'à cette condition que la souffrance pourra être assurément constatée dans l'éventualité où elle existerait.

**197. Nécessité d'une intervention législative.** Toutefois, dans la mesure où le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu n'est qu'une espèce de préjudice extrapatrimonial, le droit français, public<sup>698</sup> et privé, n'érige pas en condition de l'indemnisation la constatation médicale des souffrances psychiques en dehors d'une atteinte corporelle. La preuve par constat médical ou expertise médicale relève ainsi de la liberté d'appréciation des juges du fond<sup>699</sup>. Pour mettre en pratique cette proposition de constatation médicale des souffrances psychiques découlant de l'exposition à une atteinte corporelle non encore survenue, l'intervention du législateur est indispensable.

Il ressort des propositions relatives à la preuve de la certitude que le préjudice découlant d'un dommage futur est objectivé dans la mesure où il est présumé. En revanche, l'avis médical exigé pour le préjudice extrapatrimonial actuel découlant de

---

698CAA Marseille, 13 décembre 2011, AJDA 2012, p.822.

699Dans le contentieux de l'amiante, la Cour d'appel de Lyon, qui fait preuve de résistance face à la présomption de préjudice instaurée par la Chambre sociale, se contente d'imposer aux demandeurs en indemnisation de verser des pièces sur leur état de santé anxieux. Elle ne va pas jusqu'à imposer une constatation médicale des troubles psychiques. *V° not.*, CA Lyon, 24 janvier 2014, n°13/00189 ; CA Lyon, 28 septembre 2012, n°11/08590.

l'exposition à un dommage possible ou l'expertise par un expert agréé auprès des tribunaux lorsque le préjudice extrapatrimonial actuel résulte de l'exposition à un dommage hypothétique invite à une appréciation concrète de la souffrance. Pourtant, nous allons voir que l'appréciation contient, quel que soit le cas, une part d'abstraction.

γ) *L'appréciation de la certitude*

**198. L'objectivation du caractère certain.** L'on conviendra avec Noël Dejean De La Batie que « sur les goûts, les sentiments, les caprices, il est possible d'exercer un certain empire. [...] Il est permis de penser que c'est un devoir et une sagesse de ne pas cultiver ses regrets, ses souffrances ou ses inquiétudes »<sup>700</sup>. Et d'ajouter que tout un chacun ne réagit pas toujours raisonnablement contre le chagrin, ne fait pas « preuve d'un courage moral au moins moyen »<sup>701</sup>. « Est-il juste de décider – sous prétexte que le dommage [le préjudice] doit s'apprécier *in concreto* – que ceux qui ne savent ou ne veulent pas s'imposer une telle discipline subissent, toutes choses égales d'ailleurs »<sup>702</sup>, un préjudice ou préjudice plus important ? En considération de cet inconvénient auquel peut conduire une appréciation purement concrète du préjudice, il serait opportun de ne pas la pousser à l'extrême<sup>703</sup>. Ce faisant, faudrait-il autoriser une percée de l'objectivation du caractère certain du préjudice afin de découvrir, selon Starck, « sous le préjudice subjectivement ressenti le dommage objectivement causé »<sup>704</sup>. Le juge devrait alors, pour juger du caractère certain ou non du préjudice, comparer le préjudice subi par le demandeur en réparation par rapport à celui que subirait éventuellement une personne raisonnable, à situation égale. En somme, il s'agirait de s'assurer ici que le préjudice allégué présente bien un caractère raisonnable. A défaut, il ne pourrait être considéré comme certain parce qu'il n'est pas juste qu'autrui ait à supporter la défaillance de la victime dans la maîtrise de ses émotions. En droit américain, les magistrats procèdent à cette objectivation en exigeant, pour le bien-fondé de l'action en « negligent infliction of

---

700N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préface H. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 57, 1965, n°370, p.281.

701N. DEJEAN DE LA BATIE, *Op. Cit.*, n°380, p.286.

702N. DEJEAN DE LA BATIE, *Op. Cit.*, n°370, p.281.

703N. DEJEAN DE LA BATIE, *Op. Cit.*, n°380, p.286.

704B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris 1947, p.401.

emotional distress » ou « intentional infliction of emotional distress », un certain degré d'angoisse qu'une personne raisonnable aurait elle-même ressentie placée dans la même situation<sup>705</sup>.

**199. Justification du choix du critère.** Généralement, la Cour de cassation appréhende la question du caractère raisonnable sous l'angle de la causalité<sup>706</sup>. Toutefois, nous rejoignons Noël Dejean De La Batie qui, dans sa thèse, affirmait qu'il s'agit moins de déterminer si le préjudice est une conséquence directe du fait générateur que de vérifier s'il existe bien un préjudice à proprement parler<sup>707</sup>. On aurait pu être tenté, de la même manière, de s'en remettre au caractère légitime du préjudice pour assurer ce rôle de filtre de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. En effet, au cours de nos lectures, nous avons croisé, sous la plume de plusieurs auteurs<sup>708</sup> ou juges<sup>709</sup>, l'expression de souffrance légitime. Il y aurait donc, à côté de cette dernière, une souffrance qui ne le serait pas. Pour M. le Professeur Stoffel-Munck, le préjudice extrapatrimonial actuel engendré par un dommage non encore advenu est si particulier « que le droit ne paraît pas considérer sans un jugement préalable non sur sa réalité mais sur sa légitimité »<sup>710</sup>. « L'angoisse, quoique réelle, ne peut [...] se suffire à elle-même »<sup>711</sup> au risque de « rendre fuyante, voire verbale »<sup>712</sup> la condition de préjudice. En première impression, elle l'est lorsque le dommage est doté d'une probabilité d'occurrence. En dehors des cas dans lesquels une probabilité peut être attribuée au dommage, le sentiment qui prédomine est qu'elle n'est plus légitime<sup>713</sup>. Cette intuition est partagée par d'autres auteurs<sup>714</sup>, sans toutefois que la

---

705J.E. ABELE, « Emotional distress : proving damages », Lawyers & Judges, Publishing Company, Inc., 2003, p.6 ; *V°* par ex., Roes v. FHP, Inc., 91 Haw. 470, 985 P.2d 661.

706N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préface H. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 57, 1965, n°380, p. 286, spéc. note 71.

707N. DEJEAN DE LA BATIE, *Op. Cit.*, n°372, p.282, spéc. note 52. Cette affirmation concernait le préjudice patrimonial mais tout à fait être transposée au cas du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.

708P. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », D.2009.2817 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, sous la direction de C. LARROUMET, Economica, t. 5, 3e éd., 2016, n°50 et s., p.45 et s.

709CA Montpellier, 15 septembre 2011, n°10/04612 ; TGI Carpentras, 16 février 2009, n°08/00707 ; CA Versailles, 4 février 2009, n°08/08775.

710P. STOFFEL-MUNCK, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », D.2009.2817.

711Ibid.

712Ibid.

713B. PARANCE, « Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais », JCP G 2010, n°19, 531.

714*V°* par ex., M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, sous la direction de C. LARROUMET, Economica, t. 5, 3e éd., 2016, n°50 et s.,

capacité du critère de légitimité à assurer ce rôle de régulation ne soit vérifiée. Il est acquis que le caractère légitime du préjudice sert à écarter la réparation des intérêts illicites ou immoraux<sup>715</sup>. Si l'on raisonne à partir de l'exemple des antennes-relais, l'intérêt lésé, à savoir la quiétude, n'était pas illicite ou immoral. Tout au plus, pouvait-on y voir le signe d'une déraison du comportement de la victime<sup>716</sup>, caractérisée par le manquement de celle-ci à son devoir de maîtrise de ses émotions, qui découle du commandement socratique « Connais toi toi-même »<sup>717</sup>. Pour juger du respect ou non de cette règle de philosophie morale, il suffisait de mettre en perspective les sentiments de celle qui se prétend victime et la probabilité de réalisation du dommage. Mais s'agissant d'apprécier le comportement de la victime, ce n'est pas la fonction du caractère légitime du préjudice mais bien celle de la faute de la victime<sup>718</sup>. Or, vue de près, si faire œuvre de déraison par l'absence de maîtrise de ses émotions peut constituer une faute morale, elle n'est pas de nature, sur le terrain civil, à constituer une faute civile pouvant justifier une éventuelle sanction du comportement du demandeur en réparation. Aussi, ni la causalité ni le caractère légitime, pas plus que la faute de la victime ne peuvent réguler l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Seul le critère de la certitude le permet, par une pénétration de l'appréciation *in abstracto*. C'est cette même condition qui offre de limiter la réparation du préjudice de prévention.

## B. LE CONTROLE DE L'INDEMNISATION DU PREJUDICE DE PREVENTION AU MOYEN DE L'EXIGENCE DE CERTITUDE

200. A l'endroit du préjudice de prévention, deux conditions découlent de l'exigence de certitude du préjudice : le caractère imminent du dommage lorsque les dépenses ont

---

p.46 et s. ; Du même auteur, JCP G 2015, doctr. 740.

715P. BRUN, *La responsabilité civile extra-contractuelle*, Lexisnexis, 5e éd., 2018, n°189 et s., p.130 et s.

716F. LAFAY, « Pour la fin des frustrations en matière délictuelle, les remèdes à l'illimitation », RRJ 2004, p.2297, n°12 ; C. LAPOYADE DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », RIDC 1998-2, p.376 : « la notion d'intérêt légitime peut constituer sans doute une soupape de sûreté dont la jurisprudence pourrait encore user, pour refréner les demandes indemnitaires qui lui paraîtraient outrancières ».

717Il a depuis été rappelé par les philosophes. V° par ex., NIETZSCHE, *Aurore*, Trad. Modifiée J. HERVIER, Coll. Folio essais, 1989, p.88-89, §109.

718J.-Cl. Civil Code, Responsabilité (en général), P. LE TOURNEAU, 2009, n°53.

déjà été exposées d'une part (1) et le caractère raisonnable du préjudice d'autre part (2).

## 1. Caractère imminent du dommage engendrant un préjudice de prévention actuel

**201. Une condition tantôt légale, tantôt doctrinale proposée pour le préjudice de prévention.** Il est curieux de constater que divers textes ou des propositions doctrinales, conditionnent la réparation du préjudice de prévention par un critère temporel que la jurisprudence n'avait pas exigé jusqu'alors<sup>719</sup>, en l'occurrence, la réalisation imminente d'un dommage<sup>720</sup>. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription présidé par Pierre Catala<sup>721</sup>, le projet de réforme de la responsabilité civile<sup>722</sup>, des codifications doctrinales européennes<sup>723</sup> ainsi que divers textes prospectifs en matière environnementale<sup>724</sup>, devenus désormais règle de droit positif à l'article 1251 du Code civil disposent en substance que les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour écarter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable.

**202. Une anticipation de la victime justifiée exclusivement par l'imminence du dommage.** Des considérations de police juridique ont pu être évoquées à propos du

---

719C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°122, p.85.

720Ibid.

721Article 1344 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA (ss. la dir. de), Ministère de la Justice, La documentation française, 2006.

722Article 1237 du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice.

723Article 6 : 302 (*Liability for loss in preventing damage*) : « a person who has reasonably incurred expenditure or suffered other loss in order to prevent an impending damage from occurring to them, or in order to limit extent or severity of damage which occurs to them, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage ». (Une personne ayant raisonnablement engagées des frais ou subit une perte dans le but de prévenir un dommage imminent, ou pour limiter l'étendue ou l'aggravation du dommage a le droit à une compensation par la personne qui est à l'origine du dommage).

*Contra* : European group on tort law, article 2:104 « Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred » (Les dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérés comme réparables dès lors qu'elles ont été engagées de façon raisonnable) ; Study group on a european civil code, Tort law (revised final).

724Comme l'article 1386-21 de la proposition de loi de Monsieur le sénateur Bruno Retailleau du 23 mai 2012. V° Proposition de loi visant à introduire la notion de préjudice écologique dans le Code civil, 23 mai 2012, n°546. Encore de l'article 1386-20 du rapport du groupe de travail présidé par Monsieur le Professeur Yves Jegouzo remis le 17 janvier 2013. V° Rapport « pour la réparation du préjudice écologique », Ministère de la Justice, Y. JEGOUZO (ss. la dir. de), La documentation française, 2013.



préjudice de prévention pour expliquer que sa réparation soit conditionnée par l'imminence et spécialement, la volonté de soustraire la victime aux règles du nominalisme monétaire. Lorsque la victime a fait l'avance des sommes, elle doit subir les effets de la dépréciation monétaire entre le moment où elle a décaissé des sommes et le moment où le juge accorde la réparation<sup>725</sup>. Plus la réalisation est imminente, moins la victime aura à subir les effets de la dépréciation entre le moment où elle aura fait l'avance des sommes de prévention et le moment où elle pourra en obtenir le remboursement. Mais c'est là se tromper que de penser que le dommage a besoin d'être survenu pour que la victime puisse demander réparation du préjudice de prévention. Seul le préjudice doit être certain dans son principe, pas le dommage. Il a aussi été précisé que l'exigence d'un dommage imminent servirait à confirmer ou à infirmer les dires de la victime quant à la réalité de son préjudice. Pourtant le dommage imminent n'agit en rien sur la réalité du préjudice.

Le conditionnement de la réparation du préjudice de prévention par un critère d'imminence du dommage potentiel nous paraît devoir être circonscrit à une hypothèse en particulier et sa justification nous semble radicalement éloignée de ce qui a été avancé plus haut. La victime peut avoir joué un rôle actif dans la prévention du dommage auquel elle était exposée en faisant l'avance des sommes nécessaires à la prévention du dommage. Ce ne sera alors qu'une fois les sommes exposées qu'elle sollicitera les juges pour obtenir la réparation de son préjudice. Si la victime n'a pas sollicité préalablement les magistrats, cela ne peut, à notre sens, se justifier que par l'imminence du dommage qui obligerait la victime à prendre l'initiative de la prévention sans tarder. En d'autres termes, cette condition d'imminence du dommage pour la réparation du préjudice de prévention ne pourrait donc être légitimée que par l'impossibilité pour la victime d'attendre la décision du juge de lui octroyer le financement de la prévention au risque sinon que le dommage ne se soit, entre-temps, réalisé. C'est pourquoi, nous proposons, *de lege ferenda*, d'instaurer la condition d'imminence du dommage uniquement pour le cas où la victime aurait dans l'idée d'exposer d'ores et déjà les dépenses de prévention sans solliciter préalablement les magistrats. Il en irait de même si le préjudice de prévention consiste en un gain manqué ou une perte de chance consécutif à la décision de la victime de prévenir le dommage. Dans le cas contraire, on ne voit pas non plus ce qui justifierait de conditionner leur

---

725Cass. 2e civ., 24 mars 1953, D. 1953, p.354.

réparation par l'imminence du dommage.

## 2. Caractère raisonnable du préjudice de prévention

203. Après avoir exposé le critère (a), il conviendra de le mettre en application (b).

### *a. Exposé du critère*

**204. Le caractère raisonnable du préjudice de prévention.** Songeons à un risque d'inondation d'un fonds à cause d'un propriétaire voisin négligent quant au terrassement de sa propriété, et pour lequel un expert a estimé qu'une simple surveillance était nécessaire. Faut-il faire supporter le coût des travaux de réalisation d'un fossé sur le terrain de la victime au voisin négligent ? Nous ne le croyons pas. Pour éviter une telle situation, à notre sens, une condition doit s'installer. Il ne nous paraît pas nécessaire d'aller chercher bien loin la condition que nous visons. En effet, à l'image de ce que nous avons vu précédemment pour un autre traitement du dommage non encore survenu, la condition à laquelle nous pourrions faire appel serait celle du caractère raisonnable du préjudice. Il faudrait alors vérifier qu'il existe un rapport de proportion entre le coût du préjudice, qu'il s'agisse des dépenses préventives ou les autres pertes éprouvées, le gain manqué ou la perte de chance et leur intérêt pour la victime. Il importerait de prendre en considération la probabilité de réalisation du dommage pour mesurer l'intérêt de la victime par rapport au coût du préjudice de prévention, le tout corrigé par la prise en compte du comportement de la victime. Comme cela a pu être évoqué à l'occasion de la cessation de l'illicite, le caractère raisonnable s'apprécierait en regard de la probabilité de réalisation du dommage. Le recours à cette condition du caractère raisonnable du préjudice se retrouve dans l'avant-projet Catala ou dans le projet de réforme de la responsabilité civile<sup>726</sup>.

---

<sup>726</sup>Article 1237 : « Les dépenses exposées par le demandeur 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 ».

**205. Justification du rattachement au caractère certain du préjudice.** En première impression, l'on pourrait croire que le caractère raisonnable du préjudice de prévention se rattacherait bien davantage au caractère légitime du préjudice plus qu'au caractère certain. Néanmoins, nous avons vu, à propos du préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu, que le caractère raisonnable du préjudice se rattachait bien davantage à l'appréciation de la certitude qu'au caractère légitime du préjudice. Aussi, pour les mêmes raisons qui ont été esquissées à l'endroit du préjudice extrapatrimonial actuel, nous considérons que le caractère raisonnable du préjudice s'induit de la certitude.

Voyons quelles conséquences peuvent être déduites de ce critère.

*b. Illustrations du critère*

**206. Réparation assurée du préjudice de prévention résultant d'un dommage futur.**

Prenons l'exemple des sondes cardiaques défectueuses et modifions une donnée. Considérons que la rupture du fil de rétention ne soit pas une simple éventualité mais une certitude. Dans un tel cas de figure, le retrait de la sonde étant le seul moyen d'échapper à une mort certaine, il n'est pas douteux que les frais d'hospitalisation et de soins consécutifs à l'opération préventive de retrait de la sonde constitueront des dépenses raisonnables. Plus le dommage a une probabilité élevée comme l'est le dommage futur, plus les chances sont grandes que le préjudice de prévention soit jugé raisonnable. Quid en cas de dommage possible ?

**207. Réparation au cas par cas du préjudice de prévention résultant d'un dommage possible.**

A l'opposé, moins la probabilité d'occurrence du dommage est élevée, moins les dépenses de prévention engagées ou à venir, par exemple, seront dans un rapport d'adéquation par rapport à l'intérêt que peut retirer la victime d'une telle mesure. La détermination du caractère raisonnable du préjudice de prévention variera d'une espèce à l'autre selon l'appréciation qui en sera faite par les magistrats. Si l'on descend encore d'un cran sur l'échelle de la certitude, qu'en est-il du dommage hypothétique ?

**208. Réparation presque systématiquement rejetée du préjudice de prévention résultant d'un dommage hypothétique.** Pour les mêmes raisons que celles qui ont été esquissées à l'occasion de la cessation de l'illicite, le préjudice de prévention ne devrait pas être réparé lorsqu'il est engendré par un dommage hypothétique. Les dépenses ne paraissent jamais raisonnables dans un tel cas de figure.

Nous pensons qu'il faut cependant admettre une exception à ce principe de rejet de la réparation du préjudice de prévention découlant de l'exposition à un dommage hypothétique. Cette exception s'explique par la volonté de ne pas créer un traitement qui ne serait que par trop rigide. Celle-ci se manifesterait dans le cas où le dommage qui menacerait serait un dommage grave et que le coût des dépenses, de la perte éprouvée, du gain manqué ou de la perte de chance serait réduit. C'est la seule hypothèse dans laquelle il peut être admis que le préjudice de prévention engendré par l'exposition à un dommage hypothétique soit raisonnable et donc réparable.

Critère omnipotent dans la réparation du préjudice de prévention et du préjudice extrapatrimonial actuel découlant d'un dommage potentiel, la certitude du préjudice l'est encore pour les autres préjudices patrimoniaux.

### C. LE CONTROLE DE LA REPARATION DES AUTRES PREJUDICES PATRIMONIAUX AU MOYEN DE L'EXIGENCE DE CERTITUDE

**209. Caractère subsidiaire de la réparation des autres préjudices patrimoniaux par rapport au préjudice de prévention.** La troisième chambre civile de la Cour de cassation a précisé que si les victimes avaient vu leur préjudice de prévention réparé et qu'il leur était encore possible de diminuer l'éventualité que le risque se réalise par une mesure préventive, alors elles ne pouvaient pas se prévaloir d'un autre préjudice patrimonial causé par le dommage potentiel en rapport avec le préjudice de prévention. Ainsi, les demandeurs ne peuvent pas arguer de la dépréciation de leur immeuble engendrée par un risque d'inondation lorsqu'ils ont déjà bénéficié de la réparation du coût des travaux pour réduire la probabilité d'occurrence du dommage et qu'ils peuvent encore réclamer un complément d'indemnisation pour diminuer encore le risque<sup>727</sup>. Si le

---

<sup>727</sup>Cass. 3e civ., 3 avril 2013, n°11-21360.

raisonnement de la Cour est poussé à son paroxysme, elle pourrait aller jusqu'à exiger du demandeur, lorsqu'un autre préjudice patrimonial pourrait être évité par une décision préventive de la victime, qu'il sollicite la réparation du préjudice de prévention préalablement à toute demande en réparation d'un autre préjudice patrimonial. A partir de l'illustration évoquée plus haut, cela donnerait le résultat suivant : la victime devrait d'abord prendre l'initiative d'effectuer des mesures de prévention pour se parer contre le risque d'inondation en avançant elle-même les fonds ou en demandant le financement desdites mesures au juge avant de pouvoir agir en réparation de la dépréciation de l'immeuble.

**210. Un préjudice réparable quel que soit le dommage.** Que les autres préjudices patrimoniaux soient réparables lorsqu'ils sont la conséquence d'un dommage possible ne paraît pas contestable. Un risque avéré, on l'a vu, peut d'ores et déjà engendrer des conséquences découlant directement de l'exposition à un risque telle une dépréciation de la valeur d'une propriété. Cette dépréciation, à partir du moment où elle existe, doit être réparée. *A fortiori*, les autres préjudices patrimoniaux résultant d'un dommage futur doivent de la même manière être réparés même si, pour l'heure, la jurisprudence ne l'a pas encore admis sans doute faute d'illustrations s'y prêtant.

La question est, en revanche, moins évidente lorsqu'il est engendré par l'exposition à un dommage hypothétique. Les juges du fond ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question<sup>728</sup>. Des acquéreurs avaient dû subir, à proximité de leur propriété, l'implantation d'une antenne-relais quelques semaines seulement après leur acquisition. Rejetant l'idée d'être exposé hypothétiquement à un risque, ils avaient pris la décision de déménager. Ils avaient assigné l'opérateur de téléphonie mobile en réparation du préjudice lié à la dépréciation de la valeur de la propriété en raison de la crainte éprouvée par de potentiels acquéreurs, ce que les magistrats de Nanterre ont accepté de réparer. Cette solution doit, à notre sens, être pérennisée dans la mesure où la perte éprouvée, qui est le résultat de l'exposition à un dommage hypothétique, est subie et peut être constatée objectivement. A partir du moment où la victime subit effectivement un préjudice, l'on ne voit pas ce qui pourrait justifier qu'il soit fait obstacle à sa réparation.

---

728TGI Nanterre, 27 mai 2010, n°06-09412.

**211. Caractère raisonnable des autres préjudices : renvoi.** A l'instar des autres préjudices actuels réparables, pour les raisons qui ont déjà évoquées, il nous semble nécessaire de subordonner la réparation au caractère raisonnable des autres préjudices patrimoniaux.

**212. Conclusion de la Section 1.** L'encadrement de la réparation des préjudices actuels peut être réalisé au moyen des seules conditions classiques, tout en préservant les tribunaux d'un engorgement. Le fait générateur et la causalité ont un rôle à jouer. Mais c'est assurément le caractère certain du préjudice qui est la condition la plus sollicitée. S'agissant du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, il permet d'exiger la conscience de la potentialité de dommage et, plus particulièrement, pour les victimes par ricochet, que le dommage futur ou possible générant la souffrance morale soit de nature corporelle. C'est encore de lui que procède, pour la compensation du préjudice extrapatrimonial actuel consécutif à l'exposition aux seuls dommages possibles et hypothétiques la condition d'un bouleversement dans les conditions d'existence. Il découle également du caractère certain la nécessité d'une consultation d'un médecin pour le dommage possible ou d'un expert agréé auprès des tribunaux pour le dommage hypothétique aux fins d'attester de la souffrance morale. Le caractère certain est enfin appelé pour juger de la maîtrise de ses émotions par la victime. Grâce à cette condition, l'on entrevoit désormais mieux la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Il peut être réparé quel que soit le type de dommage, sous réserve que la souffrance soit raisonnable. Le préjudice extrapatrimonial actuel engendré par un dommage futur est présumé, à la différence du préjudice patrimonial actuel découlant des autres types de dommages qui doit, quant à lui, être prouvé. Concernant les préjudices patrimoniaux, le préjudice de prévention doit être conditionné par le caractère raisonnable des dépenses effectuées ou encore des autres pertes éprouvées, du gain manqué et de la perte de chance apparus. Le préjudice résultant d'un dommage futur sera assurément réparé compte tenu de l'intérêt fort de la victime à exposer de telles dépenses. Il s'agira d'une appréciation au cas par cas lorsque le dommage est possible. Le dommage hypothétique quant à lui, ne paraît pas apte à caractériser le caractère raisonnable du préjudice de prévention sauf si le dommage est grave et le coût de la prévention réduit.

Lorsque la victime anticipe la décision du juge, elle ne peut le faire qu'au nom de l'existence d'un dommage imminent. Si elle n'a pas anticipé la décision du juge, il n'apparaît pas nécessaire de conditionner la réparation du préjudice de prévention par l'imminence du dommage. S'agissant des autres préjudices patrimoniaux, il s'infère du caractère certain du préjudice la subsidiarité de l'action en réparation des autres préjudices patrimoniaux par rapport au préjudice de prévention lorsque ce dernier permet de prévenir ou de limiter les premiers. Il ressort également du caractère certain que les autres préjudices patrimoniaux peuvent être caractérisés quel que soit le type de dommage, à condition que toutefois qu'ils soient raisonnables.

La détermination du régime juridique applicable ne serait pas complète si, par-delà la question des conditions de la réparation des préjudices, n'était pas réglée celle de leur évaluation.

## Section 2.

### L'évaluation de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

213. L'évaluation des préjudices patrimoniaux actuels découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu ne suscite guère de difficulté. Si des dépenses ont été engagées, le montant du préjudice de prévention est connu. De même, si le préjudice patrimonial consiste en la perte de valeur d'une maison, le juge n'aura qu'à comparer le prix actuel de la maison par rapport à celui qui était le sien avant que celle-ci ne soit exposée à un quelconque dommage potentiel, éléments aisément quantifiables. Tel n'est pas le cas du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, constitué par une souffrance qui, comme toute souffrance morale, relève du domaine de l'impalpable, de l'inquantifiable. En pratique, son *quantum* est très aléatoire d'un contentieux à l'autre, voire même d'un juge à l'autre. Mis bout à bout, les différents montants octroyés révèlent un certain désordre dans l'évaluation de ce préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu (§1). Dans un souci d'équité entre les victimes et de rationalisation de la technique d'évaluation, nous suggérons, à titre purement indicatif au risque sinon de se heurter au principe de l'appréciation souveraine des juges du fond, de recourir à une échelle de tarification (§2).

#### §1. PRATIQUES INCOHÉRENTES DANS LA REPARATION DU PREJUDICE EXTRAPATRIMONIAL ACTUEL

214. L'incohérence des pratiques observées dans l'évaluation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant d'un dommage dont la réalisation ne serait pas encore intervenue (A) a plusieurs causes dont il importe de restituer la teneur (B) pour pouvoir la combattre.



## A. CONSTAT DE L'INCOHERENCE

**215. Indemnités éparses à situation égale des victimes.** La fixation du *quantum* du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu est pour le moins aléatoire. Des victimes, à situation pourtant égale, se voient allouer des sommes très différentes. Le cas du dommage redouté de mort engendré par la chute d'un avion en est particulièrement révélateur. Ainsi, pour avoir ressenti une souffrance psychique de mort prématurée durant quelques minutes, les victimes ont obtenu 50 000 euros<sup>729</sup> alors que d'autres ont pu se voir allouer 2 223 euros.

**216. Indemnités équivalentes à situation inégale des victimes.** Les victimes placées dans une situation inégale ne sont pas non plus épargnées par l'incohérence des montants d'indemnisation accordés. Il est arrivé que des victimes placées dans des situations pourtant bien différentes obtiennent des indemnités identiques. Ainsi, un salarié redoutant une possible pathologie invalidante voire mortelle à la suite d'une exposition à l'amiante a obtenu 7500 euros quand un riverain redoutant une pathologie qui n'est, quant à elle, que purement hypothétique, et pouvant, dans les cas les plus graves, déboucher sur son décès, s'est vu accorder la même somme. Doté d'une probabilité d'occurrence plus élevée que le dommage hypothétique, le dommage possible devrait logiquement engendrer une souffrance psychique plus intense, ce que ne traduisent pas les montants octroyés.

**217. Illustrations.** Si une différence dans les montants d'indemnités peut parfois être observée entre des victimes placées dans des situations distinctes, il n'en demeure pas moins que cette différence se manifeste à mauvais escient. Il est réservé à certaines victimes un sort plus favorable qu'à d'autres. A titre d'illustration, 5000 euros ont été alloués lorsque le préjudice extrapatrimonial actuel résultait d'un dommage possible de mort causé lui-même par le risque de rupture d'une sonde cardiaque<sup>730</sup> quand les victimes redoutant hypothétiquement d'être affectés par une maladie telle celle d'Alzheimer ont perçu 7000 euros<sup>731</sup>. Les sommes différentes accordées ne permettent pas de retranscrire la véritable différence de situation entre les victimes. Parfois, c'est au

---

729CA Aix en Provence 30 juin 2016 n°2016/290.

730CA Paris, 12 sept. 2008, D. 2008, p.2429.

731CA Versailles, 4 févr. 2009, Jurisdata n°2009-000135.

sein d'un même contentieux que l'on retrouve cette incohérence. Tous les salariés ayant travaillé au contact de l'amiante n'ont pas tous été placés dans la même situation. En fonction du poste, de la durée de l'exposition à l'amiante, de l'âge du salarié, etc., l'étendue du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu peut considérablement varier. Les écarts d'indemnités relevés ne semblent cependant pas illustrer cette grande disparité de situations. Ainsi, entre 2012 et 2014, le prix de l'anxiété lié à l'exposition à l'amiante a été évalué entre 5000<sup>732</sup> et 8000<sup>733</sup> euros à Agen ; à 15000<sup>734</sup> euros à Amiens ; à 7500<sup>735</sup> euros pouvant atteindre jusqu'à 12000<sup>736</sup> euros lorsqu'il inclut le bouleversement dans les conditions d'existence à Bordeaux ; à 500 euros<sup>737</sup>, à 1000 euros<sup>738</sup> voire à 8000 euros<sup>739</sup> à Caen ; entre 5000<sup>740</sup> et 10000<sup>741</sup> euros à Dijon ; entre 7500<sup>742</sup> et 8000<sup>743</sup> euros à Douai ; entre 10000<sup>744</sup> et 12000<sup>745</sup> euros à Grenoble ; à 10000<sup>746</sup> euros à Limoges ; à 10000<sup>747</sup> euros à Metz ; 7500<sup>748</sup> à 8000<sup>749</sup> euros à Rennes ; entre 3000<sup>750</sup> et 10000<sup>751</sup> voire 15000<sup>752</sup> euros à Versailles étant précisé qu'une rationalisation des montants a été opérée après les arrêts rendus par la Cour de cassation le 25 septembre 2013.

L'incohérence des pratiques observées n'est pas un phénomène qui ne toucherait qu'une poignée d'arrêts. Au contraire, elle est assez constante, au point que ses causes sont aisément identifiables.

---

732CA Agen, 24 sept. 2013, n°11/00307 ; CA Agen, 28 février 2012, n°11/00976. Le bouleversement dans les conditions d'existence ayant été indemnisé séparément (3000 euros).

733CA Agen, 31 mars 2015, n°14/00687 ; CA Agen, 4 mars 2014, n°13/00097.

734CA Amiens, 27 juin 2013, n°12/03052.

735CA Bordeaux, 7 avril 2009, n°08/04292.

736CA Bordeaux, 13 mars 2014, n°13/02598.

737CA Caen, 10 janv. 2014, n°11/03661.

738CA Caen, 10 janv. 2014, n°11/03660 ; n°11/01614.

739CA Caen, 21 mars 2014, n°12/00753.

740CA Dijon, 21 févr. 2013, n°12/00431.

741CA Dijon, 26 avril 2012, n°12/00575.

742CA Douai, 31 janv. 2014, n°68/00014.

743CA Douai, 18 avril 2014, n°736/14.

744CA Grenoble, 3 avril 2014, n°12/03683.

745CA Grenoble, 25 mars 2014, n°12/05328.

746CA Limoges, 5 nov. 2013, n°13/01277.

747CA Metz, 4 févr. 2014, n°14/00104.

748CA Rennes, 5 avril 2013, n°11/05694.

749CA Rennes, 6 mars 2013, n°11/05754.

750CA Versailles, 27 févr. 2013, n°11/04452.

751CA Versailles, 21 janv. 2014, n°12/03826.

752CA Versailles, 27 févr. 2013, n°11/04461.

## B. CAUSES DE L'INCOHERENCE

**218. Incertitude des critères d'évaluation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.** Globalement, deux éléments permettent d'expliquer l'incohérence en matière d'évaluation du préjudice extrapatrimonial actuel découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu. En premier lieu, le recours à des critères d'évaluation incertains.

Incertains d'abord en ce sens qu'ils ne sont pas toujours explicités dans les décisions de justice, ne permettant pas au lecteur de comprendre *de facto* la logique derrière ce montant. Si l'évaluation du préjudice est abandonnée au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui n'ont donc pas l'obligation de justifier les éléments sur lesquels ils se sont fondés pour parvenir à tel montant, il est cependant regrettable de ne pas pouvoir – car certains le font même en l'absence d'obligation – comprendre le raisonnement des magistrats.

Incertains ensuite dans la mesure où, lorsqu'ils sont précisés, les critères d'évaluation sont très variables d'un juge à l'autre. Certains juges s'appuient sur des critères, d'autres magistrats les jugent indifférents et se fondent sur d'autres critères. Ainsi, il est parfois tenu compte du degré d'exposition à l'élément créant le dommage potentiel, de la durée de l'exposition de la victime à cet élément ou de la durée des troubles psychiques, de l'âge de la victime, de la probabilité de réalisation du dommage, de son contexte – individuel ou collectif –, de son imminence, de la réalisation effective ou non du dommage, etc.

**219. Variations dans l'appréciation de la traduction monétaire d'une souffrance inquantifiable.** L'incohérence des montants de l'indemnisation peut s'expliquer en second lieu par le pouvoir souverain des juges du fond. Chacun définit librement la somme adéquate pour compenser le préjudice. Or, lorsqu'il s'agit de chiffrer l'impalpable, l'inquantifiable, en l'occurrence un sentiment, cette définition est personnelle. D'un sujet à l'autre, cette appréciation sera nécessairement différente parce qu'elle n'appelle pas une réponse commune. Il n'est donc pas étonnant de voir que d'un juge à l'autre, le montant de l'indemnisation est susceptible de varier grandement. C'est

en quelque sorte le lot commun de tous les préjudices extrapatrimoniaux.

Face à de telles incohérences dans la fixation des *quantums* de la souffrance psychique résultant d'un dommage non encore survenu, certaines voix se sont élevées, notamment les avocats des victimes de terrorisme qui ont ainsi proposé un Livre Blanc sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété ou le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude fournissant une véritable méthode d'évaluation indicative<sup>753</sup>. Si nous les rejoignons sur le principe, la méthode que nous entendons proposer est, en revanche, nettement éloignée.

## §2. PROPOSITION D'INSTAURATION D'UN BAREME DU PREJUDICE ACTUEL EXTRAPATRIMONIAL RESULTANT D'UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU

220. De telles pratiques qui nuisent à la cohérence de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu doivent être abandonnées au profit d'une technique équitable entre les victimes et rationalisée. Plusieurs outils le permettent mais seul le barème présente le moins d'inconvénients possibles (A). Celui-ci fixerait un plancher et un plafond au sein duquel le juge ajusterait le montant en fonction de critères d'évaluation (B).

### A. CHOIX D'UN BAREME SOUPLE

**221. Options en présence : barème ou échelle de tarification.** La difficulté et le caractère empirique d'une telle entreprise de chiffrage aboutissent à ce que les victimes de préjudices psychiques intermédiaires soient indemnisées différemment d'une juridiction à l'autre, alors même qu'elles présentent une souffrance à l'intensité identique. Une telle inégalité de traitement ne saurait perdurer. L'évaluation des préjudices résultant d'un dommage corporel d'ores et déjà réalisés génère elle aussi cette difficulté. Plusieurs propositions de remèdes ont été formulées dont on peut s'inspirer pour la

---

<sup>753</sup>Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats, document présenté par le groupe de contact des avocats de victimes du terrorisme, avocat du barreau de Paris, 2016.

traduction monétaire du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu, à savoir la mise en place soit d'un barème, soit d'un référentiel.

**222. Préférence pour un barème souple.** S'agissant du barème, il consiste à exprimer une valeur monétaire en fonction du niveau de souffrances<sup>754</sup>. La Haute juridiction a toujours maintenu son refus d'une officialisation des barèmes quant à l'indemnisation des préjudices résultant d'un dommage corporel survenu<sup>755</sup> car les inconvénients sont multiples<sup>756</sup>. « Il conditionne des solutions prédéterminées et n'est qu'un système réglé de solutions s'imposant *ex cathedra* au mépris des cas d'espèces qui requièrent, on le sait, une appréciation à chaque fois circonstanciée du préjudice, conformément au principe de réparation intégrale » et, au fond, est tout aussi arbitraire que le pouvoir souverain des juges<sup>757</sup>. Mais le barème n'est pas forcément rigide. Il peut être souple et ainsi fixer un plafond et un plancher. Il peut même être prévu que le juge puisse aller au-delà du plafond ou en-deçà du plancher, par une motivation spéciale. Concernant le référentiel national maintenant, il serait conçu comme une aide à la décision des magistrats. A partir d'une mutualisation de la jurisprudence des cours d'appels, un référentiel indicatif et évolutif pourrait être composé de « fourchettes d'indemnisation »<sup>758</sup>. A l'intérieur de cette fourchette, les magistrats affinaient le montant de l'indemnisation en fonction des caractéristiques particulières de l'espèce, sans avoir à motiver spécialement leur décision. L'idée d'un référentiel a pris naissance lors de la conférence des premiers présidents des cours d'appels à propos de la question de l'indemnisation des préjudices corporels découlant d'un dommage réalisé et pourrait, par analogie, être préconisée comme technique de rationalisation de l'évaluation en fournissant une ligne directrice cohérente. Elle est d'ailleurs utilisée par certains droits étrangers pour le régime du dommage survenu<sup>759</sup>. L'échelle de tarification se borne à refléter la pratique actuelle des tribunaux.

Pour être pleinement efficace, le remède devrait résider dans des critères prédéterminés

---

754 Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel dirigé par Mme Lambert-Faivre, juin 2003.

755 *V°* par ex., Cass, Civ 2ème, 22 novembre 2012, n°11-25988.

756 J.-B. PREVOST, « Justesse de la justice, A propos de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.* 2009, n°31, p.6 ; F. MARISCAL et G. GONZALEZ, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels, Étude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.* 2012, n°315, p.25.

757 J.-B. PREVOST, « L'homme moyen ou l'étalon vide, Réflexions sur la dérive gestionnaire des barèmes », *Gaz. Pal.* 2012, n°315, p.7.

758 G. MOR, « Réparer la souffrance », *Gaz. Pal.* 2014, n°46, p.18.

759 *La réparation intégrale en Europe, Etudes comparatives des droits nationaux*, ss. la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE, Larcier, 2012, p.55.

pour guider l'évaluation. Seul le barème, nous semble-t-il, le permet. Nous proposons donc d'instaurer un barème pour le préjudice extrapatrimonial actuel découlant de tout type de dommage non encore survenu.

Entre la limite du plancher et celle du plafond, le juge apprécierait souverainement le montant du préjudice sur la base de critères d'évaluation.

## B. CRITERES D'AJUSTEMENT ENTRE LE PLAFOND ET LE PLANCHER

223. Cet outil doit permettre de cerner au mieux l'inquantifiable en s'appuyant sur des éléments les plus objectifs possibles. De tels critères ne seraient qu'indicatifs car il n'est pas question ici de contrarier le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Tandis que les uns seraient inhérents au trouble psychique lui-même (1), les autres seraient relatifs au dommage non encore réalisé (2).

### 1. Critères inhérents au trouble psychique

**224. Le type de trouble.** L'effroi ou la détresse n'ont pas la même intensité que la peur. Le type de trouble psychique au fondement du préjudice extrapatrimonial actuel ayant une incidence sur l'intensité de la souffrance, cet élément doit, par conséquent, être intégré dans l'évaluation.

**225. La durée du trouble.** La durée du trouble agit également sur l'étendue du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Une souffrance qui a duré une dizaine de minutes ne mérite pas la même compensation que celle qui durera quinze ou trente ans. Ce critère est déjà utilisé lorsque le préjudice en cause est un préjudice d'angoisse de mort prématurée. Les Cours d'appel n'hésitent pas à adapter le montant de l'indemnisation à la durée de la souffrance<sup>760</sup>. Hors ce cas précis, la durée du trouble psychique n'est pas forcément connue, la faute à l'incertitude de la date de réalisation du dommage au jour

---

<sup>760</sup>V° Cass. Crim., 26 mars 2013, n°12-82600.

d'introduction de la demande en indemnisation. Dans ce cas, le juge pourrait alors se contenter de prendre en considération la durée normalement prévisible du trouble. Il n'est pas question d'exiger un minutage objectif de l'exposition aux risques. Il conviendra, en l'absence d'élément précis, de retenir une durée moyenne. Le temps du trouble ne doit pas être confondu avec la durée de l'exposition au dommage non encore survenu car l'exposition ne peut être génératrice d'un sentiment de peur, de détresse, de dépression, etc. que dans la mesure où le danger est connu de la victime. Ce qui importe est la perspective du dommage – connaissance du dommage potentiel jusqu'à sa réalisation ou à l'éloignement de sa perspective – à l'intérieur de laquelle les troubles vont prendre naissance.

A ces critères propres à la souffrance constituant le préjudice extrapatrimonial actuel, il faut encore ajouter des critères inhérents à l'atteinte non encore survenue.

## 2. Critères relatifs au dommage potentiel

**226. Nature du dommage encore survenu.** Un dommage corporel, par sa nature même, est susceptible d'engendrer un préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu plus important qu'un dommage matériel dont il doit être tenu compte.

**227. Type de dommage non encore survenu.** Prendre en compte la nature du dommage ne suffit pas. Entre un dommage corporel constitué par la mort et un dommage corporel constitué par la perte d'une fonctionnalité du corps humain, les troubles psychiques ne seront pas de la même intensité. Il en va de même pour le dommage matériel où l'étendue desdits troubles peut varier selon, par exemple, que la maison principale à usage d'habitation soit menacée ou simplement son terrassement. En considération de cela, il faut tenir compte du type de dommage redouté.

**228. Degré d'exposition au dommage potentiel.** Imaginons un parcours de golf dont le tracé serait erroné et dont certaines balles peuvent atterrir sur différentes propriétés du lotissement. Le propriétaire recevant en moyenne une balle par semaine sur son terrain ne souffre pas autant que celui sur lequel atterrit en moyenne dix balles par jour. De

même, une secrétaire, moins exposée qu'un soudeur aux particules d'amiante, ne subit pas une souffrance à l'intensité identique. Le degré d'exposition au dommage non encore survenu constitue donc un élément incontournable de l'évaluation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à ce dommage.

**229. Probabilité de survenance du dommage non encore advenu.** Si le dommage hypothétique peut générer un préjudice extrapatrimonial actuel, celle-ci sera nécessairement moindre que celle engendrée par un dommage à venir dont la survenance est certaine. Il est donc logique de prendre en considération le type de dommage, futur, possible ou hypothétique, qui est fonction de la probabilité d'occurrence du dommage non encore survenu. A la différence des juges judiciaires, les juges administratifs déterminent le montant de la réparation sur la base de ce seul critère de probabilité de réalisation du dommage<sup>761</sup>.

**230. Imminence du dommage.** Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, l'imminence du dommage n'agit pas sur la certitude du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu mais sur l'intensité dudit préjudice. Plus la réalisation du dommage est proche temporellement, plus le sentiment est intense.

**231. Contexte collectif du contentieux.** Le contexte collectif de l'accident, du drame sanitaire, de l'attentat, etc. peut être de nature à renforcer l'intensité de la souffrance extrapatrimoniale actuelle découlant d'un dommage non encore survenu. Ainsi, la victime se trouvant dans un autobus arrêté sur les voies d'une ligne de chemin de fer au moment où un train arrive aura sa souffrance d'autant plus renforcée qu'elle entendra crier les autres passagers en même temps qu'elle. Elle sait, de plus, que les secours mettront du temps à intervenir, obligés de trier les victimes en fonction de la gravité des blessures. Ce temps sera générateur d'une souffrance dans l'attente de connaître l'ampleur du dommage qu'elle a subi, limite temporelle finale du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Le caractère collectif du contentieux peut être caractérisé sans qu'il y ait concomitance de temps. Aussi, les victimes de l'amiante ou du diéthylstilbestrol, pourtant exposées à des périodes distinctes, peuvent elles aussi être considérées comme des victimes de

---

761H. MUSCAT, « Le préjudice d'angoisse en droit administratif », RJO 2014, NS, p.46.



contentieux collectifs. Le caractère collectif pourra avoir une incidence sur l'étendue de la souffrance, particulièrement si les victimes connaissent d'autres victimes de l'exposition pour lesquelles le dommage est finalement survenu.

**232. Surveillance de l'évolution du dommage potentiel.** Dans les cas où l'évolution du dommage non encore advenu serait susceptible d'une surveillance régulière, celle-ci peut être de nature à aggraver la souffrance psychique. Tel est le cas des examens médicaux destinés à suivre l'évolution d'un dommage corporel redouté. Ces dommages ne sont pas les seuls à être concernés. Imaginons un risque d'effondrement du sol dû à la présence d'une ancienne carrière de calcaire asphaltique sur lequel est construit un lotissement<sup>762</sup>. La surveillance régulière des tassements du sol peut être de nature, lorsqu'elle a lieu, à renforcer les troubles psychiques.

**233. Age de la victime.** Parce qu'à partir d'un certain âge, la mort ne serait plus une représentation mais une réalité, elle justifierait de prendre en considération l'âge de la victime dans l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. En somme, passé un certain âge, la perspective de la mort se rapprochant, l'intensité du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu serait moins élevée que pourrait l'être celle d'un préjudice subie par une victime de 20 ans. Ce critère est d'ailleurs repris par la jurisprudence, particulièrement dans le contentieux de l'amiante ou dans le cas d'une mort imminente.

**234. Indifférence de la survenance du dommage.** A l'inverse, il est un élément relatif au dommage non encore survenu dont les juges se servent parfois pour évaluer ce préjudice dont il ne doit pourtant pas être tenu compte. En effet, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ordonné aux juridictions du fond de diminuer l'indemnisation en regard de l'absence de survenance du dommage quand l'action en réparation était introduite après la levée du voile de l'incertitude<sup>763</sup>. Cette solution est regrettable puisque la disparition ultérieure du risque ne saurait diminuer la souffrance éprouvée durant la période d'exposition au dommage potentiel, même si elle se

---

762Exemple inspiré de : Cass. 3e civ., 3 mars 1993, n°91-17198 à n°91-17200.

763Cass, 2e civ., 4 juillet 2013, n°12-23915 : « Que l'appréciation de ce préjudice spécifique et de son indemnisation devra tenir compte du retentissement sur les conditions d'existence de Mme Y... durant cette période ; qu'eu égard à l'âge de cette dernière, 33 ans au jour de la découverte de la contamination, de la durée de la maladie et en considérant la guérison intervenue sans séquelles ».

revendique d'un principe prétorien qui fixe la date de l'évaluation des préjudices au jour du jugement justement pour tenir compte des vicissitudes intrinsèques ou extrinsèques au préjudice. Il n'en demeure pas moins que le principe connaît quelques exceptions. La date de l'évaluation est ainsi tantôt avancée, tantôt retardée<sup>764</sup>. Ici, il pourrait être tenu compte de la particularité du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de dommages possible ou hypothétique, émergeant dans un contexte où l'incertitude est élevée, sans pour autant qu'elle ne soit nécessairement sempiternelle. La disparition du risque n'enlève rien à la souffrance qui a été vécue. Partant de là, la date d'évaluation pourrait être avancée à un moment précédant le terme de l'attente.

**235. Conclusion de la Section 2.** Face aux dérives incohérentes que nous avons pu constater, il importait de trouver le remède adéquat. Celui-ci nous a semblé résider dans l'instauration d'un barème souple d'indemnisation. Une fourchette d'indemnisation serait déterminée. A l'intérieur de celle-ci, les magistrats choisiraient le montant de l'indemnisation à partir de dix critères au total que sont le type de trouble, sa durée, la nature corporelle ou matérielle du dommage non encore survenu, son degré d'exposition à l'élément ayant généré le dommage non encore advenu, la probabilité de réalisation du dommage – dommage futur, possible ou hypothétique –, l'imminence de sa survenance, le contexte collectif ou individuel de la perspective du dommage potentiel, l'âge de la victime ou encore la nécessité d'une surveillance régulière de l'évolution du dommage potentiel.

**236. Conclusion du Chapitre 2.** Le régime de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu devait être précisé compte tenu des incertitudes actuelles. Ce régime pourrait être façonné par le législateur. Les dispositions, qui trouveraient leur place dans le Code civil, dans un paragraphe consacré aux préjudices réparables, permettraient de rompre avec la dysharmonie des solutions. La réparation du préjudice extrapatrimonial résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu pourrait faire l'objet de plusieurs articles dans le Code civil, au sein d'une subdivision consacrée au préjudice réparable, rédigés comme suit :

---

764J.-Cl. Civil Code, Fasc. 201 : régime de la réparation, F. LEDUC, 2005, n°55 ; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd., 2018, n°615 et s., p.424.

Article 1253 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'un dommage futur pouvant compromettre son intégrité corporelle ou sa situation patrimoniale constituent un préjudice réparable.

Les mêmes troubles sont réparables lorsqu'ils résultent de la connaissance par la victime indirecte d'un dommage futur menaçant l'intégrité corporelle de la victime directe.

Dans tous les cas, l'existence du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage futur subi par la victime directe ou par la victime indirecte est présumé ».

Traditionnellement, la présomption de préjudice est instaurée de manière prétorienne. Elle ne résulte pas d'une consécration par le législateur. Toutefois, compte tenu du mouvement de recul patent des présomptions de préjudice, il est préférable de garantir sa pérennité dans le Code civil.

Article 1254 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'une menace possible ou hypothétique pouvant compromettre son intégrité corporelle ou sa situation patrimoniale constituent un préjudice réparable à condition qu'ils se manifestent par un bouleversement dans les conditions d'existence.

Les mêmes troubles sont réparables lorsqu'ils résultent de la connaissance par la victime indirecte d'un dommage possible menaçant l'intégrité corporelle de la victime directe à condition qu'ils se manifestent par un bouleversement dans les conditions d'existence ».

Article 1255 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe ou indirecte en raison de la connaissance d'un menace possible de dommage est attestée par un avis médical ».

Article 1256 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'un menace hypothétique de dommage est attestée par une expertise réalisée par un expert agréé auprès des tribunaux ».

La réparation du préjudice de prévention pourrait faire l'objet d'un article, ainsi que le proposent les différents projets de réforme, comme suit :

Article 1257 : « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ».

« Les autres pertes éprouvées, le gain manqué ou la perte de chance d'éviter la survenance d'un dommage subie pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice

réparable dès lors qu'ils sont raisonnables ».

Nous avons vu qu'il convenait de distinguer selon que la victime a d'ores et déjà joué un rôle actif dans la prévention de son dommage en exposant des dépenses, en prenant une mesure qui lui a fait perdre un gain ou qui lui a fait perdre une chance d'éviter la survenance du dommage ou qu'elle s'apprêtait à le faire et saisissait préalablement les magistrats pour qu'ils lui accordent la réparation de son préjudice de prévention. Si elle a été anticipé la décision du juge en jouant dès à présent un rôle actif, cela doit être justifié uniquement par le caractère du dommage imminent. A défaut, l'on ne voit pas ce qui expliquerait que la victime n'ait pas sollicité les juges. A l'opposé, lorsque le rôle actif n'a pas encore été joué par la victime, il n'est point nécessaire d'exiger l'imminence du dommage. La perspective d'un dommage futur ou possible suffit pour rendre le préjudice réparable. Ceci pourrait être formalisé comme suit :

Article 1258 : « Les dépenses raisonnables qui vont être exposées pour prévenir la réalisation d'un dommage futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable ».

« Les autres pertes éprouvées, le gain manqué ou la perte de chance d'éviter la survenance d'un dommage qui va être subie pour prévenir la réalisation d'un dommage ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'ils apparaissent comme raisonnables ».

Leur réparation relevant du droit commun, les autres préjudices patrimoniaux actuels ne nécessitent pas qu'il leur soit consacré un article.

**237. Conclusion de la Deuxième partie.** Le droit positif de la responsabilité civile offre deux manifestations de préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore advenu : un préjudice extrapatrimonial d'un côté, constitué par les souffrances psychiques intermédiaires vécues telles la peur, l'effroi, la détresse, la terreur, la dépression, etc., des préjudices patrimoniaux de l'autre côté, comprenant le préjudice de prévention ainsi que ce que nous avons désigné sous la bannière générique des autres préjudices patrimoniaux. Une étude systématique de jurisprudence a permis de mettre en exergue les défauts du régime actuel de leur réparation. Les conditions d'abord, qui sont loin d'être précises, sont souvent pointées du doigt en raison de leur insuffisante capacité à réguler les demandes d'indemnisation. Si les conditions actuellement employées qui sont les conditions classiques de la réparation sont effectivement imprécises et

insuffisantes, c'est parce qu'elles ne sont pas suffisamment exploitées. Point n'est besoin d'aller rechercher une ou plusieurs conditions supplémentaires ailleurs. Les conditions classiques de la réparation sont suffisamment riches pour pouvoir encadrer efficacement la réparation des préjudices actuels découlant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Régime jusqu'à lors prétorien, le régime de la réparation de tels préjudices nous a paru nécessiter l'implication du législateur, laquelle passerait par la consécration de trois articles dans le Code civil.

L'évaluation de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu ensuite, et, plus précisément, exclusivement du préjudice extrapatrimonial actuel, est totalement dénuée de cohérence. Cela s'explique par l'incertitude des critères d'évaluation et la variation de la traduction monétaire d'une souffrance qui est impalpable. Pour ne citer qu'un exemple, les juges accordent des montants divers à des victimes pourtant en situation d'égalité. Pour rompre avec ces pratiques incohérentes, nous suggérons la mise en place d'une échelle de tarification dudit préjudice qui comprendrait une fourchette haute et une fourchette basse de l'indemnisation à l'intérieur de laquelle les magistrats conserveraient leur pouvoir souverain et qui serait établi sur la base de critères clairement arrêtés.

238. Le traitement du dommage non encore survenu ne saurait être complet sans avoir abordé la réparation des préjudices subséquents à un dommage non encore survenu, c'est-à-dire les préjudices qui ne surviendront que si le dommage vient à se réaliser.



## **Troisième partie.**

# **Le traitement anticipé des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore survenu**

239. Bien avant d'être sollicités sur la question de la réparation des préjudices intermédiaires découlant d'un dommage non encore réalisé, les magistrats avaient eu à s'interroger sur la réparation des préjudices finaux non encore actuels résultant du spectre de la survenance du dommage qui ne deviendront actuels qu'à la condition que cette perspective vienne à se réaliser. Dès 1932, les juges admirent l'indemnisation de ces derniers lorsqu'ils procédaient d'un dommage futur. Aussi bien, avaient-ils ouvert la voie aux traitements des dommages non encore survenus. Conscients de la diversité des situations et soucieux du sort de la victime, les juges avaient par la suite de nouveau manifesté leur volonté de prendre en considération les atteintes non encore advenues en réservant à leurs conséquences finales deux formes de traitements : la réparation

immédiate des préjudices subséquents à un dommage futur d'une part (Chapitre 1), l'évaluation immédiate de la réparation des préjudices subséquents à un dommage possible d'autre part (Chapitre 2). Ces deux formes de la réparation des préjudices, qui répondent à un besoin identifié et dont l'octroi dépend de conditions distinctes, n'ont donc pas vocation à s'appliquer quel que soit le type de dommage non encore survenu, marquant ainsi la spécificité de la réparation des préjudices finaux, que l'on dénommera ici préjudices non encore actuels, par rapport aux autres traitements du dommage redouté. Le dommage hypothétique, par ses conséquences finales par trop incertaines, ne permet pas d'accéder à un tel traitement. Il sera, par voie de conséquence, laissé de côté. L'on ajoutera que les préjudices non encore actuels afférents à un dommage futur ou à un dommage possible n'appellent pas de développements particuliers quant à leur consistance tant ils sont des plus classiques, préjudices à la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale.

**Chapitre 1. La réparation anticipée des préjudices non encore actuels afférents à un dommage futur**

**Chapitre 2. L'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible**



## Chapitre 1.

### La réparation anticipée des préjudices non encore actuels afférents à un dommage futur

240. La forme de la réparation immédiate ne peut, en raison de la certitude du préjudice qui conditionne le droit à réparation, concerner que les préjudices finaux découlant exclusivement d'un dommage dont la réalisation serait future. En guise d'illustration, les propriétaires d'un immeuble situé sur une des zones identifiées comme présentant un risque d'effondrement dû à la proximité d'une ancienne carrière de calcaire asphaltique les contraignant à quitter les lieux ont pu voir leur préjudice patrimonial final réparé immédiatement. Cette réparation immédiate se subdivise elle-même en deux catégories qui sont fonction de l'étendue de la réparation : la réparation intégrale (Section 1) et la

réparation provisionnelle (Section 2).

## Section 1.

### La réparation intégrale

241. A l'analyse de la condition encadrant la réparation intégrale (§1) succédera l'appréciation de la réparation intégrale (§2).

#### §1. LA CONDITION DE PREJUDICES A L'ETENDUE DETERMINEE OU DETERMINABLE

**242. Analyse de la condition.** Dès l'accueil de la réparation des préjudices futurs, la réparation intégrale fut subordonnée à la possibilité d'une évaluation immédiate. Par trois arrêts, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a ordonné la réparation intégrale du préjudice futur dès lors qu'il « apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate »<sup>765</sup>.

**243. Un préjudice à l'étendue déterminée.** L'on rappellera qu'il est constant que, par principe, les juges se livrent à une appréciation *in concreto* du préjudice. Pour que la réparation intégrale puisse être prononcée, il faut pouvoir démontrer l'existence d'un préjudice déterminé. Ce caractère déterminé suppose que tous les éléments composant le préjudice soient connus avec certitude, que le montant de celui-ci puisse être exactement chiffré. Relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, la détermination de la consistance, de l'étendue de chaque élément de préjudice a lieu « de

---

765 Req., 1<sup>er</sup> juin 1932, D 1932, 1, jur. p.102, Rapport Pilon ; Cass. civ. 19 mars 1947, D.1947, p.313 ; S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjugée au provisoire », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2007, p.482 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°277-277-1, p.122-123 ; AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. 6, 8e éd., par N. DEJEAN DE LA BATIE, Paris, Librairies techniques, 1989, n°20, p.38 ; Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°227-228 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, 2008, n°705, p.461 ; L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, t.468, LGDJ, 2006, n°782, p.504 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, Bibl. de droit privé, t. 504, LGDJ, 2009, n°405, p.350.

manière concrète », c'est-à-dire en se fondant sur les éléments de l'espèce.

Si le préjudice n'est pas déterminé, il peut tout au moins être déterminable au jour du jugement.

**244. A défaut, un préjudice à l'étendue déterminable.** Les magistrats n'ont pas fermé la voie de la réparation intégrale immédiate au préjudice déterminable. L'étendue de toutes les composantes du préjudice n'a pas besoin d'être connue, pourvu qu'elle soit déterminable. Pour qu'elle le soit, il faut que les magistrats soient en mesure de lever l'incertitude affectant un des éléments composant le préjudice. Le dommage corporel en constitue l'archétype. La victime peut être exposée au renouvellement futur et continu de ce type de dommage. En fonction de sa gravité, celui-ci pourra se perpétuer jusqu'à la mort de la victime. La durée de vie de la victime étant une donnée incertaine, les préjudices découlant du dommage corporel seront au mieux déterminables dans leur étendue grâce au recours à des barèmes<sup>766</sup> publiés dans des revues telles que les tables de la mortalité<sup>767</sup> permettant d'évaluer avec une approximation assumée la durée de la vie de la victime. En fonction de circonstances tels que le sexe, l'âge, la catégorie socioprofessionnelle, etc., une espérance de vie lui sera attribuée de telle sorte que l'incertitude initiale ne constituera pas un écueil à la réparation intégrale des préjudices subis par la victime. L'appréciation concrète n'est donc pas exclusive ici aussi de touches d'appréciation *in abstracto* clairsemées<sup>768</sup>. L'évaluation pourra cependant être ajustée à la réalité selon le choix qui aura été fait quant à la modalité de versement des dommages et intérêts alloués.

La condition à laquelle est subordonnée la réparation intégrale ayant été présentée, nous pouvons apprécier cette dernière.

## §2. APPRECIATION DE LA REPARATION INTEGRALE

245. De la pratique actuelle de la réparation intégrale, il peut être identifié deux difficultés (A). A chaque difficulté, sa solution (B).

---

766J. MAZARS, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », Colloque, 2005, Disponible sur le site internet : <http://www.courdecassation.fr>

767V° Par ex., CA Bastia, 9 févr. 2011, n°10/00038.

768Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°256.

**246. Pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant au choix de la modalité des dommages-intérêts.** Toute la difficulté tient au fait qu'en droit positif, le choix du capital ou de la rente est abandonné au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond<sup>769</sup>. Ils peuvent ainsi librement choisir entre une évaluation globale en capital ou sous la forme d'une rente périodique, « pouvant toujours attribuer d'office la réparation qui lui paraît la meilleure »<sup>770</sup>. Lorsque le préjudice découle de « dommages qui se perpétuent de manière continue dans le temps »<sup>771</sup>, la rente est à préférer. La première situation où la rente est traditionnellement préférée réside dans l'atteinte redoutée à l'intégrité physique de la victime et spécialement les chefs de préjudices continus identifiés que sont, pour la victime première, l'assistance par tierce personne, les pertes de gains professionnels futures et les dépenses de santé futures et, pour la victime par ricochet, la perte de revenus des proches. Le deuxième cas où la rente est traditionnellement considérée comme adéquate se situe dans l'atteinte redoutée de l'intégrité patrimoniale de la victime pour des dommages continus comme ceux résultant de « troubles de voisinage ou les atteintes à l'environnement »<sup>772</sup>. En dehors de ces cas, le capital « est le mode normal de réparation » des préjudices découlant d'un dommage futur matériel. A titre illustratif, si un syndicat des copropriétaires découvre, dans un réduit muré en sous-sol, l'existence de gravats comprenant des débris en bois infestés de termites, il pourra obtenir du juge la réparation par les sociétés vendeuses ayant rénovées et redistribuées le bâtiment acquis de tous les préjudices causés par le désordre de nature à porter atteinte à la solidité de l'immeuble à brève échéance et, en tous cas, avant l'expiration du délai de garantie décennale. Les dommages et intérêts pourront ainsi épouser, en bonne logique, la modalité d'un versement en capital. Il est tout autant le mode de réparation normal pour les préjudices engendrés par un dommage futur corporel autres que ceux identifiés. Il en a été jugé ainsi, par exemple, dans un arrêt de

---

769Cass. 1e civ., 19 févr. 2014, n°13-11360 ; Cass, 2e civ., 7 juin 2001, n°99-17645 « Mais attendu que, s'agissant d'une conversion d'un capital en rente et non d'une rente en capital, c'est sans violer les textes visés au moyen et dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a fixé la rente attribuée » ; CA Limoges, 10 juin 2008, n°07/00377 : « La Cour estimant préférable au vu des éléments du dossier [...] d'allouer l'indemnisation sous forme de capital ».

770P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2018/2019, n°2312-71, p.1065.

771J.-Cl. Civil Code, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016, n°17.

772G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2017, n°139, p.201.

la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 mars 1997<sup>773</sup> dans lequel les juges du fond avaient opté pour la réparation sous la forme d'un capital en présence de préjudices corporels. La tendance se dégageant de la jurisprudence est que les magistrats octroient majoritairement un capital et cela quand bien même une des composantes du préjudice est seulement déterminable au jour du jugement<sup>774</sup>. L'on en arrive, par conséquent, à des situations où l'indemnisation est totalement déconnectée de l'étendue réelle du préjudice.

**247. Prise en compte incertaine de l'évolution du dommage.** « Le temps est à même de favoriser également une évolution du préjudice, postérieurement à la décision du juge »<sup>775</sup>. En effet, il arrive parfois que certains éléments composant le préjudice pourtant connus au jour du jugement et apparaissant comme certains évoluent au cours du temps c'est-à-dire postérieurement au jour du jugement. Par principe, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que le magistrat ne revienne sur ses décisions dans le sens d'une correction à la baisse.

Ce principe supporte toutefois quelques limites. Ainsi, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée<sup>776</sup> pourra ne pas être opposée à la victime lorsque la demande s'appuie sur un « élément de préjudice nouveau »<sup>777</sup>, une « dépense nouvelle postérieurement au jugement »<sup>778</sup>, un élément intrinsèque nouveau de la victime<sup>779</sup> ou toute autre circonstance nouvelle au sens de l'article 1355 du Code civil. « Dans cette hypothèse, une circonstance nouvelle vient anéantir rétroactivement un acte sur le fondement duquel un précédent jugement avait été rendu. Le juge a donc pris sa décision sur la contemplation d'un état de droit qui apparaît rétroactivement comme erroné »<sup>780</sup>. En dehors de telles hypothèses, toute action serait irrecevable sur le

---

773 Cass. 2e civ., 19 mars 1997, n°93-10914, *Bull. civ.* 1997, II, n°86.

774 J.-Cl. Civil Code, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016, n°17.

775 Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°289.

776 S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9e éd., 2017/2018, n°421 et s., p.1364.

777 Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°291.

778 Répertoire dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002, n°292.

779 Cass. soc., 18 févr. 2003, *Bull. Civ. V*, n°59, p.56 ; Cass. 1e civ., 18 déc. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, 249

L'« intérêt peut changer avec les circonstances, notamment avec l'âge de l'enfant, de sorte que la décision qui a rejeté une première demande de substitution de nom n'a pas, à l'égard d'une seconde demande, l'autorité de la chose jugée, et ne fait pas obstacle à sa recevabilité » ; que, par ces seuls motifs, la juridiction du second degré a légalement justifié sa décision d'écarter la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée » ; Cass. 2e civ., 6 mai 2004, *Bull. Civ.* 2004, II, n°208.

780 V. DELAPORTE, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », BICC H-S, Rencontre Université-Cour de cassation - « La procédure civile », 23 janvier 2004.

fondement de l'exception de la chose jugée.

Ces problèmes ne sont pas pour autant une fatalité. Des solutions existent pour les pallier.

## B. REMEDES

**248. Atteinte à la liberté d'appréciation des juges du fond.** Une approximation aussi importante peut être réduite par le recours à la rente. Son versement cessera lorsque les préjudices finaux résultant d'un dommage futur auront cessé d'être subis. Plusieurs projets ont proposés que le recours à la rente soit érigé en principe lorsqu'il est question de la réparation de certains postes de préjudices continus. Ainsi, l'article 1272 alinéa 1er du projet de réforme de la responsabilité civile dispose que « l'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente. Celle-ci est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum ».

**249. Recours aux clauses de révision.** Afin tout à la fois d'échapper à l'aléa judiciaire qui pourrait découler d'une interprétation différenciée de l'article 1355 du Code civil et de prendre en considération les cas d'évolution du dommage ne rentrant pas dans les conditions fixées par l'article sus-évoqué, il est souhaitable d'avoir une solution complémentaire. Une clause de révision<sup>781</sup> peut assortir l'allocation d'une rente dont le montant est fixé initialement à une certaine somme<sup>782</sup>. Une telle proposition est séduisante d'autant plus qu'elle a déjà été exploitée par la jurisprudence. En effet, dans l'arrêt du 12 octobre 1972, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation précise que pour procéder à la révision, l'arrêt ou le jugement doit réserver « d'une manière

---

781W. DROSS, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2e éd., 2011, V<sup>o</sup> Prix.

782G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°142, p.206 ; Req, 30 décembre 1946, JCP G 1947, II, 3500, note S. Brousseau ; CA Montpellier, 25 novembre 1941, JCP G 1943, II, 2208 Citée par S. Brousseau :« Par l'octroi, au responsable d'un dommage corporel, de réserves expresses dans le jugement pour le cas d'amélioration de l'état de la victime, la révision d'une indemnisation peut, en principe, être rendue possible, cette révision n'est réalisable que pour les effets du jugement qui sont encore à venir au moment de la décision nouvelle, tels que le paiement d'arrérages non échus quand l'indemnité a revêtu la forme d'une rente ».

expresse, la faculté de procéder à sa révision »<sup>783</sup>. L'insertion d'une clause de révision de prix paraît souhaitable toutes les fois que le versement des dommages et intérêts s'opère sous la forme d'une rente pour les postes de préjudices que l'on a évoqué. Conformément à sa jurisprudence, la Cour de cassation ne paraît pas être réticente à accorder toute leur portée aux réserves. L'article 1272 du projet de réforme de la responsabilité civile arrête les modalités précises d'indexation afin d'éviter la dysharmonie dans les décisions des juridictions qui prévaut actuellement. La rente « est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum ». Cette proposition salutaire mérite d'être approuvée.

**250. Conclusion de la Section 1.** Il ressort de cette étude que l'étendue de la réparation des préjudices non encore actuels découlant d'un dommage futur peut être intégrale. Cela suppose que l'estimation des préjudices soit déterminée ou déterminable. Une fois cette caractérisation opérée, les juges pourront alors allouer à la victime selon leur choix une réparation en capital ou sous la forme d'une rente périodique. Pour éviter un enrichissement sans cause de la victime, il convient de porter atteinte au pouvoir souverain d'appréciation des juges quant au choix entre la rente et le capital. C'est pourquoi il serait utile de consacrer les propositions portées par le projet de réforme de la responsabilité civile.

Lorsque l'étendue du préjudice n'est ni déterminée ni déterminable, elle n'est pas pour autant un obstacle à leur indemnisation immédiate puisque les victimes pourront, tout au moins, prétendre à une indemnité provisionnelle.

---

<sup>783</sup>Cass. 2e civ., 12 oct. 1972, JCP G 1974, II, 17609.



## Section 2.

### La réparation provisionnelle

251. Après avoir analysé la réparation provisionnelle (§1), nous pourrions l'apprécier (§2).

#### §1. ANALYSE DE LA REPARATION PROVISIONNELLE

**252. Décomposition de la réparation provisionnelle.** Du latin « provisio », de « providere », la provision implique une double démarche, celle de « prévoir un événement futur, aléatoire et dommageable, et pourvoir, se prémunir contre ce risque en mettant en place un dispositif destiné à y faire face »<sup>784</sup>. La protection contre l'événement futur, aléatoire dans l'étendue de ses effets dommageable va consister à réparer avec une certaine approximation les préjudices non encore actuels résultant d'un dommage futur afin que la victime ne se retrouve pas démunie le jour de sa survenance. Pour le surplus, les juges sursoient à statuer sur l'évaluation définitive<sup>785</sup>. A cet égard, il convient de rappeler que le délai du sursis à statuer ne doit pas être indéterminé<sup>786</sup>. L'article 378 du Code de procédure civile précise que « la décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine ». La dissipation de l'incertitude pourra résulter soit de la survenance du dommage, soit d'un événement antérieur à celle-ci qui permet de rendre déterminée ou déterminable l'étendue du préjudice. L'article 379 du Code de procédure civile ajoute qu'« à l'expiration du sursis, l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge, sauf la faculté d'ordonner, s'il y a lieu, un nouveau sursis ». Ce caractère mixte conféré au jugement provisoire ne fait pas pour autant obstacle à

---

784A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, Bibl. droit privé, t. 349, LGDJ, 2001, n°11, p.5.

785G. DURRY, « Le sursis à statuer sur l'évaluation d'un préjudice corporel encore en évolution », *RTD Civ.* 1980, p.38 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, t. 6, Obligations, 1e partie, 2e éd., LGDJ, 1952, n°544, p.750.

786Cass, Crim, 4 octobre 1977, n°76-91922.

l'exécution provisoire du jugement octroyant une provision<sup>787</sup>. En effet, l'article 514, alinéa 2, du Code de procédure civile permet de rendre exécutoire, de surcroît de plein droit, « les ordonnances prescrivant des mesures provisoires pour le cours de l'instance ». Loin de ne conférer qu'un droit hypothétique à la victime, la provision assure à la victime un véritable droit à l'exécution de la décision obtenue.

L'évaluation définitive peut donner lieu à un complément d'indemnisation si la provision s'avère au bilan insuffisante.

**253. État des lieux cursif.** La réparation provisionnelle n'est pas l'apanage du droit français. De nombreux droits étrangers offrent des illustrations de la réparation provisionnelle. Ainsi, en est-il, en guise d'illustration, du droit portugais où l'article 565 du Code civil permet d'obtenir une provision si l'évaluation du préjudice est incertaine<sup>788</sup> ou du droit anglais<sup>789</sup>. En droit français, la réparation provisionnelle est très usitée<sup>790</sup> depuis son émergence en présence d'un dommage futur en 1958<sup>791</sup>. Elle peut être accordée aussi bien en référé<sup>792</sup> qu'au fond<sup>793</sup>. Elle intervient dans des situations

---

787A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, Bibl. droit privé, t. 349, LGDJ, 2001, n°382, p.218.

788J. SINDE et A. DIAS PEREIRA, *La réparation intégrale en Europe, Etudes comparatives des droits nationaux*, ss. la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE, Larcier, 2012, p.215.

789H. ROGERS, *La réparation intégrale en Europe, Etudes comparatives des droits nationaux*, ss. la dir. de F. LEDUC et P. PIERRE, Larcier, 2012, p.426.

790V° Par ex., CA Paris, 31 janv. 2011, n°08/16984 ; CA Douai, 16 avril 2009, n°05/06380.

791Cass. 2e civ, 19 avril 1958, *Bull Civ II*, n°264, p.177 ; – *Adde* : G. DURRY, « Le sursis à statuer sur l'évaluation d'un préjudice corporel encore en évolution », *RTD Civ.* 1980, p.38 ; M. BACACHE-GIBEILI, *La responsabilité extracontractuelle*, Economica, t. 5, 3e éd., 2016, n°379 et s., p.434 et s.

Une divergence entre les chambres de la Cour de cassation est née de l'utilisation de cette technique. En matière criminelle, les juridictions du fonds ont appliqué la technique de l'indemnisation conditionnelle. La durée du sursis à statuer était variable. Certains magistrats sursoient à statuer durant un délai de trois ans, d'autres jusqu'au dixième ou encore dix-huitième anniversaire de l'enfant. (Respectivement arrêts rapportés par Cass. crim, 25 janv. 1973, *Bull Crim*, n°44, p.112-113 et Cass. crim, 19 mars 1975, *Bull crim*, n°85, p.241). La chambre criminelle censura ces arrêts sur la base d'une violation de l'article 464 du code de procédure pénale considérant qu'il était fait interdiction « aux juges de surseoir à statuer pour un temps indéterminé sur une action dont ils sont saisis ». La chambre criminelle assimilait donc une date lointaine à une date indéterminée. « Au pénal, le souci de la chambre criminelle de ne pas prolonger indéfiniment la saisine des juridictions répressives en matière d'action civile l'avait emporté sur toute autre considération, parfois au grand dam de l'équité ». Progressivement, la Chambre criminelle est revenue sur sa position. V° Cass. crim, 10 mai 1979, *Bull Crim*, 1979, n°171, p.478.

Cette technique est ancienne mais cet arrêt est le premier à l'utiliser en présence d'un dommage futur. V° M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, t. 6, Obligations, 1e partie, 2e éd., LGDJ, 1952, n°544, p.749.

792A propos du référé-provision : article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile, article 810 du même Code, article 849 alinéa 2 du même Code ; article 873 alinéa 2 du même Code ; article 894 alinéa 2 du même Code ; article R1455-7 du Code du travail ; article R142-21-1 du Code de la sécurité sociale.

793Par exemple, CA Paris, 26 sept. 2011, n°09/11173. Cass. 2e civ., 7 avril 2005, n°04-13074. A propos de la réparation des préjudices accordée par le juge de la mise en état : article 771 du Code de procédure civile. V° Par ex., Ass. Pl. 5 décembre 1997, n°95-17858.

relativement disparates<sup>794</sup>. Elle est utilisée indifféremment pour des préjudices extrapatrimoniaux ou des préjudices patrimoniaux<sup>795</sup>. La réparation provisionnelle trouve bon nombre d'illustrations lorsque les juges sont confrontés à la nécessité parfois d'attendre que les mineurs « aient achevé leur croissance pour pouvoir déterminer l'étendue véritable de leur préjudice »<sup>796</sup>. Mais encore faut-il, pour avoir recours à la réparation provisionnelle, qu'une condition soit satisfaite.

**254. Un préjudice à l'étendue inconnue.** L'indemnisation provisionnelle n'est pas un traitement susceptible de concurrencer l'indemnisation intégrale. En effet, l'une et l'autre répondent à des besoins particuliers alternatifs en fonction des circonstances factuelles. Nous avons vu plus haut que la réparation intégrale était conditionnée par un préjudice à l'étendue sinon déterminée du moins déterminable au jour où le juge est amené à statuer. Il arrive parfois que tous les éléments composant le préjudice ne soient pas connus au moment du jugement. Dans ce cas de figure, le juge ne peut pas différer l'évaluation d'un préjudice dont il a d'ores et déjà constaté l'existence, au risque sinon de commettre un déni de justice<sup>797</sup>. L'incertitude affectant l'étendue du préjudice ne rend en aucune manière incertain le préjudice. C'est simplement son évaluation qui est rendue difficile. C'est pourquoi, lorsqu'il « ne dispose pas en l'état de tous les éléments nécessaires pour déterminer immédiatement le montant des dommages et intérêts »<sup>798</sup>, le juge recourt à la réparation provisionnelle<sup>799</sup>. Pour pouvoir être prononcée, l'indemnisation provisionnelle

---

794V° par ex., A propos de la réparation des préjudices causés par un accident de la circulation : article L211-9 du Code des assurances ; A propos de la réparation des préjudices causés par un risque sanitaire résultant du fonctionnement du système de santé : article L1142-14 du Code de la santé publique ; A propos de la réparation des préjudices résultant de la contamination par le virus de l'hépatite B ou C ou le virus T-lymphotropique humain causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang réalisée : article L1221-14 du Code de la santé publique ; A propos de la réparation des préjudices causés par un dommage lors de la réalisation de travaux de construction : article L242-1 alinéa 4 du Code des assurances ; A propos de la réparation du préjudice causé par la réalisation et la publication d'une image sans l'accord de l'intéressé : TGI Paris, 24 janv. 1997 (Ord. Réf.), n°50.249/97 ; A propos des préjudices, nés de l'obligation de libérer les lieux loués durant les travaux : Cass. 2e civ., 10 janv. 2013, n°11-27131.

795Cass. Ass. 6 oct. 2006, n°05-13255.

796G. DURRY, « Le sursis à statuer sur l'évaluation d'un préjudice corporel encore en évolution », *RTD Civ.* 1980, p.38.

797Il pèse sur les magistrats l'obligation d'évaluer tous les préjudices au moment où ils statuent. Cass, 3e civ., 6 févr. 2002, n°00-10543 ; Cass, 2e civ., 4 janv. 2006, n°04-15280 ; Cass. 2e civ., 25 avr. 2007, n°05-14964 ; Cass. 2e civ., 7 févr. 2008, n°06-21255 ; Cass. 2e civ., 28 mars 2013, n°12-14655 ; Cass. 2e civ., 30 juin 2016, n°15-22942 ; Civ. 3e, 15 sept. 2016, n°15-10.848 ; Cass. Com., 29 nov. 2017, n°16-19118.

798P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019, n°2323.21.

799V° Les références citées par C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 110, 2011, n°154, p.106 ; J.-M. VERDIER, *Les*

est donc subordonnée à la preuve d'un préjudice non encore actuel résultant d'un dommage futur qui a la particularité d'avoir son étendue inconnue au jour du jugement. Relevons en outre qu'en référé, l'allocation de dommages et intérêts provisionnels est conditionnée par l'absence de contestation sérieuse de l'obligation.

La réparation provisionnelle permet aux victimes de préjudices futurs d'être éligibles à un traitement curatif quand bien même les préjudices ne seraient pas estimables au jour du jugement. Très simplement, les magistrats vont pallier l'incertitude par l'octroi d'une provision qui correspond le plus souvent à une partie de l'étendue de la réparation à charge pour les victimes de revenir devant la juridiction pour liquider le préjudice une fois l'incertitude sur son étendue levée. Ce traitement est-il pour autant idoine ?

## §2. APPRECIATION DE LA REPARATION PROVISIONNELLE

255. Pensée pour la victime, l'allocation de dommages et intérêts provisionnels doit permettre d'anticiper la réalisation du dommage en dotant la victime d'ores et déjà d'une partie de son indemnité. Elle n'entend pas se démarquer du principe de réparation intégrale des préjudices. Faut-il continuer à avoir recours à la réparation provisionnelle ? L'on pourrait très bien modifier l'acception de la certitude afin qu'elle s'entende non simplement de l'existence des préjudices mais aussi de la connaissance de leur étendue. Au premier abord, la réparation provisionnelle semble porteuse d'inconvénients tant pour le créancier que le débiteur de la réparation (A). Ceci étant, en reprenant tour à tour chacun de ses attraits, il appert que ses inconvénients, d'ailleurs parfaitement connus de la Cour de cassation et assumés, ne sont pas suffisants pour contrebalancer ses avantages (B).

---

*droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 1, 1953, n°106, p.191  
« Il est rare qu'un dommage futur mais certain, puisse être exactement connu d'avance. L'ampleur en reste éventuelle, bien que le principe en soit souvent certain ».

**256. Une approximation susceptible d'être génératrice d'un enrichissement de la victime.** Puisque le juge se livre à une certaine prévision de l'avenir, l'indemnisation provisionnelle pêcherait par son approximation. Dans la plupart des hypothèses, la somme provisionnelle est très éloignée de l'évaluation définitive du préjudice<sup>800</sup>. Loin de ne constituer qu'une demi-mesure<sup>801</sup>, la provision constitue généralement une avance à valoir sur le montant définitif du préjudice. Elle évite ainsi à la victime d'être pénalisée par l'incertitude actuelle des conséquences juridiques du dommage. Dans d'autres hypothèses, plus rares, elle correspondra au montant définitif du préjudice. Si juridiquement, le second juge, qui intervient à l'issue du sursis à statuer peut revoir à la baisse l'appréciation qui a été faite par son prédécesseur qui, par essence, présente un caractère provisoire eu égard à la nature d'avant dire droit ou mixte du jugement, le second ne se retrouverait-il pas d'une certaine manière lié par l'appréciation du premier ? Concrètement, le second ne pourrait pas évaluer le montant définitif des préjudices en-deçà de celui de la provision. L'on relèvera que les magistrats n'hésitent pas, dans cette hypothèse, à opérer une compensation avec un autre chef de préjudice<sup>802</sup>. Toutefois, dans les hypothèses dans lesquelles une telle compensation s'avérera impossible, on ne peut pas nier que l'octroi d'une provision aura constitué une mesure injuste si les juges ne souhaitent pas se désavouer. Dans le cas contraire, il n'est pas exclu que la victime ait déjà employé les dommages et intérêts alloués lors du jugement initial, de telle sorte qu'elle ne puisse pas restituer le surplus d'indemnité qu'elle a perçu<sup>803</sup>.

**257. Une approximation nécessitant un nouveau passage devant le juge.** La réparation provisionnelle des préjudices non encore actuels découlant d'un dommage

---

800V° Par ex.: CA Limoges, 9 mars 2011, n°RG : 10/00575. Une provision de 1 217 909, 90 euros fut accordée. Une fois survenu, le préjudice s'évaluait à la somme de 4 046 127, 84 euros. CA Bastia, 9 févr. 2011, n°RG : 09/00043. Une provision de 20 000 euros fut accordée. Une fois survenu, le préjudice s'évaluait à la somme de 80 000 euros. CA Angers, 1 févr. 2011, n° RG : 09/01482. Provision : 5 000 euros - Préjudice : 110 000 euros ; CA Lyon, 2 déc. 2010, n°RG : 08/01162. Provision : 32 286,74 euros - Préjudice : 85 000 euros ; CA Fort-de-France, 11 juin 2010, n°RG : 04/00247. Provision : 19 573, 47 euros - Préjudice : 278 134, 60 euros ; CA Montpellier, 13 janv. 2010, n°09/1176. Provision : 2 000 euros - Préjudice : 29 905, 56 euros. Les provisions n'ont pas été déduites.

801Expression empruntée à A. BOUJEKA, *Op. Cit.*, n°478, p.275.

802CA Toulouse, 2 mars 2009, n°99/00945.

803J.-Cl. Civil Code, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016, n°17. Monsieur le Professeur Leduc expose ce risque à propos de la réparation intégrale sous forme de capital qui peut tout à fait être identifié également ici.

futur « oblige à revenir devant le juge ; même assortie d'une provision, éventuellement renouvelée, elle ne liquide pas l'indemnisation et une incertitude sur celle-ci demeure donc »<sup>804</sup>.

Ses désavantages ne sauraient pourtant occulter ses avantages.

## B. LES ATOUTS CONSEQUENTS DE LA REPARATION PROVISIONNELLE

**258. Une approximation assumée.** Quelque approximative qu'elle soit, l'évaluation repose néanmoins sur des éléments objectifs<sup>805</sup>. D'ailleurs, « dans l'impossibilité pour le constituant de calculer au franc près la provision, lui est-il permis d'en évaluer le montant seulement avec une « approximation suffisante » »<sup>806</sup>. Cette formule est reprise avec constance par le Conseil d'État<sup>807</sup>, ce qui démontre bien que les magistrats ne sont pas hostiles à une telle approximation. D'ailleurs, la Cour de cassation en est parfaitement consciente lorsqu'elle affirme 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 »<sup>808</sup>.

**259. Une sur-évaluation des préjudices non encore actuels largement évitée.** Lorsque la liquidation des préjudices est envisagée, la partie condamnée précédemment à une indemnité provisionnelle doit justifier de son règlement, à défaut de quoi, la

---

804J. MAZARS, « Les préjudices à caractère professionnel : quelques notions en évolution », *RCA* 2013, n°1, dossier 9.

805V° Par ex.; Cass. 2e civ., 13 janv. 2012, n°11-10297 : « Que dans ces conditions, il est certain que le préjudice subi par M. X..., tant à titre temporaire que permanent, et tant à titre patrimonial qu'extrapatrimonial, ne sera pas inférieur à 100 000 euros, eu égard notamment à l'importance prévisible de la perte de gains professionnels futurs, de l'incidence professionnelle, de la nécessité de l'assistance par une tierce personne, des souffrances endurées, du déficit fonctionnel permanent, voire du préjudice d'agrément ».

806A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, LGDJ, 2001, n°484, p.266.

807A. BOUJEKA, *Op. Cit.*, n°477, p.279. CE Ass. 18 juin 1971, Lebon p.459 : « Que, dans ces conditions, il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, que les sommes dont s'agit pouvaient, à la clôture de chaque exercice, non pas être portées dans les charges à titre de « frais à payer », mais donner lieu à la constitution de provisions correspondant avec une approximation suffisante à leur montant probable ». CE 1 oct. 2001, n°209035 ; CE 13 janv. 2006, n°259824 ; CE 17 oct. 2007, n°284054 ; CE 30 juil. 2010, n°327394 ; CE 21 mai 2012, n°332090.

808Cass. 2e civ. 25 mai 1960, Bull. Civ II, n°342.

provision ne pourra être déduite<sup>809</sup>, ce qui dote cette mesure d'efficacité. Nous avons vu que dans certaines hypothèses, au demeurant relativement rares, elle correspond au montant définitif du préjudice. Qu'à cela ne tienne répond M. Boujeka ! L'auteur a démontré dans sa thèse que l'acception de la « provision » ne s'y opposait pas<sup>810</sup>. L'argument tiré d'une atteinte portée à son caractère provisoire, « et plus particulièrement au tort fait à l'instance du principal rendue inefficace par cette pratique »<sup>811</sup>, l'auteur le rejette. D'une part, il ressort de l'étude des arrêts que les juges privilégient le recours à un expert judiciaire chargé d'évaluer le montant de la provision, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un dommage corporel ou matériel<sup>812</sup>, permettant ainsi au juge, grâce à l'expert, de se rapprocher au plus près du montant du préjudice définitif tout en tenant compte de l'incertitude affectant encore certaines composantes du préjudice même s'il n'est pas lié par la somme provisionnelle préconisée à l'issue de l'expertise. Lorsque cette dernière paraît impossible ou inutile, les juges apprécient le montant de la somme provisionnelle au regard des différents éléments qu'ont pu fournir à ce stade les parties tels que des devis ou des factures<sup>813</sup>, c'est-à-dire à partir d'éléments chiffrés objectivement constatables, qui les rapprochent incontestablement du montant définitif du préjudice tout en ayant là encore à l'esprit que des éléments relatifs à l'étendue du préjudice restent encore incertains. D'autre part, si la victime a pu obtenir une réparation intégrale là où le juge la pensait provisionnelle, qu'importe. L'instance de provision doit pouvoir empêcher le plaideur orfèvre en atermoiements et en manœuvres dilatoires de « prendre le maquis de la procédure »<sup>814</sup>. L'essentiel est, qu'en définitive, la victime soit remplie de son droit à réparation.

**260. Une procédure rapide.** L'article 379 du Code de procédure civile dispose, pour rappel, que « le sursis à statuer ne dessaisit pas le juge. A l'expiration du sursis, l'instance est poursuivie à l'initiative des parties ou à la diligence du juge, sauf la faculté

---

809CA Rouen, 25 janv. 2011, n°10/01099.

810A. BOUJEKA, *Op. Cit.*, n°476, p.273 et n°478, p.275. « Certains font appel au sens commun du terme « provision » et à la tradition des prétoires, la provision ayant par nature le caractère d'une avance imputée sur une condamnation future et définitive. Toutefois, le terme « provision » évoque « plus une idée de prévision d'un futur difficile et la mise en œuvre de moyens pour y faire face, en bref une idée d'anticipation, que celle d'une avance ou d'un acompte. S'il existe une tradition prétorienne condamnant à l'avance l'idée d'une provision intégrale, elle reposerait sur un emploi abusivement réducteur du mot « provision » ».

811A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, LGDJ, 2001, n°478, p.275.

812CA Versailles, 22 juin 2011, n°08/01136 ; CA Toulouse, 29 oct. 2008, n°07/02281.

813V° par ex., Cass. 2e civ., 13 janv. 2012, n°11-10297 ; Cass. 2e civ., 22 nov. 2018, n°17-16480.

814A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, LGDJ, 2001, t. 349, n°478, p.275.

d'ordonner, s'il y a lieu, un nouveau sursis. Le juge peut, suivant les circonstances, révoquer le sursis ou en abrégé le délai ». Puisqu'elle n'entraîne aucun dessaisissement du juge, l'attente du passage de nouveau devant lui pour liquider les préjudices sera, – une fois connue l'étendue définitive du préjudice –, plus prompt que l'attente d'un premier passage devant le juge.

**261. La protection immédiate du droit incontestable à réparation du créancier.** Au-delà de cette justification, la réparation provisionnelle trouve sa justification dans un motif éminemment pratique, en l'occurrence celui de « protéger immédiatement le droit incontestable du créancier en évacuant, par la même occasion, des rôles engorgés des tribunaux les litiges dont la solution procède de l'évidence »<sup>815</sup>.

**262. L'absence de coût supplémentaire induit par la réparation provisionnelle.** Elle est d'autant plus intéressante qu'elle n'implique pas une multiplication des coûts liés au procès pour la victime, le juge se contenant de renvoyer l'affaire.

**263. Conclusion de la section 2.** La réparation provisionnelle permet aux victimes de préjudices futurs d'être éligibles à un traitement curatif quand bien même les préjudices ne seraient pas estimables au jour du jugement. Très simplement, les magistrats vont pallier l'incertitude par l'octroi d'une provision qui correspond le plus souvent à une partie de l'étendue de la réparation à charge pour les victimes de revenir devant la juridiction pour liquider le préjudice une fois l'incertitude sur son étendue levée. A la suite de M. le Professeur Leduc, en guise de conclusions, nous ne pouvons qu'encourager l'application de l'article 517 du Code de procédure civile, lequel permet de pallier le risque de sur-évaluation des préjudices qui conduirait à demander à la victime de restituer le surplus d'indemnité et par là même le risque d'insolvabilité. Cet article dispose que « l'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations ».

---

815A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, LGDJ, 2001, n°38, p.21.



**264. Conclusion du Chapitre 1.** Tant la réparation anticipée intégrale que la réparation provisionnelle constituent deux formes du traitement de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage futur qui ont toute leur place dans le traitement du dommage non encore survenu. Bien qu'elles présentent des inconvénients, ces deux formes de réparation ne sauraient être remises en cause au profit d'une réparation différée. Leurs avantages sont suffisamment nombreux et les magistrats ont su composer avec les désavantages de ces deux formes de réparation. Pour entériner ces deux traitements, nous proposons d'insérer dans le Code civil un article 1259 rédigé comme suit : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel. La réparation est intégrale lorsque l'étendue du préjudice est déterminée ou déterminable. La réparation est provisionnelle lorsque l'étendue du préjudice est indéterminée ».

Voyons désormais le traitement qui est réservé aux préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible.

## Chapitre 2.

### L'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible

265. Si la réparation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels résultant d'un dommage non encore réalisé semblait de prime abord ne concerner que ceux résultant d'un dommage futur, l'étude de la jurisprudence démontre que ceux, non encore actuels, afférents à un dommage possible peuvent, eux aussi, prétendre à un traitement curatif, dont l'exécution n'interviendra cependant que de manière différée. Le juge va évaluer par anticipation le montant de la réparation des préjudices qui résulteront de la réalisation d'un dommage possible et qui sont, pour l'heure, non encore actuels. La réparation n'interviendra que par la suite lorsque l'incertitude relative à la

survenance du dommage et du préjudice en résultant sera levée. Ce traitement va ainsi intervenir ici pour obvier une incertitude portant sur une des conditions essentielles du droit à réparation.

Après avoir étudié les contours de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible (Section 1), nous pourrions envisager l'intérêt d'un tel traitement (Section 2).

## Section 1.

### Les contours de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore possible

266. La présentation de l'origine de l'évaluation anticipée (§1), la détermination de sa nature (§2) et ses conditions (§3) permettront de mieux en façonner les contours.

#### §1. LA GENEALOGIE DE L'EVALUATION ANTICIPEE DE LA REPARATION DES PREJUDICES NON ENCORE ACTUELS RESULTANT DE LA REALISATION D'UN DOMMAGE POSSIBLE

**267. Prémices en Droit romain d'un traitement des préjudices non encore actuels afférents à un dommage imminent.** Les prémices d'un traitement curatif des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible peuvent être découvertes dans le Droit romain qui prévoyait une action ouverte en présence d'un *damnum infectum*<sup>816</sup>. Par la *stipulatio damni infecti* « conclue volontairement ou sur l'injonction du Prêteur »<sup>817</sup> lorsqu'un dommage imminent menaçait de se produire, le promettant s'engageait d'ores et déjà à verser des dommages et intérêts correspondant à l'étendue des conséquences de la survenance du dommage dans l'hypothèse où, par sa passivité, il aurait laissé le dommage se produire en toute connaissance de cause. Au-delà de sa fonction préventive, l'action offrait à la victime l'assurance de voir son dommage réparé, de surcroît promptement. L'indemnisation était ainsi affectée d'une condition, celle de la survenance du dommage<sup>818</sup>. En plus d'être conditionnelle, l'obligation était *ab initio* à terme. Passé

---

816V° *Supra* n°11.

817L. HYUN DE VERNEVILLE, Du *damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.63.

818Ibid.

le terme fixé par les parties<sup>819</sup> ou à défaut par le Prêteur<sup>820</sup>, la *stipulatio* devenait caduque<sup>821</sup>. Il est à noter toutefois que le délai n'était pas d'interprétation stricte puisqu'« on répute le dommage réalisé *intra diem*, lorsque l'événement qui en est la cause est survenu avant le terme, bien que le préjudice n'ait eu lieu effectivement qu'après »<sup>822</sup>.

En revanche, ce traitement ne réside pas dans l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible mais dans le prononcé, par le Prêteur, de la réparation éventuelle des préjudices non encore actuels afférents à un dommage imminent dont l'exécution serait subordonnée à la survenance du dommage sans évaluation par anticipation de ceux-ci. Le Prêteur ordonnait au responsable de la ruine du bâtiment de donner la *cautio damni infecti* à la victime c'est-à-dire de promettre la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage imminent pour le cas où le dommage surviendrait. Il appartenait à la victime de revenir devant le Prêteur en cas de réalisation du dommage pour obtenir son évaluation et être ainsi en mesure de pouvoir solliciter en pratique l'exécution de la *cautio damni infecti*.

**268. Appauvrissement progressif au Moyen Age et sous l'Ancien Droit.** Le Moyen-Âge est synonyme d'affaiblissement progressif de la réparation éventuelle<sup>823</sup>.

**269. Un traitement en désuétude jusqu'à l'aube du XXIème siècle.** Au fil du temps, le procédé de la réparation éventuelle tomba en désuétude. Au lendemain du Code civil de 1804, il n'est réservé aucun traitement aux conséquences d'un dommage non réalisé. Ou le dommage est réalisé et un préjudice final actuel en est résulté qui peut être réparé, ou le dommage n'est pas encore réalisé et alors aucune de ses conséquences, qui sont

---

819L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.63. Parfois l'intention commune des parties était de ne pas fixer de délai. Dans ce cas, la volonté était respectée.

820L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.66. Une délégation permettait également aux magistrats municipaux d'être saisis. O. DESCAMPS, « Le *damnum infectum* et l'*operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2007, p.329.

821L. HYUN DE VERNEVILLE, *Du damnum infectum*, 1892, Impr. René Vagner, Nancy, p.65.

822Ibid.

823V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, Préface J. HUET, Bibl. droit privé, t. 344, LGDJ, 2000, n°25, p.25 « Beaumanoir ne met nullement en évidence une procédure née directement du *damnum infectum romain* [...] Ni dans le Livre Roisin, ni dans le recueil de coutumes de la Salle de Lille, ne figure le *damnum infectum* en tant que procédure particulière ».

non encore actuelles, ne mérite réparation.

**270. Rémanence à partir des années 1990.** Il fallut attendre les années 1990-2000 pour assister à la rémanence de la réparation éventuelle. Son recours reste cependant assez marginal.

**271. Pratique judiciaire.** Le droit s'étant doté de normes génératrices d'obligations en dehors du contrat, la réparation éventuelle des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible dont l'exécution serait subordonnée à la survenance du dommage s'est progressivement déliée de la convention dont elle tirait son origine pour acquérir une origine judiciaire. L'on assiste alors à une pratique judiciaire de la réparation éventuelle prenant la forme d'une évaluation anticipée des préjudices non encore actuels résultant de la réalisation d'un dommage possible. Celle-ci est fondée indifféremment sur la responsabilité contractuelle ou la responsabilité extracontractuelle. Conséquence de cette assertion, la réparation éventuelle des préjudices non encore actuels résultant de la possible réalisation du dommage peut désormais être octroyée dans les rapports entre tiers *penitus extranei*. Ceci étant, ce cadre extra-contractuel n'exclut pas qu'elle puisse être prononcée pour sanctionner un manquement contractuel comme en atteste un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 13 juillet 2004<sup>824</sup>. Concrètement, le juge prononce le principe de la réparation des préjudices non encore actuels qu'il évalue immédiatement et dont il soumet l'exécution à une éventualité, celle que le dommage se réalise. La jurisprudence a cantonné l'évaluation anticipée de tels préjudices subséquents à un dommage possible à trois domaines, la responsabilité des professionnels du droit<sup>825</sup>, spécialement les notaires, la responsabilité médicale<sup>826</sup> et la responsabilité des courtiers en assurances<sup>827</sup>.

S'agissant des professionnels du droit, « cette situation s'est rencontrée

---

824Cass. 1e civ., 13 juil. 2004, n°02-10386.

825Cass. 1e civ., 29 févr. 2000, n°97-18734 ; TGI Marseille, 9 mars 2006, n°01/6875. V° C. BRIERE, « La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit », *RCA* 2004, chron. n°17 ; P. JOURDAIN, « La responsabilité des professionnels du droit n'a pas un caractère subsidiaire », *RTD Civ.* 2017, p.154 ; D. SINDRES, « La responsabilité civile des professionnels du droit est-elle subsidiaire ? », *D.* 2016, p.553.

826CA Paris, 27 nov. 1992, *Gaz. Pal.* 19 déc. 1992, p.732 ; Cass. 2e civ., 20 juil. 1993, *D.*1993, p.526 (même affaire), note Y. Chartier ; *RTD Civ.* 1994, p.107, obs. P. Jourdain ; Cass. 2e civ., 1er févr. 1995, *Bull Civ* II, n°41, p.24.

827Cass. 1e civ., 13 juil. 2004, n°02-10386.

notamment lorsque [...] [ceux-ci avaient] compromis le recouvrement d'une créance, notamment en faisant perdre à leur client une garantie ou un autre avantage, ou [...] [avaient] créé une situation dommageable affectant l'exercice de leurs droits »<sup>828</sup>. Les victimes potentielles disposaient encore d'une ou plusieurs voies de droit possibles pour recouvrer leur créance. Dès lors, la perte liée à l'impossibilité de la recouvrer constituait simplement un dommage possible. Bien que les victimes potentielles disposaient encore d'un ou plusieurs voies de droit, elles recherchaient d'ores et déjà la responsabilité du notaire en cas de défaillance du débiteur.

Concernant le domaine médical, le recours à l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible eut lieu pour la première fois à l'occasion des demandes d'indemnisation des victimes atteintes de séropositivité<sup>829</sup>, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 novembre 1992<sup>830</sup>. En l'espèce, un hémophile avait été contaminé par le virus d'immunodéficience humaine à la suite de transfusions sanguines. Afin d'obtenir réparation de ses différents préjudices, il avait adressé une demande au fonds d'indemnisation conformément à l'article 47 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991. Ce fonds est chargé d'assurer la réparation intégrale des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine (VIH) « causée par une transfusion de produit sanguin ou une injection de produit dérivé du sang, réalisée sur le territoire de la République française ». Le fonds lui fit une offre. Déclinant l'offre d'indemnisation, la victime de la contamination saisit la Cour d'appel. Elle réclamait la réparation du préjudice spécifique de contamination lié à la déclaration de la séropositivité mais également le complément d'indemnisation relatif au syndrome

---

828P. JOURDAIN, « La certitude du préjudice à l'épreuve des autres voies de droit mises à la disposition de la victime », *RTD Civ.* 2013. 609.

829Cass. 2e civ., 20 juil. 1993, D.1993, p.526, note Y. Chartier ; *RTD Civ.* 1994, p.107, obs. P. Jourdain ; M.-L. MORANCAIS-DEMEESTER, « Contamination par transfusion du virus du SIDA : responsabilités et indemnisation », *D.1992, Chron.*, p.189 ; S. GILBERT, « L'indemnisation par la solidarité nationale des dommages imputables à des contaminations d'origine transfusionnelles », *Médecine et droit*, 01/07/2009, n°97, p.120-129 ; A. VIGNON-BARRAULT et P. CASSON, « Chronique de responsabilité civile », *LPA* 2007, n°201, p.7 ; Note ss Cass. 1e civ., 3 mai 2006, M. BACACHE, *Gaz. Pal.* 2006, n°342, p.39 ; P. JOURDAIN, Note ss Cour de Cass. 2e Civ., *RTD Civ.* 2004, n°2, p.294 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G* 2004, n°1, p.15 ; P. JOURDAIN, Note sous Cour de Cass., Civ 1<sup>ère</sup>, 1 avril 2003, *RTD Civ.* 2003, n°3, p.506 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G* 1996, n°50, p.485 ; D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile, risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, l'Harmattan, Paris, 2008, n°676, p.443 ; P. JOURDAIN, « SIDA: le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1996, p.626 ; P. JOURDAIN, « Préjudice spécifique de contamination de victimes contaminées par le VHC et incidence du refus de traitement », *RTD Civ.* 2006, p.562 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16e éd., 2018-2019, n°2359, p.798.

830 CA Paris, 27 novembre 1992, *Gaz. Pal.* 19 décembre 1992, p.732.

d'immunodéficience acquise. Les juges de la Cour d'appel ont fait droit à la première des deux demandes. Ils ont estimé que le Fonds devait verser immédiatement à la victime l'intégralité de la part d'indemnisation du préjudice spécifique de contamination dérivant de sa séropositivité. En ce qui concerne le préjudice lié au SIDA, en revanche, la Cour d'appel refuse d'y voir un préjudice certain. Le paiement du complément d'indemnisation du préjudice spécifique de contamination afférent au syndrome d'immunodéficience acquise déclaré est subordonné à la constatation médicale de la maladie. Pour compenser les effets néfastes de leur décision, les juges d'appel instaurent le principe de l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible<sup>831</sup>. En d'autres termes, ils évaluent d'ores et déjà le complément d'indemnisation du préjudice spécifique de contamination afférent au syndrome d'immunodéficience acquise déclaré alors même que celui-ci n'est pas encore survenu, qu'il est simplement possible. Cet arrêt fût par la suite confirmé par les magistrats de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 20 juillet 1993<sup>832</sup>.

Dans l'hypothèse de la responsabilité des professionnels du Droit<sup>833</sup> ou dans celle de la responsabilité médicale, le préjudice n'était pas certain, soit parce que la victime potentielle disposait encore d'une voie de droit même si son résultat était incertain, soit parce qu'elle avait une chance que la maladie ne se déclare jamais, la cour d'appel ayant relevé que « de nombreux essais thérapeutiques en cours visent à retarder, voire à bloquer, le passage à la maladie »<sup>834</sup>. De ces arrêts isolés, un constat s'impose d'emblée, celui que l'imminence du dommage n'est pas nécessaire, contrairement au Droit romain, et que les préjudices doivent être déterminés lorsque la victime potentielle saisit le juge puisque le traitement consiste à évaluer, par anticipation de la survenance du dommage possible, la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à cette réalisation. Ceux-ci ayant été évalués par anticipation, ils peuvent ensuite, lorsque l'événement auquel est subordonné leur paiement est survenu, être réparés sans avoir à revenir devant le juge.

L'évaluation anticipée des préjudices non encore actuel subséquents à un dommage

---

831P. JOURDAIN, « Le préjudice lié à la déclaration du SIDA n'est pas certain pour un séropositif, mais peut faire l'objet d'une évaluation immédiate », *RTD Civ.* 1994, p.107.

832Cass. 2e civ., 20 juillet 1993, *RTD Civ.* 1994, p.107 obs. P. JOURDAIN.

833Une transposition à la responsabilité de l'avocat est parfaitement possible : V. Y. AVRIL, obs. ss. Cass., 1e civ., 16 sept. 2010, *Gaz. Pal.* 2011, n°4, p.15. Nombreux sont les auteurs qui y voient d'autres applications potentielles. Ainsi, de la responsabilité du diagnostiquer immobilier : V° O. DESHAYES, comm. ss. Cass. Ch. Mixte, 8 juil. 2005, *RDC* 2015, n°04, p.848.

834Cass. 2e civ., 20 juil. 1993, arrêt *préc.*



possible fit office de solution intermédiaire entre deux solutions alternatives insatisfaisantes – accueil de la demande malgré l'incertitude ou rejet, faute de certitude. En retenant le principe de la responsabilité tout en en différant l'exécution, l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible permit aux magistrats d'éviter que leur décision ne soit cassée ultérieurement pour violation de la loi, faute de préjudices certains. Cette initiative des magistrats fut largement encouragée par la doctrine<sup>835</sup> au point que l'avant-projet Catala proposa sa généralisation. En effet, son article 1345, pris en son alinéa 2, dispose que « lorsque la certitude du préjudice<sup>836</sup> dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement »<sup>837</sup>. Une telle proposition a été saluée tant par le groupe de travail de la Cour de cassation<sup>838</sup> que par la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie. Mais le soufflé est vite retombé puisqu'elle n'a pas été reprise par les projets de réforme qui ont suivi.

La situation du courtier en assurances, telle que rapportée dans l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 juillet 2004<sup>839</sup>, était bien

---

835P. JOURDAIN, « Tierces personnes : la part d'indemnité correspondant aux charges sociales patronales ne peut être subordonnée à leur paiement effectif », *RTD Civ.* 1995. 377. L'auteur proposait le recours à la réparation éventuelle en dehors de ses sièges d'élection.

836S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », *Mélanges G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.482. Mme le Professeur Grayot rejoint cette initiative de généralisation sur le fond mais non sur la forme et propose une formulation qui gagnerait en clarté. Pour ce faire, il s'agirait de subsister au terme « certitude » celui de « réalisation ».

837Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA, Ministère de la Justice, La documentation française, 2006.

838Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, [http://www.courdecassation.fr/institution\\_1/autres\\_publications\\_discours\\_2039/discours\\_2202/travail\\_cour\\_10699.html](http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/travail_cour_10699.html)

839Arrêt *préc.* *In casu*, un particulier, qui souhaitait conclure un contrat d'assurance-vie, était passé par l'intermédiaire d'un courtier d'assurances. Le futur assuré souhaitait que le taux de rendement du contrat d'assurance-vie lui procure, à échéance, les fonds nécessaires au remboursement d'un emprunt immobilier qu'il avait contracté. Au mépris de ses règles déontologiques et sans que les raisons l'y ayant poussé ne soient explicitées, le courtier s'était engagé vis-à-vis du titulaire du contrat à lui garantir durant une période déterminée le taux de rémunération dudit contrat en cas de défaillance de la compagnie d'assurances. Au cours de la vie du contrat, la société d'assurances fût liquidée judiciairement. Un fonds d'indemnisation spécialement créé à cet effet remboursa le créancier qui souscrivit aussitôt un contrat de substitution. Le remboursement de l'assuré et la souscription d'un contrat de substitution de moindre rendement n'allait pas permettre, selon le titulaire du contrat, à l'échéance, d'obtenir un taux de rémunération équivalent à celui qui lui avait été annoncé et donc à lui procurer les fonds nécessaires au remboursement d'un emprunt immobilier. Le titulaire du contrat chercha à mettre en cause la responsabilité du courtier afin d'obtenir le paiement de la différence entre le taux de rémunération promis et celui effectivement perçu en vertu du contrat de substitution. Le préjudice patrimonial n'était ici que possible dans la mesure où le dénouement du contrat n'étant pas encore connu au moment où l'action a été introduite. La Cour d'appel, dont le raisonnement est validé par la Cour régulatrice, condamna de manière éventuelle le courtier à la réparation du préjudice subi,

différente des illustrations précédentes. Outre le fait qu'il s'agissait ici plutôt d'une réparation conditionnelle plus que d'une indemnisation éventuelle<sup>840</sup>, le recours à celle-ci n'était aucunement justifié en l'espèce. Il eut été préférable de recourir au mode de réparation traditionnellement utilisé lorsque l'étendue des préjudices ne peut être déterminée avec certitude, à savoir l'allocation d'une provision.

On le voit, le dommage dont il était question, et partant les préjudices, ainsi que le souligne d'ailleurs l'arrêt, étaient certains et non simplement probables. L'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible n'avait pas pour fonction de pallier l'incertitude affectant le dommage mais bien celle relative à l'étendue des préjudices<sup>841</sup>, faute de production des justificatifs.

Il est intéressant de relever que le procédé de l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible et de la réparation provisionnelle peuvent parfois se cumuler. En effet, dans un jugement du TGI de Paris du 23 juin 1984<sup>842</sup>, il avait été jugé qu'à défaut de remise en état « (retour des numéros déjà proposés à la vente, rétention de ceux qui sont en instance de routage) les défendeurs devraient supporter la charge financière d'une astreinte de 40 francs par numéro « et ce, à titre de dommages-intérêts provisionnels ». Comme le notait M. le Professeur Normand, la décision, *a priori* surprenante, s'explique par le fait que « faute d'atteinte à l'intimité de la vie privée, le président estimait ici ne pouvoir, ni ordonner la saisie, ni imposer directement le retour des numéros distribués. Il ne pouvait donc condamner sous véritable astreinte. Mais il pouvait prononcer une condamnation conditionnelle à provision sur l'indemnité compensatoire du préjudice qu'occasionnerait à la victime le défaut de remise en état volontaire et spontanée »<sup>843</sup>. Si le défaut de remise en état constituant l'événement futur et défavorable de nature à rendre le préjudice certain survient effectivement, il déclenchera l'exécution de la condamnation et partant, le point de départ du calcul de l'astreinte intervenant, dans l'attente de sa liquidation.

---

l'exécution étant suspendue au défaut d'obtention du résultat garanti. En l'espèce, les juges n'ont pas procédé à une évaluation anticipée de la réparation des préjudices subséquents à un dommage possible dans la mesure où l'étendue des préjudices n'était pas encore connue. Les juges ont simplement prononcé le principe de la réparation du préjudice subséquent à un dommage possible, principe dont ils ont suspendu l'exécution à l'échéance du contrat, événement de nature à lever le voile sur la rémunération effectivement perçue au titre du contrat d'assurance-vie de substitution.

840V° *infra* n°275.

841J. ROUSSEL, « Courtier en assurances », RGDA 2004, p.1033.

842TGI Paris, 23 juin 1984, *RTD Civ.* 1985, p.439, obs. J. Normand.

843J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1300-15 : Référé spéciaux, X. VUITTON, 2016, n°94.

**272. Pratique administrative.** Le juge judiciaire ne fût pas le seul à user de la technique de l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels afférents à la réalisation d'un dommage possible. De son côté, le juge administratif, a de la même manière, eut recours à l'évaluation par anticipation des préjudices finaux liés à la possible survenance du syndrome de l'immuno-déficiência acquise au bénéfice d'une victime séropositive, compensation mise à la charge du fonds d'indemnisation mais dont le versement était subordonné à l'apparition des symptômes de la maladie. Ainsi, par exemple, dans un arrêt en date du 24 mars 1995, le Conseil d'État a considéré « que si la fraction de l'indemnisation que le fonds ne s'est engagé à verser qu'à compter de la date à laquelle la contamination se traduirait par les manifestations pathologiques du syndrome de l'immuno-déficiência acquise n'est pas susceptible d'être remise en cause dans son montant dès lors que l'offre du fonds a été acceptée par le requérant, le versement de cette somme est éventuel et subordonné à l'apparition de la maladie »<sup>844</sup>.

**273. Un traitement aujourd'hui délaissé.** Depuis une quinzaine d'années, on peine cependant à trouver des applications de l'évaluation anticipée de tels préjudices. Elle est parfois usitée par les juridictions de première instance voire plus généralement du fond<sup>845</sup> avant que leurs décisions ne soient censurées<sup>846</sup>. Rares sont les décisions qui n'ont pas été remises en cause par la Cour de cassation. Il est des cas où l'on aurait pu croire que les magistrats aient recours à ce procédé mais ce ne fût pas le choix opéré par la Cour de cassation. Si elle opte pour la réparation éventuelle, elle ne va pas jusqu'à évaluer par anticipation les préjudices. On peut par exemple citer un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 30 septembre 2014<sup>847</sup>. En l'espèce, deux consorts avaient donné à bail commercial un immeuble à deux preneurs, l'un pour la partie hôtel et l'autre pour la partie café-restaurant. Les bailleurs ont délivré congé aux deux locataires avec offre d'indemnité d'éviction prenant effet un an et demi après le délivrance du congé. Un peu plus d'un an après la délivrance du congé, les bailleurs

---

844CE 24 mars 1995, *Rabotin*, n°155234 ; Lebon 140; D. 1995. IR, p.104 ; JCP 1995. IV. 1580, obs. Rouault ; CE 16 juin 1997, *AP-HP*, n°158969 ; Lebon 242; D. 1999. Somm. 57, obs. Bon et de Béchillon; JCP 1997. IV. 2133, obs. Rouault; RFDA 1997. 899 ; CE 8 juill. 1999, *Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles*, n°179656 et 190500 ; Lebon T. 1025

845TGI Marseille 9 mars 2006, n°01/6875 ; CA Aix-en-Provence, 13 mars 2008, jurisdata n°2008-002746 (même affaire).

846Cass. 1e civ., 14 janv. 2010, n°08-16760, *RTD Civ.* 2010. 330, note P. JOURDAIN ; JCP G 2010, n°15, 413, note L. RASCHEL.

847Cass. 3e civ., 30 septembre 2014, n°10-25601.

délivraient un nouveau congé, cette fois sans offre indemnité d'éviction à effet à la même date que celle du précédent congé, à la suite de la chute d'un morceau de corniche. Dans cet arrêt, ce qu'il importe de relever est que le preneur, exploitant le fonds comme hôtel, employait six personnes. Du fait de la délivrance du congé, l'exploitant allait subir des préjudices patrimoniaux correspondant aux frais de déménagement et au coût du licenciement du personnel. La troisième chambre civile de la Cour de cassation n'a pas censuré l'arrêt d'appel ayant eu recours à une réparation dont le versement des dommages et intérêts serait différé à la présentation des justificatifs permettant de chiffrer le montant des préjudices. Le préjudice lié au coût du licenciement du personnel était ici possible et non futur puisqu' « il était prévisible que le preneur se réinstallerait »<sup>848</sup>.

Depuis, nous n'avons pas trouvé de trace de ce traitement dans les décisions de la Cour de cassation. Ses domaines d'élection d'autrefois ne le sont plus aujourd'hui. Dans le contentieux de la responsabilité des professionnels du droit, la Cour de cassation, qui a désormais opté pour une technique autre que celle de l'allocation de dommages et intérêts éventuels<sup>849</sup>, précise que « le juge du fond n'était pas tenu d'aménager l'autorité de la chose jugée attachée à sa décision en procédant par la voie d'une condamnation conditionnelle, de manière à permettre l'indemnisation ultérieure du dommage une fois devenu certain »<sup>850</sup>.

Traditionnellement présentée par la doctrine comme une réparation évaluée par anticipation des préjudices non encore actuels découlant d'un dommage possible à la nature conditionnelle, la réparation nous semble, au contraire, être, comme nous avons commencé à l'esquisser, éventuelle.

---

848D. LIPMAN-W. BOCCARA, « Indemnité d'éviction : perte du fonds et réinstallation », AJDI 2015, p.281.

849C. CORGAS-BERNARD, « L'absence de subsidiarité de la responsabilité du notaire en matière de sûretés, un principe encore flou », JCP N 2016, 1155 ; P. SARGOS, « Les principes d'efficacité et de proportionnalité en matière de responsabilité civile des notaires », JCP N 2007, 1301 ; C. BGUENET-MAUREL, « Étendue des obligations notariales et caractères du préjudice indemnisable », JCP N 2005, 1000.

850Cass. 1e civ., 15 décembre 2011, n°10-27842.

## §2. LA NATURE DE LA REPARATION DONT L'EVALUATION EST ANTICIPEE

274. Par-delà les droits acquis, il en existe qui ne sont encore qu'en formation. Parmi eux, il est constant de citer les droits conditionnels et éventuels. Après avoir mis en lumière la distinction entre ces deux droits (A), il conviendra de l'appliquer à travers le prisme de la réparation (B).

### A. LA PRESENTATION DE LA DISTINCTION ENTRE LES DROITS CONDITIONNELS ET LES DROITS EVENTUELS

**275. Expression de la distinction.** De Demogue<sup>851</sup> à M. le Professeur Brenner<sup>852</sup> en passant par M. le Professeur Verdier<sup>853</sup>, la doctrine s'est longuement interrogée sur la dichotomie entre les droits éventuels et les droits conditionnels<sup>854</sup>.

Demogue fut le premier à poser les jalons d'une distinction jusqu'à lors imperceptible<sup>855</sup>. Situation intermédiaire entre la condition et « la simple espérance extra-juridique d'un droit »<sup>856</sup>, le droit éventuel affecterait, contrairement au droit conditionnel, « un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention »<sup>857</sup>. Le droit conditionnel, quant à lui, ne devrait être qualifié comme tel que

---

851R. DEMOGUE, « De la nature des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906, p.231 et s.

852C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, Bibl. de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, n°444 et s., p.228 et s. et n°484 et s., p.250 et s.

853J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, spéc. Chapitre 3.

854V° également, E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1987.

855Avant l'importante contribution de Demogue, les auteurs tenaient pour synonymes les droits éventuels et conditionnels. V° Par ex., V.-N. MARCADE, *Éléments du droit civil français*, t. 1, 3e éd., Paris, 1847, n°134, p.356, spéc. II.

856J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 1, 1953, n°2, p.2. Cette même idée se retrouve chez M. Verdier mais il oppose simple expectative ou droit futur et droit pur et simple, n°415, p.698 ; R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905, p.724 « Il y a une zone intermédiaire entre le droit conditionnel qu'étudie le Code civil et la simple espérance, la simple expectative : comme l'est le droit que je puis avoir sur le patrimoine d'un parent encore vivant dont j'espère hériter, comme est encore le droit que je puis avoir sur l'immeuble de mon voisin, immeuble dont les circonstances paraissent me faciliter l'acquisition. Tous ces droits, d'ailleurs, ne sont pas des droits juridiquement parlant. Mais au-dessus d'eux et avant d'arriver à la zone des droits conditionnels, il y a des droits véritables d'une nature spéciale, qui sont les droits éventuels ».

857R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD Civ.* 1905, p.725 ; P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préface P. RAYNAUD, LGDJ,

lorsque l'événement mis *in conditione* porte sur « un élément adventice, étranger aux conditions essentielles de validité de l'acte juridique »<sup>858</sup>, précision qui s'induit de son caractère profondément accessoire<sup>859</sup>. Après avoir façonné la distinction, Demogue en déduit toutes les conséquences du point de vue de leurs régimes respectifs. Alors que le droit conditionnel rétroagirait, le droit éventuel, quant à lui, serait dépourvu de toute rétroactivité<sup>860</sup>. Il est à noter qu'en droit positif, la condition suspensive ne rétroagit plus, sauf volonté contraire des parties.

C'est à une toute autre conclusion qu'aboutissent les travaux de M. Verdier. Se démarquant de la définition établie par son prédécesseur, l'auteur appréhende le droit éventuel comme un droit qui se situerait « entre la simple espérance d'un droit et le droit pur et simple »<sup>861</sup>, et qui n'est que « futur dont l'acquisition est déjà protégée, organisée même par le droit positif, et qui, de ce fait, présente déjà un certain rapport avec le présent »<sup>862</sup>. Puisque la définition qu'il a élaboré ne fait aucunement référence aux droits conditionnels, il est amené à justifier son choix. Selon lui, « la condition n'est qu'une variété d'éventualité »<sup>863</sup>. Pour aboutir à cette conclusion, il constate en premier lieu leur identité de nature. Non seulement ils sont tous deux des événements futurs et incertains<sup>864</sup> mais ils constituent également des modalités de l'acte affectant un élément

---

Bibl. de droit privé, t. 87, 1968, n°41, p.37. « Le droit éventuel apparaît là où manque l'élément essentiel d'une situation juridique qui pourtant existe en puissance ».

858P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3e éd., 2009, n°259, p.212.

859M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Préface D. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, t. 505, LGDJ, 2009, n°42, p.34. Cela signifie « d'une part, que la relation de dépendance conditionnelle n'est pas essentielle au lien contractuel, c'est-à-dire qu'elle ne conditionne pas son existence et, d'autre part, qu'elle est adventice, c'est-à-dire qu'elle n'est pas indissolublement liée à la structure de l'acte. L'extranéité de l'événement conditionnel par rapport aux éléments constitutifs du contrat apparaît donc comme une conséquence du caractère accessoire de la condition et, plus spécifiquement, de son caractère non essentiel ».

860C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Préface P. JESTAZ, L'harmattan, 2004, p.200-201.

861J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°3, p.4.

862J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°376, p.642 et n°415, p.698.

863J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°360, p.627.

864J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°314, p.544.

essentiel du droit<sup>865</sup>. Qu'importe qu'ils aient une source différente<sup>866</sup>. Il démontre en second lieu que l'identité de nature se double d'une « similitude des effets de leur réalisation »<sup>867</sup> car la rétroactivité n'est pas l'apanage de la condition<sup>868</sup>. En témoigne « les hypothèses d'éventualité rétroactive [qui] sont suffisamment importantes pour battre en brèche la distinction classique entre éventualité et condition »<sup>869</sup>. L'idée d'une assimilation est séduisante mais elle relève plutôt du mythe et l'auteur le concède bien volontiers lorsqu'il conclut à l'hétérogénéité du régime des droits éventuels<sup>870</sup>. Il n'a d'autre choix que de revenir à la conclusion de son prédécesseur à savoir que « le droit conditionnel rétroagit [...] alors que le droit éventuel est dépourvu de toute rétroactivité »<sup>871</sup>. La divergence entre les deux auteurs n'est du reste pas fondamentale car, comme le relève M. le Professeur Brenner, « les hypothèses de droits éventuels admises par M. Verdier se ramènent, à peu de choses près, à celles dégagées par Demogue et les deux conceptions s'accordent sur son régime »<sup>872</sup>. Sans doute que le refus de M. Verdier de reconnaître une quelconque distinction notionnelle entre les droits conditionnels et éventuels s'explique par sa conception des distinctions qui doivent, selon ses termes, être systématiques<sup>873</sup>. « Il ne fait plus de doute aujourd'hui

---

865J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°323, p.559. Bien que cette conception apparaisse de prime abord comme contradictoire avec celle retenue par Demogue, il n'en est rien à dire le vrai. La condition affecte bien un élément qui n'est pas indispensable à la formation de l'acte. Simplement, il considère que « le droit est soumis, de par la volonté des parties, à une exigence supplémentaire, qui de ce fait même est un de ses éléments essentiels ». En d'autres termes, l'auteur s'appuie sur une fiction pour qualifier d'essentiel un élément qui à l'origine n'en était pas un. Sur le fond, une telle conception ne bouleverse rien.

866J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°326, p.563.

867J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°360, p.626.

868J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°304, p.529.

869J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°305, p.530.

870J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°416, p.701.

871J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953, n°342, p.589. « Si l'effet rétroactif n'est plus l'apanage de la condition, ce qui suffit du reste à réduire à néant la distinction traditionnelle, il subsiste que la solution de principe reste différente dans les deux cas : le contrat éventuel et le contrat conditionnel types ne sont pas apparemment soumis au même régime juridique. L'explication ne réside-t-elle pas dans des considérations de technique juridique ? On sait que la différence consiste uniquement dans la possibilité pour le créancier ou propriétaire conditionnel de ne pas avoir à subir, une fois la condition réalisée, les actes de disposition accomplis par le titulaire précédent du droit, et d'aliéner valablement pendente conditione le droit futur, si la condition en se réalisant vient valider rétroactivement son acte ». - *Adde* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, 2e éd., Sirey, 1989, n°79, p.71.

872 C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, *Bibl. de droit privé*, t. 323, LGDJ, 1999, n°446, p.229.

873J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 1, 1953, n°4, p.5 « Si vraiment les secondes [condition] diffèrent systématiquement des premières [éventualité], alors il conviendra de reprendre la distinction classique entre condition et éventualité ».

que le droit conditionnel n'épuise pas la catégorie des droits en cours de formation qui comprend aussi les droits éventuels »<sup>874</sup>.

La distinction entre les droits éventuels et les droits conditionnels est loin d'être évidente. Pour autant, il importe de rapprocher les développements qui précèdent de cette forme atypique de réparation pour justifier le choix de la terminologie retenue.

## B. LA MISE EN OEUVRE DE LA DISTINCTION ENTRE LES DROITS CONDITIONNELS ET LES DROITS EVENTUELS

**276. La réalisation du dommage et de ses préjudices, un événement susceptible de constituer une condition ou une éventualité.** Avant de préciser si l'événement constitue une condition ou une éventualité, il convient au préalable de vérifier s'il peut effectivement être érigé en condition ou en éventualité. Pour qu'il en soit ainsi, il faut, selon la théorie des droits conditionnels et éventuels, que ledit événement auquel est suspendu la réparation soit futur et incertain. Le vocable « futur » a ici une acception différente de l'acception qui lui est traditionnellement assignée en droit lorsqu'il est associé au dommage. Le terme « futur » s'entend de ce qui n'est pas encore survenu. Il n'est porteur d'aucune information relative à la probabilité d'occurrence de l'événement auquel il est associé. Les événements dont il s'agit en l'espèce sont des événements possibles. En ce sens, dans toutes les illustrations caractéristiques de cette forme atypique de réparation, il était bel et bien question d'un événement futur. De surcroît, la réalisation de cet événement non encore survenu n'est pas certaine. Au bilan, cette dernière est bel et bien future et incertaine.

**277. La réalisation du dommage et de ses conséquences, un événement essentiel du droit à réparation.** Il reste encore à déterminer si ledit événement est érigé *pendente conditione* ou *pendente eventu*. Nous avons affirmé que les auteurs faisaient dépendre la qualification du caractère adventice ou essentiel de l'événement. Le droit à réparation ne naît que lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies. En l'espèce, il importe donc de déterminer si la certitude du dommage et de ses conséquences, événement

---

874C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, Bibl. de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, n°444, p.228.



auquel est suspendu la réparation, constitue un des éléments constitutifs de la responsabilité. Si tel est le cas, l'événement en question présentera un caractère essentiel et il sera donc question d'une réparation éventuelle. A première vue, le dommage ne constitue pas, pour lui-même, un élément constitutif de la responsabilité. Il n'a d'intérêt pour la réparation qu'au regard de son résultat, à savoir le préjudice qu'il engendre. Bien qu'il ne soit pas toujours exigé avec la même rigueur<sup>875</sup>, le préjudice reste la pierre angulaire de la réparation<sup>876</sup> voire de la responsabilité pour ceux qui acceptent d'en convenir<sup>877</sup>. Sans préjudice, il ne peut y avoir de réparation. En conséquence, toute référence à la condition doit être bannie ; le droit à réparation conféré à la victime est éventuel<sup>878</sup>. Les juges ont encadré les conditions de la réparation éventuelle des préjudices subséquents à un dommage possible.

### §3. LES CONDITIONS DE L'EVALUATION ANTICIPEE DE LA REPARATION DES PREJUDICES NON ENCORE ACTUELS SUBSEQUENTS A UN DOMMAGE POSSIBLE

278. La constatation de la perspective possible de réalisation du dommage (A) est nécessaire pour recourir à la réparation éventuelle. En sus de cette caractérisation, les magistrats exigent que les préjudices en découlant soient évaluables au moment du jugement (B).

#### A. UN DOMMAGE POSSIBLE

**279. Une réparation limitée aux préjudices non encore actuels afférents à un dommage probable en droit positif.** Si le demandeur n'a pas à rapporter la preuve d'un

---

875L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *RTD Civ.* 2013. 275.

876C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 71, 2008, n°336 et s., p.406 et s.

877S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, t. 504, LGDJ, 2009, n°418, p.366.

878S. GRAYOT, *Op. Cit.*, p.365.

dommage certain au jour du jugement, il n'est pas pour autant dispensé de toute exigence probatoire. Dans la mesure où l'événement mis *in eventu* se situe dans la certitude d'un dommage ayant généré des préjudices, il doit au moins prouver que le risque auquel il est exposé peut se produire. Dit autrement, il doit démontrer l'éventualité d'un dommage. Ceci étant, la jurisprudence ne se contente pas de n'importe quelle probabilité. Elle ne paraît réserver implicitement le bénéfice de la réparation éventuelle qu'à certains dommages possibles, ceux dont la réalisation apparaît probable. Dit autrement, sont concernés les dommages possibles ayant une probabilité d'occurrence relativement élevée. Ainsi en est-il de la déclaration de la maladie du SIDA pour une personne déjà séropositive ou du non-remboursement d'un prêt par l'emprunteur, par suite de la mainlevée d'une hypothèque. Les données acquises par retour d'expérience renseignent que la survenance du dommage interviendra dans la plupart des hypothèses puisqu'elle constitue à terme l'évolution prévisible d'une situation actuelle. Même si le dommage paraît proche de la certitude, il s'en éloigne cependant par l'existence de certains « facteurs tenant à des circonstances encore inconnues au moment où la responsabilité est appréciée »<sup>879</sup> pouvant venir contredire ladite prévision dans certains cas. Empruntons l'exemple de la contamination par le virus HIV des hémophiles par suite d'une transfusion sanguine<sup>880</sup>. La déclaration de la maladie du SIDA chez une personne séropositive n'est jamais certaine, certains patients dits asymptomatiques à long terme peuvent ne jamais contracter la maladie. Selon une étude réalisée par le M. le Professeur Montagnier au début des années 1990, une personne séropositive avait 10% de chances de ne pas contracter la maladie dans les douze années suivant la contamination. Outre ce facteur intrinsèque, la Cour d'appel s'était également fondée sur un qui était extrinsèque, tenant à l'évolution de la recherche médicale, spécialement l'émergence de nouvelles thérapeutiques destinées à freiner voire à paralyser l'apparition de la maladie. De même, dans l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 29 février 2000 qui avait retenu la responsabilité du notaire à raison de son manquement à la validité et l'efficacité des actes instrumentés, l'administration ne s'était toujours pas manifestée, soit six années après la condamnation devenue définitive, de sorte qu'il n'était pas certain qu'elle n'ait pas omis de procéder au recouvrement de la créance<sup>881</sup>. A l'aune de ces éléments, la

---

879G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., 2013, n°277, p.122.

880Cass. 2e civ., 20 juil. 1993, n°93-06002 ; Cass. 2e civ., 1er févr. 1995, Bull Civ II, n°41, p.24.

881TGI Marseille, 9 mars 2006, n°01/6875 ; Cass. 1e civ., 14 janv. 2010, n°08-16760 (bien que la réparation éventuelle n'ait pas été reprise par la Cour de cassation).

probabilité d'occurrence du dommage doit donc, comme nous l'avons annoncé, être relativement élevée.

**280. Une réparation ouverte aux préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible en droit prospectif.** La limitation aux dommages probables ne nous paraît pas être justifiée. La probabilité d'occurrence du dommage n'influe pas nécessairement sur l'étendue des préjudices. Qu'elle soit élevée ou moyenne pourra ne rien changer à l'étendue de la réparation. A partir du moment où le dommage est possible et que les préjudices sont peu exposés, dans leur étendue, aux variations découlant de la réalisation du dommage, nous ne voyons pas d'obstacle à accorder l'évaluation par anticipation des préjudices non encore actuels en résultant. Admettre le contraire conduirait à instaurer un régime rigide, par trop réducteur. Ce propos nous amène justement à la deuxième condition de ce traitement.

## B. DES PREJUDICES EVALUABLES PAR ANTICIPATION

**281. Présentation de l'exigence.** Les préjudices doivent non seulement être identifiés mais également pouvoir être évalués au jour du jugement, précisément parce que le traitement consiste en l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible. Ils peuvent être aussi bien extra-patrimoniaux que patrimoniaux. La Haute juridiction exerce un contrôle sur le respect de l'exigence de préjudices déterminés<sup>882</sup>. Un auteur a dénoncé le défaut de logique de cette exigence tant l'étendue des préjudices est liée à la survenance de l'atteinte factuelle<sup>883</sup>. Il peut arriver que la situation soit si prévisible que la réalisation du dommage ne bouleversera pas l'étendue des préjudices. Les quelques arrêts rendus en la matière permettent d'en attester. La réalisation du dommage peut n'exercer aucune incidence sur l'étendue des préjudices qui n'étaient jusqu'à lors que prévisibles<sup>884</sup>. Ce sont précisément de tels préjudices – connus et peu exposés au risque de variation – qui intéressent la réparation éventuelle. L'évaluation judiciaire peut donc être réalisée au jour du jugement sans

---

882Cass. 1e civ., 29 févr. 2000, n°97-18734.

883S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.484.

884V° déjà, Cass, crim, 19 décembre 1991, *RCA* 1992, n°170 ; P. JOURDAIN, « Tierces personnes : vers l'unité de la jurisprudence », *RTD Civ.* 1993. 144.

qu'elle n'engendre un abondant contentieux. A supposer qu'un ou plusieurs préjudices aient été omis, la victime pourra toujours solliciter un complément d'indemnisation.

**282. Opportunité de la condition.** Il est impossible de concevoir l'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible sans que les préjudices ne soient d'ores et déjà déterminés. Cependant, le détour par le droit romain a permis de démontrer que la réparation éventuelle pouvait se concevoir sans évaluation des préjudices au moment de la conclusion de la *stipulatio*. Dans la jurisprudence contemporaine, l'estimation des préjudices est réalisée au jour de la décision condamnant à réparation éventuelle. Cette exigence doit-elle conditionner la condamnation éventuelle contemporaine ? Pour le déterminer, il paraît nécessaire de s'interroger sur la nécessité d'un passage à nouveau devant le juge pour obtenir le versement des dommages-intérêts une fois le dommage survenu. En d'autres termes, le mécanisme de l'éventualité se suffit-il à lui-même ou nécessite-t-il une intervention du juge pour produire ses effets ? S'il n'est pas nécessaire de revenir devant le prétoire pour déclencher les effets de l'éventualité, il s'ensuit que l'évaluation doit être opérée au jour où le juge se prononce sur la réparation éventuelle. Cette question suscite débat. Pour certains, l'intervention du juge s'impose pour constater la réalisation de l'éventualité, et partant, lui faire produire ses effets. Dit autrement, le mécanisme de l'éventualité ne se suffirait pas à lui-même. La décision prononçant la réparation éventuelle ne serait qu'une décision initiale appelant une seconde décision sans condition ni réserve. En somme, le juge surseoirait à statuer. L'utilité pratique d'une telle technique s'en trouve alors inévitablement réduite. En témoigne le rapport des sénateurs M. Anziani et M. Bétaille<sup>885</sup>. Ces derniers concluent ainsi : « après avoir obtenu une condamnation de principe, [la victime] n'en devra pas moins ultérieurement se présenter à nouveau vers le juge judiciaire pour obtenir le versement des dommages et intérêts. Les juges n'étant plus les mêmes, le résultat de la procédure sera peut-être également différent »<sup>886</sup>, sans compter la multiplication des coûts liés aux frais de justice. Au vu de tous ces désavantages, la victime pourrait être incitée à n'agir qu'une fois le dommage advenu.

---

885A. ANZIANI et L. BÉTEILLE, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », in Rapport d'information, n°558, p.45, 2009, <http://www.senat.fr/>  
Elle a été critiquée par de nombreux acteurs de la vie juridique ou économique (MEDEF et CCIP).

886A. ANZIANI et L. BÉTEILLE, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », in Rapport d'information, n°558, p.45, 2009, <http://www.senat.fr/>  
Recommandation n°10 « Écarter l'affirmation d'une possibilité de condamnation immédiate de l'auteur d'un préjudice dépendant d'un événement futur et incertain ».

S'il était nécessaire de passer à nouveau devant le juge et même si la pratique judiciaire démontre que les affaires ayant fait l'objet d'un sursis à statuer peuvent être mises en rôle plus rapidement que les autres affaires, la victime n'aurait pas d'intérêt à solliciter la réparation éventuelle. Autant attendre la réalisation du dommage pour prétendre à la réparation immédiate. Pour d'autres, il peut tout à fait être envisagé le versement de l'indemnisation auprès de l'agent ou de son assureur sans qu'il soit nécessaire de revenir devant le juge<sup>887</sup>. Par analogie, c'est d'ailleurs cette solution qui est préconisée s'agissant de la condition<sup>888</sup>. Le seul contentieux susceptible d'émerger est plutôt relatif à la contestation « de la réalité de la réalisation de la condition »<sup>889</sup> c'est-à-dire à la dissipation de l'incertitude<sup>890</sup>. « La condition produit ses effets de plein droit, de sorte que l'on doute qu'il y ait effectivement « condition » dans tous les cas où » la constatation de la survenance de l'événement conditionnel doit être demandée en justice<sup>891</sup>. Si l'on revient au cas de la réparation éventuelle, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur le sursis à statuer du juge. Par analogie tant avec la condition qu'avec un arrêt non censuré ayant fait dépendre le *quantum* de l'indemnisation d'événements hypothétiques dont la réalisation ne nécessitait pas un passage devant le juge<sup>892</sup>, on peut raisonnablement penser que la saisine du juge ne soit pas un préalable obligatoire au versement de la réparation. C'est donc le gage de l'intérêt de la réparation éventuelle par rapport à celle qui est immédiate. L'intervention du juge n'étant ni nécessaire ni opportune pour déclencher l'exécution du jugement, un certificat médical, un état des comptes annuels ou plus généralement, tout élément de nature à prouver la survenance de l'événement redouté devrait suffire, sous réserve que le juge ait bien défini l'élément en déclenchant l'exécution. La victime pourrait alors obtenir, sans autre formalité à accomplir, le versement de son indemnité auprès de l'agent ou de son assureur. Dans cette perspective, l'évaluation des préjudices ne peut intervenir qu'au moment de la condamnation éventuelle. Cette dernière condition met en lumière l'intérêt majeur de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible.

---

887V° par ex., P. JOURDAIN, « Les nouveaux usages de la perte de chance », *RTD Civ.* 2010, p.330.

888M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Préface D. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, t. 505, LGDJ, 2009, n°509, p.385.

889M. LATINA, *Op. Cit.*, n°509, p.386.

890M. LATINA, *Op. Cit.*, n°516, p.393.

891P. DEROUIN, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », *RTD Civ.* 1978, p.20.

892Cass. crim, 19 déc. 1991, *RCA* 1992, n°170 ; P. JOURDAIN, « Tierces personnes : vers l'unité de la jurisprudence », *RTD Civ.* 1993. 144 ; Crim. 30 mai 1989, *RCA* 1989, comm. 300.

## Section 2.

### L'intérêt de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible

283. Traditionnellement, il est attribué au procédé de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible deux intérêts : la possibilité d'obtenir des mesures conservatoires d'une part et l'absence de nécessité d'un nouveau passage devant le juge une fois l'évaluation par celui-ci effectuée (§2). A l'analyse, il apparaît cependant que la possibilité d'adopter des mesures conservatoires ne constitue pas un intérêt conférer à ce procédé (§1).

#### §1. L'INTERET FAUSSEMENT ATTRIBUE A L'EVALUATION ANTICIPEE

284. Il est traditionnellement prêté comme intérêt à l'évaluation anticipée la possibilité de se voir accorder le droit d'adopter des mesures conservatoires (A). Il nous semble cependant que cet intérêt est attaché non pas à l'évaluation anticipée des préjudices finaux afférents à un dommage possible mais au droit éventuel à réparation (B).

#### A. L'INTERET SUPPOSE

285. Envisager comme un intérêt de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices finaux subséquents à un dommage possible la possibilité d'obtenir des mesures conservatoires suppose, au préalable, de vérifier qu'une créance possible soit compatible avec l'allocation de mesures conservatoires.

**286. Condition tenant à une créance paraissant fondée dans son principe.** Les articles<sup>893</sup> 67 alinéa 1er de la loi du 9 juillet 1991 et 210 alinéa 1er du décret du 31 juillet 1992 imposent en premier lieu la preuve d'une créance paraissant fondée dans son principe<sup>894</sup>. Bien que ces textes ne fassent que reprendre à leur compte une expression prétorienne, elle fût à l'origine d'un lancinant débat sur son interprétation<sup>895</sup>. Tandis que certains rejettent toute assimilation de la créance éventuelle<sup>896</sup> à une créance paraissant fondée dans son principe eu égard à l'esprit de la loi<sup>897</sup>, d'autres au contraire, la défendent<sup>898</sup>. Confrontés à l'absence de jurisprudence émanant de la Haute juridiction en la matière, les auteurs usent du raisonnement analogique pour conclure au bien-fondé de la demande conservatoire du créancier éventuel. « Non seulement il n'est pas requis, pour mettre en œuvre une mesure conservatoire, que la créance soit certaine<sup>899</sup>, mais le principe de créance lui-même peut être incertain<sup>900</sup>. « Il nous semble qu'il est

893Devenu l'article L511-1 C. proc. civiles d'exéc.

894V° par ex.: Cass. 2e civ., 29 janv. 2004, Bull Civ II, n°35. J.-Cl. Procédures formulaires, Fasc. 10 : Saisies conservatoires des créances, 2016, n°8.

895P.-E. AUDIT, *La naissance des créances*, Préface D. MAZEAUD, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 141, 2015, Dalloz, n°13, p.9.

896La notion de créance éventuelle est nantie de différentes acceptions. Par exemple, dans les cessions de créances, elle est parfois définie comme « celle qui résultera peut-être d'un fait générateur, en l'occurrence les contrats de bail, dont aucun élément n'existe encore au jour de la cession ». V° V. LASBORDES, « L'actualité de la cession de créance », LPA 2002, p. 4 et s., n°6 - *Adde* : P.-E. AUDIT, *La naissance des créances*, Préface D. MAZEAUD, Nouv. Bibl. Thèses, vol. 141, 2015, Dalloz, n°11, p.7-8, note de bas de page 36. Ce n'est pas la définition que nous avons retenu. La créance éventuelle s'entend ici d'une créance de réparation qui est éventuelle en raison du défaut actuel de survenance du ou des préjudices au(x)quel(s) correspond la créance. Seul cet élément n'existe pas encore au jour du jugement. Le fait générateur quant à lui, s'est déjà produit.

897G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, t. 3, vol. 1, Sirey, 1987, n°275, p.174. Cette formule « paraît toutefois exclure une créance conditionnelle ou éventuelle, les auteurs de la loi ayant logiquement eu en vue la créance qui, sans bénéficier de la force de vérité légale attachée aux actes authentiques, présente du moins les caractères extérieurs de la certitude au sens usuel du terme »

898M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8e éd., 2007, n°900, p.625 « Elle [la créance éventuelle] semble bien être fondée en son principe, dans la mesure où les parties savent qu'il suffit de la survenance d'un événement pour parfaire le lien d'obligation » – *Adde* : M. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Coll. Cours, 2016, n°461, p.393; B. GRIMONPREZ, *L'exigibilité en droit des contrats*, préface C. OPHELE, Université de Poitiers, coll. De la faculté de Droit et des Sciences sociales, LGDJ, 2007, n°87, p.88 ; C. BRENNER, P. CROCQ et P. FLEURY (ss. la dir. de), *Lamy Droit de l'exécution forcée*, 2017, n°255-25.

899CA Lyon, 9 oct. 2007, n°06/03757 ; CA Amiens, 4 mai 2001, n°00/0332 « Attendu que contrairement à ce qu'a considéré le premier juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire n'est pas soumise à la condition de la détention d'un titre ni même de l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible ; que précisément l'autorisation a pour objet d'obvier à l'absence de titre ; qu'il suffit que la créance paraisse fondée en son principe ; Attendu qu'à l'encontre de Catherine Y..., cette condition est réalisée dès lors qu'elle a été condamnée à réparer le préjudice subi par Madame DUCORNET de sorte que l'admission, vraisemblable, de la demande à l'encontre de la Caisse de Crédit Mutuel de SAINT-QUENTIN aurait pour effet d'entraîner sans aucun doute la condamnation de Catherine Y... à garantir la Caisse ».

CA Amiens, 18 janv. 2002, n°01/00954 « L'intimée peut se prévaloir d'une créance fondée en son principe de 63.024 francs sous réserve des frais ultérieurs bien que partie de celle-ci ne soit pas certaine et définitivement liquidée ».

900S. GUINCHARD, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz action, 2018/2019, n°0611.62,

impossible en principe de refuser au créancier éventuel la faculté d'accomplir des actes conservatoires. Car du moment qu'une personne a un certain droit, fût-il éventuel, il doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de déperir. Car autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout. Et nous avons constaté suffisamment jusqu'ici que ce n'est pas la situation de créancier éventuel »<sup>901</sup>. « L'éventualité du droit constitue en elle-même une valeur patrimoniale qui, comme telle et à l'instar de toute autre, mérite protection »<sup>902</sup>. Et de citer en exemple des décisions des juridictions du fond assez anciennes ayant admis qu'une créance éventuelle puisse servir de fondement à des mesures conservatoires<sup>903</sup>. Par analogie avec le régime de l'astreinte non encore liquidée qui constitue à ce stade une créance éventuelle, l'on peut considérer que l'éventualité ne fait pas obstacle à l'octroi de mesures conservatoires. En effet, dans un arrêt très important rendu en 1987<sup>904</sup>, la Cour de cassation a admis que l'astreinte non encore liquidée constituait une « créance certaine en son principe », suffisante pour justifier une saisie-arrêt, devenue la saisie attribution en 1991, et l'engager dans sa phase conservatoire du moins »<sup>905</sup>. Cette jurisprudence a, par la suite, été consacrée dans le décret du 31 juillet 1992, dans son article 53 alinéa 2 puis à l'article R131-3 du Code des

---

p.588. Il faut néanmoins qu'il paraisse probable. *V°* Par ex.: CA Paris, 13 septembre 2007, n°07/00283 « Les époux Y... ne peuvent prétendre utilement disposer d'une créance certaine et liquide envers le CRÉDIT LYONNAIS dès lors que cette dernière n'est ni certaine dans son existence, ni déterminée dans son montant ». Le recours au terme « certitude » est utilisé à tort. Pour autant, la lecture de l'arrêt permet de mettre en évidence que la Cour entendait exiger un principe de créance vraisemblable. En l'espèce, les appelants se prévalaient seulement d'une ordonnance du juge de la mise en état ayant simplement ordonné une expertise dont l'objet, n'était autre, que de donner un avis sur la réalité d'une possible source de créance. Puisque que pour l'heure, le juge ne disposait pas d'une telle information, la créance n'est donc pas fondée dans son principe. *Contra* : B. FAGES (ss. la dir. de), *Lamy Droit du contrat*, 2018, n°1179.

901R. DEMOGUE, « De la nature des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906, p 282-283.

902C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, *Bibl. de droit privé*, t. 323, LGDJ, 1999, n°482, p.250.

903CA Dijon, 22 déc. 1959, *JCP* 1960, II, 11670, note H. RAMEAU. « Il suffit que son principe soit fondé, ou du moins paraisse tel, selon l'appréciation du juge, et que les notions d'urgence et de péril en la demeure soient suffisamment caractérisées par la possibilité normale de redouter sérieusement une insolvabilité qui, si elle n'est pas nécessairement imminente, reste vraisemblable eu égard aux circonstances de fait, singulièrement au comportement du débiteur ». En l'espèce, le fait que la créance soit litigieuse ne fait pas obstacle à l'octroi d'une saisie conservatoire.

TGI Bayonne, Référés, 13 nov. 1971, *JCP* 1972, II, 16967. « Attendu que la créance doit être fondée en son principe ; qu'une telle créance s'entend d'une obligation apparente de la part du débiteur, bien que le montant n'en soit fixé de façon certaine, ni liquide, ni exigible ; qu'il suffit que le créancier démontre que sa créance existe à la suite de tel événement qui lui a causé un dommage ». Elle précise ensuite qu'une apparence de fondement peut permettre une hypothèque judiciaire conservatoire. Le commentateur de la décision estime que « la loi de 1955 n'oblige pas le créancier à justifier de son droit, en ses différents aspects, mais simplement en son principe. Le créancier se borne à rendre vraisemblable l'existence du fait matériel qui a engendré sa créance. Le magistrat ne cherche pas à pénétrer dans le détail des prétentions du créancier. Dès lors qu'il considère comme apparemment fondé, c'est-à-dire non pas certain mais simplement probable, un principe de créance, il répond favorablement à la requête ».

904Cass. 2e civ., 13 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. p.492, obs. M. Véron.

905J.-Cl. Notarial Répertoire, Fasc. 224-2, Régime de la réparation, F. CHABAS et S. DEIS, 1999, n°106.



procédures civiles d'exécution. La compréhension large de l'expression nous paraît être celle qui doit être retenue pour la raison suivante que les magistrats, puis le législateur, auraient pu choisir une notion juridique plus familière, celle de certitude<sup>906</sup>. S'ils n'ont pas opté en ce sens, c'est en raison de leur absence de synonymie. L'une se réfère à l'apparence alors que l'autre ne saurait s'en contenter. Pour que la créance paraisse fondée dans son principe, la preuve d'une « fumée de bon droit »<sup>907</sup> est suffisante. Quoi de mieux que la créance éventuelle pour représenter cette apparence. Il n'est donc nullement besoin pour le créancier de rapporter la preuve des éléments constitutifs de la responsabilité extracontractuelle<sup>908</sup>.

**287. Condition relative à des circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance.** A cette première condition, s'en ajoute une seconde. L'autorisation d'accorder une telle mesure doit être motivée par des circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance. « Il s'agit en effet d'une mesure exceptionnelle, qui doit être absolument nécessaire. Elle n'a pas lieu d'être si le créancier ne fait état d'aucun élément de nature à laisser supposer le risque d'insolvabilité »<sup>909</sup>.

**288. Absence de contrôle préalable du juge.** Une fois ces conditions « légères »<sup>910</sup> satisfaites, le débiteur éventuel est soumis, pour pratiquer de telles mesures, à un principe de contrôle judiciaire préalable. Après avoir obtenu l'autorisation préalable, l'article L511-4 du même code impose au créancier de la mesure d'introduire une action en justice dans un délai précis, sous peine de caducité. L'article R511-7 alinéa 1er du Code des procédures civiles d'exécution précise la durée du délai. Elle est d'un mois à compter de l'exécution de la mesure. Cependant, ce contrôle judiciaire n'a pas une portée générale. En effet, l'article L511-2 du Code précité énumère limitativement les dispenses d'autorisation. Aux termes de celui-ci, « une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer

---

906 Pour la saisie-attribution par exemple, il est exigé une « créance certaine en son principe ».

907 N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, Domat, 2013, n°198, p.110 ; - *Adde* : A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz Action, 2012/2013, n°73.141 ; Répertoire dalloz de droit immobilier, Nantissement judiciaire, J. DERRUPPE et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, 2016, n°77.

908 *Contra* M. DAGOT, *Les sûretés judiciaires provisoires*, Litec, 1994, n°434, p.128.

909 Répertoire dalloz de procédure civile, Saisies et mesures conservatoires, S. PIEDELIEVRE, 2008, n°20.

910 N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, Domat, 2013, n°197, p.110.

resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles ». Pour déterminer la procédure à respecter par le créancier éventuel, il importe au préalable de déterminer la nature du jugement éventuel. S'agit-il d'un titre exécutoire ou d'une décision non encore exécutoire ? L'article 501 du Code de procédure civile dispose que « le jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire ». La force de chose jugée n'est pas exactement l'autorité de la chose jugée. « Un jugement susceptible de faire l'objet d'un recours suspensif d'exécution, s'il a autorité de la chose jugée dès son prononcé, n'acquerra force de chose jugée qu'à l'expiration du délai de recours »<sup>911</sup>. Un jugement passé en force de chose jugée est donc un « jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution »<sup>912</sup>. Pour savoir si le jugement a acquis force de chose jugée, il convient d'abord de vérifier s'il est effectivement doté de l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée<sup>913</sup> « implique, entre autres choses, que le juge qui a rendu sa décision est en principe dessaisi de l'affaire qu'il vient de juger »<sup>914</sup>. Son étendue dépend du type de jugement. Le Code de procédure civile invite à distinguer les jugements tranchant une contestation c'est-à-dire les jugements définitifs, autrement dénommés jugements sur le fond, les jugements avant-dire droit et les décisions provisoires et les jugements mixtes<sup>915</sup>. En premier lieu, l'article 480 du Code de procédure civile, pris en son alinéa 1er, dispose que le jugement définitif est un « jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident ». Il emporte dessaisissement du juge relativement à la contestation qu'il tranche, étant pourvu de l'autorité de la chose jugée. En deuxième lieu, le jugement avant-dire droit et la décision provisoire, à l'inverse, n'ont pas au principal autorité de la chose jugée conformément à l'article 482 du même code. Le jugement avant-dire droit est un jugement « qui se borne, dans son dispositif, à ordonner

---

911N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, Domat, 2013, n°86, p.54.

912Article 500 du Code de procédure civile. Les recours suspensifs d'exécution sont l'appel et l'opposition.

913Sur cette notion, V° not., R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse Bordeaux, 1931 ; J. MALBEC, *La relativité de la chose jugée : l'effet vis-à-vis des jugements rendus en matière civile*, Thèse imprimée, Toulouse, 1947 ; J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Thèse Paris, 1954 ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Bibl. de droit privé, t. 143, 1975, LGDJ ; « Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige », coll. Justices, 1997, n°5 ; H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D.1968.1 ; G. WIEDERKEHR, « Sens, signification et signification de l'autorité de la chose jugée », in *Mélanges J. NORMAND*, Litec 2003, p.507.

914N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, Domat, 2013, n°86, p.54.

915J.-Cl. Civil code, Fasc. 20 : Autorité de la chose jugée, M. DOUCHY-LOUDOT, 2013, n°65 et s.

une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ». Les décisions provisoires quant à elle, renvoient aux ordonnances de référés<sup>916</sup> et aux ordonnances sur requête<sup>917</sup>. En dernier lieu, selon l'article 544 alinéa 1 du Code de procédure civile, le jugement mixte – l'expression ne figure pas dans le Code – s'entend d'un jugement qui, dans son dispositif, tranche une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction ou une mesure provisoire. Puisqu'il est mixte, « il faut opérer une « ventilation » entre les chefs de son dispositif »<sup>918</sup>. Il a autorité de la chose jugée sur la partie du principal qu'il tranche<sup>919</sup>. La mesure provisoire ou d'instruction est, quant à elle, dépourvue de l'autorité de la chose jugée<sup>920</sup>. Traditionnellement, la Cour de cassation estimait que « l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été décidé sans condition, ni réserve »<sup>921</sup>, même implicite, « parce que le juge ne statue pas effectivement »<sup>922</sup>. Le juge se ménageait ainsi la possibilité de « revenir sur sa décision si la situation initiale évolue »<sup>923</sup>. Il en résultait donc que « la décision du juge ordonnant une « indemnisation conditionnelle » [était] donc vraisemblablement privée de toute autorité de la chose jugée pour la part du dispositif affectée de cette condition »<sup>924</sup> i. e. le principe de responsabilité. A l'inverse, l'évaluation des préjudices avait autorité de la chose jugée. Néanmoins, par un spectaculaire revirement de jurisprudence, la troisième chambre civile de la Cour de cassation décida, le 23 mai 1991<sup>925</sup>, de priver d'efficacité la mention « en l'état ». Elle s'exprima en ces termes : « la mention « en l'état » est sans portée dans un arrêt statuant au fond »<sup>926</sup>. Dit autrement, elle « n'empêche pas le dispositif d'avoir l'autorité de la chose jugée »<sup>927</sup>. La motivation qui coiffe ce revirement est d'éviter de « paralyser les effets normaux d'une décision de justice ouvrant la voie à une révision prétorienne sans limitation de durée »<sup>928</sup>. Plus précisément, selon certains auteurs, seuls seraient

---

916 Article 484 CPC.

917 Article 493 CPC.

918 Répertoire dalloz de procédure civile, Jugement, F. EUDIER et N. GERBAY, 2014, n°45.

919 Article 481 alinéa 1er CPC.

920 Article 482 CPC.

921 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 janv. 1969, D.1969, p.454. Sur cette question, V<sup>o</sup> not., R. PERROT, « Jugements en l'état », *RTD Civ.* 1992, p.186 ; G. BOLARD, « Les jugements en l'état », *JCP G* 1997, I, 4003 ; Répertoire dalloz de procédure civile, Chose jugée, C. BOUTY, 2012, n°413 et s.

922 S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 9<sup>e</sup> éd., 2017/2018, n°421.53, p.1374 ; V<sup>o</sup> Cass, Com, 17 janvier 1962, Bull Civ IV, n°65.

923 S. GUINCHARD, *Op. Cit.* n°421.53, p.1374.

924 S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », *Mélanges G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.483.

925 Cass, Civ 3<sup>ème</sup>, 21 mai 1993, Bull. Civ. III, n°149, p.87.

926 Arrêt préc.

927 S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 9<sup>e</sup> éd., 2017/2018, n°421.53, p.1374.

928 R. PERROT, « Jugement en l'état », *RTD Civ.* 1992, p.187.

concernés par cette décision les jugements en l'état des preuves produites<sup>929</sup>. En revanche, il en irait différemment pour les jugements en l'état de situation évolutive<sup>930</sup>. Pour ces derniers, l'article 1355 du Code civil permettrait un nouvel examen du litige par le juge en cas de circonstances nouvelles<sup>931</sup>. S'agissant de la condition et *a fortiori* de l'éventualité, la Haute juridiction semble leur réserver le même régime que les jugements en l'état de situation évolutive puisqu'elle a continué à user de la mention « en l'état » et des réserves ultérieurement. Dépourvu en partie de l'autorité de la chose jugée, le jugement éventuel n'a pas acquis force de chose jugée et partant, ne constitue pas un titre exécutoire. Par conséquent, ce jugement est une décision non encore exécutoire. Le créancier est donc dispensé d'obtenir une autorisation préalable du juge de procéder à des mesures conservatoires. Il n'a pas non plus à introduire une action en justice dans le délai d'un mois. Il lui suffit d'attendre que la décision soit exécutoire.

**289. Détermination des mesures conservatoires.** Quelles peuvent être ces mesures conservatoires ? Eu égard aux exigences sus-évoquées, le créancier doit pouvoir demander une saisie conservatoire de droit commun, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une saisie conservatoire de créances de sommes d'argent ou de meubles corporels. Elle ne pourra pas être convertie en saisie-attribution si la liquidité de la créance ne s'ensuit pas car cette dernière est une condition d'octroi de cette saisie. Toute victime ne pourra pas pratiquer la saisie conservatoire de droit commun et son efficacité à terme est limitée. « Nécessairement provisoires, ces saisies doivent se transformer à bref délai en mesures d'exécution, de sorte qu'elles ne pourraient de toutes façons protéger que les droits conditionnels ou éventuels dont l'avènement est proche »<sup>932</sup>. Le créancier pourra donc y prétendre même s'il est à noter que la jurisprudence est plutôt hostile à le doter d'un tel pouvoir eu égard à l'atteinte qu'elle entraîne aux pouvoirs de disposition de la partie à laquelle on les oppose en même temps qu'elles réduisent ses pouvoirs d'usage et de jouissance. En théorie, il peut également pratiquer des mesures de sécurité comme l'apposition de scellés ou la mise sous « séquestre » même s'il risque là encore de se

---

929 Sur la distinction, V° H. VIZIOZ, « Etudes de procédure », *RTD Civ.* 1947, p.81 ; G. BOLARD, « Les jugements « en l'état » », *JCP G* 1997, I, 4003.

930 Cass. 2e civ., 3 juillet 2008, n°07-16398 ; G. BOLARD, « Les jugements « en l'état » », *JCP G* 1997, I, 4003 ; C. BRENNER, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, étude 13, *in fine*.

931 H. VIZIOZ, *RTD Civ.* 1947, p.81. Elle a seulement « cette utilité de mettre l'accent sur le caractère provisoire de la décision et d'éviter ainsi une contestation ultérieure sur la chose jugée ».

932 C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, *Bibl. de droit privé*, t. 323, LGDJ, 1999, n°487, p.252.

heurter à l'hostilité des juges<sup>933</sup>. Il peut se voir octroyer aussi et surtout des mesures probatoires ou de type déclaratoire<sup>934</sup> telles que « réclamer une vérification d'écritures, une expertise, une enquête et au besoin tout autre mode d'information »<sup>935</sup>. Il peut recourir enfin à l'hypothèque. Il peut s'agir de l'hypothèque judiciaire conservatoire, prévue par les articles 77 et suivants de la loi du 9 juillet 1991 et 250 et suivants du décret du 31 juillet 1992<sup>936</sup>. Elle permet de « neutraliser le temps mis par le créancier à obtenir un jugement de condamnation ou pour faire les démarches qui lui permettent de se procurer un titre exécutoire, neutralisation qui le met à l'abri, - sans que la règle de l'indisponibilité soit nécessaire -, des conséquences d'une aliénation de l'immeuble, de la constitution d'une autre sûreté ou d'une saisie »<sup>937</sup>. Puisque le créancier éventuel n'a pas à solliciter d'autorisation, il pourra inscrire son hypothèque pour une durée de trois ans<sup>938</sup>, à charge pour lui de la renouveler par la suite<sup>939</sup>. Outre cette hypothèque, le créancier pourra également prétendre à une hypothèque dite « judiciaire »<sup>940</sup> dans la mesure où il aura obtenu un jugement portant condamnation<sup>941</sup>. De prime abord, une telle exigence paraît exclure un jugement prononçant une indemnisation éventuelle. Cependant, les magistrats ont une compréhension si souple de l'exigence d'un jugement portant condamnation qu'elle est susceptible d'englober le jugement éventuel. En effet, pour qu'une créance éventuelle puisse ouvrir droit à l'hypothèque judiciaire, « encore faut-il qu'il y ait jugement c'est-à-dire un acte juridictionnel doté de l'autorité de la chose jugée »<sup>942</sup>. Ce point ne saurait susciter de difficultés tant il a été démontré précédemment que les jugements prononçant une condamnation éventuelle étaient non seulement des jugements constitutifs mais qu'en outre, ils étaient revêtus, au moins en partie, de l'autorité de la chose jugée. Peu importe à cet égard « que le jugement soit définitif,

---

933C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, Bibl. de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, n°497, p.256.

934C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, Bibl. de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, n°499, p.257.

935Ibid. ; R. DEMOGUE, « De la nature des effets du droit éventuel », *RTD Civ.* 1906, p. 285.

936Article L531-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

937M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 2007, 8e éd., n°899, p.624.

938Article R532-7 du Code des procédures civiles d'exécution.

939M. DAGOT, *Les sûretés judiciaires provisoires*, Litec, 1994, n°1170, p.316 « Il semble que le nombre de renouvellements ne soit pas limité ».

940Article 2412 du Code civil.

941L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Défrénois, 3e éd., 2008, n°710, p.335 ; S. GRAYOT, « De la responsabilité civile conjugée au provisoire », *Mélanges G. VINEY, Liber amicorum*, LGDJ, 2007, p.484, note 54.

942P. DELEBECQUE et P. SIMLER, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 7e éd., 2016, n°472, p.465.

provisoire, rendu par défaut ou susceptible de recours »<sup>943</sup>. De surcroît, le jugement doit renfermer une condamnation. Cette exigence, qui tend à exclure les jugements gracieux<sup>944</sup>, ne s'oppose pas à ce que « le jugement contienne le germe d'une condamnation à venir »<sup>945</sup>. Ainsi, « elle attache par exemple l'hypothèque judiciaire aux jugements qui se bornent à affirmer le principe d'une condamnation, même si son montant doit être évalué plus tard »<sup>946</sup>. Rien ne s'oppose donc à ce qu'elle s'attache aux jugements évaluant par anticipation les préjudices non encore actuels résultant de la réalisation possible d'un dommage.

Si la créance découlant de la réparation d'un dommage possible est compatible avec l'adoption de mesures conservatoires, il n'en demeure pas moins que celles-ci ne constituent pas un intérêt attaché à l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices subséquents à un dommage possible, contrairement à ce qu'il est couramment affirmé.

## B. L'INTERET REFUTE

**290. Intérêt attaché au droit éventuel à réparation.** A notre sens, l'adoption de mesures conservatoires ne résulte pas spécifiquement de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices finaux subséquents à un dommage possible. En effet, point n'est besoin d'une évaluation de ces préjudices par le juge pour que la victime puisse obtenir des mesures conservatoires. Il suffit qu'elle démontre un droit éventuel à réparation, droit qui prend naissance dès lors qu'un dommage possible, qui a été causé par un fait générateur, est susceptible de déboucher sur des préjudices. En effet, le droit éventuel à réparation existe même si le juge n'a pas encore accordé la réparation éventuelle. La possibilité de prendre des mesures conservatoires existe dès qu'il y a droit éventuel à la réparation, lequel peut exister même s'il n'y a pas de réparation éventuelle. En conséquence, la possibilité de prendre des mesures conservatoires n'est pas liée à la

---

943M. BOURASSIN, V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, 2e éd., 2010, Sirey, n°2180, p.597.

944Rapport de Mme Gabet (avocat général) sous arrêt 575 du 13 mars 2009, [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/gabet\\_conseiller\\_12332.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gabet_conseiller_12332.html).

Le professeur Cadiet ne partage pas la même conception.

945P. DELEBECQUE et P. SIMLER, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 7e éd., 2016, n°473, p.466.

946L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Défrénois, 3e éd., 2008, n°710, p.336.

réparation éventuelle. L'intérêt de la réparation éventuelle se situe donc ailleurs.

## §2. L'INTERET REEL DE L'EVALUATION ANTICIPEE DE LA REPARATION DES PREJUDICES NON ENCORE ACTUELS AFFERENTS A UN DOMMAGE POSSIBLE

**291. Exposé de l'intérêt.** Nous avons eu l'occasion d'affirmer plus haut que la victime n'avait pas à revenir devant les magistrats pour obtenir une évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible. C'est précisément à cet endroit que nous semble résider l'intérêt de cette dernière. Une réparation d'ores et déjà organisée garantit la célérité de son exécution. La victime pourra, sur constatation de son dommage, obtenir l'exécution du jugement ayant fixé le montant de la réparation des préjudices finaux dépourvus d'actualité afférents au type de dommage sus-évoqué sans avoir à revenir devant le juge.

**292. Fragilisation possible de l'intérêt.** Ce traitement anticipé des préjudices non encore actuels résultant de la réalisation d'un dommage possible est une mesure si précaire qu'elle pourra être remise en cause à tout niveau, qu'il s'agisse de la constatation de la réalisation du dommage et de l'apparition des préjudices subséquents ou qu'il s'agisse de l'étendue de ces derniers. La perspective d'une remise en cause nécessitera un nouveau passage devant le juge. Une mesure qui devait donc à l'origine permettre à la victime de garantir la célérité de la réparation des préjudices subis pourra s'avérer en définitive plus coûteuse que la mesure qu'elle aurait obtenue si elle n'avait pas anticipé la réalisation du dommage.

**293. Conclusion de la Section 2.** La réparation éventuelle des préjudices finaux afférents à un dommage possible qui sont des préjudices non encore actuels ne présente qu'un seul intérêt, contrairement à la présentation traditionnelle qui en est faite. Il réside dans l'absence de nécessité de passer de nouveau devant le juge pour obtenir l'exécution du jugement, une fois le dommage survenu.

**294. Conclusion du Chapitre 2.** L'évaluation par anticipation des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible trouve ses racines lointaines dans le Droit romain. Si la réparation anticipée était effectivement accordée, elle ne consistait pas en l'évaluation anticipée des préjudices finaux subséquents à un dommage possible. Traditionnellement présentée comme une réparation conditionnelle, la réparation s'avère en définitive être éventuelle puisqu'il manque un événement essentiel pour que la réparation immédiate puisse être exécutée. L'évaluation anticipée des préjudices non encore actuels doit être conditionnée par un dommage possible et par des préjudices évaluable par anticipation. Au regard de l'intérêt que présente cette évaluation, nous proposons de l'entériner dans le Code civil. Il pourrait ainsi être créée un article 1260 aux termes duquel « lorsque la réalisation du dommage dépend d'un événement possible, le juge peut évaluer immédiatement le préjudice subséquent en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement ». Il n'y a plus qu'à souhaiter que son succès soit de nouveau au rendez-vous auprès des magistrats.

**295. Conclusion de la Troisième partie.** Le traitement anticipé des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore survenu s'avère contrasté.

D'un côté, le dommage futur peut prétendre à une réparation immédiate, intégrale ou provisionnelle. Si l'étendue du préjudice est déterminée ou déterminable, la réparation intégrale constituera le remède idoine. A l'inverse, si l'étendue du préjudice n'est pas déterminée ou déterminable, la réparation provisionnelle sera à privilégier.

De l'autre côté, le dommage possible ne peut accéder qu'à une évaluation anticipée de ses préjudices non encore actuels subséquents. Il faut pour cela que les conditions soient remplies, c'est-à-dire que la preuve d'une possibilité de dommage d'où découlerait, si elle venait à se réaliser, des préjudices évaluable par anticipation soit rapportée. Cette réparation, dont le juge va subordonner l'exécution à la constatation de la survenance du dommage et de ses préjudices finaux non encore actuels y afférents, est une réparation éventuelle puisque l'événement manquant est un élément essentiel de la réparation. Son intérêt devrait encourager les magistrats à y recourir davantage.

Les préjudices non encore actuels afférents à un dommage hypothétique, par trop éventuels quant à eux, ne peuvent faire l'objet d'un traitement curatif.



# Conclusion générale

296. Il ressort de la jurisprudence que trois types de dommages potentiels peuvent, à partir de leurs traitements, être recensés : le dommage futur, le dommage possible et le dommage hypothétique. Cette typologie est basée sur la probabilité d'occurrence du dommage.

296. Il existe en effet bel et bien un traitement du dommage non encore survenu en droit positif. Faute de texte en la matière le prévoyant expressément, le dommage non encore survenu a su cependant tirer son épingle du jeu et convaincre les magistrats de la nécessité de le traiter. C'est ainsi, qu'à partir de textes existants mais inadaptés, les juges ont construit le traitement ou plus exactement les traitements des dommages non encore advenus.

297. Le premier traitement consiste dans la prévention du dommage non encore survenu. Si ce traitement est, en référé comme au fond, ouvert au dommage futur et au dommage possible, il est, en revanche, totalement fermé au dommage hypothétique en référé. Au fond, il en irait de même sauf si le coût de la mesure s'avérerait réduit et le dommage en question particulièrement grave. En l'absence de disposition expresse instaurant l'action en prévention du dommage potentiel au fond, nous suggérons d'introduire dans le Code civil un article 1239, situé dans le Chapitre 1er intitulé la responsabilité extracontractuelle en général : « Le juge prescrit, sans préjudice de la réparation du préjudice subi, toute mesure aux fins de faire cesser le fait illicite sauf s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le défendeur de bonne foi et son intérêt pour la victime ».

298. Le deuxième traitement consiste à réparer les préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore réalisé. Même si le dommage n'est pas encore survenu, la seule exposition à un dommage potentiel est susceptible d'être préjudiciable à la victime immédiate qui a à la subir ou à ses proches. Sous certaines conditions, les victimes pourront obtenir réparation d'un préjudice extrapatrimonial actuel. Si ce préjudice immédiat est réparable quel que soit le type de dommage en cause, des

variations existent cependant en fonction du type de dommage. Du côté du préjudice subi par la victime indirecte, des restrictions ont été proposées afin de garantir la certitude du préjudice. Les victimes pourront, en outre, obtenir réparation de préjudices patrimoniaux résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Le préjudice de prévention ne pourra pas être réparé s'il est engendré par un dommage hypothétique, faute de présenter un caractère raisonnable sauf si le dommage dont il est question est grave et que le coût du préjudice de prévention est réduit. Néanmoins, les victimes pourront se voir accorder la réparation des autres préjudices patrimoniaux qui découlent d'un dommage non encore survenu, pourvu qu'ils soient là encore raisonnables. Au sein des préjudices actuels générés par l'exposition à un dommage non encore survenu, des variations peuvent exister selon le type de dommage.

Ce traitement nécessite une clarification législative. Plusieurs articles pourraient ainsi voir le jour :

Article 1253 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'un dommage futur pouvant compromettre son intégrité corporelle ou sa situation patrimoniale constituent un préjudice réparable.

Les mêmes troubles sont réparables lorsqu'ils résultent de la connaissance par la victime indirecte d'un dommage futur menaçant l'intégrité corporelle de la victime directe.

Dans tous les cas, l'existence du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage futur subi par la victime directe ou par la victime indirecte est présumé ».

Article 1254 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'une menace possible ou hypothétique pouvant compromettre son intégrité corporelle ou sa situation patrimoniale constituent un préjudice réparable à condition qu'ils se manifestent par un bouleversement dans les conditions d'existence.

Les mêmes troubles sont réparables lorsqu'ils résultent de la connaissance par la victime indirecte d'un dommage possible menaçant l'intégrité corporelle de la victime directe à condition qu'ils se manifestent par un bouleversement dans les conditions d'existence ».

Article 1255 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe ou indirecte en raison de la connaissance d'un menace possible de dommage est attestée par un avis médical ».

Article 1256 : « Les troubles psychiques subis par la victime directe en raison de la connaissance d'un menace hypothétique de dommage est attestée par une expertise réalisée par un expert agréé auprès des tribunaux ».

Article 1257 : « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ».

« Les autres pertes éprouvées, le gain manqué ou la perte de chance d'éviter la survenance d'un dommage subie pour prévenir la réalisation d'un dommage imminent futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'ils sont raisonnables ».

Article 1258 : « Les dépenses raisonnables qui vont être exposées pour prévenir la réalisation d'un dommage futur ou possible ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable ».

« Les autres pertes éprouvées, le gain manqué ou la perte de chance d'éviter la survenance d'un dommage qui va être subie pour prévenir la réalisation d'un dommage ainsi que pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable dès lors qu'ils apparaissent comme raisonnables ».

299. Le dernier traitement quant à lui, ne peut pas concerner tous les dommages potentiels. En effet, dans la mesure où il réside dans le traitement anticipé des préjudices non encore actuels résultant de la réalisation d'un dommage non encore réalisé, il semble *a priori* ne pouvoir être ouvert qu'au seul dommage futur, dommage apte à pouvoir engendrer des préjudices certains. L'examen de la jurisprudence démontre pourtant le contraire. Le dommage possible peut lui aussi accéder à ce traitement anticipé. Les formes du traitement de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore réalisé sont cependant différentes. D'un côté, les préjudices non encore actuels afférents à un dommage futur peuvent être réparés immédiatement. Afin d'entériner la solution jurisprudentielle, nous proposons d'introduire un article 1259 rédigé comme suit : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel. La réparation est intégrale lorsque l'étendue du préjudice est déterminée ou déterminable. La réparation est provisionnelle lorsque l'étendue du préjudice est indéterminée ».

De l'autre côté, les préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible peuvent, tout au plus, faire l'objet d'une évaluation anticipée par les juges. L'exécution du jugement sera différée à la constatation effective de la réalisation du dommage et de la certitude de ses préjudices subséquents ayant été évalués. Un article 1260 pourrait prendre place dans le Code civil aux termes duquel « lorsque la réalisation du dommage

dépend d'un événement possible, le juge peut évaluer immédiatement le préjudice subséquent en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement ».

300. Pour redonner toute sa cohérence au traitement du dommage non encore survenu, nous avons proposé ici et là de renforcer les variations entre les différents types de dommages. La mise en œuvre de ces propositions ne sauraient résulter de la seule intervention des magistrats. Dans bien des cas, il nous est apparu nécessaire de recourir au législateur pour inscrire ces propositions dans le Code civil.

301. La réforme de la responsabilité civile, telle qu'elle a été esquissée dans le projet, ne semble pas être l'occasion pour la chancellerie de se saisir pleinement de la question du traitement du dommage potentiel. Nous espérons qu'une prochaine réforme pourra lui redonner toute sa cohérence.

# Bibliographie

## I. DICTIONNAIRES :

### *Dictionnaires papier :*

- BLOCH O., VON WARBTBURG W.**, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 11e éd., Paris, 1996
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 2018
- DAREMBERG C. et SAGLIO E.**, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, université de Toulouse, Le mirail, t. 1er, 1877
- DROSS W.**, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2e éd., 2011
- DUBOIS J. (ss. la dir.)**, *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, Lexis, 1979
- FERRAUD J.-F.**, *Dictionnaire critique de la langue française*, t. 3, Paris, 1787-1788
- LALANDE A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, Quadrige, PUF, 1991
- REY A.**, *Le Grand Robert de la langue française*, Decitre, 2e éd., 2001

### *Dictionnaires en ligne :*

Cnrtl, <http://www.cnrtl.fr/>

Le trésor de la langue française informatisé, <http://www.atilf.atilf.fr/tlf.html>

## II. OUVRAGES NON JURIDIQUES :

- BECK U.**, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Alto, Aubier, 2001
- BORRAZ O.**, *Les politiques du risque*, SciencesPo, Les presses, 2008
- CASTEL R.**, *L'insécurité sociale*, La République des idées, Seuil, 2003
- DELUMEAU J.**, *La peur en Occident*, Fayard, 1978
- DELUMEAU J.**, *Rassurer et protéger*, Fayard, 1989
- EWALD F.**, *L'Etat providence*, Grasset, 2014
- FERRY L.**, *Le nouvel ordre écologique, l'arbre, l'animal, l'homme*, Paris, Grasset, 1992
- FREUD S.**, *Inhibition, symptôme et angoisse*, 1926, nouv. ; trad. Franç., PUF, 1965
- GIDDENS A.**, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 2001
- GODARD O. (ss. la dir. de)**, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Éditions de la Maison de l'homme, Paris, 1997
- JONAS H.**, *Le principe responsabilité*, 1979, 3e éd. reprise aux Éditions Champs et Flammarion, 2000
- JONAS H.**, *Pour une éthique du futur*, Traduit de l'allemand et présenté par S. CORNILLE et P. IVERNEL, Rivages et payot, 1998
- LADOUCEUR R., MARCHAND A. et BOISVERT J.-M.**, *Les troubles anxieux : approche cognitive et comportementale*, Elsevier, Masson, 1999
- MICHAUD Y. (ss. la dir.)**, *Qu'est-ce que la société ?*, Paris, Odile Jacob, 2000
- MONTAIGNE**, *Essais III*, Flammarion, 1993,13
- MORIN E. et KERN A.-B.**, *Terre-Patrie*, Ed. du Seuil, 1993
- NIETZSCHE**, *Aurore*, Trad. Modifiée J. HERVIER, Coll. Folio essais, 1989

**NIETZSCHE**, *Généalogie de la morale*, Le livre de poche, 2000  
**PECAUD D.**, *Risques et précautions, L'interminable rationalisation du social*, La dispute, 2005  
**PINSART M.-G.**, *Jonas et la liberté, Dimensions théologiques, ontologiques, éthiques et politiques*, Vrin, 2002  
**REEVES H. avec LENOIR F.**, *Mal de Terre*, Seuil, Science ouverte, 2003  
**WILDE O.**, *Le portrait de Dorian Gray*, Gallimard, 1992

### **III. OUVRAGES JURIDIQUES GENERAUX :**

**AUBRY et RAU**, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., t. 4, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1871  
**AUBRY et RAU**, *Droit civil français*, t. 6, 8e éd., par N. DEJEAN DE LA BATIE, Paris, Librairies techniques, 1989  
**AUBRY et RAU**, *Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, Litec, 1989  
**BACACHE-GIBEILI M.**, « Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle », *Traité de droit civil, Corpus droit privé, Economica*, 3e éd., 2016  
**BENABENT A.**, *Droit des obligations*, Précis Domat, LGDJ, 17e éd., 2018  
**BOULOC B.**, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 25e éd., 2017  
**BOULOC B. et MATSOPOULOU H.**, *Droit pénal général et procédure pénale*, Coll. Intégral concours, Sirey, 20e éd., 2016  
**BOURASSIN M., BREMOND V. et JOBARD-BACHELIER M.-N.**, *Droit des sûretés*, Sirey, 2e éd., 2010  
**BRENNER C., CROCQ P. et FLEURY P. (ss. la dir. de)**, *Lamy Droit de l'exécution forcée*, 2017  
**BRUN P.**, *La responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, 5e éd., 2018  
**BRUN P. et PIERRE P. (ss. la dir.)**, *Lamy Droit de la responsabilité*, 2018  
**BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16e éd., 2018-2019  
**CABRILLAC M.**, *Droit des obligations*, Dalloz, Coll. Cours, 2016  
**CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S. et PETEL P.**, *Droit des sûretés*, Litec, 8e éd., 2007  
**CARBONNIER J.**, *Droit civil, La responsabilité*, Thémis, PUF, 22e éd. Refondue, 2000  
**CARBONNIER J.**, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 2004  
**CAYROL N.**, *Droit de l'exécution*, Domat, 2013  
**DAGOT M.**, *Les sûretés judiciaires provisoires*, Litec, 1994  
**DELEBECQUE P. et SIMLER P.**, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 7e éd., 2016  
**FAGES B. (ss. la dir. de)**, *Lamy Droit du contrat*, 2018  
**FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.**, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14e éd., 2011  
**GUINCHARD S.**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz action, 2018/2019  
**JOURDAIN P.**, *Les principes de la responsabilité civile*, 7e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2007  
**LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L.**, *Droit des assurances*, Dalloz, 14e éd., 2017  
**LAMBERT-FAIVRE Y. et SIMON-PORCHY S.**, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8e éd., 2016  
**LE TOURNEAU P.**, *Droit de la responsabilité et des contrats - régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 11e éd., 2018/2019  
**MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P.**, *Droit des obligations*, Coll. Droit civil, LGDJ, 10e éd., 2018

**MALAURIE P. et MORVAN P.**, *Introduction générale*, Defrénois, 3e éd., 2009

**MALINVAUD P., FENOUILLET D. et MEKKI M.**, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13e éd., 2014

**MARCADE V.-N.**, *Éléments du droit civil français*, t. 1, 3ème éd., Paris, 1847

**MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P.**, *Les obligations*, t. 2, 2e éd., Sirey, 1989

**MARTY G., P. RAYNAUD P. et JESTAZ P.**, *Les sûretés, la publicité foncière*, t. 3, vol. 1, Sirey, 1987

**MAZEAUD H. et L. et TUNC A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Préface H. CAPITANT, t. 1, éd. Montchrétien, 5e éd., 1957

**PLANIOL M.**, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, 8e éd., 1921

**PLANIOL M. et RIPERT G.**, *Traité pratique de droit civil français*, par P. ESMEIN, t. 6, Obligations, 1e partie, 2e éd., LGDJ, 1952

**PIN X.**, *Droit pénal général 2018*, Dalloz Cours, 9e éd., 2017

**POUMAREDE M.**, *Droit des obligations*, Coll. Cours dirigée par B. BEIGNIER, LGDJ, 3e éd., 2014

**SAVATIER R.**, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, préface G. Ripert, 2e éd., 1951, LGDJ, t. 2

**SERIAUX A.**, Manuel de droit des obligations, coll. Droit fondamental, 2014

**TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.**, *Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2019

**VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S.**, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2013

**VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S.**, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd., 2017

#### IV. THESES :

**BARRY B.**, *La réparation en nature*, Préface M. POUMAREDE, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016

**BASCOULERGUES A.**, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, Préface S. PORCHY-SIMON, PUAM, 2014

**BOUJEKA A.**, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, Préface A. BENABENT, LGDJ, 2001

**BOUTONNET M.**, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, t. 444, LGDJ, 2005

**BLOCH C.**, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface R. BOUT, Avant-propos P. LE TOURNEAU, Dalloz, Nouv. Bibl. Thèses, 2008, vol. 71

**BOURDOISEAU J.**, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, 2007, Université François Rabelais de Tours

**BRENNER C.**, *L'acte conservatoire*, Préface P. CATALA, Bibl. de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999

**CABALLERO F.**, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Préface J. RIVERO, LGDJ, t.140, 1981

**CHENOT F.**, *La protection contre les troubles de voisinage en droit privé*, Thèse Poitiers, 1999

**CORMIER C.**, *Le préjudice en droit administratif français, Etude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, Préface D. TRUCHET, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 228, 2002

**COUTANT-LAPALUS C.**, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Préface F. POLLAUD-DULIAU, PUAM, 2000

**DEJEAN DE LA BATIE N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil*

français, Préface H. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 57, 1965

**DEPADT-SEBAG V.**, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil*, Préface J. HUET, Bibl. droit privé, t. 344, LGDJ, 2000

**DUMERY A.**, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Préface R. BOUT, Droit, société et risque, 2007

**EL KHOLY A.**, *La réparation en nature en droit français et en droit égyptien*, thèse, dactyl., Paris, 1954

**FABRE-MAGNAN M.**, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Essai d'une théorie, Préface J. GHESTIN, LGDJ, 1992

**FOYER J.**, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Thèse Paris, 1954

**GIROD P.**, *La réparation du dommage écologique*, Préface R. DRAGO, LGDJ, t.120, 1974

**GRARE C.**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle – l'influence des fondements sur la responsabilité sur la réparation*, Préface Y. LEQUETTE, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 45, 2005

**GRAYOT S.**, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préface G. VINEY, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 504, 2009

**GRIMONPREZ B.**, *L'exigibilité en droit des contrats*, préface C. OPHELE, Université de Poitiers, coll. De la faculté de Droit et des Sciences sociales, LGDJ, 2007

**GROSSER P.**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, Thèse Paris 1, 2000

**GUEGAN-LECUYER A.**, *Dommages de masse et responsabilité civile*, Préface P. JOURDAIN, Avant-Propos de G. VINEY, Bibl. de droit privé, LGDJ, t. 472, 2006

**GUILLEMAIN C.**, *Le trouble en droit privé*, Préface P. COMTE, PUAM, 2000

**GUILLIEN R.**, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse Bordeaux, 1931

**HYUN DE VERNEVILLE L.**, *Du damnum infectum*, Impr. René Vagner, Nancy, 1892

**JEAN S.**, *La protection des droits subjectifs par la responsabilité civile*, M. POUMAREDE, (ss. la dir. de), th. Toulouse 1, 2012

**JESTAZ P.**, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préface P. RAYNAUD, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 87, 1968

**KEIM-BAGOT M.**, *De l'accident du travail à la maladie : la métamorphose du risque professionnel, Enjeux et perspectives*, Préface R. DE QUENAUDON et F. MEYER, Nouvelle Bibl. de thèses, vol. 148, 2015

**LACROIX C.**, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Préface M.-F. STEINLE-FEUEBACH, avant-propos D. HOUTCIEFF, Bibl. de droit privé, t. 490, LGDJ, 2000

**LATINA M.**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Préface D. MAZEAUD, Bibl. de droit privé, t. 505, LGDJ, 2009

**MALBEC J.**, *La relativité de la chose jugée : l'effet vis-à-vis des jugements rendus en matière civile*, Thèse imprimée, Toulouse, 1947

**MILLET F.**, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, Préface A. BENABENT et A. LYON-CAEN, PUFCE, 2001

**NEYRET L.**, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Préface C. THIBIERGE, Bibl. de droit privé, t.468, LGDJ, 2006

**PELLETIER C.**, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Préface P. JESTAZ, L'harmattan, 2004

**PRADEL X.**, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préface J.-L. BAUDOUIN, Bibl. de droit privé, t. 415, LGDJ, 2004

**PUECH M.**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, Préface A. RIEG, LGDJ, t. 129, 1973

**PUTMAN E.**, *La formation des créances*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1987

**QUEZEL-AMBRUNAZ C.**, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Préface P.



- BRUN, Dalloz, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 99, 2010
- QUISTREBERT Y.**, *Pour un statut fondateur de la victime psychologique en droit de la responsabilité civile*, Thèse Rennes 1, 2018
- REBEYROL V.**, *L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et à la réparation des dommages environnementaux*, Lextenso, 2010
- REIFEGERSTE S.**, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Préface H. MIUR WATT, PUAM, 1999
- REISS L.**, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, Préface P. DELEBECQUE, PUAM, 2003
- RIALS S.**, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 135, 1980
- RIPERT L.**, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1933
- ROBINEAU M.**, *Contribution à l'étude du système de responsabilité, Les potentialités du droit des assurances*, Préface M.-L. DEMEESTER, Coll. De thèses, t. 19, Defrénois, 2006
- ROUJOU DE BOUBEE M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974
- SAVATIER R.**, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916
- SAVELLI B.**, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle - Etude des sanctions de droit privé*, Préface J. MESTRE, PUAM, 1995
- SINTEZ C.**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Préface C. THIBIERGE et P. NOREAU, Dalloz, nouv. bibl. Thèses, vol. 110, 2011
- STARCK B.**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris 1947
- TAPINOS D.**, *Prévention, précaution et responsabilité civile : risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Préface N. MOLFESSIS, Paris, L'harmattan, 2008
- TOMASIN D.**, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 143, 1975
- VACHIER A.**, *Le damnum infectum rapproché des principes de la Loi Aquilia et des actions noxales*, Thèse, Paris, 1889
- VERDIER J.-M.**, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, t. 2, 1953
- VOIDEY N.**, *Le risque en droit civil*, Préface G. WIEDERKHER, PUAM, 2005

## **V. OUVRAGES JURIDIQUES SPECIAUX :**

- ABELE J.E.**, « Emotional distress : proving damages », Lawyers & Judges, Publishing Company, Inc., 2003
- ACOLLAS E.**, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. 2, 2e éd., Paris – Germer-Baillière, 1874
- BARROT R.**, *Le dommage corporel et sa compensation : pratique médico-légale et judiciaire*, Litec, 1988
- BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, Ens éditions, 2009
- BILHARD M.**, *Traité des référés tant en matière civile, qu'en matière de commerce*, nouvelle éd., Bruxelles, Librairie de l'Université, 1835
- BONJEAN L.-B.**, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains*, t.1, Paris, Videcoq père et fils, 1845
- CHARTIER Y.**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983

**DALLOZ M.-D. et DALLOZ A.**, *Jurisprudence générale, répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 17, Paris, 1851

**DEMANGEAT C.**, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 2 correspondant aux livres III et IV des Institutes, 2e éd., Marescq Ainé, Paris, 1866

**DISSAUX N. et JAMIN C.**, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015

**DOMAT J.**, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, vol. 2, Paris, Delalain, 1777

**DOMENGET L.**, *Traité élémentaire des actions privées en Droit romain*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1847

**FENET P.-A.**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, Vol. 13

**FISCHER J. M.**, *Understanding remedies*, Matthew Bender & Company, Inc, 2e éd., 2006

**FOURNEL J.-F.**, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif*, t. 1, 3e éd., Paris, 1812

**MAYNZ C.**, *Cours de Droit romain précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation romaine*, 3e éd., vol. 2, Paris, 1870

**MOR G.**, *Evaluation du préjudice corporel, Stratégies d'indemnisation méthodes d'évaluation*, Encyclopédies Delmas, 2014/2015

**MOREAU DE MONTALIN M.**, *Analyse des pandectes de Pothier, en français, servant aussi de table analytique et alphabétique des matières, également applicable au Digeste*, Librairie nationale et étrangère, t. 1, 1824

**PIERRE P. et LEDUC F. (ss. la dir. de)**, *La réparation intégrale en Europe, Etude comparatives des droits nationaux*, Larcier, 2012

**REYGROBELLET A.**, *Fonds de commerce*, Dalloz Action, 2012/2013

**SOURDAT M.-A.**, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t. 2, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Paris, 1852

**VAN DAM C.**, *European Tort Law*, Oxford, 2e éd., 2013

**VON BAR C.**, *Principles of European Law, Study group on a European Civil Code, Non-contractual liability arising out of damage caused for another : (PEL Liab. Dam.)*, 2009

*Journal du Palais, jurisprudence française, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence*, t. 72, Paris, 1861

*Jurisprudence de la Cour impériale de Douai, publiée par un avocat, sous les auspices de la magistrature et du barreau*, t. 14, 1856, rue des Chapelets

## **VI. ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES :**

Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité contractuelle, G. LEGIER, 1989

Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité du fait personnel, P. CONTE, 2002

Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité (en général), P. LE TOURNEAU, 2009

Répertoire Dalloz de droit immobilier, Nantissement judiciaire, J. DERRUPPE et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, 2016

Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale, Peine : nature et prononcé, J.-P. CERE, 2008

Répertoire Dalloz de droit des sociétés, Administrateur provisoire, B. LECOURT, 2005

Répertoire Dalloz de procédure civile, Actions en justice, N. CAYROL, 2013

Répertoire Dalloz de procédure civile, Chose jugée, C. BOUTY, 2012

Répertoire Dalloz de procédure civile, Jugement, F. EUDIER et N. GERBAY, 2014

Répertoire Dalloz de procédure civile, Saisies et mesures conservatoires, S. PIEDELIEVRE, 2008

Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Évaluation du préjudice, B. STIRN

et D. CHAUVAUX, 2005

Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Préjudice réparable, F. SENERS, 2011

Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique, Promesses, renseignements, retards, M. DEGUERGUE, 2011

J.-Cl. Civil code, Fasc. 20 : Autorité de la chose jugée, M. DOUCHY-OUDOT, 2013

J.-Cl Civil Code, Droit à réparation, Conditions de la responsabilité délictuelle, Fasc. 101, S. RETIF, 2005

J.-Cl. Civil Code, Fasc. 442 : Santé, B. HARICHAUX DE TOURDONNET, 2013

J.-Cl. Civil Code, Fasc. 440-20 : Santé – responsabilité médicale, S. PORCHY-SIMON, 2011

J.-Cl. Encyclopédie des Huissiers de Justice, Responsabilité civile, Conditions de la responsabilité, Fasc. 15, N.-F. ALPI, 2002

J.-Cl. Environnement et développement durable, Fasc. 2410 : Principe de précaution, Droit interne, E. GAILLARD, 2014

J.-Cl. Pénal Code, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20 : Personnalisation des peines. – Généralités. Semi-liberté. Placement à l'extérieur, J. LEBLOIS-HAPPE, 2012

J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1200-95 : Référés, X. VUITTON, 2016

J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 1300-15 : Référés spéciaux, X. VUITTON, 2016

J.-Cl. Notarial Répertoire, Fasc. 224-2, Régime de la réparation, F. CHABAS et S. DEIS, 1999

J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 201 : Régime de la réparation, F. LEDUC, 2016

## **VII. ARTICLES ET CHRONIQUES NON JURIDIQUES :**

**ABEL O.**, « La responsabilité incertaine », revue Esprit 1994

**ABELHAUSER A. et CONSTANTINI P.-P.**, « Anxiété, peur, angoisse : point de vue psychopathologique », RJO 2014, NS, p.50

**BECK U.**, « Le concept de société du risque », Risques oct.-déc. 1997

**BERSTEIN P. L.**, « Apprendre à cerner l'incertitude », in *Les Echos*, supplément sur l'art de la gestion du risque, 28 sept. 2000

**COMTE-SPONVILLE A.**, « Philosophie de l'assurance », Risques, déc. 1997, p.19

**DOMENACH J.-M.**, « Un concept fluctuant, un tard venu », in *La responsabilité*, essai sur le fondement du civisme, Hatier optiques-philosophie, 1994

**DUCLOS D. et DOUGLAS M.**, « L'anthropologie culturelle et le concept de risque », Risques, n°19, juil. 1994, p.97

**EWALD F.**, « L'expérience de la responsabilité », in *De quoi sommes-nous responsables ?*, T. FERENCZI (ss. la dir. de), éd. Le monde, 1997, p.18

**JONAS H.**, « Technologie et responsabilité, Pour une nouvelle éthique », Esprit septembre 1974, p.170

**KESSLER D.**, « Ulrich Beck et la théorie du risque », Risques, avril-juin 2002, n°50

**LLABRES J.**, « Ouverture du procès des thermes de Barbotan », l'Humanité, 18 novembre 1996

**LOCH C. H. et HUCHZERMEIER A.**, « Peur du risque ou... de l'innovation », in *Les Echos*, supplément sur l'art de la gestion du risque, 25 oct. 2000, p.2-3

**NATANSON J.**, « La peur et l'angoisse, imaginaire et inconscient », L'esprit du temps, 2008/2, n°22, p.161 et s.

**RICOEUR P.**, « La responsabilité et la fragilité de la vie. Éthique et philosophie de la biologie chez H. JONAS », in *Le Messager européen*, n°5, 1992

**RICOEUR P.**, « Le concept de responsabilité, Essai d'une analyse sémantique », in *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 41

Le nouvel obs, « Prothèses mammaires : « le risque de lymphome existe mais il est faible », 26/11/2011  
AFP, Les passagers du vol Djerba-Paris font valoir un « préjudice d'angoisse », 05/10/2006

## **VIII. ARTICLES ET CHRONIQUES JURIDIQUES :**

- ABELE J.E.**, « Emotional distress : proving damages ».
- ANCEL N.**, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p.408
- ARHAB-GIRARDIN F.**, « Les nouveaux territoires de la faute », *RCA* 2003, n°6, chron. N°16
- ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, « Amiante et préjudice d'anxiété : un domaine réservé », *JCP S* 2015, 1106
- ASQUINAZI-BAILLEUX D.**, « Les contours du préjudice spécifique d'anxiété », *JCP S* 2013, 1458
- BACACHE M.**, « Antenne-relais et compétence juridictionnelle », *JCP G* 2012, 820
- BACACHE M.**, « Cancer lié aux prothèses mammaires : quelle(s) responsabilité(s) », *D.*2015.1312
- BACACHE M.**, « Définir les modalités de la réparation du préjudice écologique devant le juge », Commentaire de la proposition n°3 du rapport « Mieux réparer le dommage environnemental » remis par le Club des juristes, *Environnement*, 2012, n°7, dossier 6
- BAKOUCHE D.**, « Le préjudice n'est-il réparable qu'à la condition que la victime puisse se le représenter ? », *JCP G* 2013, 675
- BARBIER H.**, « L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles », *RTD Civ.* 2016, p.107
- BARBIER H.**, « Quand la liberté du créancier de choisir la sanction contractuelle échappe au contrôle de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p.356
- BARTOLUCCI M.**, « Le préjudice d'anxiété en droit public », *RFDA* 2018, p.153
- BARY M.**, « Vers la consécration du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile ? », *RJO* 2014, NS, pp. 93 et s.
- BEHAR-TOUCHAIS M. (ss. la dir.)**, « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? » (à propos des dommages-intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage), *LPA* 2002, n° spéc. 232
- BEHAR-TOUCHAIS M.**, « La proportionnalité conquérante », *JCP G* 2016, n°51
- BENABENT A.**, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016. 137
- BERNFELD C.**, « La conscience de l'imminence de la mort par la victime », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, n°312, p.59
- BGUENET-MAUREL C.**, « Étendue des obligations notariales et caractères du préjudice indemnisable », *JCP N* 2005, 1000.
- BIBAL F.**, « Enjeux et stratégies dans l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs », *Gaz. Pal.* 2014, n°81, p.6
- BLOCH L.**, « Pour une autre présentation de la responsabilité du fait des produits de santé », *RCA* 2009, n°12, étude 16, spéc. n°10
- BLOUET-PATIN A.-L.**, « Affaire du « Distilbène » : la justice reconnaît les victimes de la 3<sup>ème</sup> génération mais limite l'indemnisation de leur préjudice », *Lexbase hebdo – Éditions affaires*, 01/02/2007, n°246.
- BOLARD G.**, « Les jugements en l'état », *JCP G* 1997, I, 4003
- BOREL J.-V.**, « Antenne-relais de téléphonie mobile : un désistement par précaution », *JCP G* 2010, n°23, 615.
- BORGHETTI J.-S.**, « La perte de chance : rapport introductif », *LPA* 2013, n°218, p.13.
- BORGHETTI J.-S.**, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la

responsabilité civile extra-contractuelle », Mélanges G. Viney, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.145 et s.

**BOULOC B.**, « Produits défectueux. Obligation de vigilance », *RTD Com* 2006. 906

**BOURDOISEAU J.**, « Perte de chance de vie », *JCP G* 2013, 513

**BOUTONNET M.**, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.*2010.2662.

**BOUTONNET M.**, « La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution : une conciliation difficile », *D.* 2008, p.2912

**BOUTONNET M.**, « Le droit de l'environnement : les principes directeurs, Droit de l'environnement », Collections fiches, Sup Foucher, p.27

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

**BOUTONNET M.**, « Les risques éventuels générés par les antennes-relais », *Gaz. Pal.* 2009, n°328, p.11

**BOUVIER E.**, « L'évolution de l'idée de responsabilité », revue critique de législation de jurisprudence, 1898, p.176

**BRENNER C.**, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », *Procédures* 2007, étude 13

**BRIERE C.**, « La certitude du préjudice dans la responsabilité des professionnels du droit », *RCA* 2004, chron. n°17

**BRUN P.**, « Les mots du droit de la responsabilité: esquisse d'abécédaire », Mélanges en l'honneur de P. Le Tourneau, Libre droit, dalloz, 2008, p.124-125

**BRUN P.**, « Responsabilité civile », *D.* 2010, p.49

**BYK C.**, « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP G* 2007, n°13, I, 137

**CADIET L.**, « Les métamorphoses du préjudice », p.61-62 in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6e journée R. SAVATIER : PUF 1997

**CANTU**, « Negligent Infliction of Emotional Distress: Expanding the Rule Evolved Since Dillon », *17 TEX. TECH L. REV.* 1557, 1559-60 (1986)

**CARVAL S.**, « La victime n'est pas tenue de justifier l'emploi des dommages-intérêts qu'elle a perçus », *Revue des contrats*, 2013, n°4, p.1345

**CHAMPEAUX F.**, « Au cœur du préjudice d'anxiété », *SSL* 2018, n°1806

**CHONE-GRIMALDI A.-S.**, « Commentaire de l'article 1221 du Code civil », p.223 in *La réforme du Droit des contrats, Commentaire article par article, ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, T. DOUVILLE (ss. la dir. de), Gualino, 2016

**CORGAS-BERNARD C.**, « Amiante et préjudice d'anxiété, toujours plus !. – (A propos d'un arrêt de la Chambre sociale du 4 décembre 2012) », *RCA* 2013, étude 3

**CORGAS-BERNARD C.**, « La finalisation des préjudices des « préretraités amiante » », *RCA* 2013, étude 10

**CORGAS-BERNARD C.**, « Le devoir de la victime de ne pas aggraver son préjudice consacré par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : entre critiques et incertitudes », *RCA* 2016, n°10, étude 12, p.10.

**CORGAS-BERNARD C.**, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *RCA* 2010., n°4, Etude 4, p.5

**CORGAS-BERNARD C.**, « Le préjudice d'anxiété et les victimes de l'amiante : confirmation de la politique juridique de la chambre sociale de la Cour de cassation », *RCA* 2015, étude 7

**CORGAS-BERNARD C.**, « L'absence de subsidiarité de la responsabilité du notaire en matière de sûretés, un principe encore flou », *JCP N* 2016, 1155

**DELAPORTE V.**, « L'étendue de la chose jugée au regard de l'objet et de la cause de la demande », *BICC H-S*, Rencontre Université-Cour de cassation - « La procédure civile », 23 janvier 2004.

**DELAUNAY B.**, « Quel juge pour les antennes relais ? », RDP 2013, n°2, p.287

**DELHAYE A.**, « L'autonomie du préjudice d'anxiété remise en cause devant la deuxième chambre civile », Gaz. Pal. 2015, n°48, p.37.

**DELPECH X.**, « Otages de Jolo : responsabilité de l'agence de voyages », Dalloz actualité, 18 février 2009

**DEMOGUE R.**, « De la nature des effets du droit éventuel », RTD Civ 1906, p.231 et s.

**DEMOGUE R.**, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », RTD Civ 1905, p.725

**DEROUIN P.**, « Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition », RTD Civ, 1978, p.20.

**DESCAMPS O.**, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », Droits, 2008, n°47, La pensée juridique et le destin du Code civil, p.23

**DESCHAMPS O.**, « Le *damnum infectum* et *l'operis novi nuntiatio* : deux exemples de responsabilités préventives en droit romain », in Études offertes à G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.331

**DESHAYES O.**, « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? » – Une question mal posée, RDC 03/2014

**DEVELAY M.**, « Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition ? », RLDC 2013, 103

**DUGUE M.**, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », Droit et patrimoine, n°269, 1er mai 2017

**DURRY G.**, « Le sursis à statuer sur l'évaluation d'un préjudice corporel encore en évolution », RTD Civ 1980, p.38

**DROSS W.**, « Le trouble de voisinage exclut-il la force majeure ? », *RTD Civ.* 2015, p.177.

**DE SENNEVILLE V.**, « Ce nouveau risque juridique qui fait trembler les employeurs », Les échos, 16 janvier 2014

**EIBEN V. L.**, « Torts damages recovery of mental anguish damages in wrongful death action no longer requires physical manifestations », 18 STMLJ 1067

**ETCHEGOYEN A.**, « La notion de responsabilité », Risques, oct.-déc. 1997, p.9

**FAGNART J.-L.**, « La conception des produits pharmaceutiques. Précaution et responsabilité », in Mélanges offerts à M. FONTAINE, Larcier, 2003, p.749

**FABAS-SERLOOTEN A.-L.**, « Victimes indirectes : quelle indemnisation pour la perte de chance de vie et la conscience de l'imminence de la mort ? », LPA 19 avril 2018, n°134, p.10

**FARNBAUCH D. L.**, « Pre-impact pain and suffering damages in aviation accidents », 20 Val. U. L. Rev. 219 (1986), p.223

**FELDMAN F.**, « Le trouble voisinage du principe de précaution », D. 2009, p.1369

**FENOUILLET D.**, « Actions en justice des associations : articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation », RDC 2010, n°3, p.879.

**FLORES P.**, « Un retour au droit commun », SSL, 2016, 1721.

**FLOUR Y.**, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », revue Droits, 1987, n°5, Fin de la faute ?, p.27

**FOSSIER T. et LEVEQUE F.**, « Le "presque vrai" et le "pas tout à fait faux" : probabilités et décision juridictionnelle », JCP G 2012, doct. 427.

**FRANC M.**, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », AJDA 2003, p.360

**GALLAGE-ALWIS S. et MASSIERA C.**, « La consécration d'un préjudice d'anxiété automatique ? Pas tout à fait », Droit de l'environnement, 2013, p.433-434.

**GALLMEISTER I.**, « Responsabilité du fabricant de distilbène », D. 2006, IR 812

**GARAUD E.**, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature Droit positif et projets de réforme » : RLDC 2010, n°70, p.7 et s.

**GAUTIER P.-Y.**, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : « l'anti-Daguesseau » », JCP 2016. 189

**GAUTIER P.-Y.**, « La crainte d'un dommage à venir, nouveau critère du droit privé : à propos du

droit de grève des salariés », RTD Civ 1993, p 385.

**GAUTRON V.**, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté : étapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », AJDP 2009, n°2, p.53-57

**GAZZANIGA J.-L.**, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, 6e Journées Savatier, 15-16 mai 1997, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, p.3 et s.

**GENCY-TANDONNET D.**, « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extra-contractuelle », Gaz. Pal. 2004, n°127, p.27

**GENICON T.**, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature » : Dr. et patr. 2014, n°240, p.63

**GENICON T.**, « La faute du créancier comme nouvelle limite à l'exécution forcée en nature ? », RDC 2014, n°2, p.171.

**GENICON T.**, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », RDC 2015, p.625, n°11, p.629

**GILBERT S.**, « L'indemnisation par la solidarité nationale des dommages imputables à des contaminations d'origine transfusionnelles », Médecine et droit, 01/07/2009, n°97, p.120-129

**GOSSEMENT A.**, « L'urgence écologique : une révolution juridique », Décideurs juridiques et financiers 2005, n°64, p.80

**GOSSEMENT A.**, « Sur la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique à raison des médicaments commercialisés », D. 2004, p.2071

**GOUT O.**, « Les avancées discrètes du principe de précaution », RCA n°7, juillet 2006, étude 11

**GRATTON L.**, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ, 2013, p.275.

**GRAYOT S.**, « De la responsabilité civile conjuguée au provisoire », Mélanges G. VINEY, *Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p.482

**GROSSER P.**, « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016, p.119

**GROSSER P.**, « Observations », LPA 2015, n°177, p.78

**GUEGAN A.**, « L'application du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », RJE 2000, n°2, p.147-178

**HAMRI K. et SORBA J.-P.**, « Téléphonie mobile, principe de précaution et police spéciale des télécommunications : retour aux fondamentaux », LPA 2012, n°33, p.11

**HENRIOT V.**, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « Responsabilité » », Arch. Philo. Droit 1977, 60

**HERMITTE M.-A.**, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », D. 2007, p.1518

**HILGER G.**, « L'angoisse de mort imminente et les souffrances endurées : éléments de réflexion pour une indemnisation efficiente des victimes », Gaz. Pal. 4 sept. 2018, n°329, p.13

**HOCQUET-BERG S.**, « Affaire du « Distilbène » : une importante avancée en matière d'indemnisation des victimes », JCP G 2009, n°44, 381

**HOCQUET-BERG S.**, « Dommages à la personne – mort par noyade d'un enfant de quatre ans », RCA 2018, n°2, comm. 32

**HOCQUET-BERG S.**, « Être et le savoir », RCA 2013, étude 1

**HOCQUET-BERG S.**, « Le préjudice d'anxiété des patients exposés au Médiateur », Revue générale du droit *on line*, 2016, n°23843

**HOCQUET-BERG S.**, « Les prédispositions de la victime », *in Mélanges offerts à H. GROUDEL, Responsabilité civile et assurances*, Litec Lexisnexis, 2006, p.169 et s.

**HOCQUET-BERG S.**, « L'autonomie relative du préjudice d'anxiété en matière de DES », Revue générale du droit *on line*, 2015, n°22608

**HOCQUET-BERG S.**, « Prise de Médiateur : référé provision engagé par plusieurs demandeurs aux fins d'indemniser leur préjudice d'anxiété », RCA 2016, n°5, comm. 160

**JACOTOT D.**, « Le principe de précaution et le renforcement de l'action en responsabilité pour

faute », RJE 2000.91

**JOURDAIN P.**, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010, n°3, dossier 11

**JOURDAIN P.**, « L'angoisse d'une mort imminente, une souffrance morale réparable », *RTD Civ.* 2013, p.125

**JOURDAIN P.**, « La certitude du préjudice à l'épreuve des autres voies de droit mises à la disposition de la victime », *RTD Civ.* 2013, p.609

**JOURDAIN P.**, « La responsabilité des professionnels du droit n'a pas un caractère subsidiaire », *RTD Civ.* 2017, p.154

**JOURDAIN P.**, « Les anciens salariés qui perçoivent l'allocation de préretraite amiante (ACAATA) peuvent-ils solliciter la réparation de leurs pertes de revenus ? », *RTD Civ.* 2010, p.564

**JOURDAIN P.**, « Les nouveaux usages de la perte de chance », *RTD Civ.* 2010, p.330

**JOURDAIN P.**, « L'obligation de vigilance des laboratoires pharmaceutiques entre prévention et précaution. A propos du distilbène », *RTD Civ.* 2006. 565

**JOURDAIN P.**, « Le préjudice lié à la déclaration du SIDA n'est pas certain pour un séropositif, mais peut faire l'objet d'une évaluation immédiate », *RTD Civ.* 1994, p.107.

**JOURDAIN P.**, « Les préjudices d'angoisse », *JCP G* 2015, n°25, doct. 739

**JOURDAIN P.**, « Préjudice spécifique d'anxiété des travailleurs de l'amiante et troubles dans les conditions d'existence : ces préjudices sont-ils distincts ? », *RTD Civ.* 2013, p.844

**JOURDAIN P.**, « Préjudice spécifique de contamination de victimes contaminées par le VHC et incidence du refus de traitement », *RTD Civ.* 2006, p.562

**JOURDAIN P.**, « Risque et préjudice : indemnisation des pertes de revenus volontairement subies par des salariés pour échapper à la réalisation du risque créé par l'exposition à l'amiante », *RTD Civ.* 2009, p.325.

**JOURDAIN P.**, « SIDA: le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation », *RTD Civ.* 1996, p.626

**JOURDAIN P.**, « Tierces personnes : la part d'indemnité correspondant aux charges sociales patronales ne peut être subordonnée à leur paiement effectif », *RTD Civ.* 1995. 377.

**JOURDAIN P.**, « Tierces personnes : vers l'unité de la jurisprudence », *RTD Civ.* 1993. 144

**JOURDAIN P.**, « Une application de la responsabilité du fait des produits défectueux: l'affaire du distilbène », *RTD Civ.* 2002, n°3 juill.-sept., p.527

**JUREDIEU F.**, « Perte d'une chance et devoir de mise en garde du banquier », *Gaz. Pal.* 2011, n°57, p.13

**KALANTARIAN E.**, « Le nouveau visage du contentieux des antennes-relais », *Administrer* mai 2013, p.7

**KLEINSCHMIDT J. et GROß D.**, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015, n°03, p.674.

**KNETSCH J.**, « La désintégration du préjudice moral », *D.*2015.443

**LAPOYADE DESCHAMPS C.**, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998-2, p.376

**LAPOYADE-DESCHAMPS C.**, « Quelle(s) réparation(s) ? », *RCA* 2001, n°6 bis

**LEDOUX M. et QUINQUIS F.**, « Indemnisation des préjudices personnels des salariés des établissements figurant sur la liste ACAATA », *JCP S* 2012, 1063

**LEDUC F.**, « Cessation de l'illicite, exécution forcée en nature et réparation en nature », *In* Hommage en l'honneur de G. FOREST, Dalloz, Coll. Thèmes et comm., 2014, p.121

**LACROIX C.**, « Naufrage du Joola : premières indemnisations par la CIVI d'Evry (CIVI Evry 13 octobre 2003) », *JAC* 39, décembre 2003

**LAFAY F.**, « Pour la fin des frustrations en matière délictuelle, les remèdes à l'illimitation », *RRJ* 2004, p.2297, n°12

**LAITHIER Y.-M.**, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, supp. n°21, p.47 s.



**LASSERRE V.**, « Le risque », *D.*2011.1632

**LATINA M.**, « La perte de chance est-elle le seul préjudice réparable en cas de méconnaissance de l'obligation de conseil du notaire ? », *Defrénois* 2010, n°20, p.2215

**LAULLIER R.**, « Le nécessaire état de conscience de la victime du préjudice d'angoisse de mort imminente », *LPA*, 6 mars 2018, n°134, p.15

**LEDUC F.**, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : Point de vue privatiste », *RCA* 2010, n°3, dossier 3

**LEDUC F.**, « Rapport de synthèse », *LPA* 2013, n°218, p.51

**LEVENEUR L.**, « Table ronde : Faut-il avoir confiance dans la réforme ? », *RDC* 2015, n°3, p.661

**LIENHARD C.**, « Actualité jurisprudentielle en droit des catastrophes et des accidents collectifs », *Gaz. Pal.* 29 décembre 2009, n°363, p. 48

**LIENHARD C.**, « Queen Mary II - Droit indemnitaire des catastrophes : de belles avancées ! », *JAC* 97, oct. 2009

**LIENHARD C. et STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Accident collectif, collision entre un train et un car scolaire à Allinges : un jugement remarquable », *JAC* n°136

**LIENHARD C. et STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Nouvelles logiques d'action et d'évolution des processus de réparation juridiques et parajuridiques des victimes en France », p. 180, *in Risques collectifs et situations de crise : apports de la recherche, Apports de la recherche en sciences humaines et sociales*, L'harmattan, 2002

**LIENHARD C. et STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Victimes par ricochet : de nouveaux préjudices économiques réparables », *AJ Famille* 2004, p.309

**LIPMAN D et BOCCARA W.**, « Indemnité d'éviction : perte du fonds et réinstallation », *AJDI* 2015, p.281.

**LOISEAU G.**, « Le juge judiciaire compétent mais pas trop », *CCC* 2012, comm. 133  
Entretien avec B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP* 2015. Act. 1122

**LOUVEL B.**, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326

**LE ROY M.**, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique », *D.* 1979, chr. p. 49.

**LI-KOTOVTCHIKNE X.-Y.**, « Le certain en droit civil », *Petites affiches*, 6 juillet 1999, n°133, p.12

**MATTEI J. - F.**, « Le fondement éthique de la responsabilité », *RCA* 2001, n°6 bis, p.16

**MARISCAL F. et GONZALEZ G.**, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels, Étude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.* 2012, n°315, p.25.

**MAYAUD Y.**, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? », *Mélanges A. Decocq, une certaine idée du droit, Litec*, 2004, p.475 et s.

**MAZARS J.**, « La Cour de cassation et l'indemnisation des préjudices », *Colloque*, 2005, Disponible sur le site internet : <http://www.courdecassation.fr>

**MAZARS J.**, « Les préjudices à caractère professionnel : quelques notions en évolution », *RCA* 2013, n°1, dossier 9.

**MEKKI M.**, « Commentaire de l'ordonnance du 10 février 2016 », *D.*2016.494

**MEKKI M.**, « Fiche pratique : l'exécution en nature sauf si... », *Gaz. Pal.* 2016, n°25, p.15

**MEKKI M.**, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *Liber amicorum*, G. VINEY, LGDJ, 2008, p.751

**MEKKI M.**, « Le pragmatisme de la cour de cassation : nullité, préjudice et proportionnalité », *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n°18, p.23

**MEKKI M.**, « Le préjudice lié à l'imminence de la mort : « Je suis un mort encore vivant ! » », *Gaz. Pal.* 16 janv. 2018, n°310, p.25

**MEKKI M.**, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 2005, n°8, p.3

**MEKKI M.**, « Préjudice spécifique de contamination, préjudice d'anxiété ou la part de l'angoisse dans le droit contemporain », *Gaz. Pal.* 2013, p.19

**MEMETEAU G.**, « La peur, trouble de voisinage et de la vie ? », *Droit rural* n°431, 2015, comm. 22

**METTETAL A.**, « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français », *RRJ* 2005/4, p.1889

**MIGNOT M.**, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI) », *LPA* 2016, n°67, p.5.

**MISTRETTA P.**, « Distilbène, La Cour de cassation au secours des victimes », *JCP G* 2009, n°41, p.304

**MO C.**, « Préjudice spécifique d'anxiété : la fin de l'hémorragie ? », *JSL* 2015, n°387

**MOR G.**, « Réparer la souffrance », *Gaz. Pal.* 2014, n°46, p.18.

**MORANCAIS-DEMEESTER M.-L.**, « Contamination par transfusion du virus du SIDA : responsabilités et indemnisation », *D.1992, Chron.*, p.189

**MOREIL S.**, « Antennes-relais : que reste-t-il au juge judiciaire ? », *D.2012.2978*

**MOTULSKY H.**, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.1968.1*

**MUSCAT H.**, « Le préjudice d'angoisse en droit administratif », *RJO* 2014, NS, p.35 et s.

**NEYRET L.**, « La reconnaissance du préjudice d'exposition au Distilbène », *Revue de droit sanitaire et social* 2002, n°3, p.502

**NIEL P.-L.**, « L'affaire du Distilbène : un nouveau pas vers une application du principe de précaution en matière de responsabilité civile », *LPA* 2005, n°123, p.22-28

**NORMAND J.**, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *Mélanges Pierre Julien*, 2003, Édilaix, n°2

**OST F. et VAN DER KERCHOVE M.**, « Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? », *in Mélanges G. FARJAT, « Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? »*, Paris, Frison-Roche, 1999, p.485 et s.

**PAILLARD C.**, « La réparation du préjudice d'angoisse face aux risques hypothétiques par le juge administratif », *RJO* 2014, NS, p. 121

**PAILLOT M.**, « Le régime juridique de l'installation des antennes relais de téléphonie mobile en droit de l'urbanisme », *RDI* 2003, p.139

**PANDO A.**, « Le préjudice d'anxiété entre spécificité et généralité », *LPA* 2015, n°95, p.4

**PARANCE B.**, « Une application du principe de précaution par le juge judiciaire en matière d'antennes relais », *JCP G* 2010, n°19, 531.

**PELLEGRINI C.**, « Le préjudice d'angoisse de mort imminente », *RCA* 2015, n°10, étude 9

**PERROT R.**, « Jugements en l'état », *RTD Civ.* 1992, p.186

**PETIT**, « L'évidence », *RTD Civ.* 1986, p.491

**PIERRE P.**, « Du traumatisme psychique, de l'angoisse et autres souffrances morales... », *RLDC* 2015, suppl. n°132

**PIGNARRE G.**, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *in La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle: bilan prospectif*, *RCA* 2001, n°6 bis, p.10

**POUILLAUDE H.-B.**, « Les « chefs de préjudice » en droit de la responsabilité administrative », *AJDA* 2014, p.1809

**POUILLAUDE H.-B.**, « Hépatite C : le juge administratif indemnise le préjudice... d'inquiétude », *AJDA* 2015, p.2340

**POUPARD M.**, « La distinction entre le dommage et le préjudice », *Revue juridique de l'Ouest*, 2005/2, p.187

**PREVOST J.-B.**, « Justesse de la justice, A propos de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.* 2009, n°31, p.6

**PREVOST J.-B.**, « La difficile mesure de la qualité de vie », *Gaz. Pal.* 2011, n°197, p.122

**PREVOST J.-B.**, « L'évaluation de la souffrance psychique et ses obstacles », *Gaz. Pal.* 2015, n°48, p.22

**PREVOST J.-B.**, « L'homme moyen ou l'étalon vide, Réflexions sur la dérive gestionnaire des barèmes », *Gaz. Pal.* 2012, n°315, p.7.

**QUEZEL-AMBRUNAZ C.**, « Distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution », *RLDC* 2009, n°59, p.17-22

**QUEZEL-AMBRUNAZ C.**, « La responsabilité civile et les droits du titre 1 du livre 1 du Code civil, à la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD Civ.* 2012, p.251

**QUINQUIS F.**, « Anxiété : remettre la prévention au cœur du débat ! », *SSL* 2015, n°1693

**QUISTREBERT Y.**, « La spécificité du préjudice face aux risques hypothétiques », *RJO* 2014, NS, p. 60 et s.

**RADE C.**, « Distilbène : le laboratoire jugé responsable et coupable ! », *RCA* n°10, oct. 2004, étude 22, p.11

**RADE C.**, « L'affaire du distilbène », *RCA* 2006, n°5, comm. 164, p.14

**RADE C.**, « Le principe de précaution et la nouvelle éthique de la responsabilité », *RJE* 2000.75

**RADE C.**, « Les « filles » du distilbène victimes de discriminations », *RCA*, 2009, n° 11, étude 15

**RADE C.**, « Patient ayant décidé *motu proprio* de se faire enlever une sonde cardiaque », *RCA* 2005, n°11, Comm. 326

**RASCHEL L.**, « La délicate distinction de la perte de chance et du risque de dommage », *JCP G* 2010, n°15, 413

**RAYMOND G.**, « Et si la montagne n'accouchait que d'une souris ! », *CCC* n°1, janv. 2005, alerte 5

**REBOUL-MAUPIN N.**, « Troubles de voisinage et antennes-relais : le juge judiciaire neutralisé », *D.*2013.2137

**ROUSSEL J.**, « Courtier en assurances », *RGDA* 2004, p.1033

**RUELLAN C.**, « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. Soc.* 2000, chron. 4

**SABARD O.**, « L'évaluation de la perte de chance par le juge judiciaire », *LPA* 2013, p.23

**SABARD O.**, « Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », *L'essentiel du droit des contrats* 2016, n°03, p.7

**SARGOS P.**, « Les principes d'efficacité et de proportionnalité en matière de responsabilité civile des notaires », *JCP N* 2007, 1301

**SAINT-PAU C.**, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* 2013, n°5, doss. 23

**SCHNEIDER A.**, « Chronique d'une naissance : le préjudice d'anxiété », *JAC* 2002, n°24

**SCHNEIDER A.**, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et de devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *Gaz. Pal.* 2008, n°138, pp. 4-11

**SIMON P.**, « Affaire Costa Concordia : le délai de validité initial de l'offre d'indemnisation transactionnelle exposait bien les victimes à un « dommage imminent » », *Le Droit maritime français*, 2014, 756

**SINDRES D.**, « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », *RTD Civ.* 2016, p.25

**SINDRES D.**, « La responsabilité civile des professionnels du droit est-elle subsidiaire ? », *D.* 2016.553

**SLAMA A.-G.**, « Responsabilité et prévention », *Risques*, oct.-déc. 1997, n°32, p.61

**STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Crash du Mont Saint Odile : les responsabilités civiles », *JAC* 70, janvier 2007

**STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Évaluer et réparer les préjudices du point de vue juridique », p.163 *in Victimes : du traumatisme à la restauration : œuvre de justice et victimes*, vol. 2, l'Harmattan, ss. la Dir. R. CARIO, 2002

**STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Prises d'otages sur l'Île de Jolo : responsabilité civile de l'agence de voyages », JAC 68, novembre 2006

**STEINLE-FEUERBACH M.-F.**, « Victimes de violences et d'accidents collectifs, Situations exceptionnelles, préjudices exceptionnels : réflexions et interrogations », Médecine et Droit, 2000, n°45, p. 3

**STEINMETZ B.**, « Les antennes relais de téléphonie mobile : une espèce menacée ? », JAC 91.

**STEINMETZ B.**, « Risque sanitaire, dommage imminent et trouble manifestement illicite dans le référé de l'article 809 alinéa 1 er du Code civil », Environnement, n° 1, 2010, étude 2

**STOFFEL-MUNCK P.**, « Fautes professionnelles : affirmation d'un devoir de vigilance incombant au fabricant de produit de santé », JCP G 2006, n°36, I, 166

**STOFFEL-MUNCK P.**, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », D.2009.2817

**STOFFEL-MUNCK P.**, « Le coût de prévention d'un risque de dommage est-il un préjudice réparable ? », JCP G 2008, I, 186.

**TANGOURDEAU J.-P.**, « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelles de la puissance publique », AJDA 1974, p.508

**THIBIERGE C.**, « Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir », D.2004, p.578

**THIBIERGE C.**, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », RTD Civ. 1999, p.561

**THOMAS H.-M.**, « Accident de car de Puisseguin : une indemnisation sans précédent », L'Argus de l'assurance.com, 29 juin 2016

**TISSANDIER H.**, « Amiante et préjudice d'anxiété : la Cour de cassation reste ferme face à la résistance de juges du fond », JSL 2014, n°367

**TREBULLE F.-G.**, « Compétence en matière d'antennes-relais : mise en œuvre de la décision du Tribunal des conflits par la Cour de cassation », JCP G 2013, 14

**TREBULLE F.-G.**, « Confirmation de l'accueil du risque préjudiciable », RDI 2008, p.488

**TREBULLE F.-G.**, « Entreprise et développement durable (2e partie) », n°1, 2011, chron. 1, spéc. n°31.

**TREBULLE F.-G.**, « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », p.17, in *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, sous la direction de C. CANS, Préface G. VINEY, Dalloz, 2009

**TREBULLE F.-G.**, « Nouveau développement de la responsabilité pour risques créés », RDI 2008, p.191

**TREBULLE F.-G.**, « Prise en compte du risque pour caractériser un trouble anormal de voisinage », JCP G 2005, II, 10100

**TRUCHET D.**, « 12 remarques simples sur le principe de précaution », JCP 2002, act. 138

**TUNC A.**, « Évolution du concept juridique de responsabilité », in *Métamorphoses de la responsabilité*, Droit et culture, 1996, n°31, p.19 et s.

**TUNC A.**, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Paris, Pédone, 1975

**VILLEY M.**, « La responsabilité », Arch. Philo. Droit, 1977, 47

**VIGNON-BARRAULT A. et CASSON P.**, « Chronique de responsabilité civile », LPA 2007, n°201, p.7

**VIGNON-BARRAULT A.**, « Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice », RCA 2010, n°3, dossier 5

**VINEY G.**, « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de G. GOUBEAUX, Dalloz, 2009, p.547.

**VINEY G.**, « Le contentieux des antennes-relais », D.2013.1489

**VINEY G.**, « Modernité ou obsolescence du Code civil, l'exemple de la responsabilité », Mélanges

en l'honneur de P. Le Tourneau, p.1042

**VINEY G.**, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées, » *D.*2007, p.1512

**VINEY G.**, « Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives », *in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Études de droit comparé : Bruylant 2015, p.7 et s.

**VINEY G.**, « Responsabilité civile », *JCP G* 1996, n°50, p.485

**VIZIOZ H.**, « Etudes de procédure », *RTD Civ.* 1947, p.81

**WESTER-OUISSE V.**, « Le dommage anormal », *RTD Civ.* 2016, p.531

**WIEDERKEHR G.**, « Sens, signifiante et signification de l'autorité de la chose jugée », *in Mélanges J. NORMAND*, Litec 2003, p.507

**WILLMANN C.**, « Faciliter la réparation du préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante : une jurisprudence attendue, quoique critiquée », *D.*2014.1312

## **IX. RAPPORTS, COLLOQUES, LIVRES BLANCS ET INTERVENTION :**

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA (ss. la dir. de), Ministère de la Justice, La documentation française, 2006

2e colloque international de Politique criminelle du 18 mars 1977 portant sur « la politique criminelle et le problème de la prévention générale », *Arch. po. crim.* 1977, n°3

Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats, document présenté par le groupe de contact des avocats de victimes du terrorisme, avocat du barreau de Paris, 2016

Livre blanc sur les préjudices subis lors des attentats, le préjudice spécifique d'angoisse des victimes directes, le préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude des proches, *Gaz. Pal.* 2016, n°43, p.78 et s.

L'angoisse face aux risques hypothétiques, Actes du Colloque de Rennes, *RJO* 2014, NS, p.1 et s.

L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, sept. 2016, ss la dir. de M. HAUTEREAU-BOUTONNET et J.-C. SAINT-PAU

**KOURILSKY P. et VINEY G.**, *Le principe de précaution*, Éd. Odile Jacob, Paris, Documentation Française, 2000

**MOURY J.** Avant-Propos, *Le risque*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2011

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par J.-J. URVOAS, Garde des sceaux, Ministre de la justice.

Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur « l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », 2007

Rapport sur « l'indemnisation du dommage corporel », Y. LAMBERT-FAIVRE (ss. la dir. de), La documentation française, 2003

Rapport sur « l'indemnisation des préjudices situationnels d'angoisse des victimes directes et de leurs proches », S. PORCHY-SIMON (ss. la dir. de), Ministère de la Justice, 2017

Rapport « pour la réparation du préjudice écologique », Ministère de la Justice, Y. JEGOUZO (ss. la dir. de), La documentation française, 2013

**VINEY G.**, « Introduction: La place restreinte occupée par la responsabilité au sein du Code civil », *in La responsabilité civile dans la jurisprudence de la Cour de cassation* (document sonore), <https://www.courdecassation.fr/>

# Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

## - A -

Action en réparation 11, 12, 13, 14, 51, 54, 55, 57, 58, 63, **65 et s.**, **102 et s.**, **239 et s.**

Amiante 110, 115, 117, 118, 120, **121**, **127 et s.**, 185, 189, **216 et s.**, 228, 231, 233

Angoisse 102, **109 et s.**, **137 et s.**, **147 et s.**, **181 et s.**, **214 et s.**

Angoisse de mort imminente 111, 121, **122 et s.**, 140 et s., 190

Antennes-relais 8, **45 et s.**, 96, 110, 210

Anxiété **109 et s.**, **140 et s.**, **147 et s.**, **184 et s.**, 193, **217 et s.**

Autorité de la chose jugée 247, **288**

Autres préjudices patrimoniaux résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu **167 et s.**, **236 et s.**

- et dommage futur 210

- et dommage possible 210

- et dommage hypothétique 210

## - B -

Barèmes **220 et s.**

Bouleversement dans les conditions d'existence 111, 112, 125, **126 et s.**, 171, 194, 195, 212, 217, 236

## - C -

*Cautio damni infecti, V° Damnum infectum*

Caractère raisonnable du préjudice

- du préjudice extrapatrimonial actuel **198 et s.**, 212

- du préjudice de prévention **203 et s.**, 212

- des autres préjudices patrimoniaux 211, 212

Certitude du préjudice 4, 5, 7, 29, 39, 94, 114, 123, 169, 175, **179 et s.**, 230, 240, 271, 298

Cessation de l'illicite **51 et s.**

Conscience du dommage non encore survenu **186**

Contamination par transfusion **271**, 279

Créance paraissant fondée dans son principe **286**

-D -

*Damnum infectum* **11, 12, 13**, 79, 267

Distilbène 46, 116, 131, 146, 185

Domage

- distinction avec le préjudice 17

Domage anormal 175-176

Domage non encore survenu

- définition 2

- typologie 3 et s.

- et dommage potentiel 9

Domage futur

- notion 4

Domage imminent

- et dommage futur 29

- et dommage possible 30

- et dommage hypothétique 47 et s.

- notion **28 et s.**

Domage possible

- notion 5-6

Domage hypothétique

- notion 7

-E-

Evaluation anticipée des préjudices non encore actuels subséquents à un dommage possible 265 et s.

Evaluation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

- et barème souple 221 et s.

- et critères d'ajustement 223 et s.

Expertise 196

Exposition à un dommage non encore survenu 102 et s.

-F -

Faute de précaution 46

Fait générateur et illicéité 34, **84 et s.**

- I -

Illicéité

- notion 34, **84 et s.**

Indemnisation *V*<sup>o</sup> action en réparation

- M -

Médiator 110, 184

Mention en l'état 286

Mesures conservatoires 285 et s.

Mesures de prévention

- en référé 22 et s.

- au principal 51 et s.

Mesure de réparation en nature

- distinction avec la cessation de l'illicite en droit positif 56 et s.

- distinction avec la cessation de l'illicite en droit prospectif 66 et s.

- P -

Permanence de la souffrance psychique 183-186

Perte d'une chance

- patrimoniale 162, 168 et s.

- extrapatrimoniale 133 et s.

Peur 113, 148, **149 et s.**, 171, 176, 186, 224, 225, 237

Préjudice

- angoisse 102, **109 et s.**, **137 et s.**, **147 et s.**, **181 et s.**, **214 et s.**

- angoisse de mort imminente 111, 121, **122 et s.**, 140 et s., 190

- anxiété **109 et s.**, **140 et s.**, **147 et s.**, **184 et s.**, 193, **217 et s.**

- caractères 173 et s.

- de vie abrégée 122

- d'exposition fautive **119 et s.**

- d'inquiétude **124 et s.**

- moral 105 et s., **110-111**, 181 et s.



- notion 17
- spécifique de contamination 111, 118, 132, 271

Préjudice extrapatrimonial non encore actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu

- autonomie 137 et s.
- droit comparé 108 et s.
- et dommage futur 189 et s.
- et dommage possible 191 et s.
- et dommage hypothétique 191 et s.
- notion 105
- qualification 147 et s.

Préjudice de prévention

- droit comparé 153
- et dommage futur 206
- et dommage possible 207
- et dommage hypothétique 208
- notion 152

Prévention

- générale 21
- spéciale 21

Principe de précaution 46, 47, 81

Probabilité d'occurrence du dommage 4 et s.

Prothèse mammaire défectueuse 6

Provision

- notion 252

-R-

Référé

- et dommage imminent 27, 47
- et trouble manifestement illicite 32, 45
- et risque d'illicéité 51

Référentiel 221

Réparation 11, 12, 13, 14, 51, 54, 55, 57, 58, 63, **65 et s., 102 et s., 239 et s.**

Réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu 102 et

s.

Réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage non encore survenu 239 et s.

Réparation éventuelle 266 et s.

Réparation conditionnelle 275 et s.

Réparation provisionnelle 252 et s.

Responsabilité

- responsabilité morale 80

- responsabilité juridique 79

- fonctions de la responsabilité civile

- préventive 54

- curative 11, 12, 13, 14, 51, 54, 55, 57, 58, 63, **65 et s., 102 et s., 239 et s.**

- conditions 175, 277

Risque de dommage 6 et s.

Risque avéré 6

Risque suspecté 7

-S -

Sondes cardiaques défectueuses 89, 141, 206

-T -

Tempérament de la disproportion manifeste entre le coût de la mesure pour le défendeur de bonne foi et l'intérêt pour la victime **68 et s., 93, 96, 98, 99, 297**

Trouble 23, 32, 33

Trouble anormal du voisinage 48, 90, 167, 183

# Tables des matières

<b>Dédicace</b> .....	<b>3</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>5</b>
<b>Résumé en français</b> .....	<b>6</b>
<b>Résumé en anglais</b> .....	<b>7</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>8</b>
<b>Liste des principales abréviations</b> .....	<b>9</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>13</b>
<b>PARTIE 1 : LA PREVENTION DU DOMMAGE NON ENCORE SURVENU</b> .....	<b>38</b>
<b>CHAPITRE 1. LA PREVENTION DU DOMMAGE NON ENCORE SURVENU EN REFERE</b> .....	<b>40</b>
Section 1. L'admission d'une prévention en référé des dommages futurs et possibles.....	42
§1. Capacité identique des dommages futurs et possibles à déclencher l'octroi d'une mesure de prévention.....	42
A. Prévention des dommages futurs et possibles sur le fondement d'un dommage imminent au sens de l'article 809 du code de procédure civile.....	42
1. Exposé du droit positif.....	43
2. Appréciation du droit positif.....	45
B. Prévention des dommages futurs et possibles sur le fondement du trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du code de procédure civile.....	47
§2. Variation souhaitable de l'intensité de la mesure de prévention selon le dommage.....	51
A. Absence de variation de la mesure de prévention selon le dommage.....	51
B. Pertinence d'une variation de l'intensité des mesures de prévention selon le dommage.....	52
Section 2. Le refus d'une prévention en référé des dommages hypothétiques.....	55
§1. Une prévention <i>ab initio</i> discutée devant les juges du fond.....	55
A. Prévention incertaine du dommage hypothétique sur le fondement du trouble manifestement illicite.....	55
B. Prévention incertaine du dommage hypothétique sur le fondement d'un dommage imminent.....	59
§2. Une prévention définitivement écartée par le tribunal des conflits.....	62

<b>CHAPITRE 2. LA PREVENTION DU DOMMAGE NON ENCORE SURVENU AU FOND.....</b>	<b>65</b>
Section 1. La place de la cessation de l'illicite.....	68
§1. Place de la cessation des faits illicites en droit positif.....	68
A. Le principe d'assimilation de la cessation de l'illicite à la réparation en nature.....	69
B. L'autonomie exceptionnelle de la cessation de l'illicite à la réparation en nature.....	71
§2. Place de l'action générale en cessation de l'illicite en droit prospectif.....	81
A. Rapport entre cessation de l'illicite et réparation.....	81
1. Principe d'autonomie de la cessation de l'illicite par rapport à la réparation en nature.....	81
2. Tempérament de la disproportion manifeste entre le coût de la mesure pour le défendeur de bonne foi et l'intérêt pour la victime.....	84
a. Utilité du tempérament.....	84
b. Présentation du tempérament.....	85
α) Coût pour le défendeur.....	86
β) Intérêt pour la victime.....	87
B. Rapports entre la cessation de l'illicite et la responsabilité.....	90
1. Options en présence.....	90
a. Action fondée sur la responsabilité.....	90
b. Action autonome par rapport à la responsabilité.....	93
2. Choix du rattachement à la responsabilité civile.....	97
Section 2. Le rôle de la cessation de l'illicite dans la prévention de chaque type de dommage non encore survenu.....	105
§1. L'admission potentielle d'une mesure de prévention des dommages futurs et possibles par la cessation de l'illicite.....	105
§2. Le principe du rejet d'une prévention des dommages hypothétiques par la cessation de l'illicite.....	106

**PARTIE 2 : LA REPARATION DES PREJUDICES ACTUELS RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....111**

**CHAPITRE 1. LA TYPOLOGIE DES PREJUDICES ACTUELS RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....113**

Section 1. Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....114

§1. L'unicité du préjudice.....114

A. La diversité apparente de préjudices.....114

B. L'unité réelle du préjudice.....128

1. L'absence de différence entre les préjudices d'angoisse, d'anxiété, de crainte et d'exposition à un risque.....129

2. La réfutation de l'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente.....137

3. La remise en cause de l'autonomie du préjudice spécifique d'attente et d'inquiétude.....142

4. Le rejet de l'autonomie du bouleversement dans les conditions d'existence.....144

a. L'autonomie discutée du bouleversement dans les conditions d'existence vis-à-vis du préjudice d'angoisse.....145

α) Discussion passée dans le contentieux de l'amiante.....145

β) Discussion actuelle hors le contentieux de l'amiante.....148

b. Le rattachement vérifié du bouleversement dans les conditions d'existence au préjudice d'angoisse.....150

5. Le rejet d'une possible autonomie de la perte de chance d'interrompre ou de diminuer l'exposition au dommage non encore réalisé au jour où le juge statue.....152

a. Une autonomie envisageable.....153

b. Une autonomie indésirable.....155

§2. L'autonomie du préjudice.....156

A. Une autonomie récemment niée par la jurisprudence.....156

1. Autonomie acquise au début du XXIe siècle.....156

2. Recul partiel de l'autonomie au cours de la deuxième décennie du XXIe siècle..157

B. Une autonomie à consacrer.....159

1. Position du problème soulevé par la position actuelle.....159

2. Éléments de solution.....161

a. Proposition d'un principe d'autonomie du préjudice d'angoisse.....161

b. Exception à l'autonomie du préjudice d'angoisse.....161

§3. La qualification du préjudice.....	163
A. L'inadéquation des qualifications jurisprudentielles.....	163
B. La qualification retenue : préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....	164
Section 2. Les préjudices patrimoniaux actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....	166
§1. Le préjudice de prévention.....	166
A. Le contexte d'émergence du préjudice de prévention.....	166
B. La consistance du préjudice.....	171
1. Consistance actuelle : dépenses engagées ou à effectuer.....	171
2. Consistance envisageable : perte éprouvée, manque à gagner ou perte de chance.....	173
C. La justification de la qualification retenue.....	175
1. La qualification évacuée.....	176
2. La qualification choisie.....	177
§2. Les autres préjudices patrimoniaux résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....	179
<b>CHAPITRE 2. LE REGIME JURIDIQUE DE LA REPARATION DES PREJUDICES ACTUELS RESULTANT DE L'EXPOSITION A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....</b>	<b>187</b>
Section 1. Les conditions de la réparation.....	189
§1. Le recours inutile à des conditions supplémentaires de la réparation.....	189
A. La gravité ou l'anormalité du dommage potentiel.....	190
B. L'anormalité du préjudice.....	193
§2. L'exploitation des conditions classiques de la réparation.....	195
A. Le contrôle de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu au moyen de l'exigence de certitude.....	196
1. Les conditions d'ordre général induites de la certitude.....	197
a. La permanence de la souffrance, une condition écartée.....	197
b. La conscience de la perspective de dommage par la victime, une condition retenue.....	200
c. Un dommage corporel futur ou possible comme siège de la souffrance de la victime médiata.....	203

2. Les variations de l'administration de la preuve de la certitude selon le dommage.....	204
a. Le préjudice extrapatrimonial actuel résultant de l'exposition à un dommage futur : un préjudice présumé.....	204
b. Le préjudice actuel résultant de l'exposition à un dommage possible ou hypothétique : un préjudice à prouver.....	208
α) Fondements des restrictions dans l'administration de la preuve de la certitude.....	208
β) Mise en œuvre des restrictions dans l'administration de la preuve de la certitude.....	210
γ) L'appréciation de la certitude.....	213
B. Le contrôle de l'indemnisation du préjudice de prévention au moyen de l'exigence de certitude.....	215
1. Caractère imminent du dommage engendrant un préjudice de prévention actuel.....	216
2. Caractère raisonnable du préjudice de prévention.....	218
a. Exposé du critère.....	218
b. Illustrations du critère.....	219
C. Le contrôle de la réparation des autres préjudices patrimoniaux au moyen de l'exigence de certitude.....	220
Section 2. L'évaluation de la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu.....	224
§1. Pratiques incohérentes dans la réparation du préjudice extrapatrimonial actuel.....	224
A. Constat de l'incohérence.....	225
B. Causes de l'incohérence.....	227
§2. Proposition d'instauration d'un barème du préjudice actuel extrapatrimonial résultant d'un dommage non encore survenu.....	228
A. Choix d'un barème souple.....	228
B. Critères d'ajustement entre le plafond et le plancher.....	230
1. Critères inhérents au trouble psychique.....	230
2. Critères relatifs au dommage potentiel.....	231

**PARTIE 3 : LE TRAITEMENT ANTICIPE DES PREJUDICES NON ENCORE ACTUELS  
AFFERENTS A UN DOMMAGE NON ENCORE SURVENU.....239**

**CHAPITRE 1. LA REPARATION ANTICIPEE DES PREJUDICES NON ENCORE  
ACTUELS AFFERENTS A UN DOMMAGE FUTUR.....241**

Section 1. La réparation intégrale.....243

§1. La condition de préjudices à l'étendue déterminée ou déterminable.....243

§2. L'appréciation de la réparation intégrale.....244

A. Problèmes soulevés par la réparation intégrale.....245

B. Remèdes.....247

Section 2. La réparation provisionnelle.....249

§1. Analyse de la réparation provisionnelle.....249

§2. Appréciation de la réparation provisionnelle.....252

A. Les inconvénients assumés de la réparation provisionnelle.....253

B. Les atouts conséquents de la réparation provisionnelle.....254

**CHAPITRE 2. L'EVALUATION ANTICIPEE DE LA REPARATION DES PREJUDICES  
NON ENCORE ACTUELS AFFERENTS A UN DOMMAGE POSSIBLE.....258**

Section 1. Les contours de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore  
actuels afférents à un dommage possible.....260

§1. La généalogie de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore  
actuels résultant de la réalisation d'un dommage possible.....260

§2. La nature de la réparation dont l'évaluation est anticipée.....269

A. La présentation de la distinction entre les droits conditionnels et les droits  
éventuels.....269

B. La mise en œuvre de la distinction entre les droits conditionnels et les droits  
éventuels.....272

§3. Les conditions de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore  
actuels subséquents à un dommage possible.....273

A. Un dommage possible.....273

B. Des préjudices évaluables par anticipation.....275

Section 2. L'intérêt de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore  
actuels subséquents à un dommage possible.....278

§1. L'intérêt faussement attribué à l'évaluation anticipée.....278

A. L'intérêt supposé.....278

B. L'intérêt réfuté.....286



§2. L'intérêt réel de l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices non encore actuels afférents à un dommage possible.....	287
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>289</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>293</b>
<b>Index.....</b>	<b>310</b>
<b>Table des matières.....</b>	<b>315</b>





# Audrey BOURGOIN

## LE TRAITEMENT DU DOMMAGE EXTRACONTRACTUEL NON ENCORE SURVENU

### Résumé

Trois types de dommages non encore survenus, dont la distinction repose sur la probabilité d'occurrence, peuvent être identifiés : le dommage futur, le dommage possible et le dommage hypothétique. Le droit de la responsabilité extraccontractuelle ne comporte pas de dispositions relatives au traitement de ces types de dommage. Ce sont les magistrats qui ont, de toute pièce, construit le traitement du dommage non encore survenu, à partir des textes existants. Eu égard à sa source, celui-ci demeure tantôt nébuleux tantôt incohérent. C'est pourquoi, il convient de remettre de l'ordre.

Plus qu'un traitement, ce sont en réalité trois traitements que nous avons pu recenser et qui sont appelés à varier selon le type de dommage non encore survenu auquel la victime est exposée. Tandis que le premier traitement réside dans la prévention du dommage non encore survenu, le deuxième consiste, quant à lui, en la réparation des préjudices actuels résultant de l'exposition à un dommage non encore survenu. Le troisième et dernier traitement réside dans la réparation ou dans l'évaluation anticipée de la réparation des préjudices finaux qui pourraient r sultier d'un dommage non encore advenu. Des variations de régime illustrent, en outre, la différence de probabilité d'occurrence du dommage entre le dommage futur, le dommage possible et le dommage hypothétique pour chacun de ces traitements.

#### Mots-clés

Dommage non encore survenu – Dommage futur – Dommage possible – Dommage hypothétique – Mesures de prévention – Cessation de l'illicite – Dommage imminent – Trouble manifestement illicite – Mesure de réparation – Réparation intégrale – Réparation provisionnelle – Réparation  ventuelle.

### Abstract

Three types of loss or damage can be identified according to the probability of such loss or damage occurring: future loss or damage, possible loss or damage and hypothetical loss or damage. Extracontractual liability does not include any provisions relating to the treatment of this type of loss or damage. It is the judges who have determined how to treat loss or damage that has not yet occurred, based on existing law. As a result, treatment remains nebulous at best and incoherent at worst which is why the question needs to be addressed.

Rather than one type of treatment, we have identified three types of treatment that vary according to the type of loss or damage that has not yet occurred. Unlike the first treatment is based on the prevention of the loss or damage that has not yet occurred, the second type of treatment consist of compensation for actual loss or damage resulting from exposure to loss or damage that has not yet occurred. The last type of treatment is based on compensation or anticipated evaluation of final loss or damage as the result of the loss or damage that has not yet occurred. Variations in the treatment applied also illustrate the difference in the probability of occurrence between future loss or damage, possible loss or damage and hypothetical loss or damage.

#### Keywords

Loss or damage that has not yet occurred - Future loss or damage - Possible loss or damage - Hypothetical loss or damage - Preventive measures - Cessation of unlawful activity - Imminent loss or damage - Unlawful disturbance - Compensatory measure - Full compensation - Provisional compensation - Potential compensation