

---

**Groupe ISP – dépt formation – session ENM 2008**  
**© ISP 2008 – reproduction strictement interdite**

**La prévisibilité**

Selon le sociologue Ulrich Beck, la société contemporaine toute entière est organisée autour du risque. Cela suggère aux acteurs sociaux de chercher à suspendre l'incertitude par des stratégies assurant une certaine prévisibilité. Ce constat se vérifie en droit, et singulièrement au regard du droit civil.

La prévisibilité renvoie au caractère de ce qui est prévisible, de ce qui peut être anticipé. Cela suppose une certaine connaissance de l'avenir, ou à tout le moins une capacité à se projeter dans l'avenir. Sous l'expression classique de « sécurité juridique », la prévisibilité requiert une certaine stabilité de la norme civile, ainsi qu'une intelligibilité permettant aux individus de déterminer leurs comportements en fonction de cette norme. Cette philosophie, qui inspire en droit pénal le principe de légalité des délits et des peines, suscite à l'heure actuelle d'amples réflexions et de profondes modifications de droit qui visent toutes à améliorer la prévisibilité de la norme civile, qu'elle soit légale ou jurisprudentielle. En effet, l'inflation législative et la baisse corrélative de la qualité de chaque loi sont un sujet récurrent de préoccupation, et suscitent des rappels à l'ordre du Conseil constitutionnel et des condamnations de la part des juges strasbourgeois. Du reste, ces derniers se sont aussi émus des lois de validation et des lois prétendant renverser une jurisprudence antérieure, lois qui considérées à l'aune du procès équitable et des espérances légitimes des plaideurs peuvent être considérées comme anti-conventionnelles. C'est qu'au regard du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les prévisions qu'un plaideur avaient pu faire en s'appuyant sur l'état du droit constituent un bien qui mérite protection. Cela explique pourquoi le souci de prévisibilité n'implique pas seulement le législateur, mais aussi le juge. En effet, quoi de plus imprévisible qu'un revirement de jurisprudence qui, brusquement, modifie les prévisions des acteurs du procès et ruine certaines stratégies judiciaires. Certes, « nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée », selon une expression utilisée par la Cour de cassation, mais le mythe français d'une jurisprudence neutre, simple auxiliaire de la loi, a fait long feu. Depuis 2004, la jurisprudence s'assume comme une source de droit, ce qui l'oblige à intégrer les exigences de prévisibilité dans sa prise de décision : de là une modulation éventuelle dans le temps des revirements de jurisprudence, qu'appelait notamment de ses vœux le rapport *Molfessis*. Nous verrons ainsi que la prévisibilité *du* droit civil tend sensiblement à s'améliorer.

Cependant, la prévisibilité *en* droit civil n'enregistre pas les mêmes progrès. Certes, l'exigence de prévisibilité est ancienne et paraît familière, qu'il s'agisse de la matière contractuelle - « contracter, c'est prévoir » disait Ripert - ou des questions de causalité. Toutefois la notion présente encore de sérieuses incertitudes, qui affectent aussi bien son contenu que ses éléments d'appréciation. La fluctuation des vocables pour désigner la prévisibilité (prévision, attente légitime, espérances légitimes, sécurité juridique) fait écho aux hésitations doctrinales et jurisprudentielles qui peuvent être observées lorsqu'il y a lieu de cerner les contours de la prévisibilité. Il n'est qu'à songer aux critères de la force majeure, dont le triptyque classique intègre l'imprévisibilité, pour percevoir les tâtonnements qui prévalent encore aujourd'hui.

Aussi bien, convient-il de mettre en rapport l'amélioration contemporaine de la prévisibilité *du* droit civil (I) et les incertitudes rémanentes de la prévisibilité *en* droit civil (II).

## **I- L'amélioration contemporaine de la prévisibilité du droit civil**

Sous l'influence notamment de la Convention européenne des droits de l'homme et de son premier protocole additionnel relatif aux biens, le droit français a profondément évolué, afin d'améliorer la prévisibilité du droit civil. Qu'il s'agisse de l'encadrement des exceptions au principe de non-rétroactivité de la loi (article 2 du Code civil) ou de la reconnaissance des exigences de sécurité juridique en matière de jurisprudence, le progrès est remarquable. Il s'agit, en toute hypothèse, d'assurer au justiciable une prévisibilité de la loi (A) comme de la jurisprudence (B) sans toutefois entraver le nécessaire et continu *aggiornamento* de la norme civile.

### **A- La prévisibilité de la loi**

L'objectif constitutionnel d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi est renforcé par les exigences conventionnelles relatives au respect des anticipations légitimes du justiciable. Cela explique à la fois l'encadrement des lois de validation (1) et le cantonnement temporel des lois qui viennent renverser une jurisprudence antérieure (2).

#### **1- L'encadrement des lois de validation**

Une loi de validation est une loi qui renverse une jurisprudence antérieure menaçant la validité de certains actes juridiques. La loi de validation la plus célèbre, qui a donné lieu à un feuillet judiciaire à rebondissement, est celle qui concerne le tableau d'amortissement dans les prêts à la consommation. En effet, deux arrêts de la Cour de cassation (Civile 1ère 16 mars et 20 juillet 1994) ont décidé que l'échéancier des amortissements qui doit être joint à l'offre de crédit immobilier doit préciser, pour chaque échéance, la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts (art L 312-8-2° du code de la consommation). Cette interprétation n'ayant pas été celle des banques ni des pouvoirs publics, son caractère rétroactif créait un risque important de contentieux susceptible de mettre en cause l'équilibre financier du secteur bancaire. Le législateur est intervenu par une loi du 12 avril 1996 (art 87) qui, pour le passé, répute régulières les offres qui sans détailler la répartition capital / intérêts de chaque échéance, comportait les éléments imposés par le code de la consommation, sous réserve des décisions de justice passées en force de choses jugées. Pour l'avenir, la loi impose la décomposition de l'échéance conformément à la solution de la Cour de cassation. Cette loi a été considérée par le conseil constitutionnel comme répondant à un motif d'intérêt général (sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire afin de ne pas mettre en péril l'activité économique générale). Cette loi eut pour effet de mettre fin aux procédures en cours. Ce fut le cas pour celle intentée par les époux *Lecarpentier* qui était pendante devant la cour d'appel lorsque la loi est entrée en vigueur. Ils furent déboutés par la cour d'appel. Leur pourvoi, fondé sur l'article 6 § 1 CEDH (droit au procès équitable) et l'article 4 du protocole additionnel (protection du droit de propriété) fut rejeté par la Cour de cassation le 20 juin 2000. Concernant le droit au procès équitable, la Cour de cassation estime que l'intervention du législateur dans sa fonction normative n'a eu pour objet que de limiter pour l'avenir la portée d'une interprétation jurisprudentielle et non de trancher un litige dans lequel l'Etat aurait été partie. Concernant le respect du droit de propriété, la Cour juge que la déchéance

des droits aux intérêts est une sanction civile dont la loi laisse à la discrétion du juge tant l'application que la détermination de son montant. De ce fait, l'emprunteur qui sollicite la déchéance du droit aux intérêts ne fait valoir qu'une prétention à l'issue incertaine qui n'est, dès lors, pas constitutive d'un droit. Les époux *Lecarpentier* saisirent la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant la violation des articles 6 § 1 de la CEDH et 1<sup>er</sup> du protocole additionnel. Dans un arrêt du 14 février 2006, la Cour de Strasbourg donne satisfaction aux requérants et condamne l'Etat français en se fondant sur la violation de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel. La Cour estime que les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial qui constituait sinon une créance à l'égard de leur adversaire, du moins une espérance légitime de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse. Cette espérance constitue aux yeux de la Cour un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1<sup>er</sup> du protocole. L'intervention de la loi de validation constituait ainsi une ingérence dans l'exercice des droits, cette ingérence s'analysant en une privation de propriété qui n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général. Dans ces conditions, l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 a définitivement réglé le fond du litige en donnant raison à l'une des parties, privant les requérants d'une « valeur patrimoniale » préexistante et faisant partie de leurs biens, et ceci de manière disproportionnée rompant l'équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

On le voit, pour la Cour de Strasbourg, les lois de validation peuvent être déclarées contraires à la Convention européenne en tant qu'elles s'appliquent aux procédures en cours si elles ne sont pas motivées par un impérieux motif d'intérêt général. Ce souci européen de prévisibilité du droit civil se retrouve lorsque l'on considère non plus seulement les lois de validation mais, plus largement, les lois qui remettent en cause des anticipations légitimes fondées sur une jurisprudence antérieure.

## 2- Le respect par la loi des anticipations légitimes du justiciable fondées sur la jurisprudence antérieure

La célèbre jurisprudence *Perruche* (AP 17 novembre 2000) avait suscité une loi « anti-Perruche » (Article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002) que la Cour de cassation a paralysé par une série d'arrêts du 24 janvier 2006 (Civile 1<sup>ère</sup> 24 janvier 2006) en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'Homme. Au cœur de cette saga juridique se trouve un enfant né handicapé à la suite d'une faute médicale – une erreur de diagnostic commise par un gynécologue lors d'une échographie prénatale – ayant privé les futurs parents de la possibilité d'envisager un avortement thérapeutique, possibilité qualifiée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 novembre 2000 de « perte d'une chance ». Une vive controverse éthique et juridique éclata à la suite de cette reconnaissance judiciaire du droit, pour l'enfant né handicapé comme ses parents, d'obtenir réparation de leurs préjudices moral et surtout économique. Devant l'inquiétude des milieux médicaux, exposés à la menace de résiliation par les compagnies d'assurance de leurs polices d'assurance de responsabilité professionnelle, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 vint affirmer, à l'encontre de la jurisprudence *Perruche* (comme d'ailleurs de la jurisprudence *Quarez* du Conseil d'État, CE 14 févr. 1993), que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » et que « les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice », lequel « ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap », la compensation de celui-ci relevant de la « solidarité nationale ». Ces dispositions étaient applicables aux instances en cours. Toutefois, l'appel à la solidarité nationale se révéla n'être qu'une vaine parole pour les victimes qui venaient d'être

dépouillées du droit d'agir sur le fondement de la jurisprudence *Perruche*. Certes, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » affirma solennellement que « la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap » quel qu'il soit (*C. action soc. et fam.*, art. L. 114-1-1, nouveau). Mais la nouvelle « prestation de compensation » (*C. action soc. et fam.*, art. L. 245-1 et s.) instituée, d'ailleurs tardivement, à la place de l'ancienne allocation compensatrice pour tierce personne, ne vise qu'à compenser certaines charges liées au handicap (besoin d'aides humaines ou techniques, aménagement du logement et du véhicule, etc.). De réparation intégrale du préjudice, il n'est plus question. Des familles d'enfants handicapés protestèrent contre cette annonce décevante et la privation corrélative du droit de créance que les arrêts *Quarez* et *Perruche* leur avaient virtuellement octroyé, à eux et leur enfant. Fidèle à sa ligne de protection des espérances légitimes, la Cour européenne condamna la France pour sa loi *anti-Perruche* (CEDH, grande ch., 6 oct. 2005 *Draon et Maurice c/ France*). La Cour de cassation, à son tour, au travers de quatre arrêts du 24 janvier 2006, a paralysé l'application de ce texte à l'égard des parents qui pouvaient, en l'état de la jurisprudence antérieure censurée, « légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières engendrées par le handicap de leur enfant tout au long de sa vie ». De façon remarquable, le Conseil d'État a immédiatement repris la motivation de la Cour de cassation, stigmatisant « une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur » de la loi du 4 mars 2002 (CE, 24 févr. 2006)

Il apparaît ainsi que le souci de prévisibilité de la loi civile anime aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'État. Du reste, l'un et l'autre ont procédé à une véritable révolution s'agissant de la prévisibilité de leur propre jurisprudence.

## B- La prévisibilité de la jurisprudence

La jurisprudence a acquis de longue date en France un statut qui est cependant resté longtemps inavoué. En effet, le mythe d'une simple « bouche de la loi » est resté vivace, et l'on considérait, sur le fondement notamment des articles 5 et 1351 du Code civil, qu'il ne s'agissait pas d'une source de droit, mais simplement d'une instance d'interprétation vouée à déplier tous les sens de la loi. Cette posture, que la Cour de cassation elle-même adoptait (« Nul n'a de droit acquis à une jurisprudence figée »), a été modifiée à partir de 2004, sous l'influence évidente de la Cour européenne des droits de l'homme. Désormais, la prévisibilité des solutions jurisprudentielles et la sécurité juridique afférente sont prises en considération ; cela ne condamne pas, cela va de soi, le revirement de jurisprudence (1), mais permet de concevoir le cas échéant sa modulation dans le temps, et notamment un revirement pour l'avenir (2).

### 1- La nécessité du revirement de jurisprudence

Le revirement de jurisprudence est nécessaire à la vitalité du droit en général et du droit civil en particulier. Il permet en effet d'adapter la norme civile aux évolutions économiques et sociales. C'est en ce sens que l'on peut comprendre que nul n'a le droit acquis à une jurisprudence figée. Cependant, la dimension de rétroactivité de revirement de jurisprudence doit être évaluée de façon réaliste, ce qui appelle trois remarques. D'abord, il convient de mettre fin à l'idée selon laquelle la jurisprudence est seulement déclarative et qu'elle s'incorpore à la loi qu'elle vient interpréter. En réalité, cette fiction, dénoncée notamment par le rapport *Molfessis*, n'est plus tenable : la jurisprudence comporte bien une dimension constitutive, elle est une source de droit. Ensuite, la jurisprudence risque de heurter

les prévisions légitimes des parties, ce qui contredit les exigences de la sécurité juridique. Enfin, si tous les revirements de jurisprudence se saisissent, par hypothèse, de faits antérieurs à leur édicton, tous ne déjouent pas à l'identique les anticipations des justiciables. En d'autres termes, tous les revirements n'ont pas de conséquences injustes ni ne désorganisent les secteurs économiques concernés par la décision. Il faut en effet rappeler qu'une règle nouvelle peut parfaitement n'avoir aucune incidence sur les acteurs économiques. C'est pourquoi depuis 2004 le périmètre de ce que Christian Mouly appelait le « revirement pour l'avenir » a été précisé en deux propositions complémentaires : d'une part, un revirement de jurisprudence est en principe rétroactif et cela n'appelle pas de corrections particulières dès lors que cela ne heurte pas des prévisions légitimes. D'autre part, et par exception, il se peut que le changement de règle affecte des prévisions légitimes, auquel cas sa modulation dans le temps doit être envisagée.

## 2- La possibilité d'une modulation dans le temps du revirement de jurisprudence

La question de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence a depuis longtemps reçu une réponse dans la jurisprudence de la CJCE et dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat français l'a abordée et traitée de front, en particulier par un arrêt du 11 mai 2004. La Cour de cassation ne pouvait pas demeurer en dehors de ce mouvement général de réflexion. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a, d'ailleurs, par un arrêt du 8 juillet 2004, esquissé une première position sur le problème. Il a donc semblé souhaitable qu'une réflexion indépendante de la Cour elle-même précise les termes du débat, établisse un bilan objectif des solutions déjà dégagées et montre les voies possibles. Cette méthode a semblé préférable à un renvoi direct de la question à l'assemblée plénière de la Cour. Il fallait, sur un sujet de cette nature, un débat ouvert à tous, où tous les acteurs concernés puissent s'exprimer, qui pose la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence au regard de la théorie générale du droit et la situe clairement dans le cadre des rapports entre la loi et la jurisprudence. Ainsi a été constitué, au sein du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, un groupe de travail composé de praticiens et d'universitaires, confié à la présidence du Professeur Nicolas Molfessis. Trois propositions principales s'évincent de ce rapport. D'abord, la rétroactivité de certains revirements est profondément injuste. Tel est le cas notamment de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 9 octobre 2001 : la décision posait qu'un médecin pouvait être responsable pour n'avoir pas, en 1974, respecté l'obligation d'information du patient pour les risques exceptionnels qu'il encourait, alors qu'une telle obligation n'a été consacrée, par la jurisprudence elle-même, qu'en 1998. Ensuite, il apparaît nécessaire, lorsque la rétroactivité est injuste, de moduler dans le temps le revirement. Cette modulation ne requiert pas d'habilitation législative et la Cour de cassation a du reste entériné cette possibilité d'un revirement pour l'avenir, au nom du procès équitable, dans un arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2006. Enfin, pour qu'une telle modulation ait lieu, encore faut-il que chaque partie puisse faire valoir son point de vue non seulement sur la solution au fond mais sur son inscription dans le temps. Il faut aussi compter avec le point de vue des secteurs économiques concernés : ainsi voit-on la fonction *d'amicus curiae* se modifier sensiblement à la Cour de cassation. Lorsque la Cour de cassation a statué sur le devoir de mise en garde du banquier souscripteur d'une assurance groupe, des groupes de pression ont fourni spontanément des éléments d'information au parquet général (AP. 2 mars 2007).

La prévisibilité de la norme civile passe ainsi par une révision de certains dogmes classiques du droit civil français, fondés souvent sur des fictions telles que l'absence de

pouvoir créateur de la jurisprudence. Cette révision a été accélérée sous l'influence de notions malléables telles que « l'espérance légitime » du justiciable, notion promue par la Cour européenne. Or, ce sont justement des notions à contenu variable que l'on retrouve en droit civil pour appréhender la prévisibilité, mais avec cette fois des incertitudes rémanentes.

## **II- Les incertitudes rémanentes de la prévisibilité en droit civil**

Si la prévisibilité apparaît en droit civil à la fois comme un facteur de sécurité juridique (A) et comme un facteur de responsabilité (B), elle reste marquée par de profondes incertitudes qui tiennent autant au phénomène de vieillissement du Code civil, qu'aux hésitations de la jurisprudence à l'égard de la notion.

### A- La prévisibilité, facteur de sécurité juridique

La prévisibilité est un facteur de sécurité juridique. En effet, anticiper un risque, un événement, un dommage, permet de l'intégrer à des prévisions contractuelles et d'en juguler les conséquences en cas de survenance : que l'on songe à l'assurance, adossée le cas échéant à la technique contractuelle, afin de démultiplier l'intérêt économique d'une telle anticipation. Cette vertu de la prévisibilité se vérifie, que l'on considère la prévisibilité du dommage contractuel (1) ou, plus largement, le droit des clauses contractuelles (2) qui implique un sens de la prévisibilité, tant dans leur négociation que dans leur rédaction.

#### 1- La prévisibilité du dommage contractuel

Aux termes de l'article 1150 du Code civil, « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Les « dommages-intérêts qui ont été prévus » renvoient aux clauses ayant évalué par avance, en les limitant (clauses limitatives) ou en les augmentant (clauses pénales) les dommages-intérêts dus au créancier en cas d'inexécution. S'agissant de la clause pénale, la Cour de cassation vient du reste, par un arrêt de sa troisième chambre civile du 21 mai 2008, de rappeler sa finalité non seulement réparatrice mais également préventive : « La clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution ».

Les dommages-intérêts « qu'on a pu prévoir lors du contrat » visent quant à eux les dommages (plutôt que les dommages-intérêts) qui devaient de façon prévisible résulter de l'inexécution du contrat. Le débiteur n'est condamné à réparer que les dommages qu'il a pu prévoir au moment où il s'est engagé (« lors du contrat ») : il faut qu'il ait pu en prévoir le type (comme la perte d'un colis pour un transporteur ou une fuite pour un plombier) et aussi la quotité. Cette connaissance fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond qui tiennent compte des circonstances de la cause en général et des échanges d'informations au moment de la conclusion du contrat en particulier. C'est ainsi qu'en matière de transport il est fréquent que l'expéditeur doive déclarer la valeur au transporteur, ce qui rend la quotité d'un éventuel dommage contractuel prévisible. Cependant, la faveur de l'article 1150, sorte de prime à la prévisibilité, ne s'applique plus lorsque l'inexécution du contrat est due à un dol du débiteur. Cette impossibilité pour le débiteur contractuel de se retrancher derrière une limitation de responsabilité vaut dans trois hypothèses. D'abord, le dol est certainement caractérisé en cas d'intention de nuire, c'est-à-dire en cas de volonté de causer un dommage

au créancier. Ensuite, et depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1969 (*Société des comédiens français*), la Cour de cassation juge qu'il y a aussi faute dolosive dans le fait de refuser sciemment d'exécuter ses obligations. Enfin, en vertu de l'adage « *culpa lata dolo aequiparatur* », les juges ont toujours retenu que la faute lourde était équivalente au dol. Selon une formule fréquente de la Cour de cassation, la faute lourde peut-être, pour un professionnel notamment, une « négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée ». Contrairement à la théorie américaine de la violation efficace du contrat, le droit français sanctionne donc le débiteur qui a commis une faute lourde ou dolosive, en le condamnant à réparer tout le dommage subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Cela dit, si l'on considère plus largement le droit des clauses contractuelles, on perçoit que la sanction d'une partie peut aussi tenir à son absence de prévision et d'anticipation des risques contractuels.

## 2- La prévisibilité dans le droit des clauses contractuelles.

Négocier une clause contractuelle et la rédiger scrupuleusement exigent de la part des cocontractants une capacité de prévision et donc de projection dans un avenir qui peut être lointain. Que l'on songe à la célèbre affaire du *Canal de Craponne*, où un contrat du XVIème siècle trouvait encore à s'appliquer à la fin du XIXème siècle (Civ. 6 mars 1876). Le contrat prévoyait notamment que pour assurer l'entretien du canal, les riverains devaient payer une redevance de 3 sols à chaque fois qu'ils arroseraient leur propriété, redevance payable au sieur de Craponne ou à ses héritiers. Trois siècles plus tard, la redevance était devenue dérisoire, si bien que les juges du fond l'avaient augmentée. La Cour de cassation affirma nettement son refus de voir les juges modifier le contrat en cas de changement des circonstances économiques : « Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Depuis lors, le message paraît donc clair. Il appartient aux parties de faire œuvre de prévision. Par le biais de clauses de négociation ou d'indexation, elles doivent anticiper d'éventuelles modifications des circonstances économiques et monétaires. D'autres clauses, telles que la clause pénale, la clause compromissive ou la clause attributive de compétence viendront en outre compléter le dispositif pour tenir compte d'une éventuelle inexécution et du litige afférent dans l'hypothèse où le débiteur résisterait aux demandes répétées et à la pression exercée par le créancier.

Ceci dit, la clarté de ce message est aujourd'hui en partie altérée pour au moins trois raisons. D'abord, s'agissant de la révision pour imprévision, une partie non négligeable de la doctrine considère que la solution issue de la jurisprudence *Canal de Craponne* pêche par excès de sévérité. Au regard du droit comparé, des principes européens du droit des contrats, mais aussi de certains précédents jurisprudentiels (Com. 3 novembre 1992 *Huard*), d'aucuns considèrent nécessaires d'admettre, ponctuellement, une possibilité d'obtenir la révision d'un contrat gravement déséquilibré en cours d'exécution. C'est d'ailleurs cette solution qui est prônée par l'avant-projet *Catala* de réforme du droit des obligations. Ensuite, s'agissant des groupes de contrats, l'anticipation du débiteur exige de sa part la prise en considération d'une éventuelle action émanant d'un tiers. Enfin, dans l'appréciation des limites de validité des clauses, la jurisprudence semble hésitante. Si l'on considère les clauses limitatives de responsabilité, elles peuvent être écartées non seulement sur le fondement des clauses abusives (L. 132-1 du Code de la consommation) et de l'article 1150 du Code civil, mais encore de l'article 1131 du Code civil. Or, sur ce dernier terrain, les juges hésitent : tandis que certains arrêts considèrent qu'une clause limitative vide nécessairement de sa substance

l'obligation essentielle et doit donc être écartée en cas de manquement (Com. 13 février 2007 et 5 juin 2007), d'autres procèdent de façon plus casuistique et nuancée : la clause limitative, œuvre de prévisibilité, ne mérite d'être écartée que si elle contredit totalement, en l'espèce, le contenu de l'engagement pris (Com. 22 octobre 1996 *Chronopost I*, Com. 18 décembre 2007).

Ces oscillations de la politique jurisprudentielle lorsque la prévisibilité est un facteur de sécurité se retrouvent lorsqu'on considère la prévisibilité comme un facteur de responsabilité.

## B- La prévisibilité, facteur de responsabilité

La prévisibilité est également un facteur de responsabilité car c'est un élément essentiel d'appréciation de la causalité (1), si bien que la prévisibilité d'un dommage est exclusive de la qualification de force majeure, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle (2).

### 1- La prévisibilité, élément d'appréciation de la causalité

La prévisibilité est un élément essentiel d'appréciation de la causalité en général, et de la causalité adéquate en particulier. D'une part, la théorie de la causalité adéquate exige de procéder à une sélection des causes du dommage, ce qui inclut un regard rétrospectif sur sa prévisibilité et sa probabilité. D'autre part, le législateur et le juge peuvent témoigner leur sollicitude à l'égard de la victime en posant des présomptions de causalité. Or, ces dernières ne sont acceptables socialement que dans la mesure où le lien de causalité présumé repose sur une appréciation convaincante des risques prévisibles. C'est l'enseignement qui s'évince de l'affaire du vaccin contre l'hépatite B et de son lien avec la sclérose en plaques. Par trois arrêts rendus le 22 mai 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme que *"si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes"*. Dans les trois cas, les plaignants ont développé après leur vaccination contre l'hépatite B une sclérose en plaques. Ils souhaitent voir reconnue la responsabilité de la société fabricante du vaccin. Les juges du fond rejettent leurs demandes en soulignant qu'il ne peut exister *"une quelconque présomption en l'absence d'autre facteur connu de contamination, qu'à défaut de lien scientifique, aucun lien statistique n'a été démontré et qu'il n'y a pas de probabilité suffisante du lien de causalité entre la maladie dont souffre (le plaignant) et la vaccination contre l'hépatite B"*. La Haute juridiction se place sur le terrain des présomptions et admet que la preuve exigée en matière de responsabilité puisse en résulter. Toutefois elle rappelle que celles-ci doivent être graves, précises et concordantes, en vertu de l'article 1353 du Code civil. Ces décisions doivent être mises en perspective avec l'arrêt rendu par cette même chambre le 23 septembre 2003 qui refusait de présumer le lien de causalité. La solution initiée ici constitue donc un revirement de jurisprudence. Désormais, la preuve du défaut comme celle du lien de causalité peuvent résulter de présomptions. La troisième espèce complète la solution quant à l'appréciation de la preuve du défaut de sécurité. Il semble que l'existence de ce défaut doive être appréciée au moment de la mise en circulation du vaccin et que l'information fournie au consommateur par le producteur doit être prise en compte. Celle-ci doit être précise et apparaître dans la présentation du vaccin.



La prévisibilité apparaît ici comme une construction juridique émancipée le cas échéant des considérations purement scientifiques, à condition d'être exprimée en termes non hypothétiques. C'est dire que les questions terminologiques ne sont pas anodines en la matière, ce que confirme la notion lorsqu'elle est appréciée comme un élément de la force majeure.

## 2- La prévisibilité, exclusive de la qualification de force majeure

La prévisibilité du dommage peut être exclusive de la qualification de force majeure de l'article 1148 du Code civil. En effet, la force majeure correspond à un événement qui se définit davantage par ses caractères que par sa nature. Or, la définition classique renvoie à un triptyque composé de l'extériorité, de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité de l'événement. Ce triptyque classique n'a toutefois pas toujours été retenu par les juges, qui préféreraient d'autres termes tels que « inévitabilité » ou « insurmontabilité » pour cerner les contours de la notion. A ces hésitations relatives aux éléments constitutifs de la force majeure s'est ajouté un débat sur le point de savoir s'il convenait de retenir une définition unitaire devant être appliquée aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Pour tenter de mettre fin aux incertitudes, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pris position par deux arrêts du 14 avril 2006, l'un rendu en matière contractuelle, l'autre en matière délictuelle. Les hauts magistrats ont posé une définition unitaire de la force majeure qui mettait *a priori* en avant les seules notions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, cette prise de position n'a guère tari les incertitudes relatives à la force majeure, et cela pour au moins trois raisons. D'abord, un communiqué ultérieur de la Cour de cassation est venu préciser que la formule classique -le triptyque- demeurait d'actualité. Ensuite, la Cour de cassation n'a pas précisé les rapports entre imprévisibilité et irrésistibilité : on aurait pu toutefois souhaiter, à la suite de la doctrine, que la notion de prévisibilité (et son envers d'imprévisibilité) joue essentiellement une fonction probatoire, permettant d'apprécier l'irrésistibilité. En effet, la prévisibilité de l'événement peut être un indice de son caractère irrésistible ou non, ce qui permet d'apprécier l'impossibilité de s'exécuter. Enfin, quand bien même la Cour de cassation pose une définition unitaire de la force majeure, on peut douter du fait que le test relatif à l'empêchement d'agir soit le même en matière contractuelle et délictuelle. Si l'on considère l'imprévisibilité, elle s'apprécie au jour de la conclusion du contrat en matière contractuelle et au jour de la survenance du dommage en matière délictuelle. L'imprévisibilité n'est pas conçue de façon absolue, mais de façon relative et humaine : il s'agit d'apprécier la probabilité de réalisation d'un événement. Or, sur le terrain contractuel, l'imprévisibilité permet de répartir les risques du contrat, en tenant compte précisément de la volonté exprimée ou présumée des parties. L'imprévisibilité doit du reste s'apprécier non seulement au stade de la conclusion du contrat, mais aussi le cas échéant lors d'une renégociation. En d'autres termes, quand bien même une terminologie unitaire est forgée pour cerner les contours de la force majeure, le test mis en œuvre par les juges ne sera jamais le même en matière contractuelle et en matière délictuelle. On le voit, l'imprévisibilité, dans ses fonctions probatoire et attributive de risques, appelle encore des éclaircissements, car l'incertitude demeure après les arrêts de l'assemblée plénière.

**Conclusion :** Le contraste est frappant entre les progrès de la prévisibilité du droit civil et les incertitudes qui affectent encore la notion en droit civil. Notion-cadre, la prévisibilité correspond à une exigence essentielle de sécurité juridique. Sous l'influence européenne, la prévisibilité du droit civil s'est incontestablement accrue. En revanche, les standards et notions qui traduisent l'exigence de prévisibilité en droit civil présentent encore

de nombreuses incertitudes, notamment terminologiques. Qu'il s'agisse de la révision pour imprévision ou de la force majeure, une recodification du droit civil, inspirée par exemple de l'avant-projet *Catala*, ne serait pas superflue.