



**HAL**  
open science

# L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ?

Amandine Cayol

► **To cite this version:**

Amandine Cayol. L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité?. Fabien Bottini. Néo-libéralisme et américanisation du droit, Mare et Martin, [17 p.], 2019, (Droit public), 978-2-84934-412-5. hal-03943053

**HAL Id: hal-03943053**

**<https://hal.science/hal-03943053>**

Submitted on 17 Jan 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## L'américanisation du droit des obligations : mythe ou réalité ?

Par Amandine Cayol, Maître de conférences, Université Caen Normandie

in F. Bottini (dir.), *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Ed. Mare et Martin, 2019, p. 181-199.

---

*Quid leges sine moribus vanae proficiunt ? (Que sont les lois sans la morale ?)*

Horace, *Odes*, 24, Livre 3.

Assistons-nous à l'« américanisation » du droit français ? Telle est la question à laquelle ce colloque nous invite à réfléchir de nouveau<sup>1</sup>. Elle connaît un regain d'actualité en droit des obligations du fait, d'une part, de la réforme récente du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>2</sup> et, d'autre part, du projet de réforme de la responsabilité civile dont la dernière version a été présentée le 13 mars 2017. Il a en effet pu être soutenu que certaines évolutions réalisées ou proposées trouveraient leur source en « droit américain ».

Tenter de répondre à cette question suppose au préalable de dépasser plusieurs difficultés. Il règne en effet une confusion fréquente entre les notions de « droit américain » et de « droit anglo-saxon ». Il est ainsi possible de se demander si le sujet donné ne nous invite pas plus largement à nous interroger sur l'influence de la *Common Law* sur le droit français. Par ailleurs, la notion de « droit américain » semble à strictement parler indéfinissable. Du fait de la structure fédérale des Etats-Unis d'Amérique, plusieurs « droits américains » coexistent en réalité : « Le droit des Etats-Unis comprend (...) 51 droits, le droit fédéral et les droits des 50 Etats. »<sup>3</sup>.

Au-delà des disparités entre les Etats, il est toutefois possible de dégager quelques traits communs au « droit américain », lesquels révèlent de fortes différences avec le droit français. Le « droit américain » de la responsabilité civile est ainsi caractérisé par l'importance des réparations accordées - en raison de l'existence des *punitive damages*<sup>4</sup> - quand le droit français est régi par le principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime<sup>5</sup>. Le « droit américain » des contrats est, quant à lui, « axé tout entier sur la réduction du gaspillage

---

<sup>1</sup> Voir déjà sur le sujet, P. Mbongo (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine : entre points de fixation, représentations et impensés*, Mission de recherche Droit et Justice, 2013 ; *L'américanisation du droit*, APD, t. 45, Dalloz, 2001 ; M.-A. Frison-Roche (dir.), « L'américanisation du droit français », Colloque du Tribunal de grande instance de Créteil du 22 octobre 1990.

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>3</sup> E. Zoller, *Le droit des Etats-Unis*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 3 ; S. Schiller, « Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité », in F. Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, op. cit., p. 178.

<sup>4</sup> S. Schiller, loc. cit., p. 178 ; P. Grégoire, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1971, p. 338, n° 324 ; A. A. Levasseur, *Le droit américain*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2018, p. 164-165.

<sup>5</sup> Principe constant depuis Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1954 (*JCP* 1955, II, 8765, note Savatier), dont le projet de réforme de la responsabilité civile propose la consécration (art. 1258). Voir spécialement Ch. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002.

économique »<sup>6</sup> : « la préoccupation majeure est devenue celle d'une utilisation rationnelle et d'une distribution efficiente des ressources économiques »<sup>7</sup>. Essentiellement conçu comme un instrument économique<sup>8</sup>, le contrat ne donne en principe lieu qu'au versement de dommages et intérêts en cas d'inexécution<sup>9</sup>. Au contraire, le droit français a adhéré, notamment sous l'impulsion des canonistes, à une vision plus « morale » du contrat : le respect dû à la parole donnée fonde le droit pour le créancier d'exiger l'exécution forcée en nature de la prestation promise.

Ces dissemblances entre les deux systèmes juridiques résultent notamment des liens étroits entretenus par le « droit américain » avec l'analyse économique du droit<sup>10</sup>. Né aux Etats-Unis au début des années 1960 avec les travaux de Coase<sup>11</sup>, le mouvement *Law and Economics* propose d'analyser le droit grâce à des méthodes économiques afin de rechercher les effets économiques des règles juridiques. Après s'être développé dans les années 1970 avec l'« Ecole de Chicago » autour de R. Posner<sup>12</sup>, il est devenu le courant intellectuel dominant dans la doctrine américaine<sup>13</sup>, bien qu'il soit désormais fragmenté en plusieurs écoles de pensée<sup>14</sup>. Il n'a au contraire connu qu'un faible écho en France. Pour l'analyse économique du droit, ce dernier est un outil visant à diminuer – voire idéalement à neutraliser – les coûts de fonctionnement du marché<sup>15</sup> afin de permettre la meilleure allocation possible des ressources et des richesses<sup>16</sup>. Partant du postulat selon lequel « l'homme est rationnel par rapport à ses fins, leur satisfaction, son intérêt »<sup>17</sup> et cherche donc à maximiser son intérêt, le mouvement *Law and Economics* considère que les règles juridiques doivent le conduire à agir dans le sens de la plus grande efficacité économique<sup>18</sup>.

<sup>6</sup> H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in *L'américanisation du droit*, op. cit., p. 35.

<sup>7</sup> A. A. Levasseur, *Le contrat en droit américain*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, p. 10.

<sup>8</sup> F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits anglais et français : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, n° 38 p. 109 : « Le droit anglais (...) conçoit le contrat davantage comme un objet de valeur économique que comme un rapport d'obligations entre deux personnes. »

<sup>9</sup> G. Lardeux, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 4 : dans la *Common Law*, « le contrat est (...) envisagé comme un marché (*bargain*) dont la force obligatoire n'a de fondement qu'économique (...) et dont l'inexécution (*breach of contract*) se résout en principe par l'octroi de simples dommages-intérêts, l'exécution forcée n'étant qu'un remède exceptionnel d'*equity* employé exclusivement lorsque le bien ou le service, objet du contrat, est unique. »

<sup>10</sup> L'économie du droit peut être descriptive ou normative (B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Ed. De Boeck, 2009, p. 20-32). La seconde est la plus controversée en ce qu'elle semble réduire le droit au rang de simple instrument économique.

<sup>11</sup> R.H. Coase, « *The problem of social cost* », 1960, 3 *Journal of Law and Economics*, 1-44. Pour une traduction française, R.H. Coase, *Le coût du droit*, PUF, 2000.

<sup>12</sup> R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972 (5<sup>e</sup> éd., 1998).

<sup>13</sup> E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, n° 23 p. 7 : « Il est sans doute le courant intellectuel qui a le plus marqué le monde juridique américain depuis un demi-siècle. »

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 12-14.

<sup>15</sup> B. Deffains et E. Langlais, op. cit., 2009, p. 18 : « Le droit chez Coase (...) vient se substituer au marché lorsque celui-ci ne peut pas fonctionner de manière efficace. (...) C'est parce qu'il existe des coûts de transaction que le droit compte » ; B. Lemennicier, *Economie du droit*, Ed. Cujas, 1991, p. 31 : selon le courant de l'école de Chicago, « le droit aurait pour objet de pallier les déficiences du marché ».

<sup>16</sup> F. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2010, p. 5 : « Suivant les thèses néolibérales de l'analyse économique du droit, (...) le droit n'a et ne doit avoir d'autre mission que de favoriser le développement de la production et des échanges, la maximisation des profits et l'allocation optimale des ressources ».

<sup>17</sup> R. Posner, op. cit., p. 1.

<sup>18</sup> H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Ed. Cujas, 2002, p. 39 ; B. Deffains et E.

L'importance de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis est sans doute la raison de l'adaptation du « droit américain » aux attentes des entreprises. A en croire les rapports *Doing business* publiés chaque année par la Banque mondiale depuis 2004, la *Common Law* serait plus en phase avec les besoins de la vie économique que le droit français. Un temps source d'inspiration, voire véritable modèle, pour de nombreux législateurs étrangers<sup>19</sup>, le Code civil serait-il dès lors aujourd'hui contraint d'évoluer, en s'inspirant de la *Common Law* et notamment du « droit américain », afin de conserver son attractivité ? En effet, « Le prestige s'attache à un système perçu comme répondant de façon plus adéquate aux objectifs les plus valorisés par la communauté internationale ou régionale à un moment déterminé. La romanisation du droit coutumier de la vieille Europe correspondait alors à un besoin de rationalisation dont les conséquences (...) sont ressenties plutôt aujourd'hui comme une pesanteur devant ce qui est perçu comme la souplesse (...) de la *common law* (...). C'est (...) dans une large mesure le discours de l'efficacité de la *common law* américaine, lissée et modélisée à l'aune des exigences économiques, qui lui vaut son prestige contemporain »<sup>20</sup>.

Visant expressément à améliorer son efficacité économique, les réformes – récentes et en cours- du droit français des obligations révèlent-elles une infiltration des concepts de *Common Law*, et plus spécialement de « droit américain » ? Un tel résultat serait pour le moins paradoxal. Dans un contexte de concurrence accrue entre les systèmes juridiques<sup>21</sup>, la réforme du droit des obligations a au contraire eu pour objectif originel de défendre les spécificités du droit français : il s'agissait d'une réaction face aux réflexions relatives à l'élaboration d'un droit européen intégré des contrats<sup>22</sup>. Le projet Catala a ainsi été initié à la suite d'un colloque organisé par la faculté de Sceaux sur les Principes du droit européen des contrats (PDEC) issus des travaux de la commission présidée par le professeur Lando<sup>23</sup>. « Le droit de *Common Law* envahissant une bonne partie du monde et, grâce au cheval de Troie britannique, la forme et la substance même du droit européen, la France resterait seule à défendre le droit dit romano-germanique, issu des Lumières, de la Révolution et du Premier Empire, droit écrit, concis, rationnel, synthétique, à vocation universelle, en opposition au droit de *Common Law* jurisprudentiel, processuel, adapté au cas par cas »<sup>24</sup>. La réforme du droit des obligations visait dès lors à moderniser le droit français afin de le rendre plus attractif pour les opérateurs du commerce international<sup>25</sup> et de favoriser son rayonnement européen et international<sup>26</sup>. Deux voies ont été parallèlement suivies

---

Langlais, *op. cit.*, p. 20 ; Y-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, p. 21 : « La règle efficace est celle qui incite à adopter le comportement (...) menant à la meilleure allocation des ressources ».

<sup>19</sup> Travaux de l'Association H. Capitant, Tome XLIV, *La circulation du modèle français*, Litec, 1994.

<sup>20</sup> H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *loc. cit.*, p. 31.

<sup>21</sup> Ch. Taubira, *JO Sénat*, CR 24 janv. 2014, p. 632 : « Vous le savez, une bataille d'influence de livre en Europe, notamment entre notre droit continental (...) et ce que l'on appelle la *common law* (...). Cette bataille est quotidienne et permanente. »

<sup>22</sup> Sur la résistance face à un projet de Code civil européen, voir G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, 351 ; Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de Monsieur von Bar », *D.* 2002, p. 2202.

<sup>23</sup> F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017 p. 20-21, n°11-42.

<sup>24</sup> E. Maîtreperrière et C. Vasseur, « Le droit français : la fin d'une ère ? », *Culture Droit*, déc. 2007- janv. 2008, p. 30.

<sup>25</sup> C. Champalaune, « Les grands traits de la réforme », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 15 : « Cette réforme a pour ambition de redonner à notre droit son attrait et son rayonnement, notamment auprès des acteurs économiques ».

<sup>26</sup> F. Ancel, « La réforme du droit des contrats : méthodologie », in *La réforme du droit des contrats*, Actes du colloque tenu à Montpellier le 3 juillet 2015, Ed° Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 28. Ceci est

pour ce faire. Il s'est agi, d'une part, de rendre la règle de droit plus intelligible et accessible<sup>27</sup> en codifiant la jurisprudence et, d'autre part, de la moderniser afin, notamment, de l'adapter aux besoins du monde des affaires<sup>28</sup>.

Plus qu'à une « américanisation », on assisterait ainsi à une « libéralisation » de la règle de droit sous l'effet de la mondialisation des échanges et de la mise en concurrence des systèmes juridiques. Comme l'organisateur de ce colloque le suggérait dès le texte de présentation, l'« américanisation » alléguée ne traduit-elle pas simplement la tentative du droit français d'optimiser le rôle joué par la règle de droit dans la création des richesses produites par le marché ? Ne faut-il pas cependant craindre alors un asservissement du droit à l'économie<sup>29</sup> ? Résultant d'une vision mercantile et utilitariste<sup>30</sup> du droit, l'analyse économique du droit malmène *a priori* la morale<sup>31</sup>. Elle risquerait de désacraliser la règle de droit, laquelle ne peut être réduite au rang de simple instrument au service d'objectifs purement économiques<sup>32</sup>. « L'art juridique est à la quête d'une fin, non d'un but »<sup>33</sup> : le droit a pour rôle de promouvoir la justice et l'équité dans les relations humaines, de participer au maintien ou à la défense de valeurs, et non seulement de présenter une utilité économique<sup>34</sup>. Ainsi, « s'il est évident que le droit des obligations ne peut rester indifférent aux impératifs du marché économique, il est tout aussi évident qu'il ne peut pas, qu'il ne doit pas être absorbé par les lois de l'économie. (...) Si l'impératif d'efficacité économique doit éclairer et orienter le droit des obligations, il ne peut pas lui dicter la voie de la justice »<sup>35</sup>.

---

expressément affirmé dans le rapport remis au président de la République avec l'ordonnance du 10 février 2016, aux termes duquel un des objectifs poursuivis par la réforme du droit des contrats « est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, économique ».

<sup>27</sup> Cour de cassation, *Rapport du groupe de travail sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 15 juin 2007 ; P. Mbongo (dir.), *op. cit.*, p. 14 : « La « résistance » à l'américanisation passe (...) par une sorte de retour aux sources du « modèle français » à travers une exigence accrue d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ».

<sup>28</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Les enjeux majeurs de la réforme, « Attractivité, Sécurité, Justice » », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 20 : « Si le but de la réforme est bien de favoriser l'attractivité et le rayonnement du droit français, elle doit prendre particulièrement garde aux besoins de la communauté des affaires ».

<sup>29</sup> C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, p. 215 : l'« esprit du Droit Economique est guidé par l'idée que (la) science (juridique) est la servante de l'économie et non sa maîtresse » ; A. Jacquemin, « Le droit serviteur de l'économie ? », *RTD com.* 1972, p. 283.

<sup>30</sup> L'utilitarisme postule que l'utile est l'égal du juste. Le principe d'utilité chez Bentham conduit à rechercher « le plus grand bonheur pour le plus grand nombre » (Ch. Chauvet, *Jeremy Bentham. Vie, œuvres, concepts*. Ellipses, 2010, p. 52). Les dérives sacrificielles de l'utilitarisme ont été dénoncées : l'utile n'est plus juste s'il conduit à sacrifier certains individus au détriment de la communauté. John Rawls a ainsi cherché à instituer les principes de justice susceptibles de définir les limites que ne devront pas dépasser les inégalités pour être justifiées (M. Nabirire, *Introduction à la pensée de John Rawls : sur l'idée d'inégalités justes*, Ed. Connaissances et savoirs, 2017).

<sup>31</sup> Comp. J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n°22 p. 66 « S'il est vrai que l'immoralité a deux pôles, l'un le sexe, qui attire les vantardises, l'autre, l'argent, qui affectionne le silence – c'est surtout à l'immoralité de l'argent que le contrat est vulnérable. »

<sup>32</sup> B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, t. 37, Sirey, 1992, p. 25 « C'est pervertir le droit des biens, des contrats, de la responsabilité, de la famille, en les transformant en instruments de politique économique. » ; H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », *loc. cit.*, p. 40.

<sup>33</sup> M. Villey, « Préface historique », in *L'utile et le juste*, APD, t. 26, p. 10.

<sup>34</sup> Insistant sur le caractère parfois « inutile » de la règle de droit, P.-Y. Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797-834.

<sup>35</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in *L'efficacité économique en droit*, *Economica*, 2010, p. 69 n°3.

En réalité, les changements réalisés ou proposés par les réformes du droit des contrats et de la responsabilité civile révèlent certes une analyse plus économique de la règle de droit, conduisant à une indéniable libéralisation de cette dernière et à un rapprochement avec le système juridique américain (I). Cette libéralisation reste toutefois mesurée, le droit français demeurant le vecteur de valeurs morales et sociales (II).

## **I/ Une libéralisation notable : la recherche de l'efficacité économique du droit des obligations**

A la lecture du projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017, la responsabilité civile paraît conçue comme un mécanisme incitatif permettant de diminuer les externalités négatives (A). Le contrat semble quant à lui traité dans l'ordonnance du 10 février 2016 comme un instrument au service des échanges économiques (B).

### **A/ La responsabilité civile, un mécanisme incitatif permettant de diminuer les externalités négatives**

Deux fonctions sont traditionnellement attribuées au droit de la responsabilité civile : réparer le préjudice subi par la victime et sanctionner les comportements fautifs<sup>36</sup>. A la suite du développement des régimes de responsabilité objective, la responsabilité civile est aujourd'hui présentée comme essentiellement indemnitaire<sup>37</sup> : son objectif est de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. L'analyse économique du droit met au contraire l'accent sur sa fonction normative. La responsabilité civile devrait inciter à éviter les comportements socialement nuisibles. Son objet serait d'internaliser les externalités négatives grâce à des règles conduisant les agents à prendre suffisamment de précautions pour empêcher la réalisation du dommage ou le réduire<sup>38</sup>. La perspective du coût de la réparation des préjudices subi par la victime devrait mener chacun à prendre toutes les mesures nécessaires pour les éviter<sup>39</sup>. Selon la célèbre formule du juge Hand, « une personne est responsable du dommage infligé à autrui par son abstention d'agir chaque fois que le coût théorique de la précaution à prendre pour éviter le sinistre, éventuellement multiplié par la probabilité de l'accident, se révèle inférieur au préjudice causé »<sup>40</sup>. Le principe de réparation intégrale du préjudice est en général efficace pour permettre au droit de la responsabilité civile d'assurer cette fonction préventive. Il se révèle cependant inadapté dans certaines hypothèses. Lorsque le montant de la réparation est insuffisant pour être incitatif, l'analyse économique du droit propose de prévoir une condamnation complémentaire du responsable sous forme de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires. Quand il s'avère au contraire excessif (car conduisant le responsable à prendre des précautions inutiles), l'obligation pour la victime de minimiser ses pertes est présentée comme un moyen de moduler la réparation<sup>41</sup>. Ces deux mécanismes,

<sup>36</sup> Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2016, n° 12-15, p. 9-11.

<sup>37</sup> A. Tunc, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », in *Mélanges offerts à Dorhout Mees*, p. 143.

<sup>38</sup> B. Deffains et E. Langlais, *op. cit.*, p. 38 : « La responsabilité civile peut être perçue comme un moyen de promouvoir l'efficacité économique définie par la minimisation du coût social des accidents. » ; B. Lemennicier, *op. cit.*, p. 103.

<sup>39</sup> M. Faure, « L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 114 : « L'indemnisation de la victime par l'auteur du dommage n'est, dans cette vision, pas un but de la responsabilité civile, mais uniquement un moyen pour forcer l'auteur du dommage à prendre des mesures de précaution nécessaires. » ; G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005, n° 114, p. 57 : « La responsabilité civile prévient parce qu'elle répare, c'est là son originalité. »

<sup>40</sup> B. Frydman et G. Haarscher, *op. cit.*, p. 52 ; V. Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica 2002, p. 30.

<sup>41</sup> G. Maitre, *op. cit.*, n° 299 p. 173.

retenus en *Common Law* mais jusque-là inconnus du droit français<sup>42</sup>, sont -au moins en partie- consacrés par le projet de réforme de la responsabilité civile.

Aux termes de son article 1266-1, « en matière extracontractuelle, lorsque l’auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d’obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile. » Imposer au responsable le versement d’une somme supplémentaire en cas de faute lucrative<sup>43</sup> est conforme à l’analyse économique du droit, la réparation du préjudice subi par la victime ne permettant pas de dissuader les comportements répréhensibles en raison du gain subsistant pour le responsable<sup>44</sup>. Une telle « amende civile<sup>45</sup> » semble *a priori*<sup>46</sup> inspirée des dommages et intérêts punitifs connus en « droit américain »<sup>47</sup>.

Le projet de réforme propose en outre de consacrer l’obligation pour la victime de minimiser son préjudice en lui refusant toute indemnisation pour l’aggravation du préjudice qu’elle avait la faculté d’éviter<sup>48</sup>. Il est en effet permis de douter de l’existence d’un lien de causalité entre le fait dommageable et le surcroît de préjudice dû à l’inaction de la victime<sup>49</sup>. Pour autant, s’il est classique, en droit français, d’affirmer que la victime ne doit pas contribuer à provoquer le dommage (sa faute étant une cause d’exonération partielle du responsable), la Cour de cassation refusait jusqu’à présent de lui imposer de minimiser les conséquences du dommage après sa survenance, au motif que ceci heurterait de front le principe de réparation intégrale du préjudice<sup>50</sup>. La *mitigation of damage* est au contraire connue depuis longtemps en « droit américain »<sup>51</sup> et, plus largement, dans les systèmes de *Common Law*<sup>52</sup>. Son fondement est là

<sup>42</sup> Le principe de l’amende civile existe certes déjà en droit français mais uniquement dans des hypothèses particulières, notamment pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence (C. com., art. L. 442-6).

<sup>43</sup> Voir sur cette notion, J. Méadel, « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 2007, n° 77, p. 6 ; D. Fasquelle, « L’existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, n° 232, p. 27.

<sup>44</sup> E. Mackaay, « L’analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 20-22.

<sup>45</sup> Sur laquelle voir S. Carval, « L’amende civile », *JCP G* 2016, n° spécial Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modifications, p. 42-46 ; E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l’amende civile », *D.* 2017, p. 1136 ; M.-A. Chardeaux, « L’amende civile », *LPA* 2018, n° 22, p. 6.

<sup>46</sup> Sur les différences avec les *punitive damages* retenus en *Common Law*, voir *infra*.

<sup>47</sup> S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n°16 p. 16 : « Le moment ne serait-il pas venu d’aménager, sur le modèle américain (...) une véritable fonction punitive de la responsabilité civile ? »

<sup>48</sup> *Ibid*, art. 1263 : « 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. »

<sup>49</sup> J.-P. Chazal, « L’ultra-indemnisation : une réparation au-delà des préjudices directs », *D.* 2003, p. 2326.

<sup>50</sup> Consacrée par Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, la solution a été réaffirmée à de nombreuses reprises, concernant tant des préjudices corporels (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 oct. 2009, n°08-18.492 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 oct. 2012, n°11-25.511 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 janv. 2015, n°13-21.180 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 26 mars 2015, n°14-16.011) que matériels (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 fév. 2013, n°12-12.124 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 juil. 2013, n°12-13.851 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 juil. 2014, n°13-17.599 ; Cass. crim, 27 sept. 2016, n° 15-83.309).

<sup>51</sup> M. E. Elland-Goldsmith, « Note sur la *mitigation of damages* en droit américain », *RDAI* 1987, p. 359.

<sup>52</sup> A. I. Ogas, « Remèdes, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987 ; M. E. Elland-Goldsmith, « La mitigation of damages en droit anglais », *RDAI* 1987, p. 347 ; L. Ferry et D. Lapillonne, « Réforme de la responsabilité civile : influence des principes de la *Common Law* », *JCP E* 2016, 1598, n° 6, p. 27.

Elle a été reprise plus récemment dans certains systèmes de droit écrit (par ex. art. 6 :101 du Code civil néerlandais entré en vigueur en 1992 ; art. 44, al. 1 du Code suisse des obligations de 1911 ; art. 1227 du Code civil italien).



encore économique<sup>53</sup>, l'objectif étant « d'éviter les gaspillages (...) et de réduire le coût global de la responsabilité »<sup>54</sup>. L'introduction de la *mitigation of damage* en droit français est ainsi une innovation importante, même si le projet de réforme exclut les dommages corporels de son champ d'application<sup>55</sup>.

Si l'influence tant du « droit américain » que de l'analyse économique du droit est indéniable sur la responsabilité civile, il en est de même en droit des contrats, ce dernier semblant désormais principalement conçu comme un instrument au service des échanges économiques.

## **B/ Le contrat, un instrument au service des échanges économiques**

Le rapport remis au président de la République insiste sur le fait que « l'enjeu au niveau international » de la réforme du droit des contrats « est économique ». Le « contrat-instrument »<sup>56</sup> semble désormais n'avoir de raison d'être que s'il présente une utilité économique, c'est-à-dire s'il permet une allocation optimale des richesses<sup>57</sup>. Le rapprochement avec la *Common Law* est patent : en droit anglo-américain, le contrat « ne vaut qu'à travers l'intérêt qu'il représente pour le marché (...). Le contrat qui crée des richesses mérite d'être exécuté ; celui qui, en emprisonnant le débiteur dans une opération économique qui ne représente plus pour lui la meilleure façon d'utiliser ses ressources peut disparaître avec l'aval du droit, le laissant libre de les réallouer »<sup>58</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016, visiblement influencée par le « droit américain » et l'analyse économique du droit, conduit ainsi, d'une part, au maintien du contrat utile et, d'autre part, à l'éradication du contrat inutile<sup>59</sup>.

L'efficacité économique est parfois protectrice du contrat<sup>60</sup>. La détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre<sup>61</sup> et les contrats de prestation de service est ainsi consacrée<sup>62</sup>, et le juge se voit reconnaître la faculté de remplacer un indice « qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible »<sup>63</sup>. Le nouvel article 1223 du Code civil offre même au créancier la faculté d'« accepter une exécution imparfaite du contrat et (de) solliciter une réduction proportionnelle du prix »<sup>64</sup>. Un tel mécanisme permet de maintenir un contrat présentant tout de même un intérêt

<sup>53</sup> Y.-M. Laithier, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 181 : « La réparation d'un dommage raisonnablement évitable est économiquement condamnable. »

<sup>54</sup> S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, n°160, p. 107.

<sup>55</sup> Ce qui semble justifié eu égard au principe du droit à l'intégrité corporelle posé par l'article 16-3 du Code civil selon lequel nul ne peut être contraint de recevoir un traitement auquel il n'a pas librement consenti.

<sup>56</sup> J. Rochfeld, « La rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 171, n°424.

<sup>57</sup> E. Mackaay, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 32 : « En concluant le contrat, chaque contractant cherche à faire un gain. Si cette attente se réalise pour les deux parties, les biens évoluent vers des usages mieux valorisés. »

<sup>58</sup> H. Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *LPA* 20 nov. 2002, p. 47.

<sup>59</sup> Sur ce balancement, V. Larribau-Terneyre, « Les résultats : une nouvelle conception du contrat ? », in V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses de l'Université de Pau et des pays d'Adour, 2016, p. 40.

<sup>60</sup> J. Mestre, « Rapport de synthèse », in *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p. 90-91, évoquant l'efficacité protectrice ou destructrice du contrat.

<sup>61</sup> C. civ., art. 1164.

<sup>62</sup> C. civ., art. 1165.

<sup>63</sup> C. civ., art. 1167.

<sup>64</sup> L'alinéa 2 précise que si le paiement n'a pas encore été effectué, le créancier notifie le débiteur de sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. Sur ce mécanisme, voir F. Chénéde, « La réduction du prix », *RDC* 2017/3, p. 571.

économique en dépit de sa mauvaise exécution. L'admission de la révision pour imprévision<sup>65</sup> est aussi un moyen de redonner au contrat une utilité économique en rééquilibrant les coûts de son exécution au regard des avantages qu'elle présente pour les parties. Elle serait dès lors pour certains conforme à l'analyse économique du droit<sup>66</sup>.

L'efficacité est au contraire destructrice<sup>67</sup> lorsque le contrat n'est pas utile économiquement. Ceci révèle un véritable changement de paradigme avec l'adoption d'une « conception essentiellement économique du contrat où la force obligatoire n'est plus fondée sur le principe moral de la fidélité à la parole donnée mais sur la rationalité économique de l'opération convenue »<sup>68</sup>. Ainsi, en *Common Law*, la théorie de la violation efficace<sup>69</sup> (*efficient breach*) postule que l'exécution des obligations contractuelles n'est pas une fin en soi. Le non-respect du contrat est légitime s'il aboutit à une allocation optimale des ressources<sup>70</sup> : « Si dans l'esprit des juges la société peut trouver dans la rupture du contrat entre deux parties plus d'avantages économiques que cette société ne retirerait du maintien du rapport contractuel, il sera alors judicieux d'autoriser la rupture du contrat. »<sup>71</sup> Jusqu'alors le droit français sacralisait au contraire la force obligatoire du contrat : l'exécution forcée en nature était de droit pour le créancier<sup>72</sup> et la résolution du contrat conçue comme subsidiaire<sup>73</sup> et judiciaire<sup>74</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 limite désormais le droit à exécution forcée lorsqu'il est économiquement inefficace, et consacre le pouvoir unilatéral de mettre fin au contrat.

Le nouvel article 1221 du Code civil écarte l'exécution forcée en nature lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Clairement inspirée des principes issus de la *Common Law*<sup>75</sup>, la règle conduit à s'interroger sur la rationalité économique de la sanction prononcée, laquelle ne doit pas représenter un poids excessif pour le débiteur. L'article 1224 admet quant à lui la résolution unilatérale du contrat par simple notification<sup>76</sup> afin d'éviter au créancier victime de l'inexécution de subir l'attente et les frais liés à l'intervention du juge<sup>77</sup>. Dans un but d'efficacité économique, le contrôle du juge

<sup>65</sup> C. civ., art. 1195.

<sup>66</sup> P. Garelo, « L'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique », in B. Deffains (dir.), *op. cit.*, p. 235.

<sup>67</sup> J. Mestre, *loc. cit.* p. 90-91.

<sup>68</sup> Ph. Stoffel-Munck, « Le contrôle *a posteriori* de la résolution unilatérale », *Dr. et patr.* mai 2004, p. 75.

<sup>69</sup> B. Rudden et Ph. Juilhard, « La théorie de la violation efficace », *RIDC* 1986, p. 1015-1041.

<sup>70</sup> Y.-M. Laithier, *op. cit.*, n° 407, p. 487 ; A. A. Levasseur, *Le contrat en droit américain, op. cit.*, p. 10.

<sup>71</sup> A. A. Levasseur, *Le droit américain, op. cit.*, p. 140-141

<sup>72</sup> Et ce indépendamment de la gravité du manquement contractuel (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2005, n° 03-21.136 : défaut de 33 cm de haut lors de la construction d'une maison).

<sup>73</sup> C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2<sup>e</sup> éd., Durand et Hachette, 1870, n°515 p. 490 et n°530 p. 505 : la résolution est « un moyen extrême, auquel (le créancier) n'a recours que parce qu'il n'obtient pas l'exécution et qu'il désespère de l'obtenir ! (...) L'action en résolution n'est qu'un pis-aller, que la loi offre à la partie, comme dernière ressource, et en désespoir de cause ! ».

<sup>74</sup> La résolution supposait une intervention du juge (C. civ., ancien art. 1184, al. 3) à défaut d'accord des parties, ces dernières disposant toujours de la faculté de détruire ensemble le contrat qu'elles avaient conclu (Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 1994, n° 92-18.276) ou de prévoir une clause résolutoire dans leur convention.

<sup>75</sup> Ch. Albiges, « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats*, Actes du colloque tenu à Montpellier le 3 juillet 2015, Ed° Faculté de droit de Montpellier, 2015, p. 188.

<sup>76</sup> Bien que ce mode de résolution du contrat n'ait pas, jusque-là, été prévu par le Code civil, la jurisprudence l'avait déjà admis en cas de comportement grave du débiteur (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : « Attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale »), « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662).

<sup>77</sup> Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une consécration de la théorie de la « violation efficace », laquelle permet de ne pas exécuter le contrat volontairement. La résolution unilatérale est au contraire une réponse face à

n'a lieu *qu'a posteriori*, en cas de contestation. La résolution unilatérale a en effet lieu aux « risques et périls » de son auteur<sup>78</sup>, lequel devra prouver la gravité de l'inexécution (C. civ., art. 1226, al. 4). Lui permettant ainsi de contracter rapidement avec un tiers, la solution est garante d'une circulation optimale des richesses grâce à une « réallocation plus prompte et à moindre coût des ressources »<sup>79</sup>. « Cette déjudiciarisation de la résolution s'inscrit bien dans le courant libéral que traduit la montée en puissance de l'unilatéralisme dans notre droit contemporain des contrats et répond parfaitement à l'impératif d'efficacité économique »<sup>80</sup>. L'influence normative de la *Common Law*<sup>81</sup> et de l'analyse économique du droit est également manifeste avec l'introduction de l'exception d'inexécution par anticipation à l'article 1220 du Code civil, laquelle vise à limiter le préjudice résultant de l'inexécution : dès qu'il est manifeste que l'autre partie ne s'exécutera pas et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves, le cocontractant peut suspendre l'exécution de sa propre prestation. Comme les droits anglais et américain des contrats<sup>82</sup>, le droit français prend désormais particulièrement en compte l'incidence de la sanction prononcée sur le fonctionnement du marché<sup>83</sup>.

Si la libéralisation du droit des obligations est ainsi incontestable, elle reste néanmoins mesurée, le droit français demeurant le vecteur de valeurs morales et sociales.

---

l'inexécution du cocontractant. Sur cette distinction, voir P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, Mare et Martin, 2014, n° 150, p. 224.

<sup>78</sup> C. civ., art. 1226, al. 1 ; déjà, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485.

<sup>79</sup> C. Jamin, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant, 2001, p. 457, n° 3.

<sup>80</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, p. 76, n° 12. Sur l'utilité économique de l'unilatéralisme, voir C. Jamin, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 76, n° 5.

<sup>81</sup> S. Tisseyre, « La fin du contrat : l'éventail élargi des sanctions », in V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, Presses de l'Université de Pau et des pays d'Adour, 2016, p. 199 ; Ph. Delebecque, « Regards étrangers, regards concurrents », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 129.

<sup>82</sup> Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 66.

<sup>83</sup> Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, Hors-série : La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? p. 39 : « Une autre orientation – plus innovante- se dégage du nouveau régime visant à promouvoir l'efficacité, y compris économique, des sanctions de l'inexécution et donc du droit des contrats ».

## II/ Une libéralisation mesurée : le droit des obligations, vecteur de valeurs morales et sociales

Si le droit ne saurait être confondu avec la morale<sup>84</sup>, il n'en est pas pourtant radicalement distinct<sup>85</sup>. Le droit s'inspire de la morale qui est l'une de ses « forces créatrices »<sup>86</sup> : « La séparation (...) interdit seulement que le droit s'appuie exclusivement sur l'impératif existant dans l'ordre moral pour formuler l'impératif juridique, et qu'il poursuive directement et exclusivement la purification morale du sujet. Elle n'interdit en rien de s'appuyer sur (la morale) pour décider des règles à consacrer »<sup>87</sup>.

Encore faut-il s'entendre sur le sens à accorder au concept de morale : « selon les sensibilités personnelles, la morale peut apparaître tout aussi bien individuelle ou collective, religieuse ou laïque, idéale ou pratique. Pour les uns, elle relève exclusivement du discernement de la conscience et tend à la perfection de l'individu ; pour les autres, elle revêt aussi une dimension sociologique »<sup>88</sup>. Il semble cependant possible d'en dégager deux acceptions principales : « soit il s'agit d'une morale dite traditionnelle, religieuse ou kantienne, soit il est question d'une morale sociologique, morale sociale rattachée aux mœurs »<sup>89</sup>. La première est aujourd'hui en déclin, du fait notamment de la libéralisation des mœurs<sup>90</sup>. « Une morale nouvelle a été créée »<sup>91</sup>, fondée sur l'idée de justice et de solidarité sociale. Ainsi, pour Emile Durkheim, l'activité morale de l'homme n'est pas distincte de son activité sociale<sup>92</sup> : « est moral, ce qui est source de solidarité, tout ce qui force l'homme à régler ses mouvements sur autre chose que les impulsions de son égoïsme. »<sup>93</sup> Le courant solidariste<sup>94</sup> peut dès lors être vu comme une conception morale du droit des contrats<sup>95</sup>. A le suivre, les parties ne devraient pas seulement rechercher la satisfaction de leur propre intérêt mais faire œuvre de coopération. Comme l'écrivait Demogue, le contrat serait « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun »<sup>96</sup>.

<sup>84</sup> *Contra* la théorie du droit naturel qui a notamment influencé J. Domat, *Traité des lois*, nouvelle éd. par J. Rémy, Firmin-Didot, 1828, réimpr. Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989 et R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1861.

<sup>85</sup> *Contra* H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant et LGDJ, 1999 : théorie formaliste se réduisant à une conception normativiste du droit détachée de toute considération morale.

<sup>86</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1955, n° 61, p. 154 : « La force morale joue toujours dans la création du droit un rôle considérable » ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 6, p. 11, évoquant une « montée continue de la sève morale » dans le droit ; Ph. Jestaz, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 626 : « Il ne faut pas oublier que parmi les forces sociales dont l'action produit le droit, certaines sinon toutes se servent des valeurs morales comme d'un levier, de sorte que le droit en porte ensuite la marque ».

<sup>87</sup> D. Fenouillet, « Propos introductifs », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 8.

<sup>88</sup> C. Pérès, « La morale et le droit patrimonial », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 156.

<sup>89</sup> M. Mekki, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », in *Droit et morale*, Dalloz, 2011, n° 9, p. 34.

<sup>90</sup> Notons d'ailleurs la disparition de la notion de « bonnes mœurs » en droit des contrats à la suite de la réforme de 2016.

<sup>91</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n°63, p. 157.

<sup>92</sup> E. Durkheim, « Détermination du fait moral », in *Sociologie et philosophie*, 1898, rééd. PUF, 2004, p. 61 et s.

<sup>93</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, rééd. PUF, 2007 p. 105-106.

<sup>94</sup> Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF-Dalloz-Jurisque, 1999, p. 603.

<sup>95</sup> M. Mekki, *loc. cit.*, n° 10, p. 35.

<sup>96</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, n° 3, p. 9.

Ces deux conceptions de la morale irriguent encore le droit français des obligations. La morale est en effet un fondement alternatif de règles nouvelles pouvant *a priori* sembler libérales et issues d'une analyse économique du droit. La morale est, en outre, le fondement de dispositions novatrices visant à protéger les plus faibles.

### **A/ La morale, fondement alternatif de règles *a priori* « libérales »**

La loi du marché peut parfaitement conduire à protéger des valeurs fondamentales. Préconisée par l'analyse économique pour optimiser le fonctionnement du marché, la condamnation de l'auteur d'une faute lucrative au paiement d'une somme supplémentaire est également conforme à la morale<sup>97</sup>. Renforçant la fonction normative de la responsabilité civile<sup>98</sup>, elle permet de sanctionner certains comportements particulièrement répréhensibles. L'article 1266-1 du Code civil précise ainsi que la sanction devra être « proportionnée à la gravité de la faute commise »<sup>99</sup> et qu'elle n'est pas assurable<sup>100</sup>. Le choix du concept d'« amende civile » par l'avant-projet présenté en mars 2017 est plus conforme à notre tradition juridique que celui de dommages et intérêts punitifs « à l'américaine »<sup>101</sup>. Contrairement à ces derniers, l'amende est en effet « affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public »<sup>102</sup>. Ceci permet de respecter le principe de la réparation intégrale et d'éviter un enrichissement – pouvant être considéré comme immoral<sup>103</sup> – de la victime. L'amende civile se distingue sur ce point fortement des *punitive damages* prévus en *Common Law*<sup>104</sup>.

Il est également possible de considérer que la consécration, par l'article 1263 du Code civil, de l'obligation pour la victime de minimiser son préjudice a une « fonction moralisatrice »<sup>105</sup>, en ce qu'elle l'incite à ne pas laisser son préjudice s'aggraver par négligence. Il s'agit de « moraliser la réparation du dommage en ne mettant pas à la charge du débiteur l'obligation de réparer un préjudice que le créancier aurait pu éviter par une attitude plus soucieuse des intérêts d'autrui »<sup>106</sup>. Ainsi, pour Demogue, l'utilité sociale crée un devoir pour la victime d'arrêter le

<sup>97</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, n°4 p. 160 : les dommages et intérêts punitifs sont « teintés d'une coloration morale » ; D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, p. 86, n° 21 : « Face à l'inefficacité de la réparation civile de la répression pénale à endiguer les fautes lucratives (...), les dommages et intérêts punitifs constitueraient un remède approprié et qui ne jurerait pas avec la dimension morale qui anime notre droit des obligations ».

<sup>98</sup> N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 2017, n° 223, p. 5, n° 2 : « la fonction normative réhabilitée est même exacerbée ».

<sup>99</sup> Même si sont aussi prises en comptes les « facultés contributives de l'auteur » et « les profits qu'il en aura retirés ».

<sup>100</sup> Solution préconisée par S. Carval, *op. cit.*, n° 325, p. 367 : « Puisque la peine privée (...) a pour unique fonction de punir les conduites répréhensibles afin d'en dissuader la réitération, il n'y a aucune raison d'accepter qu'elle soit prise en charge par un assureur ».

<sup>101</sup> Entretien avec J. Urvoas, *RLDC* juin 2016, p. 6211.

<sup>102</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile, art. 1266-1, al. 5. Au contraire, l'avant-projet Catala proposait d'introduire les dommages et intérêts punitifs en droit français tout en proposant d'en « faire bénéficier pour une part le Trésor public » (art. 1371). L'avant-projet Terré suggérait quant à lui de restituer les profits illicites à la victime (art. 54).

<sup>103</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, p. 160.

<sup>104</sup> L. Ferry et D. Lapillonne, *loc. cit.*, n° 10 p. 30.

<sup>105</sup> S. Carval, *Ibid.*, n° 10, p. 8.

<sup>106</sup> C. Pérès, *loc. cit.*, n°4, p. 161.

dommage si elle le peut : « A un droit rigide, se substitue un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »<sup>107</sup>.

Le droit français des contrats est lui également fortement marqué par des considérations morales<sup>108</sup>, même après la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016. Ceci résulte particulièrement de l'exigence de bonne foi - désormais consacrée dans le Code civil tant lors de la formation que de l'exécution du contrat<sup>109</sup> - dont la « résonance morale » a été maintes fois soulignée<sup>110</sup>. S'il s'agit là d'une différence importante avec le droit anglais, traditionnellement hostile à l'admission d'un tel devoir général<sup>111</sup>, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est en revanche connue en « droit américain »<sup>112</sup>.

Le fait de refuser l'exécution forcée lorsqu'il « existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »<sup>113</sup> peut aussi être conçue comme fondée sur la morale<sup>114</sup> : il s'agirait seulement de rappeler que le créancier ne doit pas abuser de son droit<sup>115</sup>. Le rapport remis au président de la République indique d'ailleurs expressément que « Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue ».

<sup>107</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 4, Arthur Rousseau 1924, n° 463 bis.

<sup>108</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 61 p. 153-154 : « Notre droit des contrats et obligations reste baigné dans la moralité traditionnelle. »

<sup>109</sup> C. civ., art. 1104.

<sup>110</sup> J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 114 ; J. Krynen, « Avant-propos », in *Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 8 : certains « textes (...) dans les codifications donnent à voir la part faite aux exigences de la morale, au travers des notions de bonnes mœurs, de bonne foi, de bon père de famille, de faute ».

<sup>111</sup> S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, n° 10 p. 34 ; J. Cartwright, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015, p. 691 ; J.-C. Roda, « La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais », *RLDC* 2016, n° 141, p. 39.

<sup>112</sup> Uniform Commercial Code, s. 1-203 et Restatement (second) Contracts, s. 205, cités par J. Cartwright, *Ibid.*, p. 691. Voir aussi J.-C. Roda, *Ibid.*, p. 39 et « L'influence des droits européens sur le droit américain », *D.* 2014, p. 157.

<sup>113</sup> C. civ., art. 1221.

<sup>114</sup> N. Dissaux et Ch. Jamin, *Réforme du droit des contrats. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, p. 131. Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 74 p. 129 : « De nouveau voici la loi morale qui arrête l'application logique et rigoureuse de la règle juridique en interdisant au titulaire d'un droit positif de se servir de ce droit contre autrui, lorsqu'il cause par cet exercice plus de ruines qu'il ne retire d'avantages ».

<sup>115</sup> D. Mazeaud, « Synthèse », in *La réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 197 : la limite à l'exécution forcée en nature en cas de coût manifestement déraisonnable « ne fait rien d'autre que faire entrer dans le rang de tous les droits subjectifs (...) l'abus dans l'exercice du droit en question » ; Y.-M. Laithier, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou rupture ? », in Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 100 : « Ce que dit le texte, c'est simplement que l'exécution forcée en nature doit être écartée dans des hypothèses qui correspondent en pratique à une forme d'abus ». Déjà, G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant et LGDJ, 2001, n° 17 p. 183 : « N'est-il pas (...) abusif de la part de celui-ci (d'exiger une exécution en nature) alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un coût beaucoup plus réduit ? ».

Sur les liens entre abus de droit et morale, voir R. Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, Thèse Poitiers, 1916, p. 23 : « L'abus du droit nous semble constituer un cas de conflit entre le droit et la morale ou, avec plus de précision, entre un droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral ».

Pour certains, l'obligation pour les parties de renégocier le contrat en cas d'imprévision serait également une application du devoir général de bonne foi puisqu'elle « consiste pour les parties à participer de façon active et loyale à une tentative amiable de sauvetage du contrat »<sup>116</sup>. Notons que l'ordonnance va toutefois encore plus loin en prévoyant une possible révision du contrat par le juge en l'absence d'accord entre les parties<sup>117</sup>.

Si elle offre ainsi un fondement alternatif à des règles nouvelles *a priori* « libérales », la morale est en outre la source de dispositions visant à protéger les plus faibles.

## **B/ La morale, fondement de règles visant à protéger les plus faibles**

La morale exclut toute « exploitation de la misère et de la faiblesse par le contrat »<sup>118</sup>. Elle requiert de protéger le contractant en état d'infériorité : « c'est la recherche d'une certaine justice contractuelle qui conduit à (...) supprimer les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle ou les clauses abusives (et) à annuler le contrat en cas de violence économique »<sup>119</sup>.

L'extension de la lutte contre les clauses abusives à tous les contrats d'adhésion est particulièrement caractéristique de la volonté d'éviter un abus de puissance d'un contractant vis-à-vis de l'autre<sup>120</sup>. Ce qui singularise le contrat d'adhésion, « c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel »<sup>121</sup>. Les modalités particulières d'élaboration de son contenu justifient un encadrement particulier. Le traditionnel refus de tout rééquilibrage du contrat par le juge en droit français découle en effet du postulat selon lequel ce qui a été consenti est nécessairement juste : « Les volontés qui contractent n'ont pas à se plier à une justice supérieure : elles créent elles-mêmes le juste »<sup>122</sup>. Pourtant, lorsqu'un seul contractant détermine le contenu du contrat sans négociation possible, il risque de soumettre l'autre partie à des conditions désavantageuses. Un contrôle du contenu du contrat par le juge s'impose alors afin de vérifier « sa conformité effective à l'intérêt des deux parties »<sup>123</sup>. Il révèle une certaine conception solidariste du lien contractuel en droit français, que certains ont cru pouvoir opposer « au mercantilisme glacé de la *common law* »<sup>124</sup> imprégnée d'analyse économique du droit.

Pourtant, cette dernière prescrit elle aussi de contrer les comportements opportunistes. La modification par un contractant de la répartition des gains issus du contrat conduira en effet probablement l'autre partie à être plus réticente à conclure d'autres conventions à l'avenir,

<sup>116</sup> L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, p. 455, n° 796. Comp. R. Jabour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, n° 286, p. 229 : « Fondée sur une alliance, c'est-à-dire sur une confiance réciproque, la puissance obligatoire de l'engagement interdit (...) d'abuser d'une position de force sous prétexte d'intangibilité des obligations ».

<sup>117</sup> C. civ., art. 1195.

<sup>118</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 104 n° 60.

<sup>119</sup> C. Champalaune, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>120</sup> Déjà, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 3 p. 6 : la morale « enseigne que la justice doit régner dans le contrat (...) ; elle jette le doute sur des accords qui sont l'expression d'une volonté trop puissante courbant une volonté affaiblie. »

<sup>121</sup> G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, n° 42, p. 27.

<sup>122</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1912, p. 73.

<sup>123</sup> Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217, n°9.

<sup>124</sup> D. Tallon, « Observations finales » in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 413.

craignant de nouvelles déconvenues. Afin d'éviter une diminution des échanges, néfaste pour le bon fonctionnement du marché, l'analyse économique du droit recommande donc de développer la confiance entre les contractants, laquelle « joue un rôle important dans l'économie de marché. Lorsque les agents économiques se font mutuellement confiance, plus de contrats seront conclus et plus de gains réciproques en résulteront »<sup>125</sup>. La prohibition des clauses abusives est ainsi vue comme « un outil (...) pour sanctionner l'opportunisme par abus d'asymétrie d'information »<sup>126</sup>. La morale peut donc conduire à l'adoption de règles économiquement efficaces<sup>127</sup>.

### **En conclusion,**

Il semble vain d'opposer irréductiblement efficacité économique et valeurs morales et sociales<sup>128</sup>. Les réformes – récentes et en cours- du droit des obligations français mettent d'ailleurs en exergue la nécessaire conciliation entre « les valeurs humanistes (...) et la dimension économique (...) qui se préoccupe (...) nécessairement d'efficacité »<sup>129</sup>. Les craintes des juristes français face à l'analyse économique du droit paraissent dès lors excessives : « Loin de menacer la tradition civiliste, l'analyse économique du droit promet au contraire d'en renforcer les aspects qui commandent le plus de respect »<sup>130</sup>.

La prétendue « américanisation » du droit des obligations se révèle quant à elle limitée. Comme l'écrivait P. Legrand, « Somme toute, oui, l'influence américaine est bien réelle, notamment en raison de la globalisation des économies. Mais le poids de l'histoire, de la tradition, de la culture, de la mentalité (...) continue à compter en ce qu'il fonde, à chaque transfert de droit, un processus de différenciation et d'autonomisation (...). Ceux que l'américanisation du droit inquiète peuvent donc dormir tranquilles : (...) ce ne sera jamais que de l'américanité dûment

<sup>125</sup> E. Mackaay et S. Rousseau, *op. cit.*, p. 385.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 427.

<sup>127</sup> Comme le soulignait Cécile Pérès, il est en réalité « très délicat, face à un mécanisme juridique donné, de déterminer s'il est irrigué par la morale (...). L'observateur se retrouve presque dans la position d'un jeune enfant jouant avec un cube. Il le regarde attentivement sur l'une de ses faces, l'apprivoise, l'identifie dans sa singularité avant de réaliser, en le retournant, que toutes les faces de ce même objet sont en réalité interchangeables et réversibles », C. Pérès, *loc. cit.*, p. 160.

<sup>128</sup> D. Mazeaud, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », *loc. cit.*, n° 6, p. 71. Comp. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste*, *op. cit.* p. 50 : « Le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est-à-dire conforme à la justice contractuelle ».

<sup>129</sup> C. Champalaune, *loc. cit.*, p. 10 ; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *op. cit.*, p. 195, n°32-02 : « La réforme du droit des obligations issue de la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 (...) est le fruit d'un compromis entre les tenants d'une vision libérale qui emporte la volonté de faciliter les échanges économiques (...) et les tenants d'une vision plus protectrice qui emporte la nécessité d'introduire dans le droit des règles permettant de garantir un certain équilibre entre les droits des parties et donnant au juge un rôle plus important pour sanctionner les abus » ; A. Bénabent et L. Aynès, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, p. 434 : « Le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme (...) et un socialisme tempéré (...), le souci de l'efficacité (...) et celui de l'équilibre » ; M. Mekki, « Propos introductifs », in M. Mekki (dir.), *Avant-projet de réforme de la responsabilité civile : l'art et la technique du compromis*, LGDJ, 2016, p. 17 : « Réformer la responsabilité civile, c'est rechercher un fragile équilibre entre l'utilité économique et la justice sociale ».

<sup>130</sup> E. Mackaay, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », *loc. cit.*, p. 31.



francisée qui s'implantera sur le sol français. Du droit américain tout de même, certes. Mais du droit américain autrement »<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> P. Legrand, « L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain », in *L'américanisation du droit*, *op. cit.*, p. 40.